LEXTERNA

MLaw Tobias M. Schmidlin

Arglistig verschwiegene Mängel bei Werkverträgen

Arglistig verschwiegene Mängel bei Werkverträgen

I. Einleitung

a. Kontext

Wo gebaut wird, gibt es Mängel – und kaum eine Abnahme, die nicht eine mehr oder weniger umfassende Mängelliste nach sich zieht. Im Idealfall handelt es sich dabei um unwesentliche Mängel, die an der Abnahme erkannt, gerügt und innert weniger Wochen bis Monate behoben und damit endgültig erledigt sind.

In der Praxis kommt es aber auch immer wieder vor, dass erst nach geraumer Zeit gravierende Mängel erkannt werden. So kann zum Beispiel eine nicht korrekt angebrachte (oder gar ganz fehlende) Abdichtung zu einem weit fortgeschrittenen Wasserschaden führen, bevor dieser – geschweige denn der eigentliche Mangel (d.h. die nicht korrekt angebrachte oder fehlende Abdichtung) überhaupt sichtbar wird.

In solchen Fällen wird seitens Besteller nicht selten reflexartig argumentiert, dass es sich um einen «arglistig verschwiegenen Mangel» handelt – ganz besonders dann, wenn die fünfjährige Verjährungsfrist bereits abgelaufen ist. Für arglistig verschwiegene Mängel gilt nämlich nicht die ordentliche Verjährungsfrist, sondern eine verlängerte Verjährungsfrist von 10 Jahren.

Damit die Berufung auf das Vorliegen eines arglistig verschwiegenen Mangels erfolgreich geltend gemacht werden kann, ist der Begriff des arglistigen Verschweigens sorgfältig zu prüfen. Zudem stellen sich oft schwierige Beweisfragen. Sodann gibt es weitere Aspekte, die der Besteller selbst dann zu berücksichtigen hat, wenn ihm der Nachweis des arglistig verschwiegenen Mangels gelingt. Der vorliegende Beitrag soll eine grobe Übersicht über die diesbezüglichen Kernpunkte geben. Nicht gesondert erläutert wird der Begriff des Mangels, der an dieser Stelle als bekannt vorausgesetzt wird.

b. Grundlagen

Bei der Erfüllung eines Werkvertrages treffen die Parteien verschiedene Pflichten und Obliegenheiten. So ist der Unternehmer zur Erstellung des Werkes (Hauptpflicht des Unternehmers, Art. 363 OR) und der Besteller zur Bezahlung einer Vergütung (= «Werkpreis», Hauptpflicht des Bestellers, Art. 363 OR) verpflichtet.

Daneben gibt es weitere, untergeordnete Pflichten. Wenn das Werk erstellt ist, wird es vom Unternehmer an den Besteller übergeben. Bei der Abnahme des Werkes treffen den Besteller verschiedene Obliegenheiten:

Er muss:

- das Werk auf seine Beschaffenheit prüfen, sobald es nach dem üblichen Geschäftsgange tunlich ist
- den Unternehmer von allfälligen Mängeln in Kenntnis setzen (Mängelrüge)
  - bei einem unbeweglichen Werk: innert 60 Tagen nach Entdeckung des Mangels (Art. 367 Abs. 1^{bis} OR
  - bei einem beweglichen Werk: umgehend (Art. 367 Abs. 1 OR)

II. Wann ein Mangel «arglistig verschwiegen» wurde

Ein arglistig verschwiegener Mangel im Sinne von Art. 370 Abs. 1 OR liegt vor, wenn der Unternehmer einen ihm bekannten Mangel dem Besteller gegenüber bewusst verschweigt, obwohl er um die Unkenntnis des Bestellers weiss oder wissen muss. Vorausgesetzt wird ein qualifiziertes

Verschulden des Unternehmers[1]. Massgeblich ist, dass das Schweigen des Unternehmers nicht auf blosser Nachlässigkeit beruht, sondern auf einem vorsätzlichen Handeln, das mindestens Eventualvorsatz umfasst[2].

Damit ein absichtliches Verschweigen eines Mangels im Sinne von Art. 370 Abs. 1 OR vorliegt, muss das Schweigen der Unternehmerin verschiedene Tatbestandsvoraussetzungen erfüllen. Diese betreffen (a.) das Verschweigen des Mangels und (b.) die Arglist.

a. Verschweigen des Mangels

i. Erstens ist für die Ausnahmebestimmung vorausgesetzt, dass die Unternehmerin über einen Mangel *schweigt, d.h. sie weist den Besteller in keiner Form auf den Mangel hin*. Für das Vorspiegeln von nicht vorhandenen Eigenschaften des Werkes ist sie gleich zu behandeln wie eine Unternehmerin, die über das Vorhandensein von Mängeln schweigt[3].

