

## Der arglistig verschwiegene Mangel

Erich Rüegg\*

### I. Die Rechtslage

Wer als Verkäufer oder Unternehmer einen Mangel arglistig verschweigt, kann die Haftung für die sich daraus ergebenden Mängelrechte nicht rechtsbeständig aufheben oder (auch nur) beschränken,<sup>1</sup> wie etwa durch Verkürzung der Verjährungsfrist<sup>2</sup> oder Vereinbarung anderer haftungsbeschränkender Modalitäten.<sup>3</sup> Zudem besteht hinsichtlich solcher Mängel keine Prüfungs- und Rügeobliegenheit, so dass die mit der Verwirkung sämtlicher Mängelrechte verbundene Genehmigungsfiktion trotz unterlassener Rüge nicht eintritt.<sup>4</sup> Und schliesslich verjähren die Mängelrechte von arglistig verschwiegenen Mängeln erst in zehn Jahren,<sup>5</sup> unbekümmert darum, ob sich die andernfalls geltende kürzere Verjährungsfrist aus Gesetz oder Vereinbarung ergibt.<sup>6</sup>

Arglistig verschwiegen ist ein Mangel, wenn der Verkäufer bzw. der Unternehmer Kenntnis vom Mangel haben, nicht aber der Käufer bzw. Besteller, und der Verkäufer bzw. der Unternehmer die Offenlegung des Mangels unterlassen, obwohl sie eine Aufklärungspflicht, die sich aus Treu und Glauben ergeben kann,<sup>7</sup>

trifft.<sup>8</sup> Für den Tatbestand der arglistigen Verschweigung tragen der Käufer bzw. der Besteller für sämtliche Tatbestandselemente die Beweislast.<sup>9</sup>

Das umschreibt die grundsätzliche Rechtslage, die sowohl für das Kauf- wie auch für das Werkvertragsrecht gilt. Unterschiede zwischen diesen beiden Vertragstypen ergeben sich indessen bei einzelnen Tatbestandselementen, die nachfolgend erläutert werden.

### II. Die Voraussetzungen

Eine arglistige Verschweigung setzt, wie bereits gesagt, (A.) die Kenntnis des Mangels bei der aufklärungspflichtigen und (B.) dessen Unkenntnis bei der aufklärungsbedürftigen Vertragspartei voraus. Erforderlich ist sodann (C.), dass eine Aufklärungspflicht besteht. Diese drei Voraussetzungen werden nachfolgend näher erörtert:

#### A. Die Kenntnis des Mangels seitens der aufklärungspflichtigen Partei

Das arglistige Verschweigen eines Mangels setzt notwendigerweise dessen Kenntnis voraus. Besteht hinsichtlich des Mangels Unkenntnis, so fällt Arglist weg, selbst wenn die Unkenntnis Folge der eigenen (selbst groben) Nachlässigkeit ist. Das haben das Bundesgericht in konstanter Rechtsprechung sowohl für das Kauf-<sup>10</sup> wie das Werkvertragsrecht<sup>11</sup> und die herrschende Lehre<sup>12</sup> festgehalten.

Eine andere Frage ist, wie weit der Bewusstseinszustand gehen muss, damit positive Kenntnis des Mangels angenommen wird. Schon früh hielt das Bundesgericht dazu für das Kaufvertragsrecht fest, dass nicht ein vollständiges, in alle Einzelheiten gehendes Wissen erforderlich ist, sondern die Kenntnis über die «fehlerhafte Anlage», die den Mangel begründet, genügt.<sup>13</sup> Präzisierend führte das Bundesgericht später aus, dass die Kenntnis des Verkäufers nicht notwendigerweise vollständig sein muss, sondern es ausreicht, wenn der Verkäufer ausreichend über die Ursache des Mangels informiert ist.<sup>14</sup> Für den Werkvertrag genügt es gemäss GAUCH, dass der Unternehmer den faktischen Zustand des Werkes kennt, der einen Mangel im Sinne des konkreten Werkvertrages darstellt, und dass er nicht ausschliessen kann, dass es sich dabei um einen Mangel

\* Dr. iur., LL.M., M.B.A., Rechtsanwalt, BAUR HÜRLIMANN AG, Zürich.

<sup>1</sup> Für das Kaufvertragsrecht: Art. 199 OR. Für das Werkvertragsrecht gilt Art. 199 OR sinngemäss: PETER GAUCH, Der Werkvertrag, 6. A., Zürich 2019, N 2580 ff.

<sup>2</sup> GAUCH (FN 1), N 2493, 2278d.

