

Peter Rechsteiner

Widerruf/Rückzug der Abmahnung durch den Unternehmer im Werkvertrag

Abmahnungen spielen in der Baupraxis eine wichtige Rolle. Die Anforderungen an eine gültige Abmahnung sind allerdings weithin unbekannt. Damit und mit der Frage, welche Bedeutung einer rechtsgültig erfolgten, aber widerrufenen Abmahnung zukommen kann, befassen sich die folgenden Ausführungen.

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Der Begriff der Abmahnung
 - A. Gesetzliche Grundlage
 - B. Die Abmahnung in der SIA-Norm 118 und den SIA-Ordnungen für Leistungen und Honorare
 - C. Lehre
 - D. Rechtsprechung des Bundesgerichts
- III. Widerruf der Abmahnung

I. Einleitung

[Rz 1] In der Baupraxis ist oft die Rede von Abmahnungen. Der Begriff wird ebenso häufig in undifferenzierter Weise verwendet im Zusammenhang mit Informationen und/oder Weisungen, die eine Vertragspartei der andern zukommen lässt. Nicht selten geschieht es, dass der Adressat einer Abmahnung den Absender auffordert, die Abmahnung zurückzuziehen. Das erfolgt dann manchmal auch.

[Rz 2] Die nachstehenden Ausführungen befassen sich im Sinne einer Übersicht zunächst mit dem Begriff der Abmahnung im Werkvertragsrecht (II) und in einem zweiten Teil (II) mit den Konsequenzen des Widerrufs bzw. Rückzugs einer Abmahnung.

II. Der Begriff der Abmahnung

A. Gesetzliche Grundlage

[Rz 3] Art. 369 des Schweizerischen Obligationenrechts (OR) bestimmt: «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 erteilt, oder auf andere Weise die Mängel selbst verschuldet hat.»

[Rz 4] Daraus ergibt sich: Der Unternehmer haftet nicht für die Mangelhaftigkeit eines Werkes (wohl u.U. aber für Personenschaden¹), wenn er Weisungen des Bestellers abgemahnt hat. Hält der Besteller trotz der Abmahnung des Unternehmers an seiner Weisung fest und führt die Befolgung dieser Weisung zu einem oder mehreren Werkmängeln, dann gelten diese als durch den Besteller selbst verschuldet. Der Unternehmer haftet in der Folge nicht für die Mängel, auch wenn er im Wissen, dass die Werkausführung entsprechend der Weisung des Bestellers zu einem Werkmangel führen wird, das Werk weisungsgemäss realisiert.

[Rz 5] Die Abmahnung ist also eine Reaktion des Unternehmers auf eine Weisung des Bestellers². Praktisch gesehen ergibt sich folgender Ablauf: 1. Weisung des Bestellers; 2. Abmahnung des Unternehmers; 3. Festhalten des Bestellers an der Weisung; 4. Weisungsgemässe Ausführung des Werks durch den Unternehmer.

[Rz 6] Anders stellt sich die Ausgangslage bei der Anzeige gemäss Art. 365 Abs. 3 OR dar. Diese Bestimmung sieht folgendes vor: «Zeigen sich bei der Ausführung des Werkes Mängel an dem vom Besteller gelieferten Stoffe oder an

dem angewiesenen Baugrunde, oder ergeben sich sonst Verhältnisse, die eine gehörige oder rechtzeitige Ausführung des Werkes gefährden, so hat der Unternehmer dem Besteller ohne Verzug davon Anzeige zu machen, widrigenfalls die nachteiligen Folgen ihm selbst zur Last fallen.» Die Anzeige setzt keine Weisung des Bestellers voraus³. Der Unternehmer hat Verhältnisse, die eine gehörige oder rechtzeitige Ausführung des Werkes gefährden auch dann anzuzeigen, wenn keine Weisung des Bestellers vorliegt.

B. Die Abmahnung in der SIA-Norm 118⁴ und den SIA-Ordnungen für Leistungen und Honorare⁵

[Rz 7] Die SIA-Norm 118 enthält verschiedene Bestimmungen, die sich mit der Abmahnung befassen. Hier werden einige kurz vorgestellt:

[Rz 8] Art. 25 der SIA-Norm 118 bestimmt unter dem Titel «Anzeige- und Abmahnungspflichten des Unternehmers» folgendes:

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.
2. Die Anzeigen sollen schriftlich erfolgen; mündliche Anzeigen sind zu protokollieren.
3. Der Unternehmer hat die ihm übergebenen Pläne und den von ihm zu bearbeitenden Baugrund 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).
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.
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.

[Rz 9] Gemäss Art. 35 der SIA-Norm 118 hat die Bauleitung gegenüber dem Unternehmer die Personen zu bezeichnen, die sie ermächtigt hat, Weisungen verbindlich zu erteilen und Rapporte und Bauaufnahmen zu unterzeichnen⁶. Ist die Bauleitung auf der Baustelle ständig durch einen Bauleiter oder Aufseher vertreten, so gilt dieser als hierzu ermächtigt. Im übrigen hat die Bauleitung dem Unternehmer ebenfalls mitzuteilen, welche Personen ermächtigt sind, Mitteilungen und Willensäusserungen des Unternehmers, insbesondere Anzeigen und Abmahnungen (Art. 25 der SIA-Norm 118) rechtsverbindlich entgegenzunehmen.

[Rz 10] Art. 127 der SIA-Norm 118 ordnet an: «Wird eine Baustelleneinrichtung durch Zufall zerstört oder beschädigt, so hat gemäss Art. 127 der SIA-Norm 118 der Unternehmer auf seine Kosten für den Ersatz oder die Reparatur zu sorgen.» Ist die Ursache des Schadens auf eine Weisung der Bauleitung zurückzuführen und hat diese trotz Abmahnung durch den Unternehmer (Art. 25 der SIA-Norm 118) auf ihrer Weisung bestanden, so haftet der Bauherr⁷.

[Rz 11] Art. 136 Abs. 2 der SIA-Norm 118 auferlegt dem Unternehmer eine unverzügliche Abmahnungspflicht für den Fall, dass der Bauherr bestimmte Fabrikate oder Lieferanten vorgeschrieben hat (Art. 10 Abs. 2 der SIA-Norm 118), der Unternehmer die Verantwortung für deren Eignung aber nicht übernehmen kann. Hält der Bauherr an seiner Weisung fest, so trägt er die daraus entstehenden Nachteile. Abs. 3 des gleichen Artikels bestimmt dann: «Die vom Bauherrn gelieferten Baustoffe (Art. 10 Abs. 3) müssen den gleichen Qualitätsbedingungen entsprechen, die bei der Lieferung durch den Unternehmer gelten würden. Auf Verlangen des Unternehmers belegt der Bauherr dies durch

Qualitätsuntersuchungen. Stellt der Unternehmer bei der Ausführung Mängel des Baustoffes fest, so zeigt er dies der Bauleitung unverzüglich gemäss Art. 25 an; beharrt der Bauherr auf der Verwendung, so trägt er die Folgen.»

[Rz 12] Art. 166 Abs. 4 der SIA-Norm 118 bestimmt schliesslich: «Kein Mangel ist ein vertragswidriger Zustand des Werkes (oder Werkteils), den ausschliesslich der Bauherr oder eine Hilfsperson des Bauherrn (z.B. die Bauleitung) verschuldet hat (Selbstverschulden, Art. 369 OR), insbesondere ein Zustand, der auf einen Fehler in den Ausführungsunterlagen (Art. 99 ff.) zurückzuführen ist. Kein Selbstverschulden des Bauherrn liegt vor, wenn der Unternehmer seine Anzeige- oder Abmahnungspflicht (Art. 25) verletzt hat.»

