

Liechtenstein-Institut  
Forschung und Lehre

Klaus Tschüscher

**Überblick über die Gewährleistungspflicht  
des Unternehmers im liechtensteinischen  
Bauwerkvertragsrecht**

Beiträge Nr. 10/1996

Für die in den Beiträgen zum Ausdruck gebrachten Meinungen  
sind die jeweiligen Verfasser verantwortlich.

Klaus Tschütscher

**Überblick über die Gewährleistungspflicht  
des Unternehmers im liechtensteinischen  
Bauwerkvertragsrecht**

Beiträge Nr. 10/1996





# Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung .....	5
II.	System der werkvertraglichen Gewährleistung gemäss Gesetz (ABGB).....	7
	1. Allgemeine Voraussetzungen der Gewährleistungsrechte.....	8
	A. Ablieferung des Werks .....	8
	B. Werkmangel .....	11
	C. Fehlendes Selbstverschulden des Bauherrn.....	13
	2. Die Gewährleistungsrechte und deren Inhalt .....	16
	A. Wandelungsrecht.....	17
	B. Minderungsrecht .....	18
	C. Recht auf Verbesserung (Verbesserungsrecht) .....	19
	3. Recht auf Schadenersatz und Gewährleistung .....	20
	4. Zur Gewährleistung beim Werklieferungsvertrag.....	21
III.	System der werkvertraglichen Gewährleistung gemäss SIA-Norm 118 .....	22
	1. Zur SIA-Norm 118 im allgemeinen .....	22
	2. Allgemeine Voraussetzungen der Mängelrechte.....	22
	A. Werkmangel/fehlendes Selbstverschulden des Bauherrn .....	23
	B. Abnahme des Bauwerks.....	23
	C. Mängelrüge .....	24
	3. Die Mängelrechte.....	25
	A. Allgemeines.....	25
	B. Das Nachbesserungsrecht .....	26
	C. Schadenersatz: Ersatz des Mangelfolgeschadens.....	26
IV.	Schlussbemerkungen .....	26
	<i>Abkürzungsverzeichnis</i> .....	28
	<i>Literaturverzeichnis</i> .....	29



# Überblick über die Gewährleistungspflicht des Unternehmers im liechtensteinischen Bauwerkvertragsrecht\*

## I. Einleitung

**1. Ausgangslage.** Bauwerkverträge sind eine der bedeutendsten und herausragendsten Erscheinungsformen des Werkvertragsrechts. Das besondere Merkmal der Bauwerkverträge besteht darin – und von daher tragen sie auch ihren Namen –, dass die Unternehmerleistung auf die Errichtung eines Bauwerks gerichtet ist<sup>1</sup>. Der Ausdruck Bauwerk ist mehrdeutig. In der Umgangssprache versteht man darunter im allgemeinen nur eine ganze Baute, z.B. ein Haus, eine Strasse oder ein Schwimmbecken. In der Rechtssprache wird der Ausdruck regelmässig in einem weiteren Sinne verstanden: Nicht nur die Baute, sondern jedes Werk, das sich auf eine Baute bezieht, ist ein Bauwerk. Bauwerk in diesem Sinne ist z.B. auch ein Hausdach oder ein Maueranstrich. 1

Die am Bauwerkvertrag Beteiligten sind einerseits der Bauherr – in der gesetzlichen Terminologie der Besteller –, andererseits der Bauunternehmer – in der gesetzlichen Terminologie der Unternehmer. 2

Mit dem Abschluss eines Bauwerkvertrags verpflichtet sich der Unternehmer zur Herstellung (Arbeitsobligation) und Ablieferung (Ablieferungspflicht) eines Bauwerks. Dieses Bauwerk schuldet der Unternehmer aber nicht irgendwie, sondern mängelfrei. Der Unternehmer, der ein mit Mängeln behaftetes Bauwerk erstellt, hat grundsätzlich für die Mängel seines Werkes einzustehen. Man spricht in diesem Zusammenhang von der Gewährleistungspflicht bzw. der Mängelhaftung des Unternehmers (zur Terminologie unten Nr. 7)<sup>2</sup>. Die unternehmerische Gewährleistungspflicht zeigt sich darin, dass dem Bauherrn infolge der Mangelhaftigkeit des Bauwerks verschiedene Rechte, sog. Gewährleistungs- oder Mängelrechte (s. sogleich Nr. 4) zustehen. 3

---

\* Ausgearbeitete Fassung des Referates von Herrn Dr. Klaus Tschüscher, welches dieser im Rahmen der vom Liechtenstein-Institut organisierten Ringvorlesung «Aus der Werkstatt junger Juristen» am 7. November 1995 hielt.

Herr Dr. Klaus Tschüscher, geb. 1967, studierte Recht an der Universität St. Gallen. Von 1993-1995 war er wissenschaftlicher Assistent bei Herrn Prof. Dr. Alfred Koller. Er promovierte im Frühjahr 1996 mit der Dissertation „Die Verjährung der Mängelrechte bei unbeweglichen Bauwerken“. Seit 1995 ist er als Leiter des Rechtsdienstes bei der Liechtensteinischen Steuerverwaltung tätig und hat seit 1996 die Funktion des Amtsvorstand-Stellvertreters der Liechtensteinischen Steuerverwaltung inne.

<sup>1</sup> Gegenstand des Bauwerkvertrages bilden mit anderen Worten nur Arbeiten, deren Ergebnisse in Form eines körperlichen Bauwerks dem Bauherrn als Besteller abgeliefert werden können. Kein Bauwerkvertrag liegt demnach dann vor, wenn der Werkvertrag rein planerische Leistungen wie diejenigen eines Architekten oder Ingenieurs zum Inhalt hat.

<sup>2</sup> Die Gewährleistungspflicht ist also mithin die rechtliche Folge davon, dass der Unternehmer seine werkvertragliche Leistungspflicht *schlecht* erfüllt hat. S. KURSCHER, S. 13.

- 4 **2. Rechtsgrundlagen.** Beim Begriff Bauwerkvertrag handelt es sich nicht um einen selbständigen gesetzlichen Terminus, sondern vielmehr um eine in der Rechtssprache eingebürgerte gängige Ausdrucksweise<sup>3</sup>. Einschlägige Rechtsquelle des liechtensteinischen Bauwerkvertragsrechts bilden daher die Bestimmungen des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches (ABGB) über den Werkvertrag nach den §§ 1151 ff. ABGB<sup>4</sup>. Dort findet sich auch eine Sonderregelung bezüglich der Gewährleistungspflicht des Unternehmers, nämlich § 1155 ABGB. Die in § 1155 ABGB vorgesehene Regelung ist jedoch bloss eine rudimentäre und lückenhafte. § 1155 ABGB ist deshalb durch verschiedene andere Normen zu ergänzen, insbesondere (so ausdrücklich § 1155 in fine ABGB<sup>5</sup>) durch die allgemeinen, für alle entgeltlichen Verträge geltenden Gewährleistungsvorschriften der §§ 922 ff. ABGB<sup>6</sup>. Sodann ist zu beachten, dass die gewährleistungsrechtlichen Bestimmungen des liechtensteinischen ABGB, welche inhaltlich<sup>7</sup> weitestgehend jenen des *österreichischen* ABGB entsprechen<sup>8</sup>, grundsätzlich dispositiver Natur sind. Den Werkvertragsparteien bleibt es daher unbenommen, vom Gesetz abweichende Abmachungen zu vereinbaren. In der Bauwerkvertragspraxis Liechtensteins kommt dabei den vom *Schweizerischen* Ingenieur- und Architektenverein (SIA) aufgestellten und in der Norm 118 enthaltenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) besondere Bedeutung zu<sup>9</sup>. Die SIA-Norm 118 ist eine Kodifikation von 190 Artikeln – gegenüber den 10 Paragraphen des gesetzlichen Werkvertragsrechts damit ein besonders markantes Beispiel der Verdrängung dispositiven Gesetzesrechts.
- 5 **3. Weiteres Vorgehen.** Die eben in Nr. 4 angesprochenen Rechtsquellen des liechtensteinischen Bauwerkvertragsrechts – die gesetzlichen Gewährleistungsnormen einerseits und die Vorschriften der SIA-Norm 118 andererseits – bestimmen die weitere Reihenfolge der Ausführungen. Im folgenden wird nämlich zunächst (II.) das System der Gewährleistung gemäss gesetzlicher Ordnung dargestellt. Sodann wird (III.) die Mängelhaftung des Unternehmers gemäss SIA-Norm 118 erörtert, wobei insbesondere konzeptionelle und zentrale Abweichungen gegenüber dem Gesetz aufgezeigt werden sollen.

---

<sup>3</sup> Statt vom Bauwerkvertrag wird des öfteren auch schlicht vom Bauvertrag gesprochen. Der Bezeichnung Bauwerkvertrag ist jedoch mit Bezug auf das Vertragsverhältnis zwischen Unternehmer und Bauherr in unserem Zusammenhang deshalb der Vorzug zu geben, weil damit allein schon sprachlich die Abgrenzung gegenüber anderen Verträgen des privaten Bauwesens (wie z.B. Architekten- oder Ingenieurvertrag bzw. Materiallieferungsvertrag) ersichtlich wird.

<sup>4</sup> In der Fassung der Novelle vom 13. Dezember 1973, LGBl 1974 Nr. 18.

<sup>5</sup> Analog auch § 1167 in fine des österreichischen ABGB; s. dazu GRILLBERGER in Schwimann, N 1 zu § 1167 ABGB; KURSCHERL, S. 94 ff.

<sup>6</sup> Vgl. KOZIOL/WELSER, S. 252, 406.

<sup>7</sup> Mit der Gesetzesrevision vom 13. Dezember 1973 (LGBl 1974 Nr. 18) wurde der Rechtsbestand der Werkvertragsnormen des liechtensteinischen ABGB an den Stand des österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches (öABGB) angeglichen, allerdings mit anderer Bezifferung der Paragraphen (vgl. §§ 1165 ff. öABGB).

<sup>8</sup> Wegen der inhaltlichen Übereinstimmung der einschlägigen Gewährleistungsbestimmungen ist es für die Rechtsanwender in Liechtenstein mangels ausreichenden eigenen Schrifttums und eigenständiger Judikatur unerlässlich, auf die Literatur und Rechtsprechung zum österreichischen Gewährleistungsrecht zurückzugreifen.

<sup>9</sup> In der liechtensteinischen Bauwerkvertragspraxis keine Rolle spielen hingegen die zum österreichischen privaten Baurecht aufgestellten Allgemeinen Geschäftsbedingungen (ÖNORMEN). Vgl. dazu KREJCI, Über die neuen ÖNORMEN zum Bauwerkvertrag, in Festschrift Wenger, 1984, S. 607 ff.; KURSCHERL, S. 152 ff.

Es versteht sich von selbst, dass mit den folgenden Ausführungen die Frage der Gewährleistungspflicht des Unternehmers längst nicht umfassend behandelt werden kann<sup>10</sup>. Vielmehr geht es darum, dem Leser einen Überblick über zwei unterschiedliche Gewährleistungsordnungen zu verschaffen. Für eine ausführliche Darstellung der gesetzlichen Gewährleistungsordnung gemäss ABGB sei auf die Diss. von IRENE KURSCHER, für die Darstellung der SIA-Norm 118 vor allem auf den Kommentar von PETER GAUCH verwiesen<sup>11</sup>. 6

**4. Terminologischer Hinweis.** Wenn verschiedene Rechtsquellen miteinander verglichen werden sollen, besteht die Gefahr terminologischer Verwirrung. Diese Gefahr ist im verstärkten Masse dann gegeben, wenn die zu vergleichenden Rechtsquellen – wie in unserem Fall – unterschiedlichen Ursprungs sind. An dieser Stelle sei daher klar gestellt, dass im folgenden die Begriffe Gewährleistungspflicht und Mängelhaftung des Unternehmers bzw. die Begriffe Gewährleistungs- und Mängelrechte des Bestellers synonym verwendet werden. Dennoch soll, immer wenn auf das Gesetz Bezug genommen wird, von der Gewährleistungspflicht des Unternehmers bzw. den Gewährleistungsrechten des Bestellers (Bauherrn) gesprochen werden, wenn die SIA-Norm erörtert wird, von der Mängelhaftung des Unternehmers bzw. den Mängelrechten des Bestellers (Bauherrn) die Rede sein. 7

## II. System der werkvertraglichen Gewährleistung gemäss Gesetz (ABGB)

Wie in den einleitenden Bemerkungen ausgeführt (Nr. 1 ff.), ist der Unternehmer mit Abschluss eines Bauwerkvertrages zur Herstellung und Ablieferung eines mängelfreien Bauwerks verpflichtet. Weist das Bauwerk entgegen der ursprünglichen Leistungspflicht bei der Ablieferung Mängel auf, so hat der Unternehmer für diese Mängel einzustehen. Ausfluss der unternehmerischen Gewährleistungspflicht bilden die sogenannten Gewährleistungsrechte (in der Terminologie der SIA-Norm 118 Mängelrechte, Nr. 7). Damit dem Besteller, dem Bauherrn, diese Rechte auch tatsächlich zustehen, müssen zunächst die allgemeinen (für alle Gewährleistungsrechte geltenden) Gewährleistungsvoraussetzungen erfüllt sein. 8

---

<sup>10</sup> Wichtige Fragen wie z.B. die Geltendmachung der Gewährleistungsrechte oder die Rechtslage bei Verzug des Unternehmers mit der Verbesserung des Werks fallen ausser Betracht.