<sup>3</sup> Vgl. dazu MARKUS MÜLLER-CHEN, CHK – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. A., Zürich 2016, Art. 199 OR N 6. Das kann auf vielfältige Weise geschehen, namentlich durch Beweislastabrede, Beweismittelbeschränkungen oder durch Beschränkung der von Gesetzes wegen zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfe, sofern sich dies für die absichtlich verschweigende Partei als günstiger erweist (wie z.B. das primäre Nachbesserungsrecht gemäss Art. 169 Abs. 1 SIA-Norm 118 zu Gunsten des arglistig verschweigenden Unternehmers). Für die arglistig verschweigende Partei bleiben jedoch erschwerende Haftungsmodalitäten rechtsbeständig, wie z.B. die Beweislastumkehr gemäss Art. 174 Abs. 3 SIA-Norm 118 zulasten des arglistig verschweigenden Unternehmers.

<sup>4</sup> Für das Werkvertragsrecht: Art. 370 Abs. 1 OR; GAUCH (FN 1), N 2709; PETER GAUCH/HUBERT STÖCKLI, Kommentar zur SIA-Norm 118, 2. A., Zürich 2017, Art. 178 N 4. Für das Kaufvertragsrecht: Art. 203 OR. Auch wenn das Gesetz in Art. 370 Abs. 1 OR von «absichtlicher» Verschweigung spricht, meint es die «arglistige» Verschweigung: BGER 4A\_646/2016 vom 8. März 2017 E. 3.1; GAUCH (FN 1), N 2090, 2278a, FN 1460; ERICH RÜEGG, Die Haftung des Grundstückverkäufers, in: Alfred Koller (Hrsg.), Der Grundstückkauf, 3. A., Bern 2017, § 5 N 132.

<sup>5</sup> Für das Kaufvertragsrecht: Art. 210 Abs. 6 OR; BSK OR I-HONSELL, Art. 210 N 1, in: Corinne Widmer Lüchinger/David Oser (Hrsg.), Obligationenrecht I, Basler Kommentar, 7. A., Basel 2019; RÜEGG (FN 4), § 5 N 246. Für das Werkvertragsrecht: GAUCH (FN 1), N 2275 ff.; GAUCH/STÖCKLI (FN 4), Art. 180 N 7.

<sup>6</sup> GAUCH (FN 1), N 2275b.

<sup>7</sup> Für das Kaufvertragsrecht: BGER 4A\_538/2013 vom 19. März 2014 E. 5.1; 4A\_648/2012 vom 25. Februar 2013 E. 3; 4A\_70/2011 vom 12. April 2011 E. 4.1. Für das Werkvertragsrecht: GAUCH (FN 1), N 2093.

<sup>8</sup> RÜEGG (FN 4), § 5 N 133 ff. Für das Werkvertragsrecht: GAUCH (FN 1), N 2092 f.

<sup>9</sup> Zur Beweislast des Käufers: BGER 4A\_70/2011 vom 12. April 2011 E. 4.1. Zur Beweislast des Bestellers: BGER 4A\_646/2016 vom 8. März 2017 E. 3.1.

<sup>10</sup> BGER 4A\_38/2021 vom 3. Mai 2021 E. 7.1 mit Hinweisen.

<sup>11</sup> BGER 4A\_646/2016 vom 8. März 2017 E. 3.1.

<sup>12</sup> Für das Kaufvertragsrecht: RÜEGG (FN 4), § 5 N 134. Für das Werkvertragsrecht: GAUCH (FN 1), N 2092.

<sup>13</sup> BGE 66 II 132 E. 6.

<sup>14</sup> BGER 4A\_70/2011 vom 12. April 2011 E. 4.1.

im vertraglichen Sinne handelt, ohne dass Gewissheit darüber bestehen muss, dass der betreffende Zustand nach Massgabe des konkreten Vertrages einen Werkmangel darstellt.<sup>15</sup> Unkenntnis des Mangels bewahrt den Unternehmer auch dann nicht von einer absichtlichen Verschweigung, wenn er sich gewollt der besseren Erkenntnis verschliesst oder wenn der Unternehmer es unterlässt, den objektiv begründeten Verdacht eines tatsächlich vorhandenen Mangels dem Besteller mitzuteilen.<sup>16</sup> Diese Lehrmeinung lässt sich m.E. analog auf nach Kaufvertragsrecht aufklärungsbedürftige Mängel übertragen.<sup>17</sup>

Erforderlich ist ferner, dass der Verkäufer bzw. der Unternehmer die Aufklärung über den Mangel bewusst, mindestens aber eventualvorsätzlich (jedoch nicht etwa nur aus blosser Nachlässigkeit) unterlässt.<sup>18</sup>

