



BAURECHT *kompakt*

JUNI 2016
NEWSLETTER 01

AKTUELLE THEMEN – KOMMENTIERTE ENTSCHEIDE – PRAXISFÄLLE

Liebe Leserin, lieber Leser

Absolut mängelfreies Bauen ist praktisch kaum möglich. Bauunternehmer und Bauherren werden daher zwingend mit den Rechtsfolgen von **Baumängeln** und den damit zusammenhängenden Ansprüchen und Rechtsbehelfen konfrontiert. Der erste Beitrag in der vorliegenden Ausgabe **BAURECHT kompakt** befasst sich mit diesem Themenkreis.

Das Thema **«Bauhandwerkerpfandrecht»** und die diesbezüglich zu beachtenden Voraussetzungen/Fristen bilden einen weiteren Schwerpunkt dieser Ausgabe. Weitere Beiträge befassen sich mit der Frage der kartellrechtlichen Zulässigkeit von Arbeitsgemeinschaften (**ARGE**) und mit einem neuen Bundesgerichtsentscheid zur Thematik «Dienstbarkeit».



Robert Simmen
Dr. iur. Robert Simmen
Herausgeber



Junes Babay
Junes Babay
Redaktor

IN DIESER AUSGABE:

- Top-Thema: Baumängel – von der Prophylaxe bis zur Durchsetzung von Ansprüchen Seite 1
- Best Practice: Arbeitsgemeinschaften (ARGE) zwischen Verbot und Gebot Seite 5
- Top-Thema: Das Bauhandwerkerpfandrecht – Chancen und Risiken Seite 7
- Gerichtsentscheid: Dienstbarkeit Seite 11

Baumängel – die optimale Vorgehensweise aus der Praxis

Mangel und Bauen – zwei Begriffe, die unweigerlich miteinander verknüpft sind, denn kaum ein Bauwerk wird ohne Mängel abgeliefert. Doch was ist ein Mangel? Welche Ansprüche bestehen und was ist bei ihrer Geltendmachung zu beachten? Alles Fragen, deren Beantwortung nicht zuletzt davon abhängt, ob die Parteien die Anwendbarkeit der SIA-Norm 118 vertraglich vereinbart haben.

■ Von Mathias Birrer, MLaw, Fachanwalt SAV für Bau- und Immobilienrecht

Jeder versucht sie zu vermeiden, vorhanden sind sie am Ende in aller Regel doch: die Baumängel. Ihre Ursachen sind so vielfältig, wie Baustoffe beim Bauen verwendet werden – sehr oft sind sie zudem nicht auf mangelnde Arbeitsmoral oder fehlende Fachkenntnis

zurückzuführen. Vielmehr haben Baumängel ihren Ursprung nicht selten in kleinen Unachtsamkeiten oder neuen Konstruktionsdetails, von denen es beim Bauen unzählige gibt und die bei jedem Bau individuell gelöst sein wollen – denn jeder Bau ist ein Unikat.

Der Begriff des Mangels

Doch wann spricht man überhaupt von einem Mangel? Ein Mangel liegt immer dann vor, wenn der Ist-Zustand des Bauwerks nicht dem vertraglich vereinbarten Soll-Zustand entspricht und es ihm damit an einer Eigenschaft fehlt, die er nach Inhalt des Vertrags haben sollte. Hierbei kann es sich um eine Eigenschaft handeln, die die Parteien ausdrücklich vereinbart haben, aber auch um eine Eigenschaft, die das Bauwerk grundsätzlich haben muss. So zum Beispiel, dass kein Wasser ins Dach oder die Fassade eintreten darf. Folge eines Mangels ist sodann regelmässig eine Beeinträchtigung des Werts oder der Gebrauchsfähigkeit des Bauwerks.