<sup>11</sup> Zur SIA-Norm 118 s. auch ANNETTE LENZLINGER GADIANT, Mängel- und Sicherungsrechte des Bauherrn im Werkvertrag. Ein Vergleich zwischen dem Schweizerischen Obligationenrecht und der Norm 118 (1977/1991) des Schweizerischen Ingenieur- und Architektenvereins, Diss. Zürich 1994, und KOLLER, Nr. 194 ff., 234 ff.

## 1. Allgemeine Voraussetzungen der Gewährleistungsrechte

- 9 **1.** Die Gewährleistungspflicht des Unternehmers setzt nach Gesetz die Ablieferung des Werks (§ 933 ABGB), einen Werkmangel (§ 1155 ABGB) sowie fehlendes Selbstverschulden des Bestellers (§ 1157 ABGB) voraus. Von Gesetzes wegen nicht vorausgesetzt ist, dass der Bauherr die vorhandenen Mängel rechtzeitig rügt (s. unten Nr. 75); dies im Unterschied etwa zur Lösung im schweizerischen gesetzlichen Werkvertragsrecht (Art. 367/370 OR)<sup>12</sup> und in der SIA-Norm 118, welche beide eine mehr oder weniger strenge Rügeordnung kennen (s. dazu unten Nr. 76). Grundsätzlich nicht vorausgesetzt ist auch ein Verschulden des Unternehmers am Mangel. Das heisst, der Unternehmer hat auch für Mängel einzustehen, die er nicht selbst verschuldet hat<sup>13,14</sup>. Bei der Haftung des Unternehmers für Mängel des Werkes handelt es sich demnach um eine Kausalhaftung (Einschränkung unten Nr. 47).
- 10 **2.** Auf die eben angesprochenen allgemeinen Haftungsvoraussetzungen – Ablieferung, Werkmangel sowie fehlendes Selbstverschulden des Bauherrn – sei im folgenden kurz eingegangen.

### A. Ablieferung des Werks

- 11 **1.** Die ursprüngliche werkvertragliche Unternehmerspflicht besteht aus zwei Komponenten, nämlich der Arbeits- und der Ablieferungsschuld (s. schon Nr. 3). Der Unternehmer schuldet also nicht nur die Herstellung eines (mängelfreien) Werks (Arbeitserfolg<sup>15</sup>), sondern er hat seine Werkleistung dem Besteller auch abzuliefern. Folgerichtig knüpft das Gesetz (§ 1155 i.V.m. § 933 ABGB) die Gewährleistungspflicht des Unternehmers an die Ablieferung des Werks an. Das heisst: Mit Ablieferung des (mangelhaften) Werks erlischt die ursprüngliche Arbeits- und Ablieferungspflicht, und an deren Stelle tritt nun unmittelbar die Gewährleistungspflicht des Unternehmers. Aus der Sicht des Bauherrn bedeutet dies, dass sich mit Ablieferung des Werks die bisherige Forderung auf Leistung eines mängelfreien Werks (ordentlicher Erfüllungsanspruch) in die Gewährleistungsrechte gemäss § 1155 ABGB umwandelt<sup>16</sup>.
- 12 **2. Begriff und Voraussetzungen der Ablieferung.** Unter Ablieferung des Werkes ist die vom Unternehmer mit Absicht der Vertragserfüllung vorgenommene Übertragung der Verfügungsgewalt auf den Besteller zu verstehen<sup>17,18</sup>. Die Absicht des Un-

---

<sup>12</sup> Zur Rügeobliegenheit im schweizerischen gesetzlichen Werkvertragsrecht s. TSCHÜTSCHER, Diss., Nr. 57 ff., 371 ff.; KOLLER, Nr. 79 ff.

<sup>13</sup> KURSCHHEL, S. 18; EvBl 1974, S. 195; SZ 49/66; JBl 1977, S. 319.

<sup>14</sup> Da der Unternehmer dem Besteller einen Arbeitserfolg schuldet (Nr. 11), haftet er überdies auch für Mängel, die er nicht einmal selbst verursacht hat, sondern z.B. aufgrund atmosphärischer Einflüsse entstanden sind.

<sup>15</sup> KURSCHHEL, S. 13, 17.

<sup>16</sup> Vgl. dazu KURSCHHEL, S. 126 ff.; JBl 1976, S. 431; ecolx 1991, S. 532 (kaufrechtlicher Entscheid).

<sup>17</sup> Vgl. KREJCI in Rummel, N 10 zu § 1168a ABGB; GRILLBERGER in Schwimann, N 7 zu § 1168a ABGB; ecolx 1994, S. 13.

ternehmers, sich durch Vertragserfüllung von seinen Leistungspflichten zu befreien, reicht für sich allein jedoch nicht, sondern Ablieferung im Sinne des Gesetzes liegt nur dann vor, wenn die Erfüllungsabsicht des Unternehmers in einer für den Besteller erkennbaren Weise bestand und der Besteller unmittelbarer Besitzer des Werks wird<sup>19</sup>.

Aus der eben dargelegten Begriffsbeschreibung ergibt sich, dass von Gesetzes wegen für die Ablieferung eines Werkes nur verlangt wird, dass der Unternehmer seine Werkleistungen dem Besteller in Absicht der Vertragserfüllung derart anbietet, dass dieser die tatsächliche Verfügungsgewalt über das hergestellte Werk erhält. Mehr verlangt das Gesetz nicht. Es verlangt insbesondere nicht, dass das Werk bei Ablieferung vollendet oder mängelfrei ist. Das heisst jedoch nicht, dass der Besteller von Gesetzes wegen gehalten ist, ein mängelbehaftetes Werk abzunehmen. Er darf es vielmehr – ohne in Annahmeverzug zu geraten – zur Verbesserung an den Unternehmer zurückweisen. Dieses Verbesserungsrecht ist Teil des ursprünglichen Erfüllungsanspruchs. 13

**3. Arten der Ablieferung.** Der soeben dargestellte Begriff der Ablieferung ist auf solche Werke zugeschnitten, welche körperlich übertragen werden können. Denn nur **bei körperlich übertragbaren Werken** vollzieht sich die Ablieferung regelmässig mit in Erfüllungsabsicht vorgenommener **Besitzübertragung** des Werkes vom Unternehmer auf den Besteller<sup>20</sup>. 14

*Beispiele:* – Schneidermeister S hat den neuen Smoking fertiggestellt und übergibt dem Stardirigenten K in seiner Werkstatt. – Garagist X teilt Z mit, dass er die Reparaturen am Auto ausgeführt habe; daraufhin nimmt Z das Auto zurück. 15

**4. Bei Bauwerkverträgen**, bei denen der Unternehmer in der Regel zur Leistung von körperlichen Arbeiten auf Grund und Boden des Bauherrn verpflichtet ist, *kann es für die Erfüllung jedoch von vorneherein nicht auf die Besitzübertragung ankommen*<sup>21</sup>. Denn der Bauherr ist hier bereits vom Beginn der Bautätigkeit an unmittelbarer Besitzer des (entstehenden) Werks, eine Übertragung des Besitzes ist daher weder nötig, noch überhaupt denkbar<sup>22</sup>. Für die Offenbarung der unternehmerischen Erfüllungsabsicht und die Verschaffung der tatsächlichen Verfügungsgewalt des Bauherrn über das Bauwerk muss diesfalls der Zugang einer Mitteilung des Unternehmers (sog. «Vollendungsanzeige»<sup>23</sup>) an den Bauherrn mit dem Inhalt genügen, dass das Werk vollendet ist<sup>24</sup>. Es muss also ausreichen, wenn der Unternehmer dem Bauherrn mitteilt, das Bauwerk sei vollendet. **Anstelle der körperlichen Übertragung** besteht die Ablieferung bei Bauwerken in einer **Vollendungsanzeige des Unternehmers** an den Bauherrn. 16

Die Mitteilung der Vollendung kann ausdrücklich (schriftlich oder mündlich) oder stillschweigend (z.B. durch Übergabe der Schlüssel zum fertiggestellten Haus) er- 17

---

<sup>18</sup> Vgl. zum schweizerischen Recht TSCHÜTSCHER, Diss., Nr. 245; DERSELBE, Bauwerkvertrag, S. 256, KOLLER, Nr. 60.

<sup>19</sup> Vgl. auch GRILLBERGER in Schwimann, N 7 zu § 1168a ABGB.

<sup>20</sup> Vgl. ecolex 1994, S. 13.

<sup>21</sup> So auch KURSCHHEL, S. 138.

<sup>22</sup> So auch GRILLBERGER in Schwimann, N 8 zu § 1168a ABGB; KURSCHHEL, S. 137; ecolex 1994, S. 13.

<sup>23</sup> Eine v.a. im schweizerischem Bauwerkvertragsrecht gebräuchliche Ausdrucksweise (vgl. TSCHÜTSCHER, Diss., Nr. 274; DERSELBE, Bauwerkvertrag, S. 258; KOLLER, Nr. 67, 69, 306; BGE 113 II 267).

<sup>24</sup> Vgl. KREJCI in Rummel, N 12 zu § 1168a ABGB.

folgen. Der Bauherr seinerseits braucht die Vollendungsanzeige nicht zu erwidern, sondern es reicht, wenn er sich davon Kenntnis verschaffen kann<sup>25</sup>.

- 18 **5.** Der Grundsatz, wonach vollendete körperlich nicht übertragbare Werke durch Vollendungsanzeige des Unternehmers abgeliefert werden (vorstehende Nr. 16 f.), erfährt **Ausnahmen**:
- 19 – **5.1. Keine Ablieferung trotz erfolgter Vollendungsanzeige des Unternehmers.** Zu beachten gilt es, dass ein Bauwerk trotz Vollendung und erfolgter Vollendungsanzeige (d.h. offenbarer Erfüllungsabsicht seitens des Unternehmers) so lange nicht abgenommen ist, als der Bauherr die tatsächliche Gewalt über dieses aus vom Unternehmer zu vertretenden Gründen nicht ausüben kann.
- 20 *Beispielsweise* ist ein von einem Generalunternehmer an sich fertiggestelltes Haus trotz Vollendungsanzeige solange nicht abgeliefert, als der Generalunternehmer die Herausgabe der Schlüssel verweigert<sup>26</sup>. – *Anderes Beispiel*: Trotz Vollendungsanzeige nicht abgenommen ist etwa auch ein neu versiegelter Boden, der zum Zeitpunkt der Mitteilung noch mit einer Schutzplane bedeckt ist, welche nur der Unternehmer entfernen kann.
- 21 Ist der Bauherr hingegen aus eigenem Verschulden an der Ausübung der tatsächlichen Verfügungsgewalt über das vollendete Bauwerk (insbesondere am Zutritt) gehindert, so erfolgt die Abnahme trotzdem, weil es sonst in der Macht des Bestellers läge, den Zeitpunkt der Abnahme selbst zu bestimmen.
- 22 – **5.2. Ablieferung trotz nicht erfolgter Vollendungsanzeige des Unternehmers.** In gewissen Situationen rechtfertigt es sich, ein tatsächlich vollendetes Bauwerk trotz vom Unternehmer noch nicht erfolgter Vollendungsanzeige als abgeliefert zu betrachten. Ein Fall, bei dem es so zu halten ist, wie wenn der Unternehmer seine Erfüllungsbereitschaft bereits angezeigt hätte, ist derjenige, bei dem der Bauherr das tatsächlich vollendete Bauwerk *zweck- bzw. bestimmungsgemäss in Gebrauch nimmt*. Hier gilt das Bauwerk ab dem Zeitpunkt der Ingebrauchnahme als abgeliefert<sup>27</sup>, wenn der Unternehmer zu diesem Zeitpunkt bereits tatsächlich erfüllen will (z.B. hat der Unternehmer die Vollendungsanzeige unterlassen, weil er irrtümlich meint, er habe die Vollendung bereits angezeigt) oder wenn nach Treu und Glauben auf das Vorhandensein eines solchen Willens zu schliessen ist. *Beispiele* der zweckgemässen Ingebrauchnahme eines vollendeten Bauwerks durch den Bauherrn sind etwa der Einzug in das vollendete Haus oder das Einziehenlassen von Mietern.
- 23 Die Ablieferung durch zweckgemässe Ingebrauchnahme ist insbesondere dort bedeutsam, wo Werkleistungen verschiedener Nebenunternehmer aufeinander aufbauen bzw. sich ergänzen. Hier kann die Ablieferung eines Nebenunternehmers auch so erfolgen, dass der Bauherr dieses «für ein anderes, darauf aufbauendes Werk verwendet oder verwenden lässt»<sup>28</sup>, der Bauherr es mit anderen Worten gestattet, dass ein Nachunternehmer die vorangehende Arbeit als Grund-

---

<sup>25</sup> So auch KREJCI in Rummel, N 12 zu § 1168a ABGB.

