



Walter A. Speidel

Kreuzstrasse 76

Postfach 1208

8032 Zürich

Tel. 044-251 08 41

Natel 079 400 25 93

E-Mail: speidel@bluewin.ch

Experte für Bau + Immobilie / Mediator SGO / SKWM

Umgang mit Mängel... Nachbesserung durchsetzen...?

Rechte und Pflichten des Bauherrn bei Mängeln

Wo gearbeitet wird, gibt es auch Fehler. Das gilt für Bauarbeiten ganz besonders. Allerdings ist nicht jede Unschönheit auch bereits ein Mangel im rechtlichen Sinne. Massgebend sind die vertraglich vereinbarten Leistungen und Qualitäten. Weicht das Werk von einer vereinbarten, vorausgesetzten oder zugesicherten Eigenschaft ab, handelt es sich um einen Mangel. Der Bauherr hat je nachdem, ob die Parteien als Vertragsgrundlage die SIA-Norm 118 vereinbart haben oder die allgemeinen Regeln des OR gelten, folgende unterschiedlichen Rechte und Pflichten:

Ohne Norm SIA 118 muss der Bauherr das Werk nach Vollendung umgehend prüfen und Mängel sofort rügen. Wartet er zu, hat er seine diesbezüglichen Rechte verwirkt. Bei rechtzeitig gerügten Mängeln hat er die Wahl, entweder deren kostenlose Verbesserung durch den Unternehmer zu verlangen oder eine Minderung des Werklohns und bei Verschulden Schadenersatz geltend zu machen. Bei nicht fest mit dem Grundstück verbundenen Werken hat er ausserdem die Möglichkeit, die Annahme zu verweigern und die Rückabwicklung des Vertrages zu verlangen. Die Verjährungsfrist für die Mängelrechte beträgt nach Gesetz bei beweglichen Werken 1 Jahr, bei unbeweglichen 5 Jahre und für arglistig verschwiegene Mängel 10 Jahre.

Mit der Norm SIA 118 als Vertragsbestandteil muss der Unternehmer die Vollendung des Werks anzeigen, und die Prüfung und Abnahme findet gemeinsam mit dem Bauherrn statt. Erkennbare Mängel sind im Abnahmeprotokoll zu rügen, andernfalls gelten sie als genehmigt. Während der zweijährigen Garantiefrist (Rügefrist) kann der Bauherr nachträglich festgestellte Mängel jederzeit rügen und zum Vorteil des Bauherrn

obliegt es dann dem Unternehmer zu beweisen, dass das Werk vertragskonform ist. Die Unterscheidung zwischen beweglich und unbeweglich entfällt, so dass für beide eine einheitliche Verjährungsfrist von 5 Jahren gilt. Unverändert gilt die zehnjährige Frist für arglistig verschwiegene Mängel.

Die Verjährungsfristen beginnen mit der Abnahme zu laufen. Erfahrungsgemäss wird meist lange über Ursachen und Verantwortlichkeiten diskutiert, so dass der Bauherr Gefahr läuft, dass seine Mängelrechte inzwischen verjähren. Es ist deshalb dringend zu empfehlen, sich von den möglichen Verursachern entweder einen Verjährungsverzicht ausstellen zu lassen oder rechtzeitig durch Klage beim Friedensrichter (eine Betreibung reicht zur Unterbrechung der Verjährung des Nachbesserungsrechtes nicht!) die Verjährung zu unterbrechen. Der Bauherr hat nach neuester Bundesgerichtspraxis die Möglichkeit, dem zur Nachbesserung unwilligen Unternehmer Ersatzvornahme durch einen Drittunternehmer anzudrohen und – falls er trotzdem weiter untätig bleibt – gegen ihn zwecks Bevorschussung der zu erwartenden Kosten Klage einzureichen. Dazu wird ein Privatgutachten / Expertenbericht benötigt. Je nach Fall bestimmt das Gericht einen weiteren Experten.

Grundsätzliches

Entstehen mögliche Mängel in der Bauphase, so muss und sollte bereits dann der Bauherr (oder „Besteller“) eine eingeschriebene Abmahnung verfassen und den Verantwortlichen zustellen.

Ganz wichtig ist dann, die Bauabnahme bei Schlüsselübergabe. Es wird ein Protokoll erstellt welches alle gerügten Mängel beinhalten muss. Ist man sich gegenseitig nicht einig was ein Mangel ist, so kann der Vermerk entsprechend im Protokoll festgehalten werden („wird unter Vorbehalt abgenommen weil...“). Wird stillschweigend keine Abnahme vorgenommen, so gilt das Werk als abgenommen. Das ist zum Nachteil des Bauherrn oder Bestellers und muss dringend beachtet werden.