Damit eine Aufklärungspflicht besteht, muss dem Unternehmer im Werkvertrag der Mangel grundsätzlich spätestens im Zeitpunkt der Ablieferung bekannt sein.<sup>19</sup> Ausnahmsweise besteht auch noch später eine Aufklärungspflicht, falls der Unternehmer Mängel bei der Ausführung von Nachbesserungsarbeiten entdeckt.<sup>20</sup> Gar eine der Aufklärungspflicht vorgelagerte Untersuchungspflicht besteht für den Unternehmer, wenn der objektiv begründete Verdacht besteht, dass der Nachbesserungsmangel auf einem Primärmangel beruht.<sup>21</sup> Diese Lehrmeinung lässt sich m.E. auf den Verkäufer nur insoweit übertragen, als die Kenntnis des Mangels seitens des Verkäufers spätestens beim Übergang von Nutzen und Gefahr vorliegen muss.<sup>22</sup> Eine noch spätere Aufklärungspflicht des Verkäufers besteht m.E. aus Kaufvertragsrecht nicht.<sup>23</sup>

## B. Die Unkenntnis des Mangels seitens der aufklärungsbedürftigen Partei

Eine Aufklärungspflicht kann nur hinsichtlich Mängel bestehen, die dem Käufer bzw. Besteller unbekannt sind. Für bekannte Mängel bleibt daher eine arglistige Verschweigung seitens des Verkäufers bzw. Unternehmers wirkungslos. Unter den Voraussetzungen von Art. 200 Abs. 1 OR entfällt für den Verkäufer sogar jede Haftung für dem Käufer bekannte Mängel.<sup>24</sup>

Während für den Werkvertrag nach der herrschenden Lehre auch offensichtliche, dem Besteller aber trotzdem unbekannt Mängel arglistig verschwiegen werden können,<sup>25</sup> greift im Kaufvertragsrecht die Bestimmung von Art. 200 Abs. 2 OR ein. Gemäss dieser Vorschrift haftet der Verkäufer für Mängel, «die der Käufer bei Anwendung gewöhnlicher Aufmerksamkeit hätte kennen sollen» nur dann, «wenn er deren Nichtvorhandensein zugesichert hat». An die vorvertragliche Sorgfaltspflicht des Käufers sind keine hohen Anforderungen zu stellen.<sup>26</sup> Während das Bundesgericht ursprünglich die Auffassung vertrat<sup>27</sup> und gestützt darauf ein Teil der Lehre immer noch vertritt<sup>28</sup>, dass sich der arglistig verschweigende Verkäufer nicht auf Unsorgfalt des Käufers berufen kann, ist aufgrund späterer Bundesgerichtsurteile anzunehmen,<sup>29</sup> dass der Käufer, der gemäss Art. 200 Abs. 2 OR die Mängelhaftung durch Sorgfaltspflichtverletzung verwirkt, sich auch nicht auf die arglistige Verschweigung des Verkäufers berufen kann. Fahrlässige Unkenntnis des Käufers, die noch keine Sorgfaltspflicht unter Art. 200 Abs. 2 OR begründet, vermag demgegenüber eine arglistige Verschweigung des Verkäufers nicht zu hindern.<sup>30</sup>

<sup>15</sup> GAUCH (FN 1), N 2092, FN 1069.

<sup>16</sup> GAUCH (FN 1), N 2092.

<sup>17</sup> RÜEGG (FN 4), § 5 N 134.

<sup>18</sup> Für den Kaufvertrag: BGer 4A\_619/2013 vom 20. Mai 2014 E. 4.1; 4A\_301/2010 vom 7. September 2010 E. 3.2; HERIBERT TRACHSEL, Zum absichtlichen (arglistigen) Verschweigen von Mängeln, BR 2015, 135 ff., 137. Für den Werkvertrag: BGer 4A\_646/2016 vom 8. März 2017 E. 3.1; 4A\_94/2013 vom 29. August 2013 E. 3.2; GAUCH (FN 1), N 2092; TRACHSEL, BR 2015, 139.

<sup>19</sup> GAUCH (FN 1), N 2092.

<sup>20</sup> GAUCH (FN 1), N 821b, 1716.

<sup>21</sup> GAUCH (FN 1), N 1716; TRACHSEL (FN 18), BR 2015, 138.

<sup>22</sup> BGE 130 III 686 E. 4.3, der zwar explizit den Besitzeserwerb als massgeblichen Zeitpunkt nennt, aber aufgrund der Gesetzesreferenz (Art. 220 OR) und der zitierten Lehre anzunehmen ist, dass der Übergang von Nutzen und Gefahr gemeint ist; BSK OR I-HONSELL (FN 5), Art. 197 N 11; RÜEGG (FN 4), § 5 N 131.

<sup>23</sup> RÜEGG (FN 4), § 5 N 134, FN 241. A.M.: TRACHSEL (FN 18), BR 2015, 136. Ob sich daran etwas ändert, wenn dem Käufer zukünftig gemäss derzeit laufendem Gesetzgebungsprozess für den Grundstückkauf mit noch zu errichtender oder neuer Baute ein Nachbesserungsrecht gemäss Art. 219a Abs. 2 E-OR zustehen sollte (vgl. Internet: <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/wirtschaft/gesetzgebung/baumaengel.html> [Abruf 27.01.2022]), kann hier offenbleiben.