[Rz 13] Die Ordnungen des SIA für Leistungen und Honorare befassen sich ebenfalls mit der Abmahnung. Sie ordnen in Art. 3.5 jeweils folgendes an:

3.50 Abmahnungspflicht

.51 Der Architekt hat den Auftraggeber auf Folgen seiner Weisungen, insbesondere hinsichtlich Terminen, Qualität und Kosten, aufmerksam zu machen und unzumutbare Anordnungen und Begehren abzumahnern. Beharrt der Auftraggeber trotz Abmahnung auf seiner Weisung, ist der Architekt für deren Folgen nicht verantwortlich. Für die Abmahnung wird die Schriftform empfohlen.

.52 Beharrt der Auftraggeber trotz Abmahnung darauf, Sicherheitsregeln nicht einzuhalten, kann der Architekt, um seine Haftung auch gegenüber Dritten auszuschliessen, sein Mandat niederlegen. Eine Schadenersatzpflicht gegenüber dem Auftraggeber wegen Kündigung zur Unzeit ist diesfalls ausgeschlossen.

C. Lehre

[Rz 14] Die Lehre befasst sich in differenzierter Weise mit der Abmahnung und den sich stellenden Teilfragen. Darauf wird hier verwiesen⁸. Hervorgehoben sei lediglich folgendes:

[Rz 15] Die Abmahnung gemäss Art. 369 OR wird als Teilaspekt der gesetzlichen Sorgfaltspflicht des Unternehmers qualifiziert⁹, als Rat, der bewirken soll, dass Weisungen des Bestellers an den Unternehmer widerrufen oder geändert werden¹⁰.

[Rz 16] Betont wird, dass die Abmahnung kein Rechtsgeschäft, ja überhaupt keine Willenskundgabe sei¹¹.

[Rz 17] Im Übrigen befasst sich die Lehre mit der Frage, was eine Weisung des Bestellers ist, welches die Merkmale, der notwendige Inhalt, der richtige Adressat, die genügende Ausdrücklichkeit und die richtige Form der Abmahnung ist¹²; darauf wird nachstehend anhand der Rechtsprechung des Bundesgerichts noch näher hingewiesen. Aus den Ausführungen der Lehre wird jedenfalls bereits ersichtlich, dass die richtige Erfüllung der vertraglichen Pflicht des Unternehmers zur Abmahnung erhebliche Anforderungen stellt. Ein Blick in die Praxis zeigt wohl in den meisten Fällen, dass diese Anforderungen nicht erfüllt sind.

D. Rechtsprechung des Bundesgerichts

[Rz 18] Das Bundesgericht hat sich im Entscheid 95 II 42 mit der Abmahnung befasst. Einige Leitsätze dieses an der Praxis orientierten und in seinen Erwägungen äusserst treffenden und selbstredenden Entscheids seien hier zitiert.

- «Die Abmahnung im Sinne des Art. 369 OR ist (...) ganz anderer Art als die Willensäusserung beim Vertragsschluss oder bei der Ausübung eines Gestaltungsrechtes. Der Unternehmer nimmt mit ihr keine Pflichten auf sich und verzichtet auch nicht auf irgendwelche Rechte. Die Abmahnung belastet ihn überhaupt in keiner Weise, sondern sie bezweckt nur, ihn seiner Verantwortung für allfällige Mängel des Werks zu entheben, die durch Weisungen des Bestellers verursacht werden könnten.»
- «Eine mündliche Abmahnung kann daher trotz der Vereinbarung der Schriftlichkeit wirksam sein. Daraus folgt, dass Art. 16 OR auf Abmahnungen im Sinne des Art. 369 OR überhaupt nicht, auch nicht sinngemäss, anwendbar sein kann.»

- «Nach den weiteren Feststellungen der Vorinstanz scheuen sich die Unternehmer jedoch, solche Anzeigen schriftlich zu machen und vor allem, dafür die Form des eingeschriebenen Briefes zu wählen (was für den Nachweis der Erfüllung eines Gültigkeitserfordernisses praktisch unerlässlich wäre); dies deshalb, weil viele Architekten ein solches Vorgehen als anmassend empfinden und der Unternehmer befürchtet, deswegen bei späteren Aufträgen nicht mehr berücksichtigt zu werden.»
- «Mit Recht hat die Vorinstanz es daher abgelehnt, der Einhaltung einer Verfahrensvorschrift, die in der Praxis von der Wichtigkeit der in Frage stehenden Angelegenheit abhängig gemacht wird, die Bedeutung eines Gültigkeitserfordernisses beizumessen.
- Zum gleichen Schluss führt auch, dass nach der Lebenserfahrung Unternehmer und Architekt die Ausführung der Arbeiten im einzelnen meist an Ort und Stelle, auf dem Bauplatz, besprechen, und dass bei dieser Gelegenheit auf allfällige, im Lauf der Arbeit auftretende Schwierigkeiten hingewiesen wird, Mängel gerügt, Änderungen angeordnet werden usw. Die Zustellung einer eingeschriebenen schriftlichen Bestätigung über Punkte, die bei der mündlichen Besprechung geregelt worden sind, kann vom Empfänger mit einigem Recht als Misstrauenskundgebung empfunden werden und der gedeihlichen Zusammenarbeit zwischen Unternehmer und Bauleitung abträglich sein. Endlich ist auch zu berücksichtigen, dass die Unternehmer, vor allem die Inhaber von kleinen und mittleren Betrieben, Handwerker sind, denen die Gewandtheit im schriftlichen Ausdruck häufig fehlt. Es wäre lebensfremd, die Gültigkeit der im Laufe der Arbeiten zwischen einem Unternehmer und dem Bauherrn oder seinem Vertreter getroffenen Abmachungen von Förmlichkeiten abhängig zu machen, die in der Praxis nur ausnahmsweise befolgt werden, weil ihre strikte Einhaltung ein reibungsloses Zusammenarbeiten gefährden würde.»
- «Art. 369 OR verlangt zwar keine schriftliche Anzeige; er schreibt aber eine ausdrückliche Abmahnung (avis formel, espresso parere) vor. Die Abmahnung muss mit andern Worten bestimmt, klar und deutlich sein und dem Besteller unmissverständlich zum Bewusstsein bringen, dass bei der von ihm angeordneten Ausführung nach der Auffassung des Unternehmers möglicherweise Schäden auftreten könnten und dass der Besteller daher, wenn er auf seinen Anordnungen beharre, die damit verbundenen Gefahren auf sich nehme und den Unternehmer seiner Haftung entbinde.»
- «Nicht nur die Sondervorschrift des Art. 369 OR, sondern schon die durch Art. 364 dem Unternehmer auferlegte Sorgfaltspflicht gebot dem Beklagten, die Unzulänglichkeit der vorgesehenen Ausführung dem zuständigen Vertreter des Bestellers, d.h. dem Architekten, zur Kenntnis zu bringen und sich nicht damit zu begnügen, gegenüber einem untergeordneten Angestellten desselben Bedenken zu äussern. Da nach den verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz klar ersichtlich war, dass der Bauführer (...) die Tragweite dieser Bedenken nicht erfasste und sie daher nicht weiterleiten werde, hatte der Beklagte seinerseits dafür zu sorgen, dass dies geschehe.»
- «Die vertraglich vorgesehene Schriftlichkeit der Abmahnung ist zwar nicht Gültigkeitserfordernis, aber sie beruht offenbar auf dem Gedanken, dass eine schriftliche Anzeige, die vom Unternehmer selber, nicht nur von seiner Hilfsperson, ausgeht und an den Architekten gerichtet ist, diesen auch persönlich erreicht, was bei einer bloss mündlichen Abmahnung nicht so sicher ist. Wollte sich der Beklagte mit einer bloss mündlichen Anzeige begnügen, was er an sich durfte, so hatte er dafür zu sorgen, dass sie gleich wirksam sei wie eine schriftliche Anzeige und dass sie dem verantwortlichen Architekten zur Kenntnis komme. Unterblieb die gebotene Benachrichtigung, weil der Vorarbeiter des Beklagten weder selber das Nötige vorkehrte, noch seinen Arbeitgeber von der uneinsichtigen Haltung des Bauführers unterrichtete, so hat jener, wie bereits ausgeführt wurde, auf Grund von Art. 101 OR die Folgen daraus auf sich zu nehmen.»

