

Generalsekretariat
Hochschulstrasse 17
Postfach 7475
3001 Bern
Telefon 031 635 48 07
Fax 031 635 48 17
anwaltspruefungen.bern@justice.be.ch
www.justice.be.ch/obergericht

Prüfungen Sommer 2012
schriftlicher Fall
ZPO / SchKG

APK 12 67

Fall

Der umweltbewusste Hr. Bauheer hat sich entschlossen, mit gutem Beispiel voran zu gehen und fortan überwiegend Strom aus erneuerbaren Energien zu nutzen. Der Bau eines Nullenergiehauses an seinem Wohnsitz in Bern erscheint ihm als erster Schritt zur Umsetzung seines Vorhabens ideal.

Bauheer schliesst am 7. Juli 2004 mit der Firma Allbau AG mit Sitz in Thun/CH, die in der Baubranche einen überaus guten Ruf genießt, einen Vertrag über den Bau eines Nullenergiehauses ab. Das Bauwerk soll auf der Bauheer gehörenden Baulandparzelle Bern, Kreis II, Gb.Bl. Nr. 9999 erstellt werden. Im Vertrag wird neben der genauen Umschreibung der Pflichten der Allbau AG und dem exakten Baubeschrieb ebenfalls ein Pauschalpreis von CHF 1 Mio. vereinbart, der die Kosten für die Herstellung des Bauwerks sowie die Bauleitungskosten, die Erschliessungs- und Umgebungsarbeiten sowie die Vermessungskosten einschliesst. Des Weiteren enthält der Vertrag folgende Klausel:

«Die Allbau AG tritt Bauheer hiermit sämtliche ihr gegen die einzelnen Handwerker, Unternehmer, Lieferanten und Ingenieure zustehenden Garantie-, Sach- und Rechtsgewährleistungsansprüche im vollen Umfang ab, unter Entlassung der Allbau AG aus der Haftung. Die Allbau AG haftet in keiner Weise mehr für solche Ansprüche.»

Die Bauheer gegenüber der Allbau AG zustehenden Gewährleistungsansprüche werden im gesetzlich zulässigen Umfang wegbedungen.»

Für die Erstellung der Baupläne des Nullenergiehauses engagiert Bauheer den New Yorker Stararchitekten Lausejung (Wohnsitz in New York/USA), den er noch von seinen früheren Amerikareisen kennt.

Die Fachplanung für Energie und Technik soll die Spezialfirma DIBE AG (Sitz in Zug/CH) übernehmen. Der entsprechende Vertrag zwischen Allbau AG und DIBE AG wird insgesamt der SIA-Norm 118 unterstellt. Im Vertrag finden sich u.a. folgende Klauseln:

"Die gemeinsame Prüfung und die Abnahme des vom Subunternehmer hergestellten Werkes erfolgen gemäss SIA-Norm 118. Das Ende der Garantie- und Verjährungsfristen wird jedoch nicht von der Abnahme bzw. Teilabnahme an berechnet, sondern erst ab der Abnahme des von der Generalunternehmung hergestellten Werkes durch den Bauherrn, wenn diese Abnahme später als die

L. M. M. M.



Abnahme des Werkes des Subunternehmers durch die Generalunternehmung erfolgt."

„Erfüllungsort Bern.“

„Für die Beurteilung von Streitigkeiten, die sich aus dem vorliegenden Vertragsverhältnis ergeben, sind die Gerichte in Bern/CH zuständig.“

Aus Kostengründen möchte Bauheer die photovoltaischen Dach-Solarpanels unbedingt aus China importieren. Er hat im Internet bereits deutschsprachige Angebote von der Chinasolar Inc. mit Preisen in Schweizer Franken gesehen und ist überzeugt, damit ein Schnäppchen zu landen. Nach Absprache mit der Allbau AG bestellt Bauheer die Panels direkt von seinem Heimcomputer aus über das Webformular auf der Angebotswebsite bei der chinesischen Lieferantin Chinasolar Inc. mit Sitz in Shanghai/CHN zu einem Preis von CHF 30'000.--.

Die **Abnahme des Neubaus** inkl. der fertigen Photovoltaikanlage erfolgt am 18. September 2006 durch die Allbau AG. Am 12. Dezember 2007 wird das gesamte neu erstellte Bauwerk sodann von Bauheer abgenommen. Noch am selben Tag begleicht Bauheer den von der Allbau AG in Rechnung gestellten Pauschalbetrag von CHF 1 Mio. sowie das Architektenhonorar des Lausejung für die Erstellung der Baupläne über CHF 100'000.--.