<sup>24</sup> RÜEGG (FN 4), § 5 N 150 ff.

<sup>25</sup> GAUCH (FN 1), N 2092; ALAIN BIEGER, Die Mängelrüge im Vertragsrecht, Diss. Freiburg, Zürich/Basel/Genf 2009, 127. Das Bundesgericht liess die Frage im Urteil BGer 4A\_646/2016 vom 8. März 2017 E. 3.1, offen.

<sup>26</sup> Vgl. dazu RÜEGG (FN 4), § 5 N 156 ff.

<sup>27</sup> BGE 66 II 132 E. 5 in fine.

<sup>28</sup> Vgl. die im Urteil BGer 4A\_619/2013 vom 20. Mai 2014 E. 4.1 zitierte Lehre.

<sup>29</sup> In BGer 4A\_619/2013 vom 20. Mai 2014 E. 4.1; 4A\_648/2012 vom 25. Februar 2013 E. 3; 4C.16/2005 vom 13. Juli 2005 E. 1.5 erachtete das Bundesgericht jedenfalls Haftungsausschlüsse gemäss Art. 200 Abs. 2 OR als rechtsbeständig und verneinte gestützt darauf die Arglist des Verkäufers.

<sup>30</sup> In BGer 4A\_648/2012 vom 25. Februar 2013 E. 3 und 4C.16/2005 vom 13. Juli 2005 E. 1.5 vereinte das Bundesgericht eine Aufklärungspflicht des Verkäufers, wenn er annehmen kann, «der Käufer werde den wahren Sachverhalt ohne weiteres erkennen», was in der Regel zutrefte, «wenn der Käufer den wahren Sachverhalt bei gehöriger Sorgfalt hätte erkennen sollen». Dabei wies das Bundesgericht explizit auf Art. 200 Abs. 2 OR hin (so auch BGer 4A\_619/2013 vom 20. Mai 2014 E. 4.1). Es ist daher anzunehmen, dass gemäss Bundesgericht die Arglist ausschliessende Sorgfaltspflichtverletzung des Käufers mit derjenigen gemäss Art. 200 Abs. 2 OR deckungsgleich ist. Und die Anforderungen an diese Sorgfaltspflicht sind, wie bereits gesagt, nicht hoch. Eine gegenständige Auffassung würde – angesichts der Tatsache, dass der Verkäufer ohnehin nur über Mängel von erheblicher Tragweite aufklären muss (vgl. unten II.C.) – zum stossenden Ergebnis führen, dass der Verkäufer auch schon bei geringerer Sorgfaltspflichtverletzung des Käufers nicht mehr aufklären muss, obwohl er u.U. hinsichtlich des Mangels über ein klares und damit weit überschüssendes Wissen verfügt.

### C. Die Aufklärungspflicht

Für das Kaufvertragsrecht bejahte das Bundesgericht in einem schon älteren Entscheid zunächst eine sich aus Treu und Glauben ergebende Mängel-Aufklärungspflicht, wenn der Verkäufer wusste, dass der verschwiegene Mangel für den Käufer wichtig<sup>31</sup> oder gar von «ausschlaggebender Bedeutung»<sup>32</sup> war. Später konkretisierte das Bundesgericht die Wichtigkeit des aufklärungsbedürftigen Mangels auf Fälle, in denen der Verkäufer annehmen muss, ein ihm bekannter Mangel könne den vom Käufer vorausgesetzten Verwendungszweck vereiteln oder erheblich beeinträchtigen,<sup>33</sup> um dann, noch später, wiederum an die (blosse) Bedeutung des Mangels anzuknüpfen<sup>34</sup>. Zuletzt führte das Bundesgericht diese Rechtsprechung (salomonisch) zusammen und bejahte eine Aufklärungspflicht grundsätzlich, wenn der Verkäufer annehmen muss, ein ihm (nicht aber dem Käufer) bekannter Mangel könne den vom Käufer vorausgesetzten Verwendungszweck vereiteln, erheblich beeinträchtigen oder sei für diesen sonst von Bedeutung<sup>35</sup>, namentlich weil der verschwiegene Mangel geeignet ist, den Entscheid über den Abschluss des Vertrags überhaupt oder zu bestimmten Konditionen zu beeinflussen<sup>36</sup>. Aus dem Umstand, dass die älteren Entscheide durchwegs zum Grundstückskauf ergingen, die neusten, zusammenfassenden Entscheide dagegen den Fahrniskauf betrafen, ist zu schliessen, dass diese Rechtsprechung für beide Kaufvertragstypen gleichermaßen gilt.

