

Abmahnung

lic. iur. Christian Munz

Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht

33. KBS Estrich-Fachtagung vom 23. Januar 2024

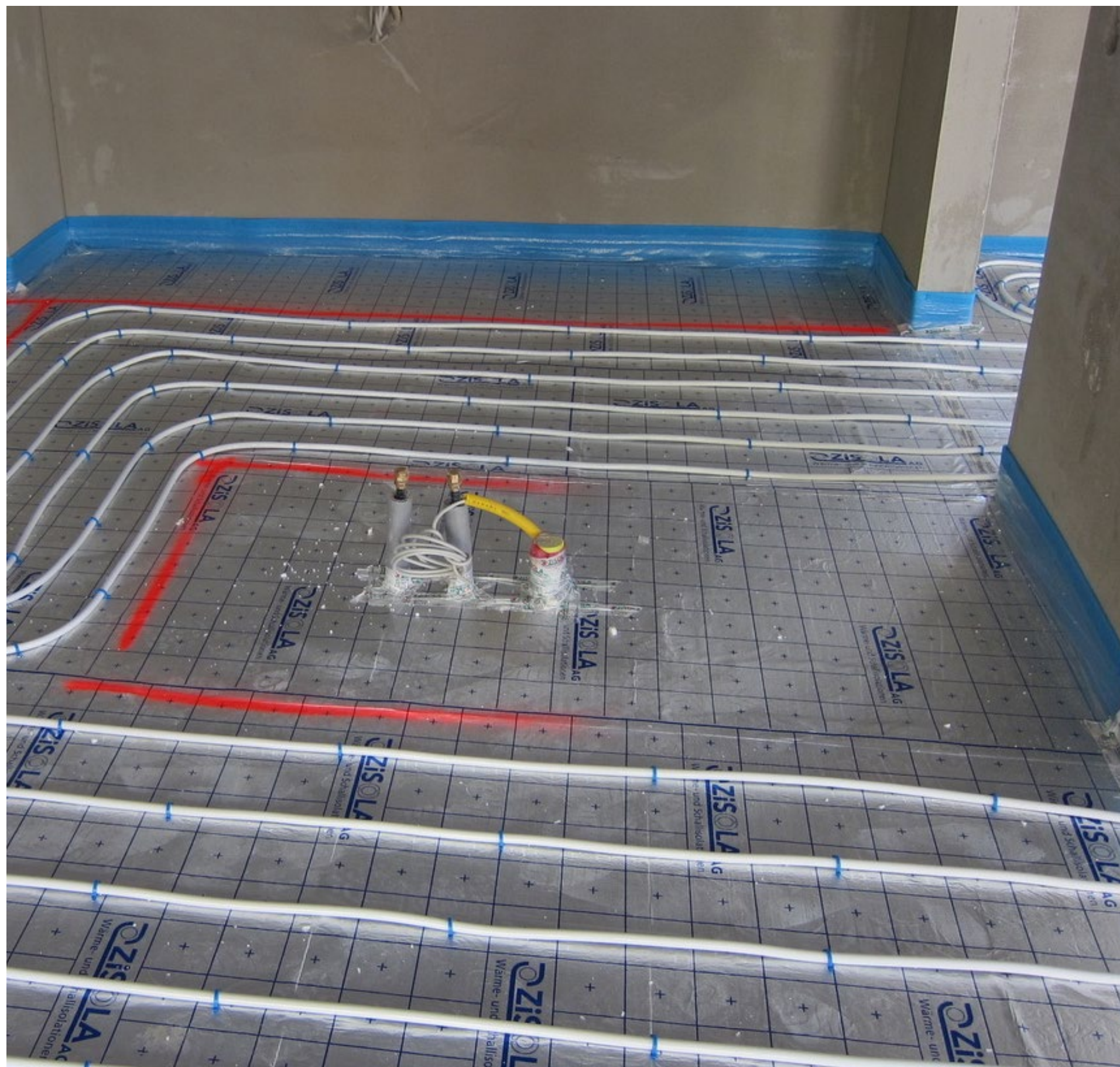
Themen

1. Einführung ins Thema «Abmahnung»
2. Rechtliche Grundlagen
3. Bedeutung einer Abmahnung
4. Notwendigkeit einer Abmahnung
5. Folgen einer Abmahnung
6. Wann abmahnen
7. Wie abmahnen, Inhalt der Abmahnung
8. Wer mahnt bei wem ab
9. Zusammenfassung, Erfahrungen und Lehren
10. Grenzen der Abmahnung
11. Fragen