Bauheer ist vorerst sehr zufrieden mit seinem neuen Haus. Doch Ende Januar 2012 drängt sich bei ihm der Verdacht auf, dass die Energiebilanz des Gebäudes negativ sein könnte. Er erhält zu diesem Zeitpunkt nämlich erstmals eine detaillierte Energierechnung von seiner Stromversorgerin. Um sicher zu sein, gibt Bauheer bei der renommierten Bauprüfungsgesellschaft Revibau GmbH ein Gutachten in Auftrag. Das Gutachten vom 5. Februar 2012 zeigt, dass die bei den Solarpanels verwendeten Modulrahmen teilweise verbogen sind. Zugleich wird die Energiegewinnung der Photovoltaikanlage stark eingeschränkt, was u.a. auf die architektonische Konzeption des Daches zurückzuführen ist. Um eine einwandfreie Stromerzeugung zu gewährleisten, müsste u.a. der Kamin auf dem Dach um ca. zwei Meter verschoben werden, da dieser zu viel Schatten auf die Solarpanels wirft. Für die Dachneukonstruktion sei mit Kosten von CHF 50'000.-- zu rechnen.

Sofort nach Erhalt des Befundes der Revibau GmbH verlangt Bauheer mit Schreiben vom 6. Februar 2012 von der Allbau AG in einer schriftlichen Mängelrüge die Ablieferung eines mängelfreien Werkes. Die Allbau AG bleibt davon jedoch unbeeindruckt, weist Bauheer auf die vertragliche Abtretung der Gewährleistungsrechte hin, verweist ihn an die Subunternehmer und übergibt ihm eine Liste derselben. Darüber hinaus sei, soweit die Allbau AG das beurteilen könne, ohnehin der Architekt Lausejung an allem Schuld und Bauheer solle sich doch an diesen halten. Er selber habe auf jeden Fall nichts mit der Sache zu tun.

In weiteren Schreiben vom 13. Februar 2012 zeigt Bauheer der DIBE AG und der Chinasolar Inc. an, dass er ihre Leistungen nicht als vertragsgemäss anerkenne und Verbesserung der Mängel verlange.

Dem Architekten Lausejung lässt Bauheer wenig später ein Schreiben zugehen, in welchem er seiner Enttäuschung über dessen mangelhafte Bauplanung freien Lauf lässt. Er bezeichnet ihn als Amateur und kündigt ihm unmissverständlich die langjährige Freundschaft. Lausejung, der sich keiner Schuld bewusst ist und sich von Bauheer ungerecht behandelt fühlt, leitet, ohne auf das Schreiben von Bauheer zu reagieren, am 26. März 2012 an seinem Wohnsitz in New York/USA eine negative Feststellungsklage gegen Bauheer ein. Er beantragt, es sei festzustellen, dass er Bauheer aus dem Architektenvertrag nichts schulde.

Da sich keine der angeschriebenen Personen bzw. Gesellschaften vernehmen lässt und auch nach erneutem Mahnschreiben keine Reaktion kommt, sieht sich Bauheer gezwungen, den Rechtsanwalt Gierig (vom Anwaltsbüro Gierig und Partner in Belp) mit der Wahrung seiner Interessen zu beauftragen.

Kaum mandatiert beantragt Gierig im Namen und Auftrag des Bauheer beim zuständigen Gericht eine vorsorgliche Beweisaufnahme, welche in der Folge durchgeführt wird und zu denselben Ergebnissen gelangt, wie bereits das Gutachten der Revibau GmbH vom 5. Februar 2012.

Am 31. Mai 2012 ersucht Bauheer die Schlichtungsbehörde der Region Bern-Mittelland um Durchführung einer Schlichtungsverhandlung gegen die Beklagten Allbau AG, DIBE AG, Chinasolar Inc. und Lausejung. Am ordnungsgemäss angesetzten Termin vom 15. Juni 2012 erscheint an der Schlichtungsverhandlung neben dem Kläger jedoch keine der Gegenparteien.

Am 16. Juli 2012 reicht Bauheer beim Regionalgericht Bern-Mittelland Klage gegen die Allbau AG, DIBE AG, Chinasolar Inc. und Lausejung ein mit den Anträgen;

1. Die Beklagten Allbau AG und Lausejung seien je zur Abgabe eines mängelfreien Werkes innert gerichtlich zu bestimmender Frist zu verpflichten.
2. Die Beklagte Chinasolar Inc. sei zu verpflichten, dem Kläger CHF 30'000.— zu bezahlen.
3. Die Beklagten Allbau AG, DIBE AG und Lausejung seien solidarisch zu verpflichten, dem Kläger CHF 55'000.— zu bezahlen.
4. Die Beklagte DIBE AG sei zudem zu verpflichten, dem Kläger CHF 3'000.— zu bezahlen.
5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

Zur Begründung seiner Klage führt Bauheer (vertreten durch Gierig) an:

Die Allbau AG habe die Oberaufsicht über den Bau ausgeübt. Wenn nun der Bau nicht den Ansprüchen des Bestellers entspreche, habe die Allbau AG ebenso wie alle anderen Beteiligten dafür gerade zu stehen.