Die Bedeutung der Abnahme

Spätestens auf den Zeitpunkt der Abnahme



hin muss ein Bauwerk mängelfrei sein. Ob diese Voraussetzung erfüllt ist, prüfen der Besteller und der Unternehmer – sofern sie die Anwendbarkeit der SIA-Norm 118 vereinbart haben – im Rahmen einer gemeinsamen Abnahme (Art. 157 SIA-Norm 118). Diese findet auf die Anzeige des Unternehmers hin statt, das Bauwerk vollendet zu haben. Die Abnahme ist für die Mängelrechte des Bestellers von entscheidender Bedeutung. Mit ihr findet in aller Regel nicht nur eine erste Prüfung des vollendeten Bauwerks statt, sondern mit der Abnahme beginnen auch alle für die Mängelansprüche geltenden Fristen zu laufen. Im Zusammenhang mit der Abnahme sind aber insbesondere zwei Dinge zu beachten:

- Eine Abnahme mit gemeinsamer Prüfung findet nur dann statt, wenn die Parteien die Anwendung des Regelwerks der SIA-Norm 118 miteinander vertraglich vereinbart haben. Die mangels einer solchen Vereinbarung zur Anwendung gelangende gesetzliche Lösung sieht eine Abnahme nämlich nicht vor. Vielmehr hat der Unternehmer dem Besteller das Werk diesfalls einzig abzuliefern (Art. 367 OR).
- Selbst wenn die Parteien die Anwendbarkeit der SIA-Norm 118 vereinbart haben, kann eine gemeinsame Prüfung durch den Besteller und den Unternehmer unterbleiben, wenn keine Partei die gemeinsame Prüfung verlangt oder der Besteller die Mitwirkung bei der Prüfung unterlässt. Diesfalls gilt das Werk einen Monat nach der Anzeige des Unternehmers, die gemeinsame Prüfung durchführen zu wollen, als abgenommen. Verweigert der Unternehmer die Mitwirkung bei der Prüfung, kommt es hingegen nicht zur Abnahme (Art. 164 SIA-Norm 118).



Werden bei der gemeinsamen Prüfung keine oder nur unwesentliche Mängel festgestellt, ist das Werk mit Vollendung der Prüfung ab-

genommen (Art. 159/160 SIA-Norm 118). Allfällige bei der Prüfung festgestellte, vom Besteller gerügte Mängel sind vom Unternehmer innert einer angemessenen, vom Besteller angesetzten Nachfrist zu beheben. Solche Mängel sowie die für ihre Behebung angesetzte Frist sind im Protokoll über die Abnahme (Art. 158 Abs. 3 SIA-Norm 118) zu vermerken. Werden Mängel bei der Abnahme bemerkt, vom Besteller aber nicht gerügt, so gilt das Werk hinsichtlich dieses Mangels als genehmigt und der Unternehmer hat hierfür nicht mehr zu haften (Art. 163 SIA-Norm 118).

PRAXISTIPP

Es empfiehlt sich für den Besteller daher dringend, alle festgestellten Mängel ins Protokoll aufzunehmen und für deren Behebung eine Nachfrist anzusetzen. Verweigert werden darf die Abnahme vom Besteller nur dann, wenn das Werk an so erheblichen Mängeln leidet, dass ihm die Abnahme nicht zugemutet werden kann – insbesondere dann, wenn das Werk den Besteller oder die Benutzer des Werks an Leib und Leben gefährdet. Dann wird die Abnahme des Werkes mit der entsprechenden Rüge des Bestellers zurückgestellt, bis der Unternehmer den oder die Mängel nachgebessert hat. Auf Anzeige des Unternehmers hin findet sodann eine neue Prüfung statt (Art. 161 SIA-Norm 181).



Haben die Parteien die Anwendbarkeit der SIA-Norm 118 nicht vereinbart und kommt infolgedessen das Werkvertragsrecht nach Schweizerischem Obligationenrecht (OR, nachfolgend kurz Werkvertragsrecht genannt) zur Anwendung, findet grundsätzlich keine gemeinsame Prüfung statt. Die Parteien können eine solche aber natürlich trotzdem durchführen. Sehen sie hiervon ab, hat der Unternehmer das Werk dem Besteller einzig abzuliefern. Der Besteller seinerseits muss es sodann, «sobald es nach dem üblichen Geschäftsgang tunlich ist», prüfen und den Unternehmer über hierbei entdeckte Mängel in Kenntnis setzen (Art. 367 OR). Will der Besteller den Verlust seiner Mängelansprüche vermeiden, so tut er gut daran, beides sofort zu tun. Die ihm für die Prüfung zur Verfügung stehende Zeit hängt von den konkreten Umständen ab (für die Prüfung eines Mehrfamilienhauses braucht er selbstverständlich mehr Zeit als für die Prüfung einer einfachen Gartenmauer). Hierbei entdeckte Mängel sollte er dann aber innert Wochenfrist rügen.