<sup>26</sup> Beispiel nach GAUCH, Werkvertrag, Nr. 87.

<sup>27</sup> Vgl. ecolex 1994, S. 13.

<sup>28</sup> S. ecolex 1994, S. 14.

lage benutzt und an der Fertigstellung des Gesamtwerkes weiterarbeitet<sup>29</sup>. – *Beispiel*: Bauherr X beauftragt G mit den Gipsarbeiten am neu erstellten Rohbau. Nach Beendigung der Gipsarbeiten beginnt M mit den Malerarbeiten.

**6. Exkurs: andere Wirkungen der Ablieferung.** An die Ablieferung eines Werks ist nicht nur die Entstehung der Gewährleistungspflicht des Unternehmers geknüpft, sondern mit dem Zeitpunkt der Ablieferung beginnt auch die Frist zur Geltendmachung der Gewährleistungsrechte (§ 933 Abs. 1 ABGB, Nr. 4) und die Gefahrtragung (§ 1157 ABGB, Nr. 39) geht auf den Besteller (Bauherrn) über. Das Gesetz verwendet dabei nicht durchwegs den Begriff «Ablieferung», sondern spricht auch von «Übernahme» des Werks (§ 1157 ABGB). Immer ist jedoch dasselbe gemeint, nämlich der Zeitpunkt, in dem der Unternehmer seine Schuld erfüllt. Unterschiedlich ist nur der Standpunkt, von dem aus die Erfüllungswirkung betrachtet wird: Die Ablieferung erfolgt aus der Sicht des Unternehmers, die Übernahme<sup>30</sup> aus der Sicht des Bestellers<sup>31</sup>.

## B. Werkmangel

**1. Begriff des Werkmangels.** Der Begriff des Werkmangels ist ein rechtlicher, kein technischer. Dessen Inhalt ist durch Auslegung der gesetzlichen Gewährleistungsnormen zu ermitteln. Dabei ist allgemein anerkannt<sup>32</sup>, dass ein Werkmangel stets in einer **Abweichung des Werkes vom Vertrag** besteht. Das heisst, ein Werk ist immer dann mangelhaft, wenn es Eigenschaften aufweist, die es gemäss Werkvertrag nicht haben darf.

*Beispiele*: Das vom Unternehmer X erstellte Dach ist wasserdurchlässig<sup>33</sup>. Oder der Parkettboden beginnt kurze Zeit nach der Fertigstellung sich vom Estrich zu lösen<sup>34</sup>.

Ein Werk ist aber auch dann mangelhaft, wenn ihm Eigenschaften fehlen, die es gemäss Werkvertrag haben sollte.

*Beispiele*: Das Sportschwimmbecken, das gemäss Vertrag 25 Meter lang sein sollte, ist lediglich 24,9 Meter lang und damit für Wettkämpfe unbrauchbar. Oder das Haus wird statt weiss gelb bemalt.

Hinsichtlich des Mangelbegriffs ist somit zwischen dem **Fehlen vereinbarter (zugesicherter) und dem Fehlen vorausgesetzter Eigenschaften** zu unterscheiden<sup>35</sup>. Vereinbarte Eigenschaften sind dabei «solche, die sich auf dem Wege der Vertragsauslegung» ergeben, «wogegen vorausgesetzte Eigenschaften auf Vertragsergänzung beruhen»<sup>36</sup>.

<sup>29</sup> In Art. 158 Abs. 1 SIA-Norm 118 ist der Weiterbau ausdrücklich als Abnahme vorgesehen.

<sup>30</sup> Statt von der Übernahme wird des öfteren auch von der Abnahme des Werks gesprochen.

<sup>31</sup> Aus der Sicht eines Dritten kann man von *Übergabe* des Werks sprechen.

<sup>32</sup> KURSCHERL, S. 15; aus der Rechtsprechung SZ 63/171.

<sup>33</sup> JBl 1982, S. 603.

<sup>34</sup> Vgl. EvBl 1967/322.

<sup>35</sup> Vgl. § 923 ABGB; s. dazu auch APATHY, Gewährleistung für bedungene Eigenschaften und den verabredeten Gebrauch, JBl 1975, S. 572 ff.

<sup>36</sup> KOLLER, Nr. 25.

- 30 Fehlt einem Werk eine (stillschweigend<sup>37</sup> oder ausdrücklich) vereinbarte Eigenschaft, so liegt auch dann ein Werkmangel vor, wenn der Unternehmer die anerkannten Regeln der Technik eingehalten hat (s. auch Nr. 32)<sup>38</sup>. Folglich ist ein Sportschwimmbecken (Beispiel aus Nr. 28), das anstatt der vereinbarten Länge von 25 m lediglich 24,92-24,94 m lang ist, selbst dann mangelhaft, wenn es im übrigen bautechnisch einwandfrei ist. *Anderes Beispiel*: Unternehmer X hat einen Dachstuhl zu errichten. Dabei verwendet er nicht die im Werkvertrag vereinbarte Dicke der tragenden Balken. Dem Dachstuhl fehlt eine vereinbarte Eigenschaft und ist mangelhaft; er ist selbst dann mangelhaft, wenn die von X verwendeten Balken nach den anerkannten Regeln der Technik eine ausreichende Tragfähigkeit aufweisen sollten<sup>39</sup>.
- 31 **2.** Im Rahmen der zugesicherten bzw. vorausgesetzten Eigenschaften muss das Werk auch *gebrauchstauglich* und *funktionsstüchtig* sein<sup>40</sup>. Ist ein bestimmter Gebrauchszweck weder ausdrücklich noch stillschweigend vereinbart (zugesichert) worden, so muss das Werk «für denjenigen Gebrauch taugen, der üblicherweise von einem Werk der betreffenden Art gemacht wird»<sup>41</sup>.
- 32 Masstab für die übliche Gebrauchstauglichkeit eines Werkes bilden die anerkannten Regeln der Technik<sup>42</sup>. So darf beispielsweise der Besteller von Fassadenplatten, die an den Aussenwänden seines Hauses angebracht werden sollen, in guten Treuen davon ausgehen, dass diese sich bei normaler ortsüblicher Lichtintensität nicht verfärben, sondern lichtbeständig sind<sup>43</sup>; oder er darf erwarten, dass mit einer hydraulischen Presse „fehlerfreie“ Zementplatten hergestellt werden können<sup>44</sup>.
- 33 **3.** Werkmängel im soeben beschriebenen Sinne (d.h. das Fehlen vereinbarter und vorausgesetzter Eigenschaften) können – je nach in Betracht gezogenem Unterscheidungsmerkmal – in verschiedene **Kategorien** unterteilt werden. Gebräuchlich ist es etwa zwischen Fabrikations-, Material- und Konstruktionsmängeln, zwischen offenkundigen<sup>45</sup> und versteckten, behebbaren und nicht behebbaren<sup>46</sup>, wesentlichen und unwesentlichen<sup>47</sup> Werkmängeln zu unterscheiden. Diese Unterscheidungen sind zum Teil solche, die im Gesetz vorgesehen sind<sup>48</sup>, zum Teil sind sie vom Schrifttum herausgearbeitet worden.

---

<sup>37</sup> Vgl. SZ 26/113.

<sup>38</sup> Vgl. WBI 1989, S. 307 ff.

<sup>39</sup> Weiteres Beispiel in WBI 1989, S. 307; s. auch KURSCHER, S. 23 ff.

<sup>40</sup> KURSCHER, S. 16; vgl. auch JBI 1994, S. 174 ff.

<sup>41</sup> GAUCH, Werkvertrag, Nr. 960; s. auch KURSCHER, S. 16, 29.

<sup>42</sup> KURSCHER, S. 23 ff.

<sup>43</sup> Vgl. SZ 55/29.

<sup>44</sup> TSCHÜTSCHER, Diss., Nr. 39.

<sup>45</sup> Vgl. § 928 ABGB; die Anwendung dieser Bestimmung im Werkvertragsrecht wird mehrheitlich verneint; vgl. PETER MADL, Gewährleistung für offenkundige Mängel beim Werkvertrag, RdW 1985, S. 362 ff.; KURSCHER, S. 118 ff.; REISCHAUER in Rummel, N 6 zu § 1167 ABGB; BINDER in Schwimann, N 5 zu § 928 ABGB; unklar GRILLBERGER in Schwimann, N 38 zu § 1167 ABGB; WBI 1987, S. 312.

<sup>46</sup> Gemäss §1155 ABGB entscheidet die Behebbarkeit eines Werkmangels darüber, welche Rechtsbehelfe dem Besteller im Einzelfall zustehen. S. hierzu KURSCHER, S. 38 ff., S. 45.

<sup>47</sup> Von der Erheblichkeit eines Mangels macht es das Gesetz (§ 1155 ABGB) abhängig, ob dem Besteller ein Recht auf Wandelung zusteht oder nicht. S. unten Nr. 49.

<sup>48</sup> S. vorstehende Anm. 46 und 47.

- 4. Abgrenzungen.** Nach den bisherigen Ausführungen ist der Werkmangel insbesondere gegenüber folgenden Sachverhalten, die keine Werkmängel darstellen und andere Rechtsfolgen als die Mängelhaftung nach sich ziehen, abzugrenzen<sup>49</sup>: 34
- **Nichtvollendung eines Werks.** Die Tatsache der Nichtvollendung eines Werks stellt selbstverständlich keinen Mangel im Sinne des Gesetzes dar. Nicht vollendet ist ein Werk immer dann, wenn der Unternehmer noch nicht alle gemäss Werkvertrag geschuldeten Arbeiten ausgeführt hat, wenn also beispielsweise der Teppichleger zwar den Teppich verlegt, aber die Fliesen noch nicht abgebracht hat. Bei Nichtvollendung steht dem Bauherrn weiterhin der ordentliche vertragliche Erfüllungsanspruch zu. 35
  - **Lieferung eines aliud.** Wenn der Unternehmer dem Besteller ein völlig anderes als das vertraglich vereinbarte Werk abgeliefert (z.B. ein Pijama anstatt eines massgeschneiderten Smokings), so ist darin nicht ein mängelbehaftetes Werk zu erblicken, sondern nach dem Inhalt des konkreten Werkvertrages überhaupt keines<sup>50</sup>. Eine Haftung des Unternehmers für Werkmängel ist damit zum vorneherein ausgeschlossen. Der Besteller kann vom Unternehmer jedoch nach wie vor ordentliche Erfüllung verlangen. Die Abgrenzung zwischen Werkmangel und aliud-Lieferung wird freilich nicht immer so einfach sein wie im eben angeführten Beispiel. 36

### *C. Fehlendes Selbstverschulden des Bauherrn*

- 1.** Die dritte allgemeine Gewährleistungsvoraussetzung versteht sich eigentlich von selbst: Ein Mangel im umschriebenen Sinne verschafft dem Bauherrn die Gewährleistungsrechte nur unter der Voraussetzung, dass er diesen nicht selbst verschuldet hat. Mit anderen Worten trifft den Unternehmer nur dann eine Gewährleistungspflicht, wenn der Bauherr den Mangel nicht selbst verschuldet hat. Dies kommt im Gesetz freilich nicht so klar zum Ausdruck, ergibt sich aber aus dem richtigen Verständnis von § 1157 ABGB. In § 1157 ABGB ist folgendes vorgesehen: 37
- «Geht das Werk vor seiner Übernahme durch einen blossen Zufall zugrunde, so kann der Unternehmer kein Entgelt verlangen. Der Verlust des Stoffes trifft denjenigen Teil, der ihn beigelegt hat. Misslingt das Werk infolge offener Utauglichkeit des vom Besteller gegebenen Stoffes oder offenbar unrichtiger Anweisungen des Bestellers, so ist der Unternehmer für den Schaden verantwortlich, wenn er den Besteller nicht gewarnt hat.» 38
- § 1157 ABGB ist eine Vorschrift, die sich in erster Linie mit der Gefahrtragung befasst<sup>51</sup>. Demnach trägt grundsätzlich der Unternehmer die Preisgefahr, wenn das Werk vor dessen Übernahme (Ablieferung, oben Nr. 24) durch Zufall vollständig untergeht; der Verlust des Stoffes trifft in diesem Fall denjenigen Teil, der den Stoff 39

<sup>49</sup> Weitere Abgrenzungen finden sich bei KURSCHER, S. 126 ff.