Lausejung habe mit seinen Plänen die „Basis“ für den fehlerhaften Bau geschaffen. Er habe von Lausejung als erfahrenem Architekten erwarten können, dass dieser im Stande sei, ein Dach so zu konstruieren, dass eine Fotovoltaikanlage funktionieren könne. Lausejung sei somit zu verpflichten, neue Pläne zu erstellen und sich an den Kosten des Umbaus des Daches und den ihm verursachten Mehrausgaben für Energiekosten zu beteiligen.

Die von Chinasolar Inc. gelieferten Panels seien defekt geliefert worden, weshalb eine Energiegewinnung damit kaum möglich sei. Die gelieferte Ware würde ihren Hauptzweck nicht erfüllen und es müsse das Geld zurückerstattet werden.

Was schliesslich die Spezialfirma DIBE AG betreffe, so sei dieser – wie auch dem Architekten Lausejung – die gesamte Fehlplanung der Photovoltaikanlage zuzurechnen. Sie habe deshalb ihre Pflichten derart verletzt, dass sie die Kosten für die verbesserte Planung, die durch den renommierten Fachplaner Büschi erfolgt sei, zu tragen habe. Zusätzlich habe sie sich für die Neukonstruktion des Daches und die Energiekosten zu verantworten. Sollte die DIBE AG eine Verjährung der Ansprüche geltend machen, so sei auf die vertragliche Abmachung, wonach von der SIA-Norm 118 abgewichen werde, verwiesen.

Bauheer legt der Klageschrift ~~Belege~~ über die zusätzlichen Energiekosten (CHF 5'000.—), den Kaufpreis der Panels (CHF 30'000.—), die Kosten der Ersatzvornahme durch Herrn Büschi für die Pläne (CHF 3'000.—) und das Gutachten der Revibau GmbH (Neukonstruktion Dach CHF 50'000.—) bei.

Die Beklagten führen dagegen Folgendes aus und stellen die entsprechenden Anträge:

Die Allbau AG bestreitet die Zuständigkeit des Gerichts. Sie beharrt im Übrigen auf dem Standpunkt, sie habe aufgrund rechtsgültiger Abtretung der Gewährleistungsrechte nichts mehr mit der Sache zu tun und sei auf keinen Fall haftbar.

Auch Lausejung bestreitet in seiner Rechtsschrift die Zuständigkeit des Gerichts. Die Streitsache sei zudem bereits in den USA zur Beurteilung vor einem staatlichen Gericht hängig, weshalb schon gar nicht auf die gegen ihn gerichtete Klage eingetreten werden könne. Lausejung macht weiter geltend, er habe die Pläne nach bestem Wissen und Gewissen erstellt. Den seiner Meinung nach „unnatürlichen Winkel“ der Sonneneinstrahlung in der Schweiz habe er als Amerikaner nicht gekannt. Bauheer oder die Allbau AG hätten ihn auf diesen aufmerksam machen müssen.

Chinasolar Inc. bestreitet die Zuständigkeit des Gerichts und führt eventualiter aus, Bauheer hätte ihr gegenüber schon viel früher Ansprüche aus der Lieferung von allfällig mangelbehafteter Ware geltend machen müssen. Heute sei das nicht mehr möglich. Das Problem, dass Bauheer keine Solarenergie gewinnen könne, betreffe sie nicht, denn sie könne nichts dafür, dass der Architekt falsch konstruiert habe. Sie schulde Bauheer deshalb nichts.

Die DIBE AG bestreitet nicht, bei der Planung von Energie und Technik gewisse „Fehleinschätzungen“ getroffen zu haben. Dies sei jedoch vorliegend nicht von Bedeutung, da die Ansprüche gegen sie verjährt seien.

Hinweise zum Verfahren:

Der Gerichtskostenvorschuss ist vom Kläger geleistet worden.

Die Höhe der geltend gemachten Forderungen ist unbestritten. Das Gericht schliesst die Hauptverhandlung ab, ohne ein weiteres Beweisverfahren durchzuführen.

Aufgabe:

Redigieren Sie den begründeten Entscheid des Regionalgerichts Bern-Mittelland (inkl. Rubrum, Dispositiv und schriftlichen Erwägungen).

Begründen Sie zuerst die Eintretensfrage. Verfassen Sie sodann unabhängig von der Beantwortung der Eintretensfrage zu allen geltend gemachten Ansprüchen eine Entscheidung in der Sache.