Die Mängelrüge

Die Unterscheidung, ob die Parteien die Anwendbarkeit der SIA-Norm 118 miteinander vereinbart haben oder ob mangels einer solchen Vereinbarung das Werkvertragsrecht des Schweizerischen Obligationenrechts zur Anwendung gelangt, ist nicht nur für die Abnahme von Bedeutung. Vielmehr hat diese Unterscheidung auch Auswirkungen auf die Mängelansprüche sowie die hierfür geltenden Rügefristen. Wie soeben erwähnt, sind bei der Ablieferung (OR) bzw. der Abnahme (SIA) entdeckte Mängel sofort zu rügen. Bei Anwendbarkeit des Werkvertragsrechts nach OR gilt das generell auch für später entdeckte Mängel. Ist demgegenüber die SIA-Norm 118 vereinbart, steht dem Besteller nach der Abnahme eine Rügefrist von 2 Jahren ab Abnahme zu. Während dieser Frist kann der Besteller alle nach der Abnahme entdeckten Mängel jederzeit rügen. Einzig Mängel, die zur Vermeidung weiteren Schadens sofort gerügt werden müssen, muss er dem Unternehmer unverzüglich melden (Art. 172 f. SIA-Norm 118). Die Vereinbarung, die SIA-Norm 118 anzuwenden, bringt für den Besteller in den ersten zwei Jahren also wesentliche Vorteile mit sich, ist der sich aus nicht sofortiger Anzeige von Mängeln ergebende Anspruchsverlust mit der 2-jährigen Rügefrist doch weitgehend ausgeschlossen. Zu beachten ist aber, dass nach Ablauf der 2-jährigen Rügefrist auftretende – sogenannte versteckte – Mängel auch unter der SIA-Norm 118 sofort, das heisst in der Regel innert Wochenfrist ab Entdeckung, zu rügen sind. Die Rüge ist dabei

URTEIL

A schloss mit B einen Werkvertrag, in welchem er sich zur Verlegung von Bodenbelägen in zwei Gebäuden verpflichtete. Die Anwendbarkeit der SIA-Norm 118 haben die Parteien nicht vereinbart. Wenige Monate nach Abschluss der Arbeiten stellte B im Bodenbelag stellenweise visuell gut sichtbare Schäden fest, weshalb A in einigen Zimmern Nachbesserungsarbeiten vornahm. Dies genügte B jedoch nicht und er verlangte eine vollumfängliche Nachbesserung oder einen pauschalen Betrag von CHF 400 000.–.

A stellte sich auf den Standpunkt, B habe über längere Zeit (Juli bis März) nicht reagiert, weshalb die Angelegenheit als erledigt betrachtet werden durfte. Das Bundesgericht hielt fest, dass in casu die Anforderungen an die rechtzeitige Mängelrüge erfüllt seien, da B diese innerhalb der Garantiefrist und genügend substantiiert erhoben habe (Urteil 4A_511/2014 vom 04.03.2015).





sowohl nach OR als auch nach SIA präzise und klar abzufassen. Der Unternehmer ist vom Besteller klar darauf hinzuweisen, was falsch sein soll. Ebenso muss der Besteller eindeutig zum Ausdruck bringen, dass er den Mangel nicht akzeptieren will. Fachlich korrekt begründet muss die Rüge aber nicht sein. Zu Beweis Zwecken lohnt es sich zudem, die Mängelrüge eingeschrieben zuzustellen oder sich den Zugang der Rüge vom Unternehmer bestätigen zu lassen.