[Rz 19] In einem späteren Entscheid (116 II 305) hat das Bundesgericht offen gelassen, ob der Unternehmer in der Abmahnung erklären müsse, er weise die Verantwortung von sich. Im Entscheid 4C.452/1999 vom 27. März 2000 hat es sich diesbezüglich wie folgt geäußert:

«In der Literatur wird teilweise die Auffassung vertreten, die Abmahnung müsse keine ausdrückliche Ablehnung der Verantwortung für die Werkausführung enthalten (so Zindel/Pulver, Basler Kommentar, 2. Aufl., Basel 1996, N 10 zu Art. 369 OR; Gauch, Der Werkvertrag, 4. Aufl., Zürich 1996, Rz 1941 und 1946;

Oser/Schönenberger, Zürcher Kommentar, 2. Aufl., Zürich 1936, N 2 zu Art. 369 OR). Das Bundesgericht hat im jüngsten publizierten Entscheid zu Art. 369 OR offen gelassen, ob die Anforderungen an die Abmahnung in diesem Sinne zu mildern seien (BGE 116 II 305 E. 2c/bb S. 308). Es hat aber auch bisher nicht verlangt, dass sich der Unternehmer seiner Verantwortung ausdrücklich entschlage, sondern lediglich betont, der Besteller müsse aus der Abmahnung auf eine Ablehnung der Mängelhaftung schliessen können. Entscheidend ist, dass dem Besteller mit der Abmahnung unmissverständlich zum Bewusstsein gebracht wird, bei Einhaltung der von ihm erteilten Anweisungen drohe die Gefahr eines Werkmangels, für den der Unternehmer nicht einzustehen bereit sei (Bühler, Zürcher Kommentar, 3. Aufl., Zürich 1998, N 42 zu Art. 369 OR). Die Abmahnung hat mithin die wesentlichen Tatsachen anzugeben, auf denen die Bedenken des Unternehmers beruhen, damit der Besteller sich ein eigenes Bild über die Sachlage machen und die Konsequenzen der von ihm vorgesehenen Werkausführung einschätzen kann (Gauch, a.a.O., Rz 1940; Zindel/Pulver, a.a.O., N 9 zu Art. 369 OR, Bühler, a.a.O., N 43 zu Art. 369 OR). Selbstverständlich darf beim Besteller nicht der Eindruck entstehen, der Unternehmer sei trotz der fehlerhaften Weisung bereit, für allfällige Werkmängel einzustehen (Zindel/Pulver, a.a.O., N 10 zu Art. 369 OR).»

[Rz 20] Aus praktischer Sicht ist vor dem Hintergrund dieser nicht eindeutigen Haltung des Bundesgerichts jedem Unternehmer zu empfehlen, in Abmahnungen darauf hinzuweisen, dass er die Verantwortung für eine weisungsgemässe Ausführung des Werkes ablehne.

III. Widerruf der Abmahnung

[Rz 21] Nach dem Gesagten stellt sich die Frage, wie es sich verhält, wenn der Unternehmer seine Abmahnung, die er gegen eine Weisung des Bestellers erhoben hat, widerruft oder zurückzieht. In der Praxis erfolgt dies regelmässig dadurch, dass der Unternehmer einfach erklärt, seine Abmahnung zurückzuziehen bzw. zu widerrufen und dann die Weisung des Bestellers (bzw. dessen Hilfsperson) befolgt. Von diesem Fall wird hier ausgegangen.

[Rz 22] Der Widerruf der Abmahnung ist im Gesetz nicht vorgesehen¹³. Auch die SIA-Norm 118 und die SIA-Ordnungen für Leistungen und Honorare sehen diesen Fall nicht vor, noch äussern sich – soweit übersehbar – Lehre und Rechtsprechung zu dieser Frage.

[Rz 23] Auszugehen ist meines Erachtens davon, dass die Abmahnung ein Rat ist. Der Rückzug bzw. Widerruf dieses Rates durch den Unternehmer kann verschiedene Bedeutungen haben. Die Erklärung des Unternehmers ist vor dem Hintergrund der jeweiligen Umstände auszulegen.