Es sind auch Erwägungen zum anwendbaren Recht zu machen. Bei der Urteilsbegründung ist unabhängig von Ihrer Schlussfolgerung betreffend anwendbarem Recht schweizerisches Recht anzuwenden, unter Ausschluss des CISG.

Für Prozessgeschichte und Sachverhalt kann auf die Aufgabenstellung verwiesen werden.

Gesetzestexte/Regelwerke:

LugÜ, IPRG, ZGB, OR, ZPO, EG ZSJ, GSOG, sowie einen Auszug aus dem Regelwerk des Schweizerischen Ingenieur- und Architektenvereins SIA-Norm 118 (Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten; Art. 157 ff.).

Schweizerischer
Ingenieur- und Architekten-Verein

sia

Norm
Ausgabe 1977/91

118

Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten

Herausgeber:
Schweizerischer Ingenieur- und Architekten-Verein
Postfach, 8039 Zürich

6 ABNAHME DES WERKES UND HAFTUNG FÜR MÄNGEL

6 1 ABNAHME

6 11 Gegenstand und Wirkung

Art. 157

- ¹ Gegenstand der Abnahme kann das vollendete Werk (Art. 1) sein oder, falls sich aus dem Werkvertrag nicht etwas anderes ergibt, auch ein in sich geschlossener vollendeter Werkteil.
- ² Mit der Abnahme ist das Werk (oder der Werkteil) abgeliefert. Es geht in die Obhut des Bauherrn über; dieser trägt fortan die Gefahr. Sowohl die Garantie- als auch die Verjährungsfrist für Mängelrechte des Bauherrn beginnen zu laufen (Art. 172 Abs. 2, Art. 180 Abs. 1).

6 12 Anzeige der Vollendung; gemeinsame Prüfung

Art. 158

- ¹ Der Unternehmer leitet die Abnahme dadurch ein, dass er der Bauleitung die Vollendung des Werkes oder eines in sich geschlossenen Werkteils (Art. 157 Abs. 1) anzeigt. Die Anzeige erfolgt mündlich oder schriftlich. Nimmt indessen der Bauherr ein vollendetes ganzes Werk von sich aus in Gebrauch (z. B. zum Weiterbau), so wird es gleich gehalten, wie wenn die Anzeige in diesem Zeitpunkt erfolgt wäre.
- ² Auf die Anzeige hin wird das Werk (oder der Werkteil) von der Bauleitung gemeinsam mit dem Unternehmer innert Monatsfrist geprüft. Der Unternehmer nimmt an der Prüfung teil und gibt die erforderlichen Auskünfte. Die Bauleitung kann Belastungsproben und andere Prüfungen nach Art. 139 Abs. 1 und 2 anordnen.
- ³ Über das Ergebnis der Prüfung wird in der Regel ein Protokoll aufgenommen und sowohl von der Bauleitung als auch vom Unternehmer durch Unterzeichnung anerkannt. Das Protokoll hält den Zeitpunkt fest, an dem die Prüfung abgeschlossen wurde.

6 13 Abnahme des geprüften Werkes

6 131 *Abnahme des mängelfreien Werkes*

Art. 159

Zeigen sich bei der gemeinsamen Prüfung (Art. 158 Abs. 2) keine Mängel (Art. 166), so ist das Werk (oder der Werkteil) mit Abschluss der Prüfung abgenommen.

6 132 *Abnahme bei unwesentlichen Mängeln*

Art. 160

Zeigen sich bei der gemeinsamen Prüfung (Art. 158 Abs. 2) Mängel, die im Verhältnis zum ganzen Werk (oder Werkteil) unwesentlich sind, so findet die Abnahme gleichwohl mit Abschluss der gemeinsamen Prüfung statt; doch hat der Unternehmer die festgestellten Mängel innert angemessener Frist, die der Bauherr ansetzt, zu beheben (Art. 169).

6 133 *Zurückstellung bei wesentlichen Mängeln*

Art. 161

- ¹ Zeigen sich bei der gemeinsamen Prüfung (Art. 158 Abs. 2) wesentliche Mängel, so wird die Abnahme zurückgestellt. Trotz der Zurückstellung kann das Werk (oder der Werkteil) dem Bauherrn in gegenseitigem Einverständnis zum Weiterbau oder zur Ingebrauchnahme überlassen werden.
- ² Der Bauherr setzt dem Unternehmer ohne Versäumnis eine angemessene Frist zur Behebung der Mängel.
- ³ Der Unternehmer beseitigt die Mängel innerhalb der angesetzten Frist und zeigt dem Bauherrn den Abschluss der Verbesserung unverzüglich an. Darauf werden die beanstandeten Bauteile innert Monatsfrist nochmals gemeinsam geprüft. Zeigen sich keine wesentlichen Mängel mehr, so ist das Werk (oder der Werkteil) mit Abschluss dieser Prüfung abgenommen.