ii. Zweitens liegt ein absichtlich verschwiegener Mangel nur vor, wenn die Unternehmerin den Mangel *im massgebenden Zeitpunkt* kennt[4]. Die Kenntnis im massgebenden Zeitpunkt ist eng mit dem Kriterium der Arglist verknüpft (vgl. unten). Das Wissen ihrer Hilfspersonen muss sie sich zurechnen lassen[5]. Sie kennt einen Mangel auch dann, wenn sie nicht über vollständige oder detaillierte Informationen darüber verfügt. Der tatsächlichen Kenntnis steht gleich, wenn sich die Unternehmerin bewusst dem Wissen über die wahren Tatsachen verschliesst[6].

iii. *Der Besteller darf den fraglichen Mangel nicht kennen[7].* Diese Voraussetzung kann auch bei einem offensichtlichen Mangel erfüllt sein (Allerdings ist die Arglist bei offensichtlichen Mängeln kaum je erfüllt[8]).

b. Arglist

Die vierte Voraussetzung besteht im Tatbestandselement der Arglist.

In Art. 370 Abs. 1 OR ist zwar nur von *«absichtlich verschwiegenen Mängeln die Rede»*. Dennoch **ist ein arglistiges Verschweigen vorausgesetzt:** Die Unternehmerin ist von Gesetzes wegen nicht verpflichtet, bei der Aufdeckung von Mängeln mitzuwirken[9]. Somit kann das «bloss» absichtliche Verschweigen von Mängeln keine Rechtsfolgen zuungunsten der Unternehmerin auslösen. Das arglistige Verschweigen ist also ein qualitatives «Mehr» (im

---

[1] Urteil 4A_257/2024 des Bundesgerichts vom 5. September 2024, E.4.1
[2] Grünig Shirin, in: Berner Kommentar, Der Werkvertrag, Art. 363–379 OR, Bern 2024, Art. 370 OR / III. - V. N 68
[3] Trachsel Heribert, in: Zeitschrift für Baurecht und Vergabewesen, 03/2015, 135-142
[4] BGer 4A_646/2016 vom 08. 03. 2017, E. 3.1
[5] Peter Gauch, der Werkvertrag, N 2097
[6] BGer 4A_97/2014 vom 26. 06. 2014, E. 4.1
[7] BGer 4A_646/2016 vom 08. 03. 2017, E. 3.1
[8] BSK OR I-ZINDEL/SCHOTT, Art. 370 N 9;
[9] BGer 4A_94/2013 vom 29. 08. 2013, E. 3.2

Vergleich zum blossen absichtlichen Verschweigen eines Mangels), das eine Verletzung der Treuepflicht der Unternehmerin darstellt.

Zentrales Abgrenzungskriterium für die Qualifikation als Arglist ist gemäss Lehre und Rechtsprechung denn auch, ob die Unternehmerin mit ihrem Schweigen gegen Treu und Glauben (vgl. Art. 2 Abs. 1 ZGB) verstösst.

Ein solcher Verstoss wird im Zeitpunkt der Abnahme im bereits bejaht, wenn sie dem Besteller einen Mangel verschweigt,

- obwohl sie gestützt auf die konkreten Umstände davon ausgehen muss, dass der Besteller erstens den Mangel selbst nicht kennt, oder
- seine Tragweite nicht versteht und
- er hinsichtlich dieses Mangels seine Mängelrechte geltend machen würde, wenn er davon Kenntnis hätte.

Wenn die Unternehmerin den Herstellungsprozess bewusst unangemessen schlecht überwachte oder das Werk absichtlich nicht sachgemäss prüfen liess, um sich dadurch der Kenntnis eines Mangels im Zeitpunkt der Ablieferung zu entziehen, handelt sie ebenfalls in Verletzung ihrer Treuepflichten[10].

Ein arglistig verschwiegener Mangel liegt hingegen nur dann vor, wenn die Unternehmerin ***bewusst oder eventualvorsätzlich*** den Besteller nicht über den bekannten Mangel oder den Verdacht eines Mangels aufklärt. ***Reine Nachlässigkeit genügt nicht.***

Nach der Ablieferung des Werkes und nach abgeschlossenen Nachbesserungsarbeiten besteht grundsätzlich keine Informationspflicht der Unternehmerin mehr, die Bestellerin über das Vorliegen eines entdeckten Mangels aufzuklären.

Auch hier gibt es Ausnahmen[11]:

- Der Mangel gefährdet die absolut geschützten Rechtsgüter des Bestellers oder Benützers
- Öffentlich-rechtliche Vorschriften schreiben eine Warnung vor der Gefährlichkeit des abgelieferten Werkes vor

III. Praktische Hürden

Eine nicht zu vernachlässigende Hürde ist in der Praxis regelmässig die Beweissituation: Der Besteller muss den Beweis dafür erbringen, dass die Unternehmerin den Mangel kannte und davon ausgehen musste, dass der Besteller den Mangel nicht kannte, und die Unternehmerin den Mangel in Verletzung ihrer Treuepflicht verschwiegen hat.