<sup>50</sup> Vgl. auch KOZIOL/WELSER, S. 251, mit weiteren Nachweisen in Anm. 1.

<sup>51</sup> Mit der Gefahrtragung befasst sich auch § 1156 ABGB. Das Verhältnis zwischen § 1157 und § 1156 ABGB ist zum Teil ungeklärt; vgl. zur analogen Problematik im österreichischen Recht (Verhältnis von § 1168 und § 1168a ABGB) GRILLBERGER in Schwimann, N 1 ff. zu § 1168a ABGB.

beigestellt hat. Von diesem Grundsatz, wonach bis zur Übernahme der Unternehmer die Preisgefahr trägt, gibt es wichtige Ausnahmen. So trägt der Unternehmer die Preisgefahr nicht, wenn der Untergang des Werkes auf Umstände zurückzuführen ist, die in der Sphäre des Bestellers liegen. § 1157 Satz 3 ABGB führt zwei wichtige Beispiele derartiger Umstände an: Geht das Werk infolge offenerer Untauglichkeit des vom Besteller gegebenen Stoffes oder offenbar unrichtiger Anweisungen desselben unter, so verliert der Unternehmer den Entgeltsanspruch (und ist für den entstandenen Schaden verantwortlich), wenn er den Besteller nicht gewarnt hat. Die in § 1157 dritter Satz ABGB normierte Risikoverteilung gilt nicht nur für den Fall, da das Werk vollständig untergeht, sondern – wie der Wortlaut es sagt – auch für den Fall, da das Werk «misslingt», d.h. mangelhaft ist. Trägt nun aber der Unternehmer bei erfolgter Warnung oder nicht offenerer Untauglichkeit des beigestellten Stoffes oder nicht offenerer Unrichtigkeit der Anweisungen die Preisgefahr nicht einmal bis zur Übernahme (Ablieferung) des Werks, sondern er behält den Anspruch auf das volle Entgelt, auch wenn das Werk aus diesem Grunde mangelhaft oder überhaupt nicht zustande gekommen ist, muss in diesem Umfang auch die Gewährleistung des Unternehmers entfallen.

- 40 **2.** Aus dem soeben in Nr. 39 Gesagten folgt: Die unternehmerische Gewährspflicht fällt dann vollständig weg, wenn die Ursache eines Werkmangels ausschliesslich dem Risikobereich des Bauherrn, dessen «Sphäre»<sup>52</sup> zuzuordnen ist. Dies setzt m.E. **zweierlei** voraus:
- 41 – *Einmal* muss der Bauherr in der Weise zur Entstehung eines Mangels beitragen, dass sein Verhalten als «adäquate Mängelursache» angesehen werden kann<sup>53</sup>. Eine adäquate Mängelursache setzt der Besteller insbesondere, wenn er (wie in § 1157 ABGB beispielhaft erwähnt) dem Unternehmer untaugliche Anweisungen über die Art der Ausführung des Werks erteilt<sup>54</sup> oder untauglichen Werkstoff zur Verfügung stellt. Der Begriff Werkstoff ist dabei in einem weiten Sinne zu verstehen<sup>55</sup>; darunter fällt «nicht nur das Material ..., aus dem das Werk hergestellt werden soll, sondern jeder Gegenstand, an dem oder mit dessen Hilfe das Werk herzustellen ist»<sup>56</sup>. Als vom Bauherrn zur Verfügung gestellter Stoff sind daher auch der Baugrund<sup>57</sup> oder die von Vorunternehmern errichteten Werke zu verstehen<sup>58</sup>.
- 42 Vorunternehmerwerk ist beispielsweise das Fundament eines Hauses, auf welches das Mauerwerk aufgebaut wird. – Oder der Betonboden im Verhältnis zum Parkettboden, der auf den Betonboden verlegt werden soll.

---

<sup>52</sup> KURSCHER, S. 18; JBl 1993, S. 521.

<sup>53</sup> So KOLLER, Nr. 41, und GAUCH, Werkvertragsrecht, Nr. 1356 für das schweizerische Werkvertragsrecht.

<sup>54</sup> Z.B. den Unternehmer anweist, einen bestimmten Werkstoff zu verwenden oder das Werk gemäss seiner Planung (JBl 1966, S. 562) auszuführen. Eine Anweisung kann auch darin bestehen, dass der Besteller dem Unternehmer den Beizug bestimmter Subunternehmer vorschreibt.

<sup>55</sup> IRO, ÖJZ 1983, S. 506.

<sup>56</sup> GRILLBERGER in Schwimann, N 17 zu § 1168a ABGB, mit Beispielen; s. auch KURSCHER, S. 20; KREJCI in Rummel, N 18 ff. zu § 1168 ABGB.

<sup>57</sup> Vgl. WBl 1988, S. 88. Dass der Baugrund ein vom Besteller gegebener «Stoff» ist, gilt auch dann, wenn dieser einem Dritten gehört (WBl 1987, S. 219).

<sup>58</sup> *Beispiel* (SZ 36/41): Als vom Besteller beigestellter Stoff sind von einem Vorunternehmer errichtete Stufen anzusehen, die noch verfließt werden müssen. S. auch JBl 1990, S. 656.

- Hinzuweisen ist darauf, dass ein Mangel nicht nur dann aus der «Sphäre» des Bauherrn stammt, wenn dieser ihn selbst (z.B. durch fehlerhafte Anweisungen) verursacht hat, sondern auch dann, wenn ein Dritter (z.B. ein Architekt) eine adäquate Ursache gesetzt hat (z.B. untaugliche Anweisungen erteilt hat) und dieses Verhalten dem Bauherrn (beispielsweise als dessen Hilfsperson) zuzurechnen ist<sup>59</sup>. 43
- Sodann genügt die adäquate Verursachung eines Mangels durch den Bauherrn (oder einen Dritten, dessen Verhalten dem Bauherrn zurechenbar ist) für den gänzlichen Wegfall der unternehmerischen Gewährspflicht für sich allein wie gesehen nicht. Vielmehr muss die dem Risikobereich des Bauherrn entstammende Ursache die «alleinmassgebliche Ursache»<sup>60</sup> für einen Werkmangel darstellen. Daraus folgt qua Umkehrschluss: der Unternehmer wird von der Gewährleistungspflicht nur dann vollständig befreit, wenn er nicht seinerseits eine adäquate Mängelursache gesetzt hat. Eine solche setzt der Unternehmer aber insbesondere dann, wenn er den Bauherrn, der offenkundig fehlerhafte Weisungen erteilt hat – entgegen der ausdrücklichen Verpflichtung von § 1157 ABGB – nicht gewarnt hat<sup>61,62</sup>. Zur Warnung verpflichtet ist der Unternehmer, wenn die Unrichtigkeit der Weisung oder Untauglichkeit des Werkstoffes offenkundig ist, der Unternehmer mit anderen Worten diese erkannt hat bzw. hätte erkennen müssen<sup>63</sup>. Da die gesetzliche Regelung von § 1157 ABGB auf der Vorstellung beruht, dass im Werkvertragsrecht die Sachkenntnis beim Unternehmer liegt, ist das Unterlassen einer Abmahnung m.E. dann nicht pflichtwidrig, wenn der Bauherr selbst sachverständig bzw. (durch einen Architekten oder Ingenieur) sachverständig vertreten oder beraten ist<sup>64</sup>. Letzterfalls darf der Unternehmer nämlich in guten Treuen davon ausgehen, dass die ihm sachverständig erteilte Weisung nicht fehlerhaft ist. 44
- Ist der Unternehmer hingegen gemäss § 1157 ABGB zur Warnung verpflichtet und hat er den Bauherrn auch gewarnt, hält dieser jedoch trotz Warnung an der erteilten Anweisung (oder am angewiesenen Werkstoff oder Baugrund) fest, so entfällt die Gewährspflicht des Unternehmers rücksichtlich solcher Mängel, die sich aus der fehlerhaften Anweisung (oder dem angewiesenen Werkstoff oder Baugrund) ergeben<sup>65</sup>. Der Unternehmer hat diesfalls keine adäquate Mängelursache gesetzt. 45
- 3.** Bisher nicht beantwortet wurde die Frage, was gilt, wenn ein Mangel sowohl auf Ursachen, die in der Risikosphäre des Bauherrn, als auch auf solchen, die im Risikobereich des Unternehmers liegen, beruht. Hat zum Beispiel der Bauherr Anweisun- 46

<sup>59</sup> Einzelheiten s. bei IRO, ÖJZ, S. 512 ff.

<sup>60</sup> Terminologie von GAUCH (Werkvertrag, Nr. 1357) für das schweizerische Werkvertragsrecht.

<sup>61</sup> Wenn dem Unternehmer vorgeworfen wird, er habe den Bauherrn pflichtwidrig nicht gewarnt, so liegt darin ein Verschuldensvorwurf. S. unten Nr. 47.

<sup>62</sup> Die Abmahnung des Unternehmers muss eine ausdrückliche sein. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung (BGE 116 II 308, 95 II 50) ist dies nur anzunehmen, «wenn eine eindeutige Willenskundgabe des Unternehmers vorliegt, aus welcher der Besteller schliessen muss, dass der Unternehmer die Verantwortung für die vorgeschriebene Ausführung ablehne».

<sup>63</sup> Trifft den Unternehmer keine Warnpflicht, weil die vom Besteller erteilte Anweisung nicht offenkundig unrichtig ist, so stellt diese Anweisung die alleinige Ursache des Werkmangels dar; der Unternehmer ist folglich von der Gewährleistungspflicht befreit.

<sup>64</sup> Ausdrücklich anders JBl 1987, S. 44: «Die Warnpflicht des Werkunternehmers gem § 1168 ABGB besteht auch gegenüber einem sachkundigen oder einem sachverständig beratenen Werkbesteller.» S. auch KREJCI in Rummel, N 32 zu § 1168a ABGB.

<sup>65</sup> Vgl. SZ 55/67. S. auch KREJCI in Rummel, N 36 zu § 1168a ABGB.

gen über die Art der Ausführung des Werks erteilt, welche der Unternehmer als offenkundig unrichtig hätte abmahnen müssen, hat der Unternehmer aber die Warnung des Bauherrn unterlassen, so haben beide (Bauherr und Unternehmer) adäquat kausal zur Entstehung des Werkmangels beigetragen. Wie es in solchen Fällen um die Gewährleistungspflicht des Unternehmers steht, ist weder in § 1157 ABGB noch in einer anderen Bestimmung des Werkvertragsrechts noch in den allgemeinen Gewährleistungsvorschriften geregelt. Dennoch ist anerkannt, dass der Unternehmer diesfalls weder gänzlich von der Gewährleistungspflicht befreit wird, noch auch immer vollumfänglich für den Mangel einzustehen hat. Trifft den Bauherrn nämlich ein Verschulden (im juristischen Sinne) an der von ihm gesetzten Mängelursache, so wird der Unternehmer von der Gewährspflicht teilweise entlastet<sup>66</sup>. Es findet mithin eine «Teilung der Gewährleistung»<sup>67</sup> statt.