6 134 *Abnahme trotz wesentlicher Mängel*

Art. 162

Trotz wesentlicher Mängel erfolgt die Abnahme:

- wenn der Bauherr nach Abschluss der gemeinsamen Prüfung (Art. 158 Abs. 2) nicht ohne Verschmäumnis Frist zur Behebung der festgestellten wesentlichen Mängel ansetzt (Art. 161 Abs. 2); alsdann gilt das Werk (oder der Werkteil) trotz dieser Mängel mit Abschluss der Prüfung als abgenommen; der Bauherr bleibt aber berechtigt, die Beseitigung der Mängel zu verlangen und gegebenenfalls die übrigen Mängelrechte gemäss Art. 169 und Art. 171 geltend zu machen
- 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 Verschmäumnis, gestützt auf Art. 169, entweder weiterhin auf der Verbesserung beharrt oder vom Vertrag zurücktritt; alsdann gilt das Werk (oder der Werkteil) trotz dieser Mängel mit Abschluss der nochmaligen Prüfung (Art. 161 Abs. 3) als abgenommen, jedoch unbeschadet der Mängelrechte des Bauherrn (Art. 169, Art. 171)
- wenn der Bauherr sein Minderungsrecht gemäss Art. 169 Abs. 1 Ziff. 2 ausübt; alsdann wird das Werk (oder der Werkteil) zugleich mit der Minderungserklärung abgenommen, sofern die Abnahme nicht schon früher stattgefunden hat.

6 135 *Abnahme bei Verzicht auf die Geltendmachung von Mängeln*

Art. 163

- ¹ Hat die Bauleitung bei der gemeinsamen Prüfung (Art. 158 Abs. 2) 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 hindert in keinem Falle, dass die Abnahme mit Abschluss der Prüfung eintritt; für ihn entfällt die Haftung des Unternehmers in dem Umfang, als der Mangel von der Bauleitung erkannt wurde.
- ² 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 Falle ist die Vermutung unwiderleglich.

6 14 **Abnahme ohne Prüfung**

Art. 164

- ¹ Unterbleibt nach Anzeige der Vollendung (Art. 158 Abs. 1) die gemeinsame Prüfung innert Monatsfrist deswegen, weil entweder keine der Parteien die Prüfung verlangt oder von seiten des Bauherrn die Mitwirkung unterlassen wird, so gilt das Werk (oder der Werkteil) mit Ablauf dieser Frist dennoch als abgenommen.
- ² Keine Abnahme findet jedoch statt, solange die gemeinsame Prüfung deswegen unterbleibt, weil der Unternehmer die Mitwirkung unterlässt.
- ³ Unterbleibt nach Anzeige der Verbesserung (Art. 161 Abs. 3) die nochmalige Prüfung des Werkes (oder des Werkteils) innert Monatsfrist, so gelten Abs. 1 und 2 sinngemäss.

6 2 **HAFTUNG FÜR MÄNGEL**

6 21 **Grundsatz**

Art. 165

- ¹ Der Unternehmer haftet dafür, dass sein Werk (Art. 1) keine Mängel im Sinne von Art. 166 aufweist.
- ² Er haftet ohne Rücksicht auf die Ursache des Mangels (z. B. unsorgfältige Arbeit, Verwendung untauglichen Materials, eigenmächtiges Abweichen von Plänen und Vorschriften der Bauleitung) und unabhängig vom Verschulden. Vorbehalten bleiben Art. 166 Abs. 4 (Verschulden des Bauherrn oder der Bauleitung) und Art. 171 Abs. 2 (Schadenersatzpflicht des Unternehmers nur bei Verschulden).

6 22 **Begriff des Mangels**

Art. 166

- ¹ Mangel des Werkes im Sinne dieser Norm ist nur eine Abweichung des Werkes vom Vertrag (sei es ein «Mangel» oder eine «sonstige Abweichung vom Vertrag» gemäss Art. 368 OR).
- ² Der Mangel besteht entweder darin, dass das Werk eine zugesicherte oder sonstige vereinbarte Eigenschaft nicht aufweist; oder darin, dass ihm eine Eigenschaft fehlt, die der Bauherr auch ohne besondere Vereinbarung in guten Treuen erwarten durfte (z. B. Tauglichkeit des Werkes für den vertraglich vorausgesetzten oder üblichen Gebrauch).
- ³ Wird ein vollendeter Werkteil gesondert abgenommen (Art. 157 Abs. 1), so gilt als Mangel jede Abweichung dieses Teils vom Vertrag.
- ⁴ Kein Mangel ist ein vertragswidriger Zustand des Werkes (oder Werkteils), den ausschliesslich der Bauherr oder eine Hilfsperson des Bauherrn (z. B. die Bauleitung) verschuldet hat (Selbstverschulden, Art. 369 OR), insbesondere ein Zustand, der auf einen Fehler in den Ausführungsunterlagen (Art. 99 ff.) zurückzuführen ist. Kein Selbstverschulden des Bauherrn liegt vor, wenn der Unternehmer seine Anzeige- oder Abmahnungspflicht (Art. 25) verletzt hat.