IV. Rechtsfolgen bei arglistigem Verschweigen eines Mangels

Bei arglistig verschwiegenen Mängeln hat die Unternehmerin grundsätzlich auch dann für diese einzustehen, wenn die Genehmigung des Werkes durch die Bestellerin erfolgte.)

Bei *offenen, von der Unternehmerin arglistig verschwiegen Mängeln* muss die Bestellerin die Mängel nicht sofort nach Ablauf der Prüfungsfrist rügen. Selbst bei unterlassener Rüge aus blosser Nachlässigkeit oder fehlender bzw.

[10] BGer 4A_94/2013 vom 29. 08. 2013, E. 5.4
[11] Peter Gauch, der Werkvertrag, N 2187

unzureichender Prüfung verwirken die Mängelrechte des Bestellers nicht[12].

Unterschiedliche Meinungen bestehen bei der Frage, wie und wann der Besteller reagieren muss, wenn er einen **von der Unternehmerin arglistig verschwiegenen Mangel *nach der Ablieferung tatsächlich entdeckt* (offene und versteckte Mängel).** Das Bundesgericht und ein Teil der Lehre sind der Auffassung, dass der Besteller entdeckte Mängel innert der gesetzlichen Fristen (vgl. vorne I. b. Grundlagen) rügen muss, auch wenn die Unternehmerin diese Mängel arglistig verschwiegen hat. Der vorsichtige Besteller wird deshalb auch arglistig verschwiegene Mängel innert der gesetzlichen Frist (je nach dem umgehend oder innert 60 Tagen) rügen, nachdem er sie entdeckt.

Schliesslich **verjähren** die Rechte des Bestellers für Ansprüche aus absichtlich verschwiegenen Mängeln **erst nach zehn Jahren** und nicht bereits nach zwei oder fünf Jahren (Art. 371 Abs. 3 OR i. V. m. Art. 210 Abs. 6 OR).

Obwohl die SIA-Norm 118 betreffend Abnahme, Rügefristen und Mängelrechte vom OR abweichende Regelungen enthält, gilt auch in ihrem Anwendungsbereich dem Grundsatz nach: Die Mängelrechte im Zusammenhang mit von der Unternehmerin absichtlich verschwiegenen Mängeln verwirken nicht, auch wenn der Besteller die Rüge unterlässt[13].

V. Fazit

Das «bloss» absichtliche Verschweigen von Mängeln erfüllt das Kriterium der Arglistigkeit nicht und löst keine Rechtsfolgen zuungunsten der Unternehmerin aus.

Ein arglistig verschwiegener Mangel liegt vor, wenn der Unternehmer einen dem Besteller unbekannten Mangel kennt und ihn diesem bewusst bzw. eventualvorsätzlich verschweigt, obwohl er aufgrund der konkreten Umstände nach Treu und Glauben zur Offenlegung verpflichtet ist.

Besondere praktische Bedeutung kommt der Qualifikation als arglistig verschwiegener Mangel dann zu, wenn der Besteller

- die ansonsten geltenden Prüf- und Rügeobliegenheiten nicht wahrgenommen hat, oder
- einen Mangel erst nach Ablauf der ordentlichen Verjährungsfrist (2 oder 5 Jahre) entdeckt.

Erlangt der Unternehmer erst nach Ablieferung des Werkes Kenntnis vom Mangel, liegt normalerweise kein arglistig verschwiegener Mangel vor.

Der umsichtige Besteller prüft das Werk deshalb sorgfältig (allenfalls unter Beizug eines Sachverständigen) und rügt mögliche Mängel innert geltenden Fristen. Im Zweifelsfall sollte eine Mängelrüge erfolgen.

Die Berufung auf die Arglist ist aufgrund des Ausnahmecharakters vorsichtig zu prüfen. Besonderes Augenmerk ist dabei auch auf die Beweissituation zu richten. Es empfiehlt sich, frühzeitig mit Sachverständigen und einem Anwalt zusammenzuarbeiten.

---

[12] Peter Gauch, der Werkvertrag, N 2162

[13] Grünig Shirin, in: Berner Kommentar, Der Werkvertrag, Art. 363–379 OR, Bern 2024, Art. 370 OR / III. - V. N 98



MLaw Tobias M. Schmidlin
Advokat

Hinweis

Es wird kein Anspruch auf Vollständigkeit und Ausschliesslichkeit der Inhalte gestellt. Die zur Verfügung gestellten Informationen ersetzen keine individuelle juristische Beratung. Sie sind unverbindlich und nicht Gegenstand eines anwaltlichen Beratungsvertrages.