- 47 **4.** An dieser Stelle ist nochmals kurz auf die Bemerkung in Nr. 9 zurückzukommen, wonach die Mängelhaftung eine Kausalhaftung ist, also kein Verschulden des Unternehmers voraussetzt. Diese Aussage ist aufgrund des Gesagten wie folgt zu präzisieren: Wenn der Unternehmer zur Warnung i.S.v. § 1157 ABGB verpflichtet ist, er den Bauherrn aber *pfllichtwidrig* nicht warnt, der Unternehmer mit anderen Worten seine Warnpflicht verletzt, so liegt darin auch ein Verschuldensvorwurf. Letztlich führt also in den Fällen, in denen der Besteller eine adäquate Mängelursache gesetzt hat, d.h. «in denen der Mangel auf unrichtige Anweisungen oder auf einen untauglichen Stoff des Bestellers zurückzuführen ist»<sup>68</sup>, erst ein Verschulden des Unternehmers zu dessen Gewährleistungspflicht.

## 2. Die Gewährleistungsrechte und deren Inhalt

- 48 Ist das vom Unternehmer erstellte Werk bei Ablieferung mangelhaft, so ist die dem Werkvertrag als synallagmatischem Vertrag innewohnende Wertäquivalenz zwischen (der vom Unternehmer zu erbringenden) Werkleistung und (dem vom Bauherrn zu bezahlenden) Werklohn gestört. Ziel der werkvertraglichen Gewährleistung ist es nun, die aufgrund der Mangelhaftigkeit des Werkes eingetretene Störung des synallagmatischen Gleichgewichtes wiederherzustellen<sup>69</sup>. Aus diesem Grunde hat der Bauherr unter den spezifischen Voraussetzungen von § 1155 ABGB ein Wandlungs-, Minderungs- oder Verbesserungsrecht. Diese Rechte stehen dem Bauherrn grundsätzlich alternativ zu<sup>70,71</sup>.

---

<sup>66</sup> Zu den Auswirkungen der Haftungsminderung auf die einzelnen Gewährleistungsrechte s. IRO, ÖJZ 1983, S. 542; KURSCHERL, S. 19 f.

<sup>67</sup> KURSCHERL, S. 19 f.; KOZIOL/WELSER, S. 408; IRO, ÖJZ 1983, S. 542. Aus der Rechtsprechung WBI 1989, S. 310.

<sup>68</sup> KURSCHERL, S. 18.

<sup>69</sup> KOZIOL/WELSER, S. 252 f.; KURSCHERL, S. 91; SZ 54/168.

<sup>70</sup> KURSCHERL, S. 45, 58.

<sup>71</sup> Dasselbe gilt auch im schweizerischen Werkvertragsrecht; vgl. KOLLER, Nr. 5 ff.; GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1013 ff.; aus der Rechtsprechung s. zuletzt BGE 116 II 314. In diesem Entscheid spricht das Bundesgericht davon, dass dem Besteller ein *Wahlgestaltungsrecht* zustehe, nämlich bei gegebenen Voraussetzungen entweder Wandlung, Minderung oder Nachbesserung zu be-

## A. Wandelungsrecht

1. Weist das Werk bei Ablieferung wesentliche Mängel<sup>72</sup> auf, «welche das Werk unbrauchbar machen oder der ausdrücklichen Bedingung zuwiderlaufen», kann der Besteller (Bauherr) gemäss § 1155 ABGB «vom Vertrage abgehen». Der Bauherr hat also mithin das Recht, den Werkvertrag als Ganzes zu beseitigen und ex tunc rückgängig zu machen. Dieses Recht auf Rückgängigmachung des Werkvertrages wird im juristischen Sprachgebrauch als Wandelungsrecht bezeichnet. Das Wandelungsrecht steht dem Bauherrn auch bei Bauwerkverträgen, also bei Werkverträgen, die auf Errichtung eines Bauwerkes gehen, zu; dies obwohl die Aufhebung und Rückabwicklung eines Bauwerkvertrages in der Regel die Zerstörung wirtschaftlich wertvoller Güter (z.B. Abreissen und Wegschaffen eines Hauses) zur Folge hat<sup>73</sup>. 49
2. **Rechtsnatur des Wandelungsrechts.** Das Wandelungsrecht, also das Recht, den Werkvertrag als Ganzes zu beseitigen, ist nach der herrschenden Lehre und Rechtsprechung zum österreichischen Werkvertragsrecht ein **Gestaltungsklagerecht**<sup>74</sup>. Das heisst, der Bauherr muss das Wandelungsrecht mittels Klage geltend machen und die rechtswirksame Gestaltung tritt erst mit rechtskräftigem Urteil ein. Dies folgt aus § 933 Abs. 1 ABGB, welcher über § 1155 in fine ABGB auch für das Werkvertragsrecht gilt. § 933 ABGB sieht nämlich vor, dass die Gewährleistungsrechte innerhalb der dort vorgesehenen Fristen **gerichtlich geltend gemacht** werden müssen. Eine gerichtliche Geltendmachung ist freilich dann nicht nötig, wenn sich Gewährleistungsberechtigter (Bauherr) und Gewährleistungspflichtiger (Unternehmer) aussergerichtlich, also vertraglich einigen<sup>75</sup>. 50
3. **Rechtsfolgen der Wandelung.** Die rechtswirksame (d.h. vertraglich oder durch richterliches Urteil herbeigeführte, Nr. 50) und ex-tunc-wirkende Auflösung eines Werkvertrages hat zur Folge, dass einerseits die gegenseitigen, bisher noch nicht erbrachten Forderungen untergehen und andererseits bezüglich der bereits erbrachten Leistungen bereicherungsrechtliche<sup>76</sup> Rückleistungspflichten (Wandelungsforderungen) entstehen, welche Zug um Zug zu erfüllen sind (§ 1052 ABGB)<sup>77</sup>. Der Un- 51

---

ansprechen. Demgegenüber kann der Besteller im deutschen Recht (§ 635 BGB) zunächst allein Nachbesserung verlangen. Ein Wandelungs- bzw. Minderungsrecht steht dem Besteller hingegen erst subsidiär, d.h. nach erfolglos verlaufener Nachbesserung zu.

<sup>72</sup> KURSCHER, S. 26 ff.; KOZIOL/WELSER, S. 205, 406.

<sup>73</sup> Aus diesem Grund sieht das schweizerische Werkvertragsrecht in Art. 368 Abs. 3 OR vor: «Bei Werken, die auf Grund und Boden des Bestellers errichtet sind und ihrer Natur nach nur mit unverhältnismässigen Nachteilen entfernt werden können, stehen dem Besteller nur die im zweiten Absatz dieses Artikels genannten Rechte [d.h. ein Minderungs- oder Nachbesserungsrecht] zu.» Im gesetzlichen schweizerischen Bauwerkvertragsrecht kommt dem Wandelungsrecht somit praktisch kaum Bedeutung zu. Vgl. TSCHÜTSCHER, Diss., Nr. 66; DERSELBE, Bauwerkvertrag, Anm. 7.

<sup>74</sup> Vgl. KURSCHER, S. 116 ff.; KOZIOL/WELSER, S. 263. A.A. REISCHAUER in Rummel, N 1 zu § 933 ABGB, und ADLER-HÖLLER in Klang, S. 394, welche dafür eintreten, dass zur Ausübung des Wandelungsrecht auch eine einseitige aussergerichtliche Erklärung des Bestellers an den Unternehmer genüge. Vgl. auch PETER BYDLINSKI, Die Übertragung von Gestaltungsrechten, Wien 1986, S. 152 ff.

<sup>75</sup> WILHELM, JBl 1975, S. 185; DERSELBE; JBl 1982, S. 40 (Entscheidungsanmerkung).

<sup>76</sup> *Condictio causa finita* § 1435 ABGB; vgl. KOZIOL/WELSER, S. 433; JBl 1995, S. 322 ff. (kaufrechtlicher Entscheid).

<sup>77</sup> Vgl. dazu KOZIOL/WELSER, S. 228 ff.

ternehmer hat somit Anspruch auf Rückgabe des Werks<sup>78</sup>, der Bauherr Anspruch auf Rückerstattung des Werklohns. Nach Auffassung des öOGH hat der Besteller jedoch keinen Anspruch auf Zinsen des Werklohns, der Unternehmer keinen Anspruch auf ein Entgelt für die Vorteile, die der Besteller aus der Nutzung des Werks gezogen hat<sup>79</sup>. Denn «werden Leistung und Gegenleistung Zug um Zug ausgetauscht, so gehen die Parteien regelmässig davon aus, dass die Nutzung der einen Leistung der der anderen äquivalent ist»<sup>80</sup>.

## *B. Minderungsrecht*

- 52 **1.** Anstelle der Wandelung kann der Bauherr, sofern das Werk infolge Mangelhaftigkeit einen objektiven Minderwert aufweist, auch die Herabsetzung (Minderung) des vertraglich geschuldeten Werklohnes beanspruchen. Das Preisminderungsrecht steht dem Bauherrn – anders als nach den allgemeinen Gewährleistungsbestimmungen der §§ 922 ff. (insbesondere § 932) ABGB – auch bei wesentlichen Mängeln zu. Nach herrschender Lehre<sup>81</sup> und konstanter Rechtsprechung<sup>82</sup> ist der Umfang der Herabsetzung des Werklohnes nach der sogenannten relativen Methode zu berechnen. Demnach «ist die volle Vergütung in dem Verhältnis ..., in dem der Wert des mangelfrei gedachten Werkes ... zum Wert des mangelhaften Werkes ... steht», also um den Minderwert, zu kürzen. Der Minderwert ist vermutungsweise identisch mit den Kosten einer Mängelbeseitigung durch einen Dritten.
- 53 **2. Rechtsnatur des Minderungsrechts.** Wie das Wandelungsrecht so stellt auch das Minderungsrecht letztlich ein **Gestaltungsklagerecht**, also ein Recht, das gerichtlich geltend gemacht werden muss, dar<sup>83</sup>. Das oben in Nr. 50 zum Wandelungsrecht als Gestaltungsklagerecht Gesagte gilt mutatis mutandis auch hier.
- 54 **3. Rechtsfolgen der Minderung.** Mit der Preisminderung wird der ursprünglich geschlossene Vertrag inhaltlich umgestaltet: Der Besteller verliert seinen Anspruch auf das vertragsgemässe Werk und kann lediglich das tatsächlich gelieferte Werk behalten. Dem Unternehmer seinerseits steht nicht mehr die ursprünglich vereinbarte Vergütung zu, sondern er muss sich mit dem geminderten (reduzierten) Werklohn zufrieden geben. Hat der Besteller bereits mehr als den um die Minderung herabgesetzten Werklohn bezahlt, steht ihm eine bereicherungsrechtliche<sup>84</sup> Rückforderung zu.

---

<sup>78</sup> Zur Frage, ob der Bauherr seinerseits Anspruch auf Rücknahme des Werks durch den Unternehmer hat s. KURSCHERL, S. 48 ff., mit zahlreichen Hinweisen.

<sup>79</sup> JBl 1987, S. 513; dem zitierten Entscheid lag ein von Anfang an ungültiges Rechtsgeschäft zugrunde, die bereicherungsrechtliche Fragestellung ist jedoch dieselbe.

<sup>80</sup> KURSCHERL, S. 46.

<sup>81</sup> Vgl. KURSCHERL, S. 91; KOZIOL/WELSER, S. 258; EHRENZWEIG/MAYRHOFER, S. 421 Anm. 4 m.w.H. A.A. REISCHAUER in Rummel, N 8 zu § 932 ABGB.

<sup>82</sup> SZ 54/88, 62/185.

<sup>83</sup> Vgl. die Hinweise oben in Anm. 74 und 75.

<sup>84</sup> Vgl. die Hinweise oben in Anm. 76.