6 23 **Haftung des Unternehmers in besonderen Fällen**

6 231 *Selbst vorgeschlagene und berechnete Konstruktionen oder Ausführungsarten*

Art. 167

Der Unternehmer haftet namentlich auch für Mängel seines Werkes (Art. 1), die verursacht sind durch von ihm vorgeschlagene Konstruktionen oder Ausführungsarten sowie durch seine statische Berechnung und konstruktive Bearbeitung. Dagegen haftet er nicht für die Richtigkeit der durch den Bauherrn bekanntgegebenen Anforderungen, Gegebenheiten und Annahmen.

6 232 *Arbeiten von Subunternehmern, Reglearbeiten und Arbeiten mit vorgeschriebenen Baustoffen*

Art. 168

Für Arbeiten seiner Subunternehmer haftet der Unternehmer gemäss Art. 29 Abs. 2 und 5. Bezüglich der Haftung für Reglearbeiten gilt Art. 57. Für Arbeiten mit vorgeschriebenen Baustoffen gilt Art. 136 Abs. 2.

6 24 **Rechte des Bauherrn bei Mängeln (Mängelrechte)**

6 241 *Recht auf Verbesserung, Minderung und Rücktritt*

Art. 169

- ¹ Bei jedem Mangel hat der Bauherr (abgesehen vom Schadenersatzrecht nach Art. 171) zunächst einzig das Recht, vom Unternehmer die Beseitigung des Mangels innerhalb angemessener Frist zu verlangen (Recht auf Verbesserung, Art. 160, Art. 161 Abs. 2, Art. 162, Art. 174 Abs. 2, Art. 179 Abs. 2). Soweit der Unternehmer Mängel innerhalb der vom Bauherrn angesetzten Frist nicht behebt, ist der Bauherr berechtigt, nach seiner Wahl:
 1. entweder weiterhin auf der Verbesserung zu beharren; dies jedoch nur dann, wenn die Verbesserung im Verhältnis zu seinem Interesse an der Mängelbeseitigung nicht übermässige Kosten verursacht (Art. 368 Abs. 2 OR). Der Bauherr kann die Verbesserung statt durch den Unternehmer auch durch einen Dritten ausführen lassen oder sie selbst vornehmen, beides auf Kosten des Unternehmers (Art. 170)
 2. oder einen dem Minderwert des Werkes entsprechenden Abzug von der Vergütung zu machen (Minderung, Art. 368 Abs. 2 OR). Hat der Bauherr (oder eine Hilfsperson des Bauherrn) den Mangel mitverschuldet, so ist der Abzug entsprechend zu verringern
 3. oder vom Vertrag zurückzutreten; dies jedoch nur dann, wenn die Entfernung des Werkes nicht mit unverhältnismässigen Nachteilen für den Unternehmer verbunden ist und die Annahme dem Bauherrn nicht zugemutet werden kann (Art. 368 Abs. 1 und 3 OR). Mit dem Rücktritt wird der Bauherr von der Pflicht zur Leistung einer Vergütung befreit; bereits bezahlte Vergütungen kann er zurückfordern. Das Werk steht dem Unternehmer zur Verfügung; es kann vom Bauherrn aus dem Grundstück entfernt werden, und zwar auf Kosten des Unternehmers, wenn dieser die Entfernung nicht innerhalb einer angemessenen Frist selbst vornimmt.
- ² Hat sich der Unternehmer ausdrücklich geweigert, eine Verbesserung vorzunehmen, oder ist er hiezu offensichtlich nicht imstande, so stehen dem Bauherrn die Mängelrechte gemäss Abs. 1 Ziff. 1—3 schon vor Ablauf der Verbesserungsfrist zu.

6 242 *Kosten der Verbesserung*

Art. 170

- ¹ Die Kosten einer Verbesserung (Art. 169) trägt der Unternehmer; eingeschlossen sind die Kosten zur Beseitigung aller Schäden, die an andern Arbeiten wegen der Mängelbeseitigung entstehen, sowie allfällige Mehrkosten der Bauleitung.
- ² Kosten, die dem Bauherrn auch bei ursprünglich mängelfreier Ausführung entstanden wären, trägt der Bauherr.
- ³ Hat der Bauherr (oder eine Hilfsperson des Bauherrn) einen Mangel mitverschuldet, so sind die Verbesserungskosten zwischen Unternehmer und Bauherrn angemessen zu verteilen.