[Rz 24] Sie kann bedeuten, dass der Unternehmer seine Abmahnung nachträglich als unrichtig erkannt hat, die ursprüngliche Weisung des Bestellers hingegen als zweckmässig erachtet. Der Rückzug bzw. Widerruf der Abmahnung kann diesfalls als neuer Rat betrachtet werden, der darin besteht, dass der Unternehmer dem Besteller mitteilt, die Befolgung der Weisung sei unbedenklich. Soweit für den Besteller nicht anders erkennbar, darf er sich auf diesen Erklärungsgehalt verlassen. In diesem Fall bleibt es bei der ursprünglichen Ausgangslage. Es ist zu halten, wie wenn die Abmahnung nicht erfolgt wäre. Der Unternehmer haftet – bei gegebenen übrigen Voraussetzungen – für die Konsequenzen, die sich aus der Befolgung der Weisung des Bestellers ergeben.

[Rz 25] Denkbar ist jedoch, dass der Rückzug bzw. Widerruf der Abmahnung – für den Besteller oder seine Hilfspersonen erkennbar – aus andern Gründen erfolgt. Dies etwa dann, wenn der Besteller und/oder seine Hilfspersonen Druck auf den Unternehmer ausüben, seine Abmahnung zurückzunehmen bzw. zu widerrufen, ohne dass die Unrichtigkeit der Abmahnung dazu berechtigten sachlichen Anlass gibt. In der Praxis werden Abmahnungen oft dadurch «erledigt», dass der Besteller bzw. seine beauftragte Hilfsperson an der erteilten Weisung fest hält und der Unternehmer mehr oder weniger deutlich darauf aufmerksam gemacht wird, er müsse mit Repressionen und/oder um weitere Aufträge fürchten, wenn er die Abmahnung nicht zurückziehe. Hat der Rückzug/Widerruf der Abmahnung unter diesen Umständen ebenfalls zur Folge, dass der Unternehmer für die Konsequenzen aus der Befolgung der fehlerhaften Weisung haftet? Auszugehen ist wiederum vom Grundsatz gemäss Art. 369 OR, wonach der Besteller, der trotz Abmahnung des Unternehmers an seiner (nachträglich als fehlerhaft erkannten) Weisung festhält, den Werkmangel selbst verschuldet. Dieses Selbstverschulden kann nicht dadurch aufgehoben werden, dass der Unternehmer auf Druck des Bestellers (oder seiner Hilfspersonen) und damit für diesen erkennbar die

Abmahnung, etwa «um des Friedens willen», zurückzieht bzw. widerruft. Dem Rückzug bzw. dem Widerruf der Abmahnung kann unter diesen Umständen nicht die Bedeutung zugemessen werden, dass der mit der Abmahnung erfolgte Rat des Unternehmers unrichtig, die Weisung des Bestellers hingegen fehlerfrei sei. Der Rückzug erfolgt hier – durch den Besteller veranlasst – rein formell, ohne dass der materielle Inhalt der erfolgten Abmahnung tangiert wird. Der Besteller darf unter diesen von ihm herbeigeführten Umständen nicht davon ausgehen, dass der Unternehmer bereit sei, die Haftung für die fehlerhafte Weisung zu übernehmen. Dies um so mehr als das Festhalten an seiner Weisung und die gleichzeitige Ablehnung des Risikos als widersprüchliches Verhalten unbeachtlich ist¹⁴. Dass Umstände vorliegen, die lediglich zu einem formellen, nicht jedoch materiellen Widerruf bzw. Rückzug der Abmahnung geführt haben, hat der Unternehmer zu beweisen.

Peter Rechsteiner ist Rechtsanwalt bei Bracher und Partner in Solothurn.