Auch im Werkvertragsrecht besteht für den Unternehmer keine Mitwirkungspflicht zur Aufdeckung von Mängeln.<sup>37</sup> Doch verschweigt der Unternehmer einen Mangel schon dann arglistig, wenn er bezüglich eines ihm bekannten Mangels davon ausgehen muss, dass der Besteller diesen Mangel nicht kennt und auch nicht erkennen wird, jedoch bei Kenntnis von seinen Mängelrechten Gebrauch machen würde,<sup>38</sup> ohne dass es weiter auf die Schwere des Mangels ankäme. Damit stellt das Bundesgericht beim Werkvertrag deutlich geringere Anforderungen an offenbarungspflichtige Mängel als beim Kaufvertrag. Das lässt sich damit begründen, dass der Unternehmer im Werkvertrag die Werkherstellung schuldet und von ihm daher eine strengere Mängel-Aufklärungspflicht erwartet werden darf als vom Verkäufer, den (nur) eine Eigentums- und Besitzverschaffungspflicht trifft.

### III. Die Wissenszurechnung

Dem Gesagten zufolge sind das Wissen bzw. Unwissen um den (offenbarungspflichtigen) Mangel wichtige Voraussetzungen für den Tatbestand der arglistigen Verschweigung. Es stellt sich daher die Frage nach der Zurechenbarkeit von Wissen, das nicht bei der Vertragspartei selber vorhanden ist, wohl aber bei Dritten, die in einer Rechtsbeziehung mit der (persönlich unwissenden) Vertragspartei stehen. Dabei beschränke ich mich nachfolgend auf einige in der Praxis häufig vorkommende Konstellationen.

#### A. Der Makler

Schon sehr früh hat das Bundesgericht die vom «Angestellten, Agenten oder sonstigen Gehülften» begangene Täuschung gemäss Art. 28 OR der vertretenen Partei als eigenes Verhalten zugerechnet.<sup>39</sup> Auch Zusicherungen des Maklers, der am Zustandekommen des Vertrages beteiligt und daher «Abschlussgehülfe» ist, sind nach dieser Rechtsprechung dem Verkäufer anzurechnen.<sup>40</sup> Es kommt also darauf an, ob der Makler als Verhandlungsführer auftritt oder an den Verhandlungen zumindest mit Wissen oder Duldung des Verkäufers beteiligt ist und sich daher nicht bloss auf die Vermittlung des Kaufgeschäfts beschränkt (Art. 412 OR).<sup>41</sup> Qualifiziert der Makler in diesem Sinne als Abschlussgehülfe, so muss sich der Verkäufer auch das Wissen des Maklers um einen offenbarungspflichtigen Mangel anrechnen lassen, so dass bei gegebenen Voraussetzungen der Verkäufer diesen arglistig verschweigt, obwohl ihm persönlich das entsprechende Wissen fehlt.<sup>42</sup>

#### B. Der Baustellenchef

Der Unternehmer im Werkvertrag muss sich gemäss GAUCH das Wissen um einen offenbarungspflichtigen Mangel von Hilfspersonen, die mit der Überwachung des Herstellungsprozesses oder der Prüfung des Werkes betraut waren, anrechnen lassen, nicht dagegen Wissen von Erfüllungsgehilfen, die ausschliesslich mit der Werkherstellung betraut sind.<sup>43</sup> Demgemäss ist dem Unternehmer Wissen von Bauarbeitern regelmässig nicht anzurechnen.<sup>44</sup> Über anrechnungsfähiges Wissen verfügt – in der Terminologie der SIA-Norm 118 – dagegen der Baustellenchef, der gemäss Art. 36 Abs. 2 SIA-Norm 118 «für richtige Ausführung der

<sup>31</sup> BGE 131 III 145 E. 8.1.

<sup>32</sup> BGE 66 II 132 E. 6.

<sup>33</sup> BGE 4C.16/2005 vom 13. Juli 2005 E. 1.5; 4A\_226/2009 vom 20. August 2009 E. 3.2.3; 4A\_70/2011 vom 12. April 2011 E. 4.1.

<sup>34</sup> BGE 4A\_619/2013 vom 20. Mai 2014 E. 4.1.

<sup>35</sup> BGE 4A\_38/2021 3. Mai 2021 E. 6.1.

<sup>36</sup> BGE 4A\_42/2021 vom 05. Juli 2021 E. 3.3.

<sup>37</sup> BGE 4A\_94/2013 vom 29. August 2013 E. 3.2; GAUCH (FN 1), N 2090.

<sup>38</sup> BGE 4A\_94/2013 vom 29. August 2013 E. 3.2; GAUCH (FN 1), N 2093.

<sup>39</sup> BGE 63 II 77 E. 2 mit Hinweisen auf die noch ältere Rechtsprechung des Bundesgerichts.

<sup>40</sup> BGE 63 II 77 E. 2.