6 243 *Weiteres Mängelrecht: Recht auf Schadenersatz*

Art. 171

- ¹ Ist wegen eines Mangels ein Schaden entstanden (z. B. Brandschaden oder Schaden infolge Betriebsstörung), so hat der Bauherr neben und ausser den Rechten nach Art. 169 das Recht auf Schadenersatz nach Massgabe der Art. 368 und 97 ff. OR. Jedoch hat er kein Recht, Schadenersatz gemäss Art. 97 ff. OR anstelle der Mängelrechte nach Art. 169 geltend zu machen.
- ² Der Unternehmer ist von der Ersatzpflicht befreit, wenn er nachweist, dass ihn kein Verschulden trifft (Art. 97 OR). Für Schaden, den seine Hilfspersonen verursacht haben, haftet er, wie wenn er ihn selbst verursacht hätte (Art. 101 OR). Der Umfang der Ersatzpflicht bestimmt sich nach Art. 99 OR.

6 3 **GARANTIEFRIST (RÜGEFRIST)***

6 31 **Bestand und Dauer**

Art. 172

- ¹ Ist nicht etwas anderes vereinbart, so besteht eine Garantiefrist (Rügefrist) von zwei Jahren. Hinsichtlich der Dauer der Garantiefrist (Rügefrist) gehen andere Normen des SIA oder im Einvernehmen mit dem SIA aufgestellte Normen anderer Fachverbände vor, wenn sie Vertragsbestandteil sind (Art. 21).
- ² Die Garantiefrist (Rügefrist) beginnt für das Werk oder einzelne Werkteile mit dem Tag der Abnahme zu laufen.

6 32 **Bedeutung**

6 321 *Recht zu jederzeitiger Mängelrüge*

Art. 173

- ¹ Während der Garantiefrist (Rügefrist) kann der Bauherr in Abweichung vom Gesetz (Art. 367 und Art. 370 OR) Mängel aller Art jederzeit rügen.
- ² Dieses Recht zur jederzeitigen Mängelrüge besteht auch für Mängel, die zur Vermeidung weiteren Schadens unverzüglich behoben werden müssen. Doch hat der Bauherr, der einen solchen Mangel nicht sofort nach der Entdeckung rügt, den weiteren Schaden selbst zu tragen, der bei unverzüglicher Behebung des entdeckten Mangels hätte vermieden werden können.

6 322 *Haftung des Unternehmers*

Art. 174

- ¹ Der Unternehmer haftet für alle Mängel (Art. 166), die der Bauherr während der Garantiefrist (Rügefrist) rügt (Art. 173). Von der Haftung ausgenommen sind einzig Mängel, für die das Werk (oder der Werkteil) gemäss Art. 163 als genehmigt gilt.
- ² Der Bauherr setzt dem Unternehmer eine angemessene Frist** zur Verbesserung eines gerügten Mangels an. Die Art. 169–171 sind anzuwenden.
- ³ Wird streitig, ob ein behaupteter Mangel wirklich eine Vertragsabweichung darstellt und daher ein Mangel im Sinne dieser Norm ist, so liegt die Beweislast beim Unternehmer.

* eingefügt um zu vermeiden, dass die Garantiefrist mit der Verjährungsfrist (Art. 180) verwechselt wird.

** Die Mängelbehebung darf i. d. Regel nicht bis zum Ablauf der Garantiefrist (Rügefrist) aufgeschoben werden.

6 323 **Besichtigungsrecht des Unternehmers**

Art. 175

Der Unternehmer ist berechtigt, das Werk während der Garantiefrist (Rügefrist) nach jeweiliger Vereinbarung zu besichtigen.

6 33 **Neubeginn des Fristenlaufes**

Art. 176

- ¹ Nach Behebung eines während der Garantiefrist (Rügefrist) gerügten Mangels findet für den Instandgestellten Teil auf Anzeige des Unternehmers eine Prüfung und Abnahme nach Massgabe der Art. 157 ff. statt.
- ² Mit dem Tag der Abnahme beginnt die Garantiefrist (Rügefrist) für den Instandgestellten Teil neu zu laufen. Unwesentliche Mängel unterbrechen die Garantiefrist (Rügefrist) nicht.

6 34 **Schlussprüfung**

Art. 177

Auf Verlangen der einen oder der anderen Seite ist vor Ablauf der Garantiefrist (Rügefrist) der Zustand des Werkes zur Beweissicherung gemeinsam festzustellen. Über diese Schlussprüfung wird ein Protokoll aufgenommen und von den Beteiligten unterschriftlich anerkannt.