¹ Verstösst eine Vereinbarung über die Wegbedingung der Haftung für Körperschäden des Bestellers gegen das Persönlichkeitsrecht (GAUCH, *Der Werkvertrag*, 4. Auflage, N. 2573), muss dies erst recht für eine einseitig erfolgte Enthaltungserklärung des Unternehmers gelten. Dass im Übrigen die Abmahnung nur dem Adressaten und nicht weiteren Dritten gegenüber Wirkung entfalten kann, versteht sich von selbst. Der Unternehmer kann sich deshalb gegenüber Dritten, welche Haftungsansprüche stellen, grundsätzlich nicht auf eine an den Besteller gerichtete Abmahnung berufen, selbst wenn diese rechtsgültig erfolgt ist.

² GAUCH, *Werkvertrag*, 4. Auflage, N. 1938.

³ Wobei die Stofflieferung durch den Besteller sowie die Anweisung, auf einem bestimmten Baugrund zu bauen, durchaus als Weisungen verstanden werden könnten, gerade diesen Stoff bzw. Baugrund zu verwenden.

⁴ Ausgabe 1977/1991.

⁵ Es bestehen folgende SIA-Ordnungen, die bezüglich der Abmahnung identische Bestimmungen enthalten: SIA-Ordnung 102 für Leistungen und Honorare der Architektinnen und Architekten; SIA-Ordnung 103 für Leistungen und Honorare der Bauingenieure und Bauingenieurinnen; SIA-Ordnung 104 für Leistungen und Honorare der Forstingenieure und Forstingenieurinnen; SIA-Ordnung 108 für Leistungen und Honorare der Maschinen- und der Elektroingenieure sowie der Fachingenieure für Gebäudeinstallationen; SIA-Ordnung 110 für Leistungen und Honorare der Raumplanerinnen und Raumplaner; SIA-Ordnung 112 Leistungsmodell.

⁶ Vgl. dazu den kritischen Hinweis von GAUCH, *Der Werkvertrag*, 4. Auflage, N. 1942.

⁷ Art. 127 Abs. 2 SIA-Norm 118.

⁸ GAUCH, *Der Werkvertrag*, 4. Auflage, N. 1939 ff, siehe aber auch N. 829 ff zur Anzeigepflicht des Unternehmers; BÜHLER, *Der Werkvertrag*, Zürcher Kommentar zu Art. 369 OR, siehe aber auch Ausführungen zu Art. 365 OR; zum Auftragsrecht: FELLMANN, *Der einfache Auftrag*, Berner Kommentar zu Art. 397 OR, N. 105 ff.

⁹ GAUCH, *Der Werkvertrag*, 4. Auflage, N. 833.

¹⁰ GAUCH, *Der Werkvertrag*, 4. Auflage, N. 1939. Zum Auftragsrecht siehe Fellmann, BK, *Der einfache Auftrag*, N. 112 zu Art. 397 OR.

¹¹ Vgl. Fussnote 12 hienach.

¹² Vgl. insbesondere GAUCH, *Der Werkvertrag*, N. 1939 ff.

¹³ Die Abmahnung ist kein Rechtsgeschäft (GAUCH, SCHLUEP, SCHMID, REY, *Schweizerisches Obligationenrecht*, Allgemeiner Teil, N. 610, N. 1311); GAUCH, *Der Werkvertrag*, 4. Auflage, N. 1941 mit Hinweis auf die offenbar andere Ansicht des Bundesgerichts. Zum Auftragsrecht siehe: FELLMANN, *Berner Kommentar*, *Der einfache Auftrag*, N. 112 zu Art. 397 OR. Entsprechend finden auch die Widerrufsregeln des OR (insb. Art. 9, Art. 404) keine Anwendung.

¹³ GAUCH, *Der Werkvertrag*, 4. Auflage, N. 1938.

Rechtsgebiet: Baurecht

Erschienen in: Jusletter 13. Juni 2005

Zitiervorschlag: Peter Rechsteiner, Widerruf/Rückzug der Abmahnung durch den Unternehmer im Werkvertrag, in: Jusletter 13. Juni 2005

Internetadresse: <http://www.weblaw.ch/jusletter/Artikel.asp?ArticleNr=4035>