### C. Recht auf Verbesserung (Verbesserungsrecht)

- 1.** Das Verbesserungsrecht (Nachbesserungsrecht) gibt dem Besteller das Recht, vom Unternehmer die unentgeltliche (d.h. ohne zusätzliches Entgelt vorzunehmende) Verbesserung des mangelhaften Werks zu verlangen. Es steht dem Besteller – wie das Minderungsrecht – bei allen Mängeln, also auch bei wesentlichen i.S. von § 1155 ABGB zu. Das Verbesserungsrecht besteht nach Gesetz freilich nur dort, wo die Verbesserung «nicht einen unverhältnismässigen Aufwand erfordern würde»<sup>85,86</sup>. 55
- 2. Rechtsnatur des Verbesserungsrechts.** Im Unterschied zum Wandelungs- und Minderungsrecht ist das Verbesserungsrecht nach herrschender Lehre nicht ein Gestaltungsrecht, sondern ein **Gestaltungsrecht**, welches durch einseitige (aussergerichtliche) Willenserklärung ausgeübt wird. Das heisst, für die rechtswirksame Geltendmachung des Verbesserungsrechts genügt es, dass der Besteller dem Unternehmer seinen Willen kundtut, er verlange Verbesserung eines bestimmten oder mehrerer bestimmter Mängel. Dass das gesetzliche Verbesserungsrecht ein Gestaltungsrecht ist, ergibt sich letztlich aus dem Sinn und Zweck der Fristansetzung in § 1155 ABGB<sup>87</sup>. 56
- 3. Rechtslage nach Ausübung des Verbesserungsrechts.** Hat der Besteller den Unternehmer zur Mängelbehebung aufgefordert, so ist dieser nun verpflichtet<sup>88</sup>, die Verbesserung des Werks innert angemessener Frist<sup>89</sup> vorzunehmen. Der Besteller seinerseits ist ab dem Zeitpunkt der Ausübung des Verbesserungsrechts i.S. einer Obliegenheit gehalten, die Verbesserung durch den Unternehmer zu dulden<sup>90</sup>. Wie der Unternehmer die Verbesserung des mangelhaften Werks vornimmt, «ist grundsätzlich seine Sache. ... Doch hat er die Mängelbeseitigung in einer für den Besteller möglichst schonenden Weise auszuführen. Daraus folgt, dass er normalerweise nicht ein neues Werk herstellen darf, solange die Verbesserung des bestehenden noch möglich ist»<sup>91</sup>. Umgekehrt hat aber auch der Besteller grundsätzlich keinen Anspruch auf Herstellung eines neuen Werks<sup>92</sup>. 57

---

<sup>85</sup> Zur Frage der Unverhältnismässigkeit des Verbesserungsaufwandes s. GRUBER, Der «unverhältnismässige» Verbesserungsaufwand in § 1167 ABGB, RdW 1990, S. 434 ff.; aus der Rechtsprechung SZ 47/58, 53/7, 55/29.

<sup>86</sup> Dem Besteller steht es jedoch frei, die Übermässigkeit des Verbesserungsaufwandes durch Kostenbeteiligung zu beseitigen (zum schweizerischen Recht s. KOLLER, Nr. 94, 345).

<sup>87</sup> So auch KURSCHEL, S. 63.

<sup>88</sup> Missverständlich KURSCHEL, S. 61: «Der Anspruch auf Verbesserung entsteht ... erst durch das Begehren; vorher ist der Schuldner noch nicht zur Behebung des Mangels verpflichtet.»

<sup>89</sup> Zur Angemessenheit der Fristansetzung s. KURSCHEL, S. 58 ff.

<sup>90</sup> Ähnlich KURSCHEL, S. 58.

<sup>91</sup> KOLLER, Nr. 116; s. auch KURSCHEL, S. 42.

<sup>92</sup> Vgl. CONSTANZE CZERMAK, Verbesserung durch Neuherstellung des Werkes – deutsche Rechtsprechung anwendbar?, WBI 1987, S. 47 ff.; s. auch APATHY, Zum Umfang der Verbesserungspflicht des Werkunternehmers nach § 1167 ABGB, WBI 1991, S. 279 ff.; REISCHAUER in Rummel, N 3 zu § 1167 ABGB; KURSCHEL, S. 40 ff.

### 3. Recht auf Schadenersatz und Gewährleistung

- 58 1. Liefert der Unternehmer dem Besteller ein mangelhaftes Werk ab, so hat er seine werkvertragliche Leistungspflicht schlecht erfüllt (s. Anm. 2). Es stellt sich nun die Frage, ob der Bauherr neben oder anstelle der genannten Gewährleistungsrechte auch Schadenersatz verlangen kann. Die Frage scheint das Gesetz selbst zu beantworten: Kann der Bauherr dem Unternehmer nämlich ein Verschulden an der Mangelhaftigkeit des Werkes nachweisen, so haftet der Unternehmer gemäss § 932 Abs. 1 letzter Satz ABGB «in allen Fällen ... für den verschuldeten Schaden». Welcher Schaden damit gemeint ist, war in der österreichischen Lehre und Rechtsprechung zu § 932 ABGB lange Zeit umstritten. Bis vor kurzem vertrat der öOGH in ständiger Judikatur die Auffassung<sup>93</sup>, dass damit nur der Mangelfolgeschaden gemeint sei. Dies hatte zur Folge, dass der Bauherr nur Ersatz desjenigen Schadens verlangen konnte, welcher durch einen Mangel verursacht wurde und trotz Wandelung, Minderung und Nachbesserung bestehen blieb. Mit anderen Worten konnte der Bauherr den Anspruch auf Schadenersatz nur neben, nicht an Stelle der alternativen Mängelrechte geltend machen. Zur Illustration sei auf das Dachdeckerbeispiel von Nr. 30 zurückgegriffen: Ein Unternehmer errichtet ein Dach, das regendurchlässig ist. Hierin liegt ein Mangel. Wenn dieser Mangel nun zur Folge hat, dass bei einem Regenschauer ein Teppich nass und schmutzig wird und der Teppich eine chemische Reinigung nötig hat, so stellen die Reinigungskosten Mangelfolgeschaden dar, welche der Besteller vom Unternehmer ersetzt verlangen kann. Hingegen ist es dem Besteller nach dieser Auffassung verwehrt, das mangelhafte Dach durch einen Dritten verbessern zu lassen und die entstehenden Kosten vom Unternehmer unter dem Titel Schadenersatz ersetzt zu verlangen.
- 59 2. Die Rechtsprechung des öOGH ist auf Kritik gestossen. Namentlich von RUDOLF WELSER<sup>94</sup> wurde mit Nachdruck die Meinung vertreten, der Schaden in § 932 ABGB umfasse nicht bloss den Mangelfolgeschaden, sondern den Mangelschaden an sich, also denjenigen Schaden, der durch einen Mangel selbst begründet ist. Mit Urteil vom 9. März 1990<sup>95</sup>, welches seither mehrmals bestätigt wurde<sup>96</sup>, hat sich der öOGH nun der Argumentation WELSERS angeschlossen und ausgeführt: «Es kann weder im Einzelfall verlässlich festgestellt werden, was ein Mangel des Werkes und was ein durch den Mangel an eben diesem Werk verursachter Schaden ist, noch erscheint es plausibel, die beiden Nachteile mit unterschiedlichen schadenersatzrechtlichen Folgen auszustatten. Jedenfalls im Werkvertragsrecht bestehen somit Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüche *in voller* Konkurrenz nebeneinander.»<sup>97</sup> Dies hat zur Folge, dass der Anspruch auf Schadenersatz dem Bauherrn nicht bloss neben dem Recht auf Wandelung, Minderung oder Nachbesserung zusteht, sondern er kann bei gegebenen Voraussetzungen an deren Stelle geltend gemacht werden. Der Bauherr kann also, um beim Beispiel von Nr. 58 zu bleiben, das mangelhafte Dach, ohne dass er dem Unternehmer die Möglichkeit zur Nachbesserung gibt, durch einen Dritten verbessern lassen und die so entstandenen Kosten vom Unternehmer zurückfordern.

<sup>93</sup> EvBl 1967, S. 322; EvBl 1975, S. 103; SZ 40/31; JBl 1972, S. 205.

<sup>94</sup> Vgl. WELSER, JBl 1976, S. 127 ff. Einen ausführlichen Überblick über den Meinungsstand in Lehre und Rechtsprechung findet sich bei WELSER, Schadenersatz statt Gewährleistung, S. 1 ff.

<sup>95</sup> SZ 63/37 (ecolex 1990, S. 279 ff., JBl 1990, S. 648 ff., RdW 1990, S. 35 ff.).

<sup>96</sup> JBl 1990, S. 653 ff., S. 792 ff.; JBl 1992, S. 114 ff., S. 245 ff.; JBl 1993, S. 786 ff.; SZ 63/53.

<sup>97</sup> JBl 1990, S. 651.

3. Hinsichtlich der Haftungsmodalitäten sind beim Schadenersatzanspruch für Mangelschaden die für alle Schadenersatzansprüche geltenden Voraussetzungen zu beachten. Der Schadenersatzanspruch setzt deshalb in jedem Fall voraus, dass den Unternehmer ein Verschulden und zwar ein Verschulden am Mangel trifft. Die alternative Anspruchskonkurrenz zwischen Gewährleistung und Schadenersatz ist aber auch insofern von Bedeutung, als Schadenersatzansprüche gemäss § 1489 ABGB erst in drei Jahren ab Kenntnis von Schaden und Schädiger verjähren, wogegen für die Gewährleistungsrechte bei unbeweglichen Bauwerken eine Frist von drei Jahren ab Ablieferung desselben gilt (§ 933 ABGB). 60

#### 4. Zur Gewährleistung beim Werklieferungsvertrag

1. Der Werklieferungsvertrag im hier verstandenen Sinne ist ein Werkvertrag, bei dem der Unternehmer neben der Pflicht zur Erbringung der Werkleistung zusätzlich die Pflicht zur gänzlichen oder teilweisen Stofflieferung übernommen hat. Bei den Bauwerkverträgen handelt es sich in aller Regel um Werklieferungsverträge: So hat beispielsweise der Maler nicht nur das Haus zu bemalen, sondern auch die Farbe zur Verfügung zu stellen, der Maurer nicht nur die Wände zu erstellen, sondern die Ziegel mitzuliefern. Oder der Unternehmer im bereits mehrfach erwähnten Beispiel (Nr. 30, 58) ist nicht nur zur Errichtung eines Dachstuhls «beauftragt», sondern liefert auch die Balken mit. 61

2. Folgt man der hier vertretenen Auffassung, wonach der Werklieferungsvertrag ein Werkvertrag ist, so finden auf diesen die Bestimmungen des Werkvertragsrechts Anwendung. Was somit die Voraussetzungen und Modalitäten der Gewährleistungspflicht des Unternehmers anbelangt, so gilt das bis anhin Gesagte auch für den Werklieferungsvertrag. Nach einem Urteil des liechtensteinischen OGH<sup>98</sup> soll bei bestimmten Werklieferungsverträgen (bei sog. uneigentlichen Werklieferungsverträgen) allerdings eine zusätzliche allgemeine Gewährleistungsvoraussetzung hinzukommen. Demnach soll der Besteller das Werk nach erfolgter Ablieferung prüfen und entdeckte Mängel gemäss Art. 346 HGB sofort rügen müssen. Die vom liechtensteinischen OGH vertretene Auffassung ist m.E. sowohl was das Ergebnis als auch was die Begründung betrifft, abzulehnen. Dies jedenfalls dann, wenn man der hier vertretenen Ansicht folgt, dass der Werklieferungsvertrag ein Werkvertrag ist. Diesfalls findet die Auffassung des OGH weder im ABGB noch im HGB eine Stütze. Insbesondere kann der OGH auch aus § 1154 ABGB nichts zu seinen Gunsten ableiten. Denn § 1154 ABGB statuiert nach meinem Dafürhalten eine blosse Auslegungsregel, sie beinhaltet jedoch keinen eigenständigen Normierungsgehalt. Auch besteht kein Anlass Art. 346 HGB auf Werklieferungsverträge analog anzuwenden. 62

---

<sup>98</sup> Urteil vom 21. Dezember 1992, abgedruckt in LES 1993, S. 58 ff., insbesondere S. 62.