Einführung

Einführung





Einführung

Christian Munz

lic. iur. / Studium in Fribourg (2002)

seit 2020 bei
Pfisterer Fretz Munz AG
in Aarau
www.pfisterer.ch

Rechtsanwalt (2005)

seit 2007 als Anwalt
Im Bereich Baurecht

Fachanwalt SAV Bau-
und Immobilienrecht



Ich bin

Rechtliche Grundlagen



Besteller*in (TU,
GU, Investor etc.)



Unternehmer*in
(Bauunternehmung)



**Architekt*in /
Bauleitung**

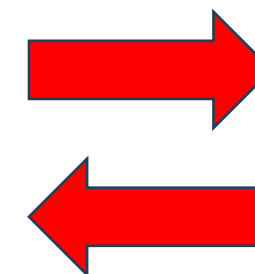


Subunternehmer*in

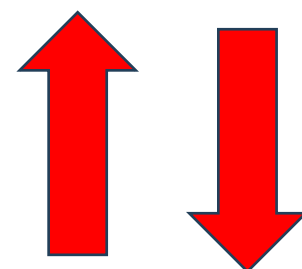
Vertragsverhältnisse? Qualifikation?



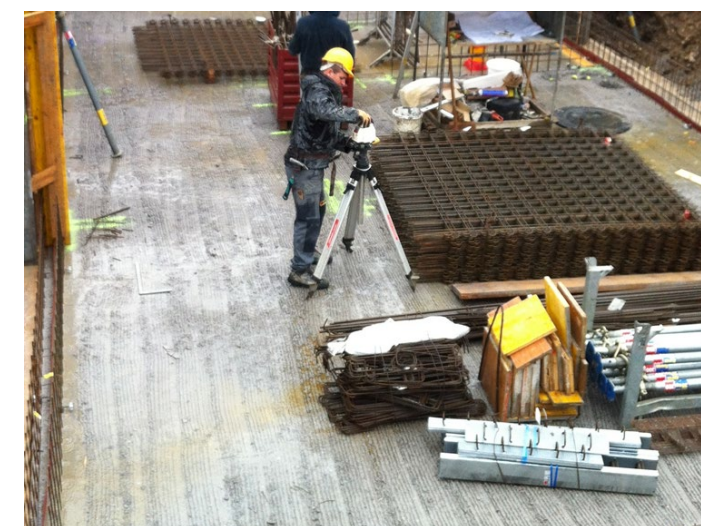
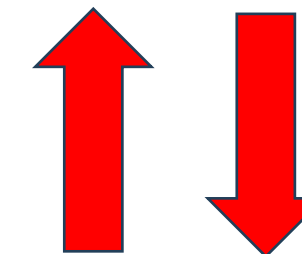
Besteller*in (TU,
GU, Investor etc.)



Unternehmer*in
(Bauunternehmung)



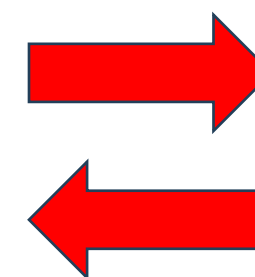
**Architekt*in /
Bauleitung**



Subunternehmer*in

Rechtliche Grundlagen

Werkvertrag



Besteller*in (TU,
GU, Investor etc.)

Unternehmer*in
(Bauunternehmung)

- Werkvertrag (Art. 363 ff. OR)
- Norm SIA 118
- Mängelhaftung (Art. 368 OR / Art. 165 SIA 118)

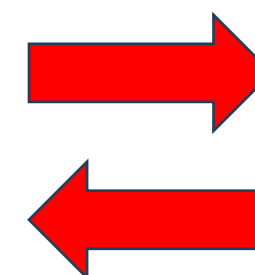
Art. 165

- 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).

→ **Kausalhaftung**

Rechtliche Grundlagen

Art. 369 OR, Abmahnung



Besteller*in (TU,
GU, Investor etc.)

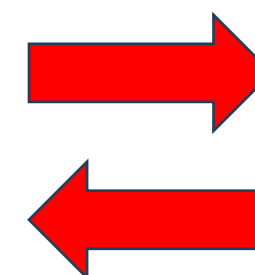
Unternehmer*in
(Bauunternehmung)

Art. 369 OR

**«Die dem Besteller bei Mangelhaftigkeit des Werkes
gegebenen Rechte fallen dahin, wenn er durch
Weisungen, die er entgegen den ausdrücklichen
Abmahnungen des Unternehmers über die Ausführung
erteilte, oder auf andere Weise die Mängel selbst
verschuldet hat.»**

Rechtliche Grundlagen

Art. 369 OR, Abmahnung



Besteller*in (TU,
GU, Investor etc.)

Unternehmer*in
(Bauunternehmung)

Art. 369 OR etwas verständlicher

- Die Mängelrechte des Bestellers entfallen, wenn er (der Besteller) die Mängel selbst verschuldet hat.
- Selbstverschuldet ist ein Mangel unter anderem dann, wenn der Mangel auf eine Weisung des Bestellers zurückzuführen ist, die der Besteller entgegen der Abmahnung des Unternehmers erteilte.

Rechtliche Grundlagen

Rechtliche Grundlagen

Art. 369 OR



Besteller*in (TU, GU, Investor etc.)



Abmahnung



Trotzdem ausführen



Unternehmer*in (Bauunternehmung)

- Abmahnung weil Hartbeton zu wenig hoch geplant im Plan des Architekten
- Anweisung Besteller: Hartbeton trotzdem einbringen
- Mangel: Risse im Hartbeton



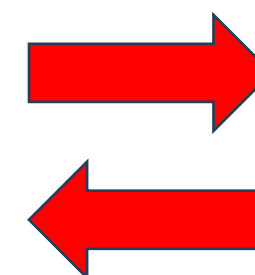
Weisung

Keine Mängelhaftung

Art. 369 OR



Besteller*in (TU,
GU, Investor etc.)



Unternehmer*in
(Bauunternehmung)

Keine
Mängelhaftung

- Entfall Mängelhaftung bei Mängeln, falls eine Abmahnung erfolgte (aber ...)
- Mängelhaftung bei unterlassener Abmahnung obwohl der Unternehmer hätte abmahnen müssen (wann muss abgemahnt werden?)

Bedeutung Abmahnung

«hinterher ist man immer schlauer»

oder «niemand kann dir vorher sagen, wie man es richtig macht. Aber nachher wissen alle, wie man es hätte besser machen können.»



**Bedeutung
Abmahnung**

Weisung im Sinne von Art. 369 OR



Der Unternehmer
gilt immer als
sachverständig

Wann muss abgemahnt werden?

Besteller*in (TU,
GU, Investor etc.)

- Art. 369 OR (Erfordernis der Abmahnung) beruht auf der Vorstellung, dass der **Unternehmer sachverständig** und der **Besteller nicht sachverständig** ist
- Selbstverschuldet ist ein Mangel unter anderem dann, wenn der Mangel auf eine **Weisung des Bestellers** zurückzuführen ist, die der Besteller entgegen der Abmahnung des Unternehmers erteilte.

Weisung im Sinne von Art. 369 OR



1 5 **Vertretung der Vertragsparteien**

1 51 **Vertretung des Bauherrn durch die Bauleitung**

1 511 *Einsetzung und Vollmacht*

Art. 33

- 1 Der Bauherr kann eine oder mehrere Personen als Bauleitung bezeichnen.
- 2 Soweit die Vollmacht der Bauleitung in der Vertragsurkunde nicht beschränkt wird, **vertritt die Bauleitung den Bauherrn gegenüber dem Unternehmer**; alle Willensäußerungen der Bauleitung, die das Werk betreffen, sind für den Bauherrn rechtsverbindlich, **insbesondere Weisungen**, Bestellungen, Bestätigungen und Planlieferungen; auch nimmt die Bauleitung Mitteilungen und Willensäußerungen des Unternehmers, die das Werk betreffen, für den Bauherrn rechtsverbindlich entgegen.
- 3 Ist keine Bauleitung eingesetzt, so ist in den Bestimmungen dieser Norm unter Bauleitung der Bauherr selbst zu verstehen.
- 4 Werden dem Unternehmer bestimmte Aufgaben übertragen, welche diese Norm der Bauleitung zuweist (z.B. beim Generalunternehmervertrag), so muss dies in der Vertragsurkunde festgelegt werden (Art. 21 Abs. 3).

Weisung im Sinne von Art. 369 OR



Besteller*in (TU,
GU, Investor etc.)

Was ist **keine** Weisung?

- **Allgemeine Anweisungen an mehrere Unternehmer**
- **Unverbindlicher Vorschlag, Wunsch oder Ratschlag**
- **Ausführungsvorschläge**

Wann muss
abgemahnt
werden?

Notwendiger Inhalt der Abmahnung

Weisung ist fehlerhaft, **weil sich aus der Befolgung Werkmangel (oder Werkmängel) ergeben.**

Bundesgericht: **eindeutige Willenskundgabe des Unternehmers, aus welcher der Besteller schliessen muss, dass der Unternehmer die Verantwortung für die vorgeschriebene Ausführung ablehnt.**

Keine Abmahnung:

- **bloße Belehrung, wie ein anderes Mal besser vorzugehen sei**
- **Hinweis «mit der Weisung sei etwas nicht in Ordnung»**
- **Hinweis, die Weisung «widerspreche der üblichen Baupraxis»**
- **Hinweis, die Weisung «widerspreche den anerkannten Regeln der Technik»**

Wie
abmahnen I

Notwendiger Inhalt der Abmahnung

Sachverhalt von BGE 116 II 308:

Der Architekt der Bestellerin wünschte, die Ganzmetallstoren seien von der M. AG herzustellen und zu montieren, obgleich der Unternehmer hierfür einen anderen Subunternehmer vorgeschlagen hatte.

Bundesgericht: Weisung im Sinne von Art. 369 OR.

Besteller war «unglücklich» gewesen über die Weisung, was zu einer Verstimmung geführt habe

→ Keine Abmahnung

Wie
abmahnen I

Notwendiger Inhalt der Abmahnung

Sachverhalt von BGE 95 II 43:

Bestellerin: Hautzentrale und Fettschmelze AG (v.d. Architekt / örtliche Bauleitung mit Bautechniker **Dick**)

Unternehmer: Albin Hofer (mit Vorarbeiter **Müller**)

Werkvertrag für einen Unterlagsboden im neuen Geschäftshaus.

Müller, zum vom Architekten mit der örtlichen Bauleitung beauftragten Bautechniker Dick: *«es ist eine schwache Sache, auf eine 8 mm-Korkmatte einen nur 3 - 3,5 cm dicken Überzug zu machen, das ist heikel.»*

Dick [Bautechniker]: *«Das geht mich nichts an, es wird so gemacht, wie ich es angeordnet habe.»*

Vorschlag Müller: Verstärkung des Überzugs um 1 - 1,5 cm

Dick: *«geht nicht wegen der Türen, an denen die Zargen damals schon gesetzt waren.»*

Wie abmahnen I

Notwendiger Inhalt der Abmahnung

Erwägungen des Bundesgerichts in BGE 95 II 43:

- Pflicht des Unternehmers, sich vor Beginn der Arbeiten an Ort und Stelle zu vergewissern, ob die vorgesehenen Unterlagsböden der Zweckbestimmung der Räumlichkeiten entsprechen.
- Vorarbeiter Müller hat wohl Bedenken geäußert, ob der vorgesehene Zementüberzug ausreiche.
- Auf die Ablehnung Dicks hin hat er indessen an seinem Einwand nicht festgehalten, sondern die Arbeit in der vorgeschriebenen Weise ausgeführt.
- Dick durfte an der Begründetheit der von Müller geäußerten Auffassung zweifeln, da doch die Dicke des Zementüberzuges von den Architekten der Bestellerin in den Eingabebedingungen vorgeschrieben und vom Unternehmer bei der Einreichung seines Angebots nicht beanstandet worden war.
- Daher: Keine genügende Abmahnung

Der Unternehmer
gilt immer als
sachverständig

Wie
abmahnen I

Form der Abmahnung

- -«**ausdrücklich**» (Art. 369 OR)
- **bestimmt, klar und deutlich**, so dass sie geeignet ist, «dem Besteller die Gefahr eines Werkmangels unmissverständlich zum Bewusstsein zu bringen»
- keine gesetzliche Formvorschrift
- vertragliche Formvorschrift (Schriftlichkeit) ist in der Regel nicht anwendbar
- Empfehlung: per Einschreiben
- per E-Mail?
- mündlich?

Wie abmahnen II

Adressat der Abmahnung

Bei wem abmahnen?

- beim **BESTELLER** (als Vertragspartner des Unternehmers), selbst wenn eine Bauleitung installiert ist
- allenfalls: bei einer bevollmächtigten Person (Architekt, allenfalls Bauleitung), setzt sich diese darüber hinweg: vorsichtshalber beim Besteller
- Empfehlung: Besteller und Bauleitung

Absender der Abmahnung

- **durch den Unternehmer selber**
- durch einen Vertreter des Unternehmers
- ungenügend: Vorarbeiter
- ungenügend: Durch Subunternehmer

BGE 95 II 50: «Unter diesen Umständen ist es fraglich, ob Dick die vom Vorarbeiter Müller geäußerten Bedenken notwendigerweise als eine vom Unternehmer ausgehende Willenskundgebung auffassen konnte und musste, dass er die Verantwortung für die vorgeschriebene Ausführung ablehne.»

Wer mahnt
ab?

Zu welchem Zeitpunkt abmahnen?

Wann abmahnen?

- Grundsätzlich erst **nach Abschluss des Werkvertrags**
- allenfalls: Vorvertragliche Aufklärungspflicht (z.B. bei fehlerhaften Ausschreibungsunterlagen)

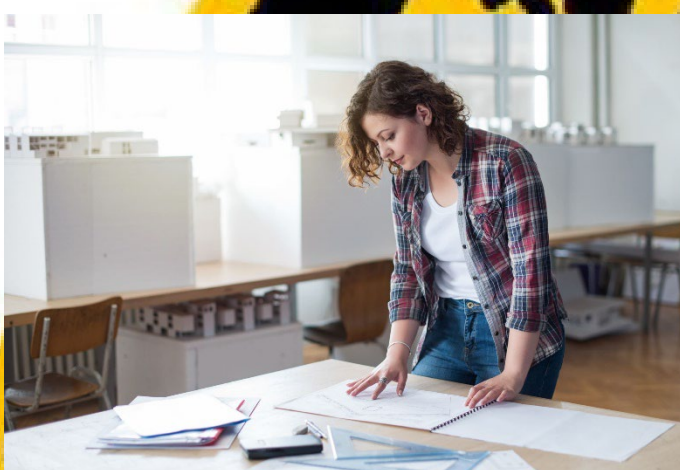
Vorwurf: Abmahnung unterlassen



Besteller*in (TU,
GU, Investor et



Unternehmer*in
(Bauunternehmung)



**Architekt*in /
Bauleitung**



Subunternehmer*in

Sachverstand beim Besteller?



Besteller*in (TU,
GU, Investor etc.)

Der Unternehmer
gilt immer als
sachverständig



Vorwurf:
Abmahnung
unterlassen

- Regelfall: Art. 369 OR (Erfordernis der Abmahnung) beruht auf der Vorstellung, dass der Unternehmer sachverständig und der

Besteller nicht sachverständig ist

- Ausnahme: **SACHVERSTAND beim Besteller**
- «Sachverständig» heisst: fachliche Spezialkenntnisse, so dass die Fehlerhaftigkeit der Weisung (z.B. eines Plans) erkannt werden kann (z.B. Architekt*in, Ingenieur*in etc.)

Grundsatz: **Besteller ist nicht sachverständig**

Der Unternehmer
gilt immer als
sachverständig



Vorwurf:
Abmahnung
unterlassen

- Art. 369 OR (Erfordernis der Abmahnung) beruht auf der Vorstellung, dass der **Unternehmer sachverständig** und der **Besteller nicht sachverständig** ist
- Um eine Haftungsbefreiung zu erreichen, muss der Unternehmer abmahnen

Grundsatz: Besteller ist nicht sachverständig

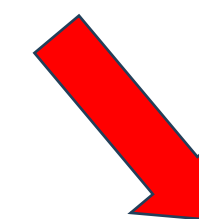
**Der Unternehmer
gilt immer als
sachverständig**



Abmahnungspflicht



ODER



**Fehlerhaftigkeit der
Weisung erkannt**

**Fehlerhaftigkeit der
Weisung hätte vom
Unternehmer erkannt
werden müssen**

**Vorwurf:
Abmahnung
unterlassen**

«Ausnahme»: **Besteller ist sachverständig**



Besteller*in (TU,
GU, Investor etc.)



Vorwurf:
Abmahnung
unterlassen

- Ausnahme beim Besteller: **SACHVERSTAND**,
nämlich
 - Sachverstand in Bezug auf die Weisung beim Besteller
 - sachverständig beraten
 - Weisung erfolgt durch sachverständigen Vertreter des Bestellers
- «Sachverständig» heisst: fachliche Spezialkenntnisse, so dass die Fehlerhaftigkeit der Weisung (z.B. eines Plans) erkannt werden kann (z.B. Architekt*in, Ingenieur*in etc.)

«Ausnahme»: **Besteller ist sachverständig**



Besteller*in (TU,
GU, Investor etc.)



→ Falls der Besteller sachverständig ist / beraten ist und eine fehlerhafte Weisung erteilt, ist der Unternehmer ohne Abmahnung von der Mängelhaftung befreit, sofern er die Fehlerhaftigkeit der Weisung nicht erkannte oder erkennen musste

Vorwurf:
Abmahnung
unterlassen

«Ausnahme»: **Besteller ist sachverständig**



Besteller*in (TU,
GU, Investor etc.)



→ Der Unternehmer darf sich auf sachverständig erlassene Weisungen (z.B. Pläne) verlassen und von der Richtigkeit der Weisung ausgehen (ausser man habe eine Prüfpflicht vereinbart / der Unternehmer habe z.B. als Spezialunternehmer weit mehr Sachverstand als der Besteller)

→ **Vorwurf der unterlassenen Abmahnung ist beim sachverständigen Besteller unter Umständen unbegründet**

Vorwurf:
Abmahnung
unterlassen



Erkenntnisse

- **Der Unternehmer gilt immer als sachverständig**
- **Vorsicht bei nicht sachverständigen Bestellern**
- **Korrekte Abmahnung gegen fehlerhafte Weisung kann vor Mängelhaftung schützen**
- **«Abmahnpflicht» bei erkannten fehlerhaften Weisungen**
- **Eindeutigkeit der Abmahnung (Befürchtung Werkmangel / Ablehnung der Verantwortung für die vorgeschriebene Ausführung)**
- **Beweissicherung einer Abmahnung (schriftlich, an den Besteller)**
- **Vorwurf der unterlassenen Abmahnung an die Adresse des Unternehmers kann bei sachverständigen Bestellern unbegründet sein**

Zusammenfassung

Anzeigepflicht bei mangelhafter Arbeit des Vorunternehmers

- Nebenunternehmer: Vorunternehmer
- Unternehmer: Nachunternehmer



Grundsatz: Keine Haftung des Nachunternehmers bei Mängeln am eigenen Werk bei mangelhafter Arbeit des Vorunternehmers (aber...)

ABER: Haftungsbefreiung des Unternehmers setzt voraus, dass der Nachfolgeunternehmer den Mangel der Vorarbeit erkannt und angezeigt hat / oder nicht erkennen musste

Exkurs: Mangelhafte Arbeit des Vorunter- nehmers

Anzeigepflicht bei mangelhafter Arbeit des Vorunternehmers

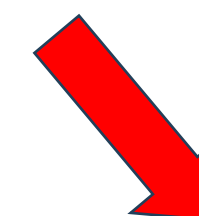
- **Vorunternehmer: Isolation mit Randdämmstreifen**
- **Nachunternehmer: Unterlagsboden**



Haftungsbefreiung, wenn



ODER



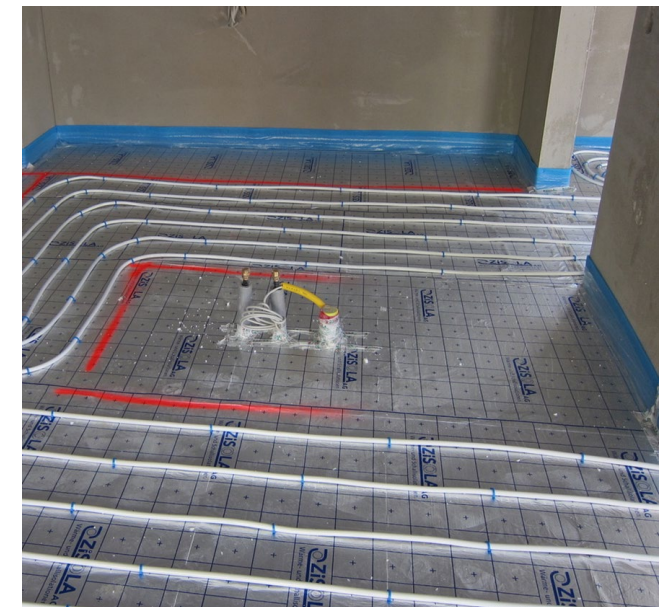
**Nachunternehmer
erkennt den Mangel
des Vorunternehmers
/ zeigt Mangel an**

**Nachunternehmer
muss den Mangel des
Vorunternehmers **nicht**
erkennen**

Exkurs: Mangelhafte Arbeit des Vorunter- nehmers

Anzeigepflicht bei mangelhafter Arbeit des Vorunternehmers

Wann muss der Nachunternehmer den Mangel an der Vorarbeit kennen?



- wenn die Mängel an der Vorarbeit **offensichtlich** sind
- wenn der Nachunternehmer die Mängel an der Vorarbeit «bei **sorgfältiger Prüfung**» der fertiggestellten Vorarbeit «**mit dem bei ihm vorhandenen und nach den Umständen zu erwartenden Sachverstand**» erkennen kann

Exkurs: Mangelhafte Arbeit des Vorunter- nehmers

Keine Haftungsbefreiung gegenüber Dritten

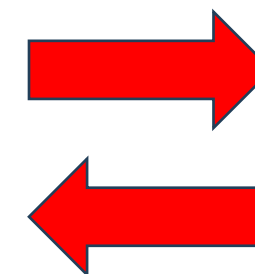
Exkurs: Grenzen der Abmahnung



Abmahnung wirkt nur unter Vertragsparteien?



Besteller*in (TU,
GU, Investor etc.)



Unternehmer*in
(Bauunternehmung)

Wohnungsmieter

**Dritte, z.B.
Schulkinder**

Besucher

Art. 41 Abs. 1 OR: «Wer einem andern widerrechtlich Schaden zufügt, sei es mit Absicht, sei es aus Fahrlässigkeit, wird ihm zum Ersatze verpflichtet.»

Exkurs:
Grenzen der
Abmahnung



Fragen?