Die Mängelrechte

Nur wenn ein Mangel rechtzeitig und formgerecht vom Besteller gerügt worden ist, stehen ihm die Mängelrechte zu, nämlich die Nachbesserung, die Minderung oder der Rücktritt vom Vertrag (Wandelung) zu (Art. 368 OR und Art. 169 SIA-Norm 118). Hierin unterscheiden sich das Werkvertragsrecht nach OR und die SIA-Norm 118 nicht. Zu beachten ist aber, dass bei vereinbarter SIA-Norm 118 dem Unternehmer der Nachbesserungsanspruch zusteht und ihm der Besteller die Möglichkeit hierzu gewähren muss. Nicht so hingegen beim Werkvertragsrecht nach OR. Hier kann der Besteller in jedem Fall frei wählen, wel-

chen Anspruch er geltend machen will. Zu beachten ist allerdings in jedem Fall, dass die Ausübung eines Mängelanspruchs ein Gestaltungsrecht darstellt und damit unwiderruflich ist. Hat der Besteller also beispielsweise einmal den Minderungsanspruch ausgesprochen, ist er hieran gebunden und kann nicht nachträglich die Nachbesserung verlangen.

Nachbesserung

Mit der *Nachbesserung* verlangt der Besteller die nachträgliche Beseitigung des Mangels. Eine Nachbesserung kann der Besteller nur dann nicht verlangen, wenn die nachträgliche Mangelbeseitigung nicht möglich ist oder eine Nachbesserung sich vernünftigerweise nicht rechtfertigt, weil der sich für den Besteller hieraus ergebende Vorteil in einem Missverhältnis zu den dem Unternehmer entstehenden Kosten steht. Hierbei werden die Nachbesserungskosten aber in keinem Fall durch die Werkkosten begrenzt, das heisst, die Nachbesserungskosten können die Werkkosten ohne Weiteres übersteigen, wenn der sich aus dem mängelfreien Werk für den Besteller ergebende Vorteil das rechtfertigt. Nicht vom Unternehmer zu tragen sind die Ohnehinkos-

ten, das heisst die Kosten, die dem Besteller auch angefallen wären, wenn der Unternehmer das Werk von allem Anfang an richtig erstellt hätte. Sie gehen immer zulasten des Bestellers.

Minderung

Erklärt der Besteller, *Minderung* des Werkpreises zu verlangen, so nimmt er das Bauwerk mit dieser Erklärung ab. Der Unternehmer seinerseits hat ihm den sich aus dem gerügten Mangel ergebenden Minderwert zu ersetzen. Dieser bestimmt sich nach der relativen Methode, das heisst vereinfacht, es werden die Werte des mängelfreien und des mängelbehafteten Werkes ermittelt. Die Differenz entspricht der Minderung. Daraus ergibt sich auch, dass der vereinbarte Werklohn der maximalen Minderung entspricht.

Rücktritt

Schliesslich steht dem Besteller ein *Rücktrittsrecht* vom Vertrag dann zu, wenn ihm die Annahme des erstellten Werks nicht zugemutet werden kann und dem Unternehmer aus dem Rücktritt nicht unverhältnismässige Nachteile entstehen. Erklärt der Besteller den Rücktritt, so wird er von der Vergütungspflicht befreit und kann bereits geleistete Vergütungen zurückerfordern. Das Werk steht demgegenüber dem Unternehmer zu. Er muss es aber vom Grundstück des Bestellers entfernen. Tut er das trotz einer vom Besteller angesetzten Nachfrist nicht, so kann es der Besteller auf Kosten des Unternehmers entfernen (lassen).

Schadenersatz

Nebst dem Nachbesserungs-, Minderungs- oder Rücktrittsrecht hat der Besteller immer

URTEIL

A und B schlossen einen Werkvertrag für den Bau einer Wurzelraumkläranlage. Bei der Abnahme wurden keine Mängel festgestellt. In den Folgejahren wurden diverse Wasserproben vorgenommen, wobei festgestellt wurde, dass die Wasserqualität nicht reichte. Aus diesem Grund erhob A rechtzeitig Mängelrüge und forderte die Wandelung.

Das Bundesgericht erwog, dass die Wandelung die definitive Unbrauchbarkeit des Werks voraussetze. In casu kam ein Gutachten zum Schluss, die Anlage weise zwar Mängel auf, sei jedoch nicht unbrauchbar. Damit die Abflussgrenzwerte eingehalten werden könnten, seien lediglich Optimierungen notwendig. Aus diesem Grund sei eine Wandelung nicht zulässig (Urteil 4A_177/2014 vom 08.09.2014). vom 08.09.2014).





auch Anspruch auf Ersatz des sich aus dem Mangel ergebenden Schadens (Mangelfolgeschaden). Vorausgesetzt hierfür sind aber das Verschulden des Unternehmers sowie die Kausalität des Schadens zum Mangel.

Beweislastverteilung

Auch für die Beweislastverteilung ist die Vereinbarung der SIA-Norm 118 entscheidend. Die Beweislast besagt, wer was zu beweisen hat, was für den Ausgang einer gerichtlichen Auseinandersetzung von entscheidender Bedeutung sein kann. Wird die SIA-Norm 118 nicht als anwendbar vereinbart, so hat der Besteller nicht nur die Rechtzeitigkeit der Mängelrüge, sondern auch das Vorliegen eines Mangels zu beweisen. Bei vereinbarter SIA-Norm 118 ist er für alle während den ersten zwei Jahren (Rügefrist) gerügten Mängel vom Beweis des Mangels befreit, das heisst, der Unternehmer muss den Nachweis erbringen, dass das von ihm abgelieferte Werk mängelfrei ist (Art. 174 Abs. 3 SIA-Norm 118). Der Besteller hat diesfalls nur die Umstände, die ihn auf einen Mangel schliessen lassen, nachzuweisen. Für Mängel, die erst nach Ablauf der 2-jährigen Rügefrist auftreten (verdeckte Mängel), obliegt aber auch bei Anwendbarkeit der SIA-Norm 118 die Beweislast dem Besteller.

Verjährung

Unabhängig davon, ob sich die Parteien auf das Werkvertragsrecht nach OR oder die SIA-Norm 118 geeinigt haben, verjähren rechtzeitig geltend gemachte Mängelansprüche für unbewegliche Bauwerke mit Ablauf von 5 Jahren nach der Abnahme (Art. 180 SIA-Norm 118) bzw. Übergabe (Art. 371 OR) – es sei denn, die Parteien hätten eine längere Verjährungsfrist vertraglich vereinbart. Mängel an beweglichen Bauwerken verjähren nach OR demgegenüber nach 2 Jahren. Tritt die Verjährung ein, so kann der Besteller seine Ansprüche auf entsprechende Einrede des Unternehmers hin rechtlich nicht mehr durchsetzen. Der Besteller kann die Verjährungsfrist aber unterbrechen. Das mit der Folge, dass die Frist neu zu laufen beginnt. Hierzu reicht – wie oft gemeint – ein eingeschriebener Brief nicht aus. Vielmehr setzt die Verjährungsunterbrechung die gerichtliche Geltendmachung des Anspruchs oder eine Schuldanererkennung des Unternehmers voraus. Eine gene-

rell ebenfalls die Verjährung unterbrechende Betreuung des Unternehmers dürfte im Falle von Mängelansprüchen zur Verjährungsunterbrechung in der Regel nicht ausreichen. Herausgeschoben werden kann der Eintritt der Verjährung zudem unkompliziert mit einer zwischen den Parteien geschlossenen Vereinbarung, mit der der Unternehmer erklärt, bis zu einem bestimmten Zeitpunkt auf die Einrede der Verjährung zu verzichten (Verjährungseinredeverzichtserklärung). Umstritten ist, ob ein solcher Verzicht über den Zeitpunkt von 10 Jahren nach Abnahme/Übergabe hinaus erklärt werden darf.