### III. System der werkvertraglichen Gewährleistung gemäss SIA-Norm 118

#### 1. Zur SIA-Norm 118 im allgemeinen

- 63 **1.** Die gesetzliche Ordnung der Mängelhaftung – wie sie im Verlaufe der bisherigen Ausführungen dargestellt wurde – vermag den Bedürfnissen der Baupraxis nicht vollumfänglich gerecht zu werden. In Bauwerkverträgen wird daher oft vom Gesetz abgewichen. Das geschieht insbesondere durch vertragliche Übernahme der SIA-Norm 118. Bei der SIA-Norm 118 handelt es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen, welche vom Schweizerischen Ingenieur- und Architekten-Verein ausgearbeitet wurden. Die SIA-Norm 118 ist eine Kodifikation von 190 Artikeln – gegenüber den 10 Paragraphen des Werkvertragsrechts des ABGB damit ein besonders markantes Beispiel der Verdrängung dispositiven Rechts.
- 64 **2. Geltung der SIA-Norm 118.** Zu beachten ist, dass die SIA-Norm 118 – wie alle AGB – nicht aus eigener Kraft gilt. Die Bestimmungen der SIA-Norm 118 gelten vielmehr nur dann, wenn sie im Einzelfall von den Parteien ausdrücklich oder stillschweigend in den Werkvertrag aufgenommen wurden<sup>99</sup>. Daran ändert nichts, dass im Anhang der Norm vorgesehen ist, diese trete «am 1. Januar 1977 in Kraft».
- 65 **3. Auslegung der SIA-Norm 118.** Zu beachten gilt es im weiteren, dass die SIA-Norm 118 – wie alle AGB – individuell auszulegen ist<sup>100</sup>. Eine allgemeingültige, für alle Fälle geltende Auslegung der Norm ist daher zum vornherein nicht möglich. Das gilt auch dort, wo die Norm eine gesetzliche Regelung wiedergibt oder gesetzliche Ausdrücke verwendet. Immerhin lässt sich angeben, was im Normalfall als vereinbart anzusehen ist. Die folgenden Ausführungen beziehen sich immer auf diesen «Normalinhalt».
- 66 **4. Regelung der Mängelhaftung.** Die SIA-Norm 118 regelt die Haftung des Unternehmers für Mängel des Werks in den Art. 165-171. Teil der Mängelhaftungsordnung bilden aber auch die Art. 157-164 über die Abnahme des Werks sowie die Art. 172-180 über die Garantiefrist. Auf einige grundlegende Abweichungen gegenüber dem liechtensteinischen Gesetzesrecht sei im folgenden hingewiesen.

#### 2. Allgemeine Voraussetzungen der Mängelrechte

- 67 Wie die gesetzliche Mängelhaftung so setzt auch diejenige gemäss SIA-Norm 118 einen Mangel, Abnahme des Werks sowie fehlendes Selbstverschulden des Bauherrn voraus. Diese allgemeinen Gewährleistungsvoraussetzungen nach der SIA-Norm sind teilweise anders aufzufassen als nach Gesetz.

---

<sup>99</sup> Zur vertraglichen Übernahme der SIA-Norm 118 s. GAUCH, Werkvertrag, Nr. 236 ff.; KOLLER, Nachbesserungsrecht, Nr. 1, 217 ff.

<sup>100</sup> KOLLER, Nr. 230, 234.

## A. Werkmangel/fehlendes Selbstverschulden des Bauherrn

Eine bloss formale Abweichung vom Gesetz beinhaltet Art. 166 Abs. 4 der Norm. Ein Selbstverschulden des Bauherrn schliesst nach dieser Bestimmung das Vorliegen eines Mangels und damit auch die Mängelhaftung des Unternehmers aus. Demgegenüber fallen unter den gesetzlichen Mangelbegriff wie gesehen auch selbstverschuldete Mängel, doch besteht dafür ebenfalls keine Haftung des Unternehmers (oben Nr. 37 ff.).

## B. Abnahme des Bauwerks

**1.** Wie nach Gesetz so entstehen die Mängelrechte des Bauherrn auch nach der SIA-Norm 118 im Zeitpunkt der Abnahme. Mit Abnahme ist Abnahme im Sinne der Art. 157 ff. der SIA-Norm 118 gemeint. Wie nach Gesetz wird die Abnahme mit der Vollendungsanzeige eingeleitet. Während jedoch nach Gesetz die Abnahme der Vollendungsanzeige regelmässig unmittelbar nachfolgt, damit praktisch zusammenfällt, trifft dies für die SIA-Norm 118 nicht zu. Hier sind Vollendungsanzeige und Abnahme zeitlich klar getrennt. Im einzelnen gestaltet sich der gesamte Abnahmeprozess relativ kompliziert. Es sind namentlich ein Normalfall und verschiedene Ausnahmefälle zu unterscheiden. Der Normalfall sowie zwei Ausnahmefälle seien nun dargestellt<sup>101</sup>:

**2. Normalfall der Abnahme.** Nach der Einleitung der Abnahme mittels Vollendungsanzeige ist das Werk gemäss Art. 158 Abs. 2 SIA-Norm 118 innert Monatsfrist von Unternehmer und Bauherr gemeinsam zu prüfen. Werden bei der Prüfung keine wesentlichen Mängel entdeckt, so ist das Werk **mit Abschluss der Prüfung abgenommen**. Zeigen sich wesentliche Mängel, so wird die Abnahme grundsätzlich zurückgestellt. Vorbehalten sind namentlich folgende Sonderfälle:

– Verzichtet der Bauherr bei der gemeinsamen Prüfung auf die Geltendmachung eines wesentlichen Mangels, so hindert dieser Mangel die Abnahme nicht. Ein solcher Verzicht wird angenommen, wenn ein Mangel bei der Prüfung offensichtlich war, jedoch nicht geltend gemacht wurde. Wurde ein nicht offensichtlicher Mangel erkannt, aber nicht geltend gemacht, so gilt dasselbe<sup>102</sup> (Art. 163 SIA-Norm 118)<sup>103</sup>. Der Bauherr muss also erkannte oder offensichtliche Mängel bei der Prüfung rügen, ansonst die Abnahme nicht hinausgeschoben wird. Mehr noch: Rügt der Bauherr die Mängel nicht, so verliert er insoweit die Mängelrechte (Art. 163 a.E. SIA-Norm 118).

– Der Bauherr ist im Sinne einer Obliegenheit verpflichtet, den Unternehmer unverzüglich aufzufordern, bei der gemeinsamen Prüfung entdeckte Mängel innert angemessener Frist zu beseitigen. Unterlässt er dies, so gilt das Werk trotz der Mängel als abgenommen, und zwar «mit Abschluss der Prüfung» (Art. 162 SIA-Norm 118). Hingegen hat die Obliegenheitsverletzung keinen Verlust der Mängelrechte zur Folge.

<sup>101</sup> Weitere Ausnahmefälle finden sich bei KOLLER, Nr. 257 ff.

<sup>102</sup> GAUCH, N 4 und 10 zu Art. 162 SIA-Norm 118.

<sup>103</sup> Für Mängel, die im Prüfungsprotokoll nicht aufgeführt sind, gilt die Vermutung, dass sie anlässlich der gemeinsamen Prüfung nicht gerügt wurden. Dem Bauherrn steht jedoch der Nachweis offen, dass die Mängel trotzdem gerügt wurden, also das Prüfungsprotokoll unvollständig ist.

- 73 **3. Ausnahmefall der Abnahme gemäss Art. 164 SIA-Norm 118.** Die gemeinsame Prüfung ist – wie in Nr. 70 gesehen – innert Monatsfrist seit der Vollendungsanzeige vorzunehmen. Unterbleibt sie, «weil entweder keine der Parteien die Prüfung verlangt oder von seiten des Bauherrn die Mitwirkung unterlassen wird, so gilt das Werk gemäss Art. 164 Abs. 1 SIA-Norm 118 mit Ablauf dieser Frist dennoch als abgenommen. «Keine Abnahme findet jedoch solange statt, als die gemeinsame Prüfung deswegen unterbleibt, weil der Unternehmer die Mitwirkung unterlässt» (Art. 164 Abs. 2 SIA-Norm 118).
- 74 **4. Ausnahmefall gemäss Art. 161 Abs. 2 und 3 SIA-Norm 118.** Werden bei der gemeinsamen Prüfung wesentliche Mängel entdeckt, so hat der Bauherr dem Unternehmer unverzüglich Frist zur Mängelbeseitigung anzusetzen. Tut er dies, so wird die Abnahme hinausgeschoben. Der Unternehmer muss nun die Mängel beseitigen und nach erfolgter Verbesserung dem Besteller davon unverzüglich Mitteilung machen. Alsdann hat eine neue Prüfung stattzufinden. Treten bei dieser keine wesentlichen Mängel mehr zu Tage, so gilt das Werk nun als abgenommen. Zeigen sich erneut wesentliche Mängel, so ist nochmals im umschriebenen Sinne zu verfahren (vgl. Art. 162 SIA-Norm 118). Wiederum gilt, dass dann, wenn der Bauherr nach der Prüfung nicht unverzüglich die Mängelbeseitigung verlangt, die Abnahme mit der Prüfung als erfolgt anzusehen ist .

### *C. Mängelrüge*

- 75 **1.** Ein zweiter grundlegender Unterschied zwischen Gesetz und SIA-Norm 118 betrifft die wichtige Frage der Mängelrüge. Nach der Regelung im ABGB ist eine Mängelrüge wie gesehen nicht erforderlich (vorne Nr. 9). Sie ist nach dem Gesetzesrecht allein deshalb bedeutsam und folglich auch ratsam, weil durch die Anzeige der Mängel gemäss § 933 Abs. 2 ABGB die Einrederechte des Bestellers perpetuiert werden<sup>104</sup>.
- 76 **2.** Anders ist die Rechtslage bei Geltung der SIA-Norm 118. Gemäss Art. 172 der Norm «besteht eine Garantiefrist von zwei Jahren», welche mit dem Tag der Abnahme zu laufen beginnt. Bei dieser Garantiefrist handelt es sich um eine relative Rügefrist. Das heisst, der Bauherr muss die am Werk aufgetretenen Mängel innert der zweijährigen Garantiefrist rügen. Wann er dies tut, steht in seinem Belieben. Eine Pflicht zu sofortiger Rüge besteht jedenfalls nicht. Nach Ablauf der zweijährigen Rügefrist können Mängel, die während der zweijährigen Frist entdeckt wurden, grundsätzlich nicht mehr gerügt werden. Die diesbezüglichen Mängelrechte sind verwirkt, also untergegangen. Später entdeckte Mängel können hingegen immer noch gerügt werden, dies muss gemäss Art. 179 Abs. 2 SIA-Norm 118 nun aber sofort geschehen. Nach Ablauf der zweijährigen Rügefrist entspricht die Rügeordnung der SIA-Norm 118 derjenigen des gesetzlichen schweizerischen Werkvertragsrechts (Art. 367 OR)<sup>105</sup>.

---

<sup>104</sup> Vgl. KURSCHER, S. 105, 116; JBl 1995, S. 322 ff. (kaufrechtlicher Entscheid).

<sup>105</sup> Vgl. dazu KOLLER, Nr. 267.

### 3. Die Mängelrechte

#### A. Allgemeines

1. Ein zentraler Unterschied zwischen der Mängelhaftungsordnung gemäss ABGB und derjenigen gemäss SIA-Norm 118 ergibt sich bei der Ausgestaltung der Mängelrechte. Nach § 1155 ABGB hat der Bauherr – bei gegebenen Voraussetzungen – alternativ drei Mängelrechte, nämlich ein Wandelungs-, Minderungs- und Nachbesserungsrecht; allenfalls auch ein Recht auf Schadenersatz (Nr. 58 ff.). Demgegenüber ist in Art. 169 der SIA-Norm 118 ein **Vorrang des Nachbesserungsrechts** vorgesehen. Nach dieser Bestimmung hat der Bauherr bei jedem Mangel nämlich zunächst einzig das Recht, vom Unternehmer die Beseitigung des Mangels innerhalb angemessener Frist zu verlangen. Nur wenn der Mangel nicht fristgemäss behoben wird, sei es gar nicht oder doch nicht vollständig, kann der Bauherr auch mindern oder wandeln, d.h. vom Verträge zurücktreten, wie Art. 169 Abs. 1 Ziff. 3 der Norm sagt. Vorbehalten sind gewisse Ausnahmefälle gemäss Art. 169 Abs. 2 SIA-Norm. 77

Aus dem Gesagten folgt: Das Minderungs- und Wandelungsrecht sind nach der SIA-Norm 118 bloss sekundäre Mängelrechte, wogegen es sich nach Gesetz um primäre Mängelrechte handelt. Das Minderungs- und Wandelungsrecht werden durch ein weiteres sekundäres Mängelrecht ergänzt, nämlich durch das Recht auf Ersatzvornahme<sup>106</sup>. Kommt der Unternehmer der Aufforderung zur Nachbesserung nicht nach, steht es dem Bauherrn (neben dem Recht zu mindern oder wandeln) nämlich frei, die Mängelbehebung auf Kosten und Gefahr des Unternehmers selbst oder durch einen Dritten ausführen zu lassen. 78

2. **Rechtsnatur der Mängelrechte.** Die Mängelrechte gemäss SIA-Norm 118 unterscheiden sich auch hinsichtlich der Rechtsnatur von denjenigen nach Gesetz. Dies trifft einmal für das Wandelungs- und Minderungsrecht zu, welche anders als nach Gesetz nicht Gestaltungsklagerechte (oben Nr. 50, 53), sondern Gestaltungsrechte sind und als solche vom Bauherrn aussergerichtlich, durch empfangsbedürftige Willenserklärung ausgeübt werden können. Dies trifft sodann insbesondere aber auch für das primäre **Nachbesserungsrecht** zu. Der Anspruch auf Verbesserung ist nämlich – anders als nach Gesetz – nicht ein Gestaltungsrecht (oben Nr. 56), sondern unmittelbar eine **Forderung**<sup>107</sup>. 79

3. Im Unterschied zum Gesetz entstehen mit der Geltendmachung des Wandelungs- bzw. Minderungsrechts gemäss SIA-Norm 118 nicht bereicherungsrechtliche (oben Nr. 51, 54), sondern **vertragliche**<sup>108</sup> **Rückleistungspflichten** (so ausdrücklich für die Wandelungsforderung Art. 169 Abs. 1 Ziff. 3 SIA-Norm 118). 80

<sup>106</sup> Vgl. KOLLER, Nr. 238, 244.

<sup>107</sup> A.A. GAUCH, N 1 und 6 zu Art. 169 SIA-Norm 118. S. zum Nachbesserungsrecht gemäss der SIA-Norm 118 KOLLER, Nr. 234 ff., insbesondere Nr. 240 ff.

<sup>108</sup> Das Gleiche gilt auch für das schweizerische gesetzliche Werkvertragsrecht; vgl. dazu TSCHÜTSCHER, Diss., Nr. 67 f. und Anm. 128.

## B. Das Nachbesserungsrecht

- 81 1. Dem Nachbesserungsrecht kommt im Rahmen der SIA-Norm 118 – wie gesehen (Nr. 77) – herausragende Stellung zu. Sind nämlich die Voraussetzungen einer Mängelhaftung gegeben, so kann und muss der Bauherr bei Geltung der Bestimmungen der SIA-Norm 118 in jedem Fall zunächst – und zwar unabhängig von der Höhe der Verbesserungskosten, der Art und der Behebbarkeit der Mängel – vom Unternehmer Nachbesserung verlangen<sup>109</sup>. Damit soll der Unternehmer auch bei übermässigen Verbesserungskosten selbst entscheiden können, ob er den Bauherrn auf die Wandelung bzw. Minderung verweisen oder aber das Werk mit übermässigen Kosten nachbessern will. Allerdings steht dem Bauherrn auch nach der SIA-Norm 118 kein Recht auf Neuerstellung des Werks zu<sup>110</sup>.
- 82 2. Die Aufteilung der **Kosten der Nachbesserung** ist in Art. 170 SIA-Norm 118 geregelt. Gemäss dieser Bestimmung hat der Unternehmer sämtliche Kosten der Nachbesserung, aber auch die Kosten der Beseitigung von Schäden, welche infolge der Mängelbehebung an Werken von Nebenunternehmern entstanden sind, sowie allfällige Mehrkosten der Bauleitung zu übernehmen.

## C. Schadenersatz: Ersatz des Mangelfolgeschadens

- 83 Gemäss Art. 171 SIA-Norm 118 steht dem Bauherrn ein «weiteres Mängelrecht» (vgl. Marginale von Art. 171 SIA-Norm 118) zu, nämlich ein Recht auf Schadenersatz. Kraft ausdrücklicher Bestimmung in Art. 171 Abs. 1 SIA-Norm 118 steht das Schadenersatzrecht dem Bauherrn allerdings bloss «neben und ausser» den anderen Mängelrechten zu. Die Frage der alternativen Anwendbarkeit mit den anderen drei Mängelrechten erübrigt sich folglich (vgl. oben Nr. 58 ff.). Der kumulative Charakter des Schadenersatzrechts bestimmt auch dessen Inhalt. Das heisst, der Bauherr kann mit dem Schadenersatzanspruch bloss denjenigen Schaden geltend machen, der trotz Nachbesserung (oder Wandelung bzw. Minderung) bestehen bleibt. Mit anderen Worten kann er bloss den Mangelfolgeschaden geltend machen. Ein Anspruch auf Ersatz des Mangelschadens steht dem Bauherrn auch im Falle des Nachbesserungsverzuges des Unternehmers nicht zu<sup>111</sup>.

## IV. Schlussbemerkungen

- 84 Mit den vorangehenden Ausführungen war beabsichtigt, die Mängelhaftungsordnung gemäss liechtensteinischem gesetzlichen Werkvertragsrecht und diejenige gemäss

---

<sup>109</sup> Das Nachbesserungsrecht besteht für anlässlich der gemeinsamen Prüfung festgestellte wesentliche Mängel (oben Nr. 70 ff.) sogar *vor* der Abnahme.

<sup>110</sup> Vgl. GAUCH, N 4 und 32 lit. c. zu Art. 169 SIA-Norm 118.

<sup>111</sup> Vgl. dazu KOLLER, Nr. 289, 292.

SIA-Norm 118 überblicksartig darzustellen und zu vergleichen. Bereits aufgrund dieses allgemeinen Überblicks kann m.E. festgehalten werden, dass die Regelung der SIA-Norm 118 mit dem Vorrang des Nachbesserungsrechts dem Unternehmer – in gerechtfertigter Weise – entgegen kommt. Sie erlaubt dem Unternehmer nämlich, im nachhinein doch noch richtig zu erfüllen und sich damit den ganzen Werklohn zu sichern. Nach Gesetz müsste er damit rechnen, dass der Bauherr mindert (ausnahmsweise sogar wandelt), was im Normalfall eine unverhältnismässige Werklohnreduktion zur Folge hat. Denn der Minderwert entspricht vermutlich den Kosten, die ein Dritter für die Mängelbeseitigung aufwenden müsste; diese Kosten aber sind in der Regel höher als die Kosten, die dem Unternehmer durch die Nachbesserung entstehen. Eine der gesetzlichen Rechtslage vergleichbare Situation entsteht jedoch dann, wenn der Unternehmer die Mängel innert der Verbesserungsfrist nicht oder nicht vollständig beseitigt; denn jetzt steht dem Bauherrn ein ähnliches Wahlrecht wie nach § 1155 i.V.m. § 932 ABGB zu.

## Abkürzungsverzeichnis

A.	Auflage
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch vom 1. Juni 1811
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
Anm.	Anmerkung(en), Fussnote(n)
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (Amtliche Sammlung)
ecolex	ecolex, Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht (Wien)
EvBl	Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen (in ÖJZ)
i.S.	im Sinne
i.V.m.	in Verbindung mit
JB1	Juristische Blätter (Wien/New York)
m.E.	meines Erachtens
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
N	Note(n)
Nr.	Nummer(n)
OGH	Liechtensteinischer Oberster Gerichtshof
öOGH	Österreichischer Oberster Gerichtshof
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung (Wien)
OR	Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 30. März 1911
RdW	Österreichisches Recht der Wirtschaft
s./S.	siehe <i>oder</i> Seite
SIA	Schweizerischer Ingenieur- und Architektenverein
SZ chen	Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivilsachen
vgl.	Vergleiche
WB1	Wirtschaftsrechtliche Blätter (Wien)
z.B.	zum Beispiel

## Literaturverzeichnis

Die nachstehend aufgeführten Werke werden, wo nichts anderes vermerkt ist, nur mit dem Verfassernamen zitiert. Zahlreiche weitere Literaturhinweise finden sich in den Anmerkungen.

ADLER-HÖLLER in Klang, Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd.V, 2. A. Wien 1954.

BINDER MARTIN, in Schwimann Michael, Praxiskommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch samt Nebengesetzen, Bd. 4, 2. Halbbd., §§ 1090- 1292 ABGB, KSchG, UN-Kaufrecht, Wien 1988.

EHRENZWEIG ARMIN/EHRENZWEIG ADOLF, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, 2. Buch, Das Recht der Schuldverhältnisse, 1. Abteilung, Allgemeine Lehren, bearbeitet von HEINRICH MAYRHOFER, 3. A. Wien 1986 (zit. EHRENZWEIG/MAYRHOFER).

GAUCH PETER, Kommentar zur SIA-Norm 118 Art. 157-190, Zürich 1991 (zit. GAUCH, N ... zu Art. ... SIA-Norm 118).

– Der Werkvertrag, 3. A. Zürich 1985 (zit. GAUCH, Werkvertrag).

GRILLBERGER KONRAD, in Schwimann Michael, Praxiskommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch samt Nebengesetzen, Bd. 5, §§ 1293-1502 ABGB, Wien 1987.

IRO GERT, Die Warnpflicht des Werkunternehmers, ÖJZ 1983, S. 505 ff., S. 539 ff.

KOLLER ALFRED, Das Nachbesserungsrecht im Werkvertrag, 2. A. Zürich 1995.

KOZIOL HELMUT/WELSER RUDOLF, Grundriss des bürgerlichen Rechts, Bd. I, Allgemeiner Teil und Schuldrecht, 10. A. Wien 1995

KREJCI, in Rummel , Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, 1 Bd., Kommentar zu §§ 1-1174 ABGB, 2. A. Wien 1990.

KURSCHEL IRENE, Die Gewährleistung beim Werkvertrag, Diss. Wien 1989.

REISCHAUER, in Rummel, Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, 1. Bd., Kommentar zu §§ 1-1174 ABGB, 2. A. Wien 1990; 2. Bd., Kommentar zu §§ 1175-1502 ABGB, 2. A. Wien 1992.

WELSER RUDOLF, Gewährleistung und Schadenersatz, JBl 1976, S. 127 ff.

– Schadenersatz statt Gewährleistung, Wien 1994.

TSCHÜTSCHER KLAUS, Die Verjährung der Mängelrechte im Bauwerkvertragsrecht, in ALFRED KOLLER (Hrsg.), Aktuelle Probleme des öffentlichen und privaten Baurechts, St. Gallen 1994, S. 225 ff. (zit. TSCHÜTSCHER, Bauwerkvertrag).

– Die Verjährung der Mängelrechte bei unbeweglichen Bauwerken, Diss. St. Gallen 1996 (zit. TSCHÜTSCHER, Diss.).

## Beiträge Liechtenstein-Institut

*Bisher erschienen:*

- Nr. 1 Hans K. Wytrzens (Hrsg.)  
**Wirtschaftsstandort Liechtenstein - Bedingungen und Perspektiven**  
mit Beiträgen von: Klaus Biedermann, Klaus Büchel, Josef K. Braun, Rolf Ehlers, Christine Glinski-Kaufmann, Michael Hilti, Thomas Hilti, Volker Rheinberger, Hans K. Wytrzens  
504 Seiten, vervielfältigt, BERN 1993
- Nr. 2 Jochen Abr. Frowein, Wolfram Höfling  
**Zu den Schreiben S.D. des Landesfürsten Hans-Adam II. vom 27.2.1995 und vom 4.4.1995 an den Vorsitzenden der Verwaltungsbeschwerdeinstanz. Zwei Rechtsgutachten**  
49 Seiten, vervielfältigt, BERN 1995
- Nr. 3 Kuno Frick  
**Die Ausstrahlung der Grundrechte auf Privatrechtsbeziehungen**  
22 Seiten, vervielfältigt, BERN 1996
- Nr. 4 Gerold Hoop  
**Zur historischen Entwicklung des Vermögensrechts**  
21 Seiten, vervielfältigt, BERN 1996
- Nr. 5 Marie-Theres Frick  
**Persönlichkeitsrechte**  
24 Seiten, vervielfältigt, BERN 1996
- Nr. 6 Frank Zindel  
**Die güterrechtliche Auseinandersetzung bei Auflösung der Ehe**  
19 Seiten, vervielfältigt, BERN 1996
- Nr. 7 Paul Meier  
**Die Kontrollstelle im Personen- und Gesellschaftsrecht**  
26 Seiten, vervielfältigt, BERN 1996
- Nr. 8 Thomas Nigg  
**Das Vereinsrecht**  
25 Seiten, vervielfältigt, BERN 1996
- Nr. 9 Graziella Marok  
**Die Anstalt nach dem Personen- und Gesellschaftsrecht**  
24 Seiten, vervielfältigt, BERN 1996