Bezahlung des Werkes

Die Bezahlung einer Vergütung stellt die Hauptpflicht des Bestellers dar (Werklohn, Art. 372-274 OR). Dieser Anspruch des Unternehmers entsteht mit Abschluss des Werkvertrages und wird bei Ablieferung des Werks fällig (Art. 372 Abs. 1 OR). *Die Fälligkeit der Vergütung tritt auch bei allfälliger Mangelhaftigkeit des Werks ein.*

Nachbesserung

Die Nachbesserung, resp. Mangelbehebung hat einwandfrei zu erfolgen, einen Pfusch muss man nicht dulden. Der Bundesgerichtsentscheid **BGE 116 II 305 1990 c)** hält fest: „...der Besteller hat sich weder mit einem Flickwerk noch mit einer blossen Behelfslösung zu begnügen (GAUCH 3. Aufl., Werkvertrag, S. 330 Rz. 1218 und S. 336 Rz. 1245/6)...“

Ersatzvornahme

Kommt ein Unternehmer der Nachbesserung nicht nach, so muss die Nachbesserung durchgesetzt werden. Selber muss man eine Offerte von einem anderen Handwerker haben, was die Mangelbehebung kostet. Dann muss man den Unternehmer nochmals Abmahnungen, mit Fristsetzung und Androhung der Ersatzvornahme. Lässt er die Frist verstreichen muss nochmals eine Nachfrist gewährt und gesetzt werden. Erst dann kann beim Friedensrichter- oder Vermittleramt die Klage eingereicht werden, dies mit dem Ziel der Durchsetzung der Ersatzvornahme im Umfang von Franken gemäss der Offerte. Ist der Mangel strittig, dann bedarf es einer Expertise welche besagt, es ist ein Mangel. Der Unternehmer wird dann vor der nächst höheren Instanz verurteilt, dass er die Kosten vorschliessen muss.

Sie sehen, die Durchsetzung vom Mängelrecht ist sehr komplex und braucht viel Energie und in gröberen Fällen sogar den Einsatz vom Anwalt. Weil der Weg dahin so ist, rechnen viele Unternehmer damit, dass der Hauskäufer oder Bauherr gar nicht den Willen hat, das in aller Konsequenz durch zu ziehen...!

Hierzu der nachfolgende Bundesgerichtsentscheid 128 III 416 vom 05.09.2002:

BGE 128 III 416

128 III 416

75. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung i.S. X. AG gegen Y. AG
und Z. AG (Berufung)

4C.258/2001 vom 5. September 2002

Regeste

Bevorschussung der Kosten für eine Ersatzvornahme (Art. 98 OR).

Der Besteller, der berechtigt ist, einen Werkmangel auf Kosten des Unternehmers durch einen Dritten beheben zu lassen, hat Anspruch auf Bevorschussung der Kosten für die Ersatzvornahme (E. 4.2.2).

Sachverhalt

Am 20./23. Januar 1986 schlossen die Y. AG und die Z. AG (die Klägerinnen) mit der X. AG (die Beklagte) einen Werkvertrag ab. Darin verpflichtete sich die Beklagte, das Dach einer Industriehalle zu beschichten. Der Werklohn wurde auf Fr. 108'000.- festgesetzt. Die Beklagte gab eine zehnjährige Haltbarkeitsgarantie ab. Die Arbeiten wurden im Herbst 1986 abgeschlossen.

Am 20. Juni 1996 rügten die Klägerinnen Mängel an der Dachbeschichtung und forderten die Beklagte mit Schreiben vom 15. Dezember 1997 auf, den untauglichen Belag zu entfernen und das Dach fachgerecht neu zu beschichten. Dies wurde von der Beklagten mit Schreiben vom 15. Januar 1998 abgelehnt. Mit Entscheidung vom 18. Mai 2001 bejahte das Handelsgericht des Kantons St. Gallen den Anspruch der Klägerinnen, das Dach durch einen Dritten neu beschichten zu lassen und verpflichtete die Beklagte, für die Sanierungsarbeiten einen Kostenvorschuss von Fr. 180'000.- zu leisten.

Das Bundesgericht schützt den Anspruch der Klägerinnen auf Neubeschichtung des Daches und bestätigt den Entscheid des Handelsgerichtes auch insofern, als die Beklagte verpflichtet wurde, die Kosten der Ersatzvornahme im Umfang von Fr. 180'000.- zu bevorschussen.

Auszug aus den Erwägungen:

Aus den Erwägungen:

Erwägung 4

4. (...)

4.2.2 (...) Umstritten ist die Frage, ob die Vorinstanz zu Recht dem Antrag der Klägerinnen entsprochen hatte, die Beklagte zu verpflichten, den von ihr zu tragenden Anteil der Kosten der Ersatzvornahme in der Höhe von Fr. 180'000.- zu bevorschussen.

Das Bundesgericht hatte sich noch nie zur Frage zu äussern, ob der Besteller Anspruch darauf hat, dass die Kosten für die Nachbesserung durch einen Dritten vom Unternehmer zu bevorschussen sind (in BGE 126 III 230 wurde die Frage angeschnitten, dann aber offen gelassen [E. 7a/bb S. 236]). In der Literatur wird teilweise die Meinung vertreten, dass der Richter den Schuldner - beispielsweise den Unternehmer - verpflichten kann, die dem Gläubiger - beispielsweise dem Besteller - anfallenden Kosten der Ersatzvornahme vorzuschüssen. Zur Begründung wird ausgeführt, nach Treu und Glauben sei eher dem Unternehmer, der nicht erfüllt habe, als dem Besteller zuzumuten, die Kosten der Leistungserbringung vorzufinanzieren (im Allgemeinen: ROLF H. WEBER, Berner Kