



## Die Abmahnung bei fehlerhaften Weisungen

Der Unternehmer, der sich zur Herstellung eines Werks verpflichtet, haftet grundsätzlich ausnahmslos dafür, dass das vollendete Werk die vorausgesetzten und vereinbarten Eigenschaften aufweist. Er kann sich von der Haftung für Mängel nur in ganz spezifischen Fällen befreien, wenn ihn eine Gewährleistungspflicht trifft. Wird eine fehlerhafte Weisung später mit hoher Wahrscheinlichkeit zu einem Mangel am vollendeten Werk führen, so kann der Unternehmer den Besteller abmahnen und sich so allenfalls von späterer Verantwortlichkeit befreien, wenn der Besteller an seiner Weisung festhält und dadurch einen Mangel verursacht.

■ Von Roman Wyrsch, MLaw, Rechtsanwalt, Mediator SAV

Als Abmahnung wird die Meldung des Unternehmers bezeichnet, dass eine vom Besteller erteilte Weisung aus Sicht des Unternehmers später zu einem Mangel am Werk führen wird. Mit der Abmahnung schlägt der Unternehmer somit in erster Linie vor, dass eine andere Ausführungsart gewählt werden sollte, um die Mangelfreiheit des Werkes sicherzustellen. Gleichzeitig gibt er damit aber zu erkennen, dass er – falls der Besteller an seiner Wei-

sung festhält – nicht für den in seinen Augen daraus resultierenden Mangel haften möchte. Aus Sicht des Unternehmers handelt es sich bei der Abmahnung somit um ein Instrument der Qualitätssicherung und um ein Mittel, sich vor der Mängelhaftung zu schützen für Mängel, die der Unternehmer vermeiden wollte. Allzu oft wird die Abmahnung vom Besteller aber mit Ungemach aufgefasst: aus seiner Sicht weist der Unternehmer nicht bloss auf

einen «Fehler» des Bestellers hin, sondern will mit der Abmahnung auch erreichen, dass er sich von seinen Gewährleistungspflichten befreien kann.

### Arten der Haftung

Es wird im Schweizerischen Recht unterschieden zwischen Verschuldenshaftung und Kausalhaftung. Generell gilt als Grundsatz, dass eine Haftung nur besteht, wenn der Haftpflichtige vorsätzlich oder fahrlässig einen Schaden verursacht hat. Ausnahmsweise gilt aber bei gewissen Vertragsverhältnissen die Regel der Kausalhaftung: hier haftet ein Dritter ohne Rücksicht auf die Ursache «kausal», also bereits aus dem Grunde, dass er vertraglich zu etwas verpflichtet ist.

Eine solche (vertragliche) Kausalhaftung gilt beispielsweise bei der Mängelhaftung gemäss Werkvertrag. Der Unternehmer haftet für ein mängelfreies Werk. Diese Haftung besteht auch dann, wenn der Unternehmer nach dem anerkannten Stand der Technik davon ausgehen durfte, seine Werkleistung werde mängelfrei entstehen. Er haftet also ohne Rücksicht auf die Ursache des Mangels, also beispielsweise bei unsorgfältiger Arbeit,





bei der Verwendung untauglichen Materials sowie dem eigenmächtigen Abweichen von Plänen und Vorschriften des Bauleiters. Er haftet somit auch dann für einen Mangel, wenn dieser völlig unerwartet auftritt und nicht vorhersehbar war. Ein Verschulden des Unternehmers (Vorsatz oder Fahrlässigkeit) ist nicht erforderlich. Diese Kausalhaftung gilt auch im Bereich von Regiarbeiten und bei Arbeiten eines Subunternehmers.

Ausnahmen von dieser strikten Regelung gibt es wenige: Der Unternehmer haftet dann nicht, wenn der Besteller den Werkmangel selbst verschuldet hat. So muss der Unternehmer nicht haften, wenn in den vom Besteller erhaltenen Ausführungsunterlagen ein Fehler enthalten war. Diese Befreiung findet ihre Grenze aber dort, wo der Unternehmer einen solchen Fehler erkannt hat oder hätte erkennen müssen: in diesen Fällen trifft ihn eine Anzeige- und Abmahnungspflicht. Es handelt sich dabei um einen Ausfluss der vertraglichen Sorgfaltspflicht des Unternehmers, deren gesetzliche Grundlage sich in Art. 369 OR und – wenn die SIA-Norm 118 vereinbart worden ist – Art. 25 Abs. 3 und 4 der SIA-Norm 118 findet. Fehlt eine Abmahnung des Unternehmers, haftet allenfalls dennoch der Unternehmer oder er muss möglicherweise mithaften, z.B. mit dem Architekten.

Keine Haftung des Unternehmers besteht somit von vornherein beim Befolgen von Weisungen, deren Fehlerhaftigkeit der Unternehmer weder erkannte noch erkennen konnte. Hier ist daher auch keine Abmahnung des Unternehmers erforderlich. Der Unternehmer muss somit dort die Fehlerhaftigkeit einer Weisung nicht zwingend erkennen, wo der Besteller sachverständig beraten und vertreten ist. Spätestens dort, wo die Weisung aber handwerkliche Spezialkenntnisse des Unternehmers betrifft, wird sich die Frage stellen, ob er die Fehlerhaftigkeit einer Weisung – auch durch den sachverständigen Vertreter – nicht hätte erkennen müssen. Es wird also im Einzelfall zu prüfen sein, was dem Unternehmer zugemutet werden konnte.

## Fehlerhafte Weisung

Voraussetzung für eine Abmahnungspflicht ist eine fehlerhafte Weisung des Bestellers. Es kann sich hierbei beispielsweise um eine Anordnung betreffend Konstruktion, Arbeitsverfahren, Reihenfolge der Arbeiten, den zu verwendenden Werkstoff oder auch hinsichtlich des Bezugs eines Subunternehmers handeln. Die Weisung muss aber klar in Form einer Anordnung an den Unternehmer ergehen: entweder hat der Besteller den Unternehmer ausdrücklich eine bestimmte Ausführungsart verlangt, oder aber er hat dem Unternehmer

die Weisung ist in Form von Plänen oder sonstigen Ausführungsunterlagen übermittelt, die für den Unternehmer verbindlich sind.

Nicht als Weisung hingegen gelten reine Vorschläge, Anregungen, Wünsche oder Ratschläge, aber auch der blosser Hinweis auf gesetzliche Vorschriften, auf Anordnungen der Behörde oder allgemeine Vorbehalte. Ebenso wenig kann die Aussage, man würde technisch anders vorgehen oder man hätte einen anderen Subunternehmer gewählt, als Weisung gelten.

Anzufügen ist, dass die Bestellung nicht zwingend direkt vom Bauherrn bzw. dem Besteller kommen muss: oftmals ist es so, dass Weisungen vom Bauleiter ausgesprochen werden, der vom Bauherrn beauftragt ist, oder dass Weisungen in Plänen vorhanden sind, die nicht vom Bauherrn, sondern vom Architekten stammen. Diese Weisungen sind aber dem Bauherrn zuzurechnen, da der Unternehmer sich daran halten muss und diese Weisungen in Vertretung des Bauherrn erfolgt sind.

## Form und Inhalt der Abmahnung

Die Abmahnung muss zwingend die Mitteilung enthalten, dass die Weisung des Bestellers fehlerhaft ist, weil sich aus ihrer Befolgung ein Werkmangel ergebe. Hierbei reicht nicht nur die blosser Mitteilung genereller Bedenken – andernfalls könnte mit einer einzigen «generellen» Abmahnung die ganze Mängelgewährleistung wegbedungen werden – sondern es müssen die konkreten Tatsachen angegeben werden, auf welchen die Bedenken des Unternehmers beruhen. Es ist nicht nötig, dass der Unternehmer absolute Gewissheit hat, dass ein Mangel eintreten wird. Besteht aber eine hohe Wahrscheinlichkeit und kann der Unternehmer die Gründe für seine Besorgnis nennen, so ist im Zweifelsfall eine Abmahnung ratsam.

Es ist umstritten, ob in der Abmahnung auch ausdrücklich erwähnt werden muss, dass der Unternehmer jegliche Haftung für resultierende Mängel ablehnt. Aufgrund eines entsprechenden Entscheids des Bundesgerichts ist es aber ratsam, eine solche Entkräftungserklärung in der Abmahnung ausdrücklich festzuhalten.

## GESETZLICHE GRUNDLAGE



Art. 25 SIA-Norm 118: Anzeige- und Abmahnungspflichten des Unternehmers

- Abs. 1: Die Aufsicht, die der Bauherr durch die Bauleitung ausüben lässt, enthebt den Unternehmer nicht der gesetzlichen Pflicht (Art. 365 Abs. 3 OR), Verhältnisse, die eine gehörige oder rechtzeitige Ausführung des Werkes gefährden, der Bauleitung ohne Verzug anzuzeigen. Verletzt er diese Pflicht, so fallen nachteilige Folgen ihm selbst zur Last; es sei denn, die Bauleitung habe von den betreffenden Verhältnissen auch ohne Anzeige nachweisbar Kenntnis gehabt.
- Abs. 2: Die Anzeigen sollen schriftlich erfolgen; mündliche Anzeigen sind zu protokollieren.
- Abs. 3: Der Unternehmer hat die ihm übergebenen Pläne, den von ihm zu bearbeitenden Baugrund und die bestehende Bausubstanz nur dann zu prüfen, wenn der Bauherr weder durch eine Bauleitung vertreten noch selbst sachverständig, noch durch einen beigezogenen Sachverständigen beraten ist. Doch zeigt der Unternehmer Unstimmigkeiten oder andere Mängel, die er bei der Ausführung seiner Arbeit erkennt, unverzüglich gemäss Abs. 1 und 2 an und macht die Bauleitung auf nachteilige Folgen aufmerksam (Abmahnung).
- Abs. 4: Die gleiche Abmahnungspflicht trifft den Unternehmer, wenn er bei der Ausführung seiner Arbeit feststellt oder nach den Umständen feststellen muss, dass ihm erteilte Weisungen der Bauleitung fehlerhaft sind oder ihm Verantwortungen (z.B. hinsichtlich Gefährdung Dritter) auferlegen, die er glaubt, nicht übernehmen zu dürfen.
- Abs. 5: Anzeige- und Abmahnungspflichten sind namentlich auch in folgenden Bestimmungen vorgesehen: Art. 30 Abs. 4 und 5, Art. 56 Abs. 3, Art. 96 Abs. 1, Art. 110, Art. 127 Abs. 2 und Art. 136 Abs. 2 und 3.



Das OR enthält für die Abmahnung keine Formvorschrift. Die Abmahnung kann somit auch mündlich erfolgen, wobei sich aus Beweisgründen aber auf jeden Fall eine schriftliche Abmahnung mittels Einschreiben empfiehlt. Auf jeden Fall muss die Abmahnung ausdrücklich und eindeutig sein, selbst bei mündlicher Abmahnung darf der Besteller keine Zweifel daran haben, dass der Unternehmer einen Mangel vorhersieht und seine Haftung dafür ausschliessen möchte. Die SIA-Norm 118 hält fest, dass die Abmahnung schriftlich oder mündlich mit Protokollierung erfolgen muss. Gemäss dem Bundesgericht genügt indes auch eine mündliche Abmahnung, da die Schriftlichkeit nur der besseren Beweisführung diene. Genau aus diesem Grund ist aber wiederum die Schriftlichkeit (Einschreiben) aus Beweisgründen empfohlen.

## Person des Abmahnenden und Adressat der Abmahnung

Die Abmahnung muss vom Unternehmer oder seinem Vertreter (Anwalt, Verwaltungsrat, etc.) ausgehen. Nicht ausreichend ist eine Abmahnung von einer Hilfsperson wie beispielsweise einem Vorarbeiter, Gruppenleiter oder sonstigen Mitarbeiter. Der Empfänger darf und muss eine Abmahnung von einem beliebigen Mitarbeiter nicht als eine vom Unternehmer ausgehende, fundierte und geprüfte Abmahnung auffassen. Hat ein Mitarbeiter Bedenken hinsichtlich einer vorgeschriebenen Ausführungsart bzw. einer erteilten Weisung, so hat er dies seinem Vorgesetzten mitzuteilen, der über eine Abmahnung entscheiden muss.

Adressat der Abmahnung ist in erster Linie der Besteller persönlich, wobei aber auch eine Abmahnung bei seinem bevollmächtigten Vertreter (z.B. dem verantwortlichen Architekten) ausreicht. Wiederum gilt eine Abmahnung gegenüber einer beliebigen Hilfsperson des Vertreters wie beispielsweise dem örtlichen Bauleiter des Architekten nicht. Zwar besagen Art. 33 und 25 der SIA-Norm 118, dass beim Bauleiter abzumahnern ist, doch ist eine Abmahnung klarerweise auch beim Bauherrn direkt zulässig. Wichtig ist, dass der Adressat der Abmahnung die Tragweite der Bedenken des Unternehmers erfassen und korrekt weiterleiten kann.



## PRAXISTIPP

### Ratschläge zur Abmahnung

- Abmahnung aus Beweisgründen schriftlich (eingeschrieben) versenden.
- In der Abmahnung die Tatsachen angeben, auf welchen die Bedenken beruhen.
- In der Abmahnung festhalten, dass man die Haftung für den vorhergesehenen Mangel ablehnt.
- Abmahnung muss vom Unternehmen (möglichst von der Geschäftsleitung) an den Besteller (direkt oder an dessen Vertreter) versandt werden.
- Arbeit an betroffener Stelle nach Abmahnung vorerst einstellen.

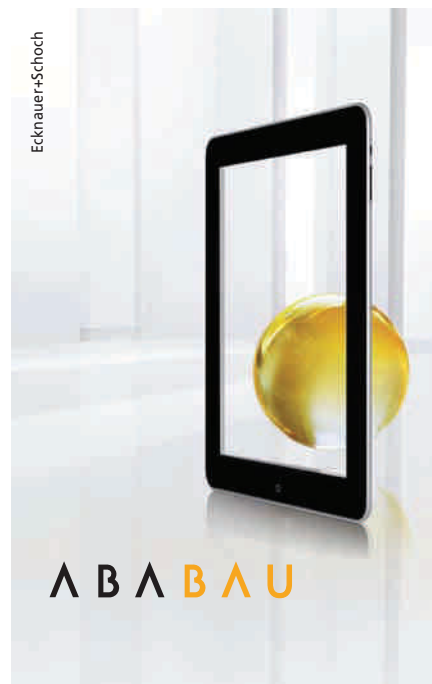
## Folgen der Abmahnung

Als Folge der korrekten Abmahnung des Unternehmers folgt in erster Linie seine vollständige Haftungsbefreiung, wenn aus der fehlerhaften Weisung ein Werkmangel resultiert und er ausdrücklich abgemahnt hat. Die Mängelrechte des Bestellers für den resultierenden Mangel fallen weg. Grund dafür ist ein Selbstverschulden des Bestellers: durch sein Festhalten an der fehlerhaften Weisung trotz ausdrücklicher Abmahnung des Unternehmers hat der Besteller den Mangel selber verursacht.

## Weiterarbeit trotz Abmahnung?

Es stellt sich die Frage, ob der Unternehmer nach erfolgter Abmahnung seine Arbeiten fortführen darf. Dies ist zu verneinen: die Abmahnung dient dazu, den Besteller auf seine fehlerhafte Weisung und die möglichen Konsequenzen (Mangel) aufmerksam zu machen. Der Besteller benötigt nun aber eine gewisse Zeit, um die Begründetheit der Abmahnung zu prüfen und sich zu entscheiden, ob er an seiner Weisung festhalten will oder ob er sich auf Anraten des Unternehmers für ein Alternativvorgehen entscheidet. Um dem Besteller diese Abklärungen zu ermöglichen, hat der Unternehmer seine Abmahnung regelmässig mit einer Einstellung der Arbeiten – natürlich nur für die von der Abmahnung betroffenen Arbeiten – zu verbinden. Arbeitet der Unternehmer weiter, nachdem er abgemahnt hat, ohne eine Antwort des Bauherrn bzw. dessen Vertreters abzuwarten, läuft er Gefahr, dass er trotzdem für einen späteren Mangel haften muss. Denn trotz seiner Abmahnung konnte der Besteller seine Weisung nicht mehr ändern und die Abmahnung war in diesem Fall nutzlos.

Ecknauer+Schoch



ABA B A U

## AbaBau – die Software Gesamtlösung für die Baubranche

- > Vorkalkulation mit Leistungsverzeichnissen nach NPK und freiem Leistungsverzeichnis
- > Ausmass- und Regie-fakturierung
- > ARGE Fakturierung
- > Leistungserfassung für Lohn, Material, Inventar, Fremdleistungen
- > Werkhof
- > Finanzen und Bau-Kostenrechnung
- > Nachkalkulation
- > Baulohn

[www.abacus.ch](http://www.abacus.ch)



**ABACUS**  
business software



Entscheidet sich der Besteller trotz Abmahnung ausdrücklich dazu, an der fehlerhaften Weisung festzuhalten, stellt sich aber erneut die Frage, ob der Unternehmer nun weiterarbeiten soll oder nicht. Diese Frage ist im Gesetz nicht eindeutig geregelt. Art. 369 OR besagt jedoch, dass die Mängelrechte des Bestellers dahinfallen, wenn er Weisungen, die er entgegen den ausdrücklichen Abmahnungen des Unternehmers über die Ausführung erteilte, selbst verschuldet hat. Damit besagt Art. 369 OR implizit, dass der Unternehmer bei Beharren auf der Weisung die Arbeit weiterführen darf. Hierzu sind aber mehrere Präzisierungen anzubringen:

Zunächst tut der Unternehmer gut daran, sich ein solches «Beharren» schriftlich bestätigen zu lassen. Streitet der Besteller später ab, dass er auf der Weisung beharrt hat, fällt die beabsichtigte Haftungsbeziehung des Unternehmers dahin.

Wesentlich jedoch ist, dass sich der **Unternehmer auch trotz Abmahnung nicht von einer Haftung für Personenschäden befreien kann!** Beharrt der Besteller trotz Abmahnung darauf, dass Sicherheitsregeln nicht eingehalten werden, kann sich der Unternehmer durch Abmahnung zwar der Mängelhaftung entziehen, sich hingegen nicht der zivilrechtlichen Haftung für allfällige Personenschäden entledigen.

## PRAXISBEISPIEL



erteilt der Besteller die Weisung, dass auf einem Balkon kein Geländer bzw. ein viel zu niedriges Geländer erstellt werden soll und beharrt trotz Abmahnung des Unternehmers auf seiner Weisung, so haftet der Unternehmer, falls er die Weisung befolgt und später jemand vom Balkon stürzt. Trotz Abmahnung ist er verantwortlich für Personenschäden.

Um seine Haftung auch gegenüber Dritten auszuschliessen, muss der Unternehmer in

einem solchen Fall seinen Auftrag niederlegen. In diesem Fall ist eine Schadenersatzpflicht gegenüber dem Auftraggeber wegen Kündigung zur Unzeit ausgeschlossen. Im Zweifelsfall – also wenn nicht nur mit einem Mangel zu rechnen ist, sondern auch Personenschäden nicht auszuschliessen sind – ist der Unternehmer gut beraten, die Arbeit nicht weiterzuführen.

## Fazit

Die Abmahnungspflicht gemäss Art. 269 OR und Art. 25 SIA-Norm 118 ist ein Instrument, den Besteller frühzeitig auf spätere Mängel hinzuweisen. Trotzdem wird die Abmahnung von den Unternehmern oft unterlassen aus Angst, als «querulatorisch» zu gelten. Grund dafür ist häufig, dass mit der Abmahnung nicht nur der Hinweis auf die Fehlerhaftigkeit einer Anordnung ergeht, sondern daraus auch die Haftungsbeziehung des Unternehmers folgt.

Nichtsdestotrotz ist es uneingeschränkt ratsam, bei Zweifel hinsichtlich einer Weisung sicherheitshalber abzumahnern. Unterlässt der Unternehmer dies, so muss er später möglicherweise damit rechnen, auch für Fehler anderer mitzuhaften. Zwar «übernimmt» er nicht die Haftung für einen Fehler des Planers, doch haftet er möglicherweise solidarisch mit. Ist der Planer ungenügend versichert oder gerät er aus anderen Gründen in Konkurs, so bleibt die Haftung am schluss schlimmstenfalls beim Unternehmer hängen. Bestehen Zweifel an einer Weisung und ist sich der Unternehmer nicht sicher, ob er abmahnen soll, ist es daher ratsam, sich umgehend rechtlich beraten zu lassen.



## AUTOR

**Roman Wyrsh**, MLaw, Rechtsanwalt, Mediator SAV, Rechtsanwalt im Bau- und Immobilienrecht, Partner in der Kanzlei Rechtskraft Advokatur & Business Coaching in Zürich.

## BaurechtPraxis



Abonnieren Sie das Online-Produkt **BaurechtPraxis** und Sie erhalten uneingeschränkten Zugriff auf fundiertes Expertenwissen für den rechtssicheren Umgang mit dem Schweizer Baurecht – insbesondere der Norm SIA 118. Profitieren Sie jetzt von aktuellem Experten-Know-how, rechtssicheren Vertragsvorlagen, Kommentaren zur SIA-Norm 118 und vielen konkreten Rechtstipps. Damit vermeiden Sie Unklarheiten mit SIA-Normen und OR schon im Voraus und sparen sich kostspielige und zeitraubende Abklärungen.

**Bestellung und weitere Informationen:**  
[www.weka.ch/baurecht.html](http://www.weka.ch/baurecht.html)

## WEITERE SEMINARE



**Baumängel und Bauversicherung**  
Mi. 03.05.2017

**Bauwerkvertrag nach SIA und OR** Fr. 05.05.2017

**Stockwerkeigentum für Praktiker** Mi. 10.05.2017

**Bauschadenskunde und Einblick in die Expertentätigkeit** Do. 11.05.2017

**Projektleitung im Bau** Do. 11.05.2017

**Öffentliche Aufträge im Hoch- und Tiefbau gewinnen** Di. 16.05.2017

**Gebäudesanierung – Wirtschaftlichkeit und Energieeffizienz** Mi. 17.05.2017

**Mietrecht für Immobilienprofis** Do. 18.05.2017

**Geschäftsmietrecht für Immobilienprofis** Do. 22.06.2017

**Die neue Schweizer Brandschutzverordnung** Do. 24.10.2017

**SIA-Norm 180 in der Praxis richtig anwenden** Mi. 25.10.2017

**Anmeldung und weitere Informationen:**  
[www.praxisseminare.ch](http://www.praxisseminare.ch)

## Impressum

Verlag WEKA Business Media AG  
Hermetschloostrasse 77  
CH-8048 Zürich  
[www.weka.ch](http://www.weka.ch)

Herausgeber Stephan Bernhard  
Redaktion Junes Babay

Korrektorat/ Lektorat Norbert Hauser, Schaffhausen  
[www.ihrlektorat.ch](http://www.ihrlektorat.ch)

Publikation 10 × jährlich, Abonnement: CHF 98.– pro Jahr,  
Preise exkl. MWST und Versandkosten.

Bildrechte Autorenbilder: WEKA Business Media AG  
Alle übrigen Bilder: [www.istockphoto.com](http://www.istockphoto.com)

© WEKA Business Media AG, Zürich, 2017

Urheber- und Verlagsrechte: Alle Rechte vorbehalten, Nachdruck sowie Wiedergaben, auch auszugsweise, sind nicht gestattet. Die Definitionen, Empfehlungen und rechtlichen Informationen sind von den Autoren und vom Verlag auf ihre Korrektheit in jeder Beziehung sorgfältig recherchiert und geprüft worden. Trotz aller Sorgfalt kann eine Garantie für die Richtigkeit der Informationen nicht übernommen werden. Eine Haftung der Autoren bzw. des Verlags ist daher ausgeschlossen. Aus Platzgründen und zwecks besserer Lesbarkeit wurden meist die männlichen Formen verwendet. Die weiblichen Formen sind dabei selbstverständlich mitgemeint.