6 4 **RECHTSLAGE NACH ABLAUF DER GARANTIEFRIST (RÜGEFRIST)**

6 41 **Wirkung des Fristablaufes**

Art. 178

- ¹ Mit Ablauf der Garantiefrist (Rügefrist) erlischt das Recht des Bauherrn, vorher entdeckte Mängel zu rügen. Hingegen bleiben die Rechte des Bauherrn aus bereits gerügten Mängeln unter Vorbehalt der Verjährung (Art. 180) fortbestehen.
- ² Mängel, die schon während der Garantiefrist (Rügefrist) offensichtlich waren, gelten unwiderleglich als vor deren Ablauf entdeckt, weshalb sie nach Ablauf der Garantiefrist (Rügefrist) nicht mehr gerügt werden können.

6 42 **Haftung für verdeckte Mängel**

Art. 179

- ¹ Verdeckte Mängel im Sinne dieser Norm sind solche Mängel, die der Bauherr erst nach Ablauf der Garantiefrist (Rügefrist) (Art. 172 ff.) entdeckt.
- ² Der Unternehmer haftet für verdeckte Mängel, sofern sie vom Bauherrn sofort nach der Entdeckung gerügt werden (vgl. aber Art. 178 Abs. 2 und Art. 179 Abs. 3 und 4). Der Bauherr setzt dem Unternehmer eine angemessene Frist zur Beseitigung der Mängel an. Die Art. 169—171 sind anzuwenden.
- ³ Der Unternehmer haftet indessen nicht für verdeckte Mängel (Abs. 1), welche die Bauleitung schon bei der gemeinsamen Prüfung (Art. 158 Abs. 2) hätte erkennen können; es sei denn, er habe die Mängel absichtlich verschwiegen.
- ⁴ Im Falle einer Abnahme ohne Prüfung (Art. 164) haftet der Unternehmer nicht für verdeckte Mängel (Abs. 1), die der Bauherr durch Prüfung des abgenommenen Werkes (oder Werkteils) noch vor Ablauf der Garantiefrist (Rügefrist) hätte erkennen können; es sei denn, der Unternehmer habe die Mängel absichtlich verschwiegen.
- ⁵ Wird streitig, ob ein behaupteter verdeckter Mangel wirklich eine Vertragsabweichung darstellt und daher ein Mangel im Sinne dieser Norm ist, so liegt die Beweislast beim Bauherrn.

6 5 **VERJÄHRUNG**

Art. 180

- ¹ Die Mängelrechte des Bauherrn verjähren fünf Jahre nach Abnahme des Werkes oder Werkteils.
- ² Die Rechte aus Mängeln, die der Unternehmer absichtlich verschwiegen hat, verjähren dagegen in 10 Jahren.

6 6 **SICHERHEITSLAISTUNG DES UNTERNEHMERS NACH DER ABNAHME**

6 61 **Solidarbürgschaft**

Art. 181

- ¹ Der Unternehmer leistet vor Auszahlung des Rückbehaltes (Art. 152) Sicherheit für seine Haftung wegen Mängeln, die bei der gemeinsamen Prüfung oder während der Garantiefrist (Rügefrist) gerügt werden. Die Sicherheit besteht in der Solidarbürgschaft einer namhaften Bank oder Versicherungsgesellschaft.
- ² Der Haftungsbetrag des Bürgen bemisst sich nach der Totalsumme der vom Bauherrn für das gesamte Werk zu leistenden Vergütungen jeder Art. Er beläuft sich auf 10 % dieser Summe; übersteigt aber die Summe Fr. 200 000.—, so beläuft er sich auf 5 % der ganzen Summe, jedoch mindestens auf Fr. 20 000.— und höchstens auf Fr. 1 000 000.—.
- ³ Die Bürgschaft ist für so lange zu leisten, bis alle zu verbürgenden Mängelrechte erloschen sind.*** Sind bis zum Ablauf der Garantiefrist (Rügefrist) keine Mängel gerügt worden, so kann der Unternehmer vom Bauherrn verlangen, dass dieser den Solidarbürgen sofort befreie. Ferner hat er Anspruch darauf, dass ihm der Bauherr zuhanden der Bürgen das Erlöschen allfälliger Mängelrechte schriftlich bestätige.

6 62 **Bargarantie**

Art. 182

Ausnahmsweise kann anstelle der Solidarbürgschaft eine Bargarantie mit angemessener Verzinsung als Sicherheit vereinbart werden. Auf Verlangen des Unternehmers stellt der Bauherr das Guthaben des Unternehmers aus Bargarantie sicher.

*** Die Bürgschaft ist für die Dauer der Garantiefrist (Rügefrist) zu leisten. Die Verpflichtung des Bürgen dauert jedoch bis zur Behebung sämtlicher, vor Ablauf der Garantiefrist (Rügefrist) gerügten Mängel. Vorbehalten bleibt der Eintritt der Verjährung.