Wird ein Mangel vom Unternehmer arglistig (Art. 371 Abs. 3 i.V.m. 210 OR) bzw. absichtlich (Art. 180 Abs. 2 SIA-Norm 118) verschwiegen, so beträgt die Verjährungsfrist 10 Jahre. Die Begriffe *Arglist* und *Absicht* werden in der Praxis gleichgesetzt. Arglist bzw. Absicht kann nur unter folgenden (kumulativen) Voraussetzungen angenommen werden:

- wenn der Mangel dem Besteller bei der Abnahme nicht bewusst war,
- wenn der Unternehmer den Mangel kennt und den Besteller nicht aufklärt und
- wenn der Unternehmer damit eine Treupflicht gegenüber dem Besteller verletzt.

Die Arglistigkeit/Absichtlichkeit muss vom Besteller bewiesen werden.

Fristenlauf für nachgebesserte Bauteile

Für vom Unternehmer nachgebesserte Werkteile beginnen die Rüge- und Verjährungsfristen neu zu laufen. Zusammenfassend erklärt sich das damit, dass mit der Nachbesserung die Anerkennung des Unternehmers einhergeht, dass das nachgebesserte Bauwerk unter einem Mangel litt. In der SIA-Norm 118 sieht Art. 176 den Neubeginn des Fristenlaufs ausdrücklich vor. Ist die Anwendung der SIA-Norm 118 nicht vereinbart, gilt dasselbe praxisgemäss.

Fazit

Mit Blick auf die Mängelansprüche empfiehlt es sich für den Besteller, auf jeden Fall die Anwendung der SIA-Norm 118 mit dem Unternehmer vertraglich zu vereinbaren, denn:

- die Abnahme des Werks bringt nach SIA-Norm 118 den Anspruch auf eine gemein-

same Prüfung des Werks mit dem Unternehmer mit sich;

- bei der Abnahme nicht entdeckte Mängel können vom Besteller bei vereinbarter SIA-Norm 118 während den ersten 2 Jahren jederzeit gerügt werden, was den Verlust der Mängelansprüche infolge verspäteter Rüge erheblich mindert, und
- für alle während den ersten 2 Jahren aufgetretenen Mängel findet unter Anwendung der SIA-Norm 118 eine Beweislastumkehr statt, das heisst, nicht der Besteller muss den Mangel beweisen, sondern der Unternehmer die Mängelfreiheit des Werks.

Der Unternehmer profitiert bei der vertraglichen Vereinbarung der SIA-Norm 118 insbesondere davon, dass ihm der Nachbesserungsanspruch unentziehbar zusteht, was für ihn in aller Regel die preisgünstigste Art der Mängelbeseitigung darstellt.



AUTOR

Lic. iur. Mathias Birrer, MLaw, ist Fachanwalt SAV für Bau- und Immobilienrecht. Er ist Partner der national und international tätigen Kaufmann Rüedi Rechtsanwälte AG mit Büros in Luzern und Zug.

SEMINARTIPP

Bauwerkvertrag nach SIA und OR
Senken Sie Aufwand und Kosten dank besserer Verträge



In diesem Seminar zeigen Ihnen unsere Experten klipp und klar auf, was Sie beim Abschluss von Verträgen tun sollten, um Risiken sinnvoll aufzuteilen, wie Sie Probleme bei der Abwicklung vermeiden und wie Sie am besten vorgehen, wenn Ansprüche gegen Sie erhoben werden.

Ihr Praxis-Nutzen

- Sie schliessen erfolgreich bessere und verlässlichere Werkverträge ab.
- Sie vermeiden Haftungsfälle dank Optimierung des Vertragsinhalts.
- Sie minimieren das Risiko unnötiger Mehrkosten durch richtigen Einsatz von eigenen AGB, der SIA-Norm 118 und anderen Normen.

Referenten: Dipl. Architekt ETH/SIA, lic. iur. Hans Stoller, Baumanagement und Baurecht
Dr. iur. Matthias Streiff, Rechtsanwalt

Termin: 1-Tages-Seminar
Mittwoch, 5. Oktober 2016

Ort: Zentrum für Weiterbildung der Universität Zürich

Anmeldung und weitere Informationen:
www.praxisseminare.ch