<sup>41</sup> Vgl. dazu RÜEGG (FN 4), § 5 N 49.

<sup>42</sup> So auch die deutsche Rechtsprechung: BGH, V ZR 38/18, 25.1.2019, N 24.

<sup>43</sup> GAUCH (FN 1), N 2100. Wenn der Unternehmer aufgrund eines «Organisationsverschuldens» die Überwachung der Werkausführung unterlässt und dadurch die Arglisthaftung vermeidet, kann im Einzelfall sogar eine fingierte Wissenszurechnung erfolgen: GAUCH (FN 1), N 2101 f.

<sup>44</sup> GAUCH (FN 1), N 2100. A.M.: TRACHSEL (FN 18), BR 2015, 139.

Arbeit» zu sorgen hat. Baustellenchef kann der Bau-  
führer, Polier, Vorarbeiter oder bei kleineren Arbeiten  
auch ein Facharbeiter sein (Art. 36 Abs. 2 SIA-Norm  
118). Entscheidend ist also nicht die Hierarchiestufe,  
sondern die der Hilfsperson aufgrund der konkreten  
Baustellenorganisation zukommende Funktion der  
Überwachung des Herstellungsprozesses.

### C. Die Bauleitung

Das Wissen der Bauleitung um einen offenbarungspflichten Mangel muss sich der Besteller grundsätzlich anrechnen lassen, gleichgültig, ob die Bauleitung sich dieses Wissen selber verschafft hat oder ihr durch den Unternehmer oder Dritte kundgetan wurde.<sup>45</sup> Falls die Mitteilung an die Bauleitung durch den Unternehmer erfolgt und auf das Vertragsverhältnis zwischen Unternehmer und Besteller die SIA-Norm 118 zur Anwendung gelangt, ergibt sich die Befugnis zur Entgegennahme entsprechender Mitteilungen explizit aus Art. 33 Abs. 2 SIA-Norm 118, wonach «die Bauleitung Mitteilungen und Willensäusserungen des Unternehmers, die das Werk betreffen, für den Bauherrn rechtsverbindlich» entgegennimmt. Etwas anderes gilt ausnahmsweise dann, wenn der Besteller eine entsprechende Einschränkung der Bauleitungsvollmacht gegenüber dem Unternehmer kundgetan hat. Rechtsunwirksam bleibt die Offenlegung entsprechender Mängel ferner dann, wenn auf Seiten des Mitteilungsempfängers eine für den Unternehmer erkennbare Interessenkollision vorliegt.<sup>46</sup>

### D. Die Erben

Angenommen, ein Erblasser nimmt sein Wissen, dass er sein Haus baupolizeiwidrig ausgebaut hat, mit ins Grab. Müssen sich die Erben dieses Wissen, das ihnen persönlich fehlt, anrechnen lassen, wenn sie das Haus verkaufen? Die Frage ist also, ob nach Treu und Glauben offenbarungspflichtiges Wissen um einen Mangel, das – die übrigen Voraussetzungen unterstellt – eine arglistige Verschweigung zu begründen vermag, durch Erbgang übertragbar ist? Sie ist m.E. dann – und nur dann – zu bejahen, wenn sich im Zeitpunkt des Erbgangs bereits alle Tatbestandselemente, die eine Aufklärungspflicht begründen, verwirklicht haben. Denn nicht das Wissen um den Mangel ist vererbbar, wohl

aber die Aufklärungspflicht,<sup>47</sup> die sich daraus ergeben kann. Da bei einem Kaufgeschäft die Aufklärungspflicht in der Regel vorvertraglich entsteht, muss der Erblasser diesfalls in Kaufvertragsverhandlungen gestanden und den Mangel im Gegensatz zum Käufer gekannt haben. Ferner muss der Mangel spätestens im Zeitpunkt des Erbgangs bereits aufklärungsbedürftig gewesen sein. Stirbt alsdann – um das eingangs erwähnte Beispiel wieder aufzugreifen – der Verkäufer bevor es zum Kaufvertragsabschluss gekommen ist, so geht dessen lebzeitig bereits bestandene Aufklärungspflicht durch Erbgang auf die Erben über, so dass diese den Mangel – unabhängig von ihrer persönlichen Kenntnis – arglistig verschweigen, wenn sie den Kaufvertrag abschliessen und auch die übrigen Voraussetzungen einer solchen Verschweigung erfüllt sind.

### E. Die bei der Fusion übernehmende Gesellschaft

Ein weiterer Anwendungsfall der Universalsukzession bildet die Geschäftsübernahme durch Fusion, mit deren Rechtswirksamkeit «alle Aktiven und Passiven der übertragenden Gesellschaft von Gesetzes wegen auf die übernehmende Gesellschaft» übergehen (Art. 22 Abs. 1 FusG). Damit wird auch hier, gleich wie beim Erbgang, eine im Zeitpunkt der Rechtswirksamkeit der Fusion bereits entstandene Aufklärungspflicht auf die übernehmende Gesellschaft übertragen. Es stellt sich indessen die Frage, ob bei der Fusion auch das blosser Wissen um einen offenbarungspflichtigen Mangel der übernehmenden Gesellschaft zuzurechnen ist, ohne dass sich im Fusionszeitpunkt bereits eine Aufklärungspflicht verwirklicht hätte. Das ist unter Hinweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Übertragung der altlastenrechtlichen Kostentragungspflicht gemäss Art. 32d USG zu bejahen. Im Fall einer Fusion hat das Bundesgericht dabei entschieden, dass es weder darauf ankommt, ob im Zeitpunkt der Fusion überhaupt schon eine Verpflichtung bestanden hat, noch ob mit einer solchen auch nur zu rechnen war<sup>48</sup>, noch ob für die Haftung eine Rechtsgrundlage bestanden hatte<sup>49</sup>. Dabei stützte sich das Bundesgericht auf eine Lehrmeinung von ZUFFEREY/ROMY.<sup>50</sup> An der vom Bundesgericht zitierten Stelle vertreten diese Autoren die Auffassung, dass bei der Fusion die Uni-

<sup>45</sup> RUDOLF SCHWAGER/VALENTIN MONN, Die Vollmacht des Planers, in: Hubert Stöckli/Thomas Siegenthaler (Hrsg.), Planerverträge, 2. A., Zürich 2019, N 6.112. Gemäss BGE 118 II 313 E. 2a ist die aus Art. 396 Abs. 2 OR abgeleitete Ermächtigung des Planers zu direkter oder indirekter Stellvertretung auf die für die Auftragsausführung notwendigen Rechtshandlungen beschränkt. Dazu gehört m.E. die Befugnis zur Entgegennahme von Mitteilungen, die das Werk betreffen, ohne Weiteres (vgl. BGer 4A\_435/2014 vom 5. Februar 2015 E. 4.1).

<sup>46</sup> Vgl. GAUCH (FN 1), N 2093, der als Beispiel den Architekten, der für den Mangel mitverantwortlich ist, nennt.

<sup>47</sup> Auszuschliessen wäre die Vererbbarkeit der Aufklärungspflicht nur dann, wenn sie an die Person des Erblassers gebunden und daher als unvererblich zu gelten hätte (vgl. BGE 112 II 300 E. 4b). Das ist m.E. nicht der Fall, schon deshalb nicht, weil die Aufklärungspflicht als vermögenswerte (und damit regelmässig übertragungsfähige) Pflicht zu qualifizieren ist (vgl. HANS MICHAEL RIEMER, Vererblichkeit und Unvererblichkeit von Rechten und Pflichten im Privatrecht und im öffentlichen Recht, recht 2006, 26 ff., 27 f. und die dort aufgeführte Kasuistik).

<sup>48</sup> BGer 1C\_18/2016 vom 6. Juni 2016 E. 4.3.

<sup>49</sup> BGer 1C\_18/2016 vom 6. Juni 2016 E. 4.4.

<sup>50</sup> BGer 1C\_18/2016 vom 6. Juni 2016 E. 4.2 in fine.

versalsukzession die Übertragung aller öffentlich- und privatrechtlichen Rechtsbeziehungen sowie alle «Erwartungen» beinhalte.<sup>51</sup> Übertragen auf den Fall des Wissens um einen aufklärungspflichtigen Mangel bedeutet das, dass dieses, ohne dass es sich schon in einer Aufklärungspflicht manifestiert haben muss, auf die übernehmende Gesellschaft übergeht und dieser wie ihr eigenes Wissen voll angerechnet wird.

<sup>51</sup> JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY/ISABELLE ROMY, Die finanzielle Verantwortlichkeit von Gesellschaften innerhalb von Wirtschaftsgruppen für die Sanierungskosten von Altlasten, 2008, 23, Internet: <[https://have.ch/fileadmin/user\\_upload/Newsdateien/Gutachten\\_Zufferey\\_Romy.pdf](https://have.ch/fileadmin/user_upload/Newsdateien/Gutachten_Zufferey_Romy.pdf)> (Abruf 27.01.2022). Vgl. dazu auch HANS CASPAR VON DER CRONE/ANDREAS GERSBACH/Franz J. KESSLER/BRIGITTE VON DER CRONE/KARIN INGBER, *www.fusg.ch*, 2. A., Zürich 2017, N 223, die von einer integralen Übertragung aller Rechtspositionen der übertragenden Gesellschaft sprechen.

## Die Krux der Qualifikation von Bauverträgen (mit praxisrelevanten Auswirkungen auf die Haftungsmodalitäten der Verwirkung und Verjährung)

Roger König\*

### I. Einleitung

#### A. Fiktives Fallbeispiel

Ein Bauherr lässt von einer Architektin ein Hochhaus planen. Die Architektin ist auch für die Bauleitung zuständig. Für die statischen Berechnungen zieht der Bauherr einen Ingenieur bei. Die Bauausführung erfolgt durch einen Generalunternehmer. Während der gesamten Planungs- und Bauzeit wird der Bauherr begleitet durch einen Bauherrenberater.

Drei Jahre nach der Abnahme des Bauwerks werden im dritten Stock Risse an einer Decke entdeckt. Wenig später zeigen sich auch in den übrigen Stockwerken Risse an den Decken. Der Bauherrenberater empfiehlt dem Bauherrn, die Risse gegenüber dem Generalunternehmer sofort als Mangel zu rügen. Rügen gegenüber dem Ingenieur oder der Architektin des Bauherrn erfolgen nicht.

Zwei Jahre später lassen die involvierten Versicherungen gemeinsam ein Gutachten anfertigen. Dieses kommt zum Schluss, dass die Risse entstanden sind,

\* Dr. iur., LL.M. (Paris 1), Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht, selbständiger Rechtsanwalt in Bern.

weil der Ingenieur die Bewehrung falsch dimensioniert hat und der Bewehrungsgehalt zu tief ist. Die Bauleiterin hätte die falsche Dimensionierung gemäss Gutachten erkennen können und müssen.

Es stellt sich die Frage nach der Haftung der Baubeteiligten (Architektin, Ingenieur, Generalunternehmer, Bauherrenberater) gegenüber dem Bauherrn.

### B. Rechtliche Qualifikation der Bauverträge

Ist eine vertragliche Leistung als werkvertragliche Leistung i.S.v. Art. 363 ff. OR zu qualifizieren, so setzt die Mängelhaftung eine rechtzeitige Rüge<sup>1</sup> voraus (Art. 367 OR i.V.m. Art. 370 OR). Ist eine vertragliche Leistung als auftragsrechtliche Leistung i.S.v. Art. 394 ff. OR zu qualifizieren, ist eine Rüge demgegenüber nicht erforderlich. Folglich ist je nach Qualifikation des Bauvertrages eine Rüge erforderlich oder nicht.<sup>2</sup> Die Qualifikation des Bauvertrages kann schon deshalb (wegen der unterschiedlichen Modalitäten betreffend Rüge) fallentscheidend sein. Aber nicht nur: Auch in Bezug auf die Verjährung kann die rechtliche Qualifikation eines Vertrages als Werkvertrag, Auftrag oder gemischter Vertrag entscheidend sein.

Nachfolgend gehe ich zunächst (II.) auf die rechtliche Qualifikation von Bauverträgen ein, welche insbesondere bei Architekten- und Ingenieurverträgen heikel ist. In einem weiteren Schritt (III.) werde ich sodann die praxisrelevanten Auswirkungen der Vertragsqualifikation erläutern betreffend Rüge und Verjährung. Schliesslich (IV.) folgt ein Fazit mit den wichtigsten Erkenntnissen.

### II. Zur rechtlichen Qualifikation von Bauverträgen

#### A. Bauwerkverträge

Unter Bauwerkverträgen werden Verträge verstanden, bei denen sich der Werkunternehmer gegenüber dem Besteller zur «*Leistung von Bauarbeiten* mit oder ohne Lieferung von Werkstoff» gegen Vergütung verpflichtet hat.<sup>3</sup>

– Ein Bauwerkvertrag ist rechtlich als *Werkvertrag* i.S.v. Art. 363 ff. OR zu qualifizieren.<sup>4</sup> Entsprechend gelangen auf den Bauwerkvertrag, soweit die Parteien nichts anderes gültig vereinbart haben, die

<sup>1</sup> Die Rügeobliegenheit des Bestellers (Art. 370 OR) kann vertraglich wegbedungen werden. Vorliegend wird davon ausgegangen, dass die Rügeobliegenheit des Bestellers vertraglich nicht wegbedungen wurde, sondern dass, soweit nichts anderes erwähnt wird, die gesetzlichen Regeln des OR zur Anwendung gelangen.

<sup>2</sup> Vgl. PETER GAUCH/PATRICK MIDDENDORF, Die Planerverträge/Qualifikation, in: Hubert Stöckli/Thomas Siegenthaler (Hrsg.), *Planerverträge, Verträge mit Architekten und Ingenieuren*, 2. A., Zürich 2019, § 1 N 1.29 (FN 67) und N 1.30; vgl. PETER GAUCH, *Der Werkvertrag*, 6. A., Zürich 2019, N 12 f. und 48.

<sup>3</sup> GAUCH (FN 2), N 205.

<sup>4</sup> GAUCH (FN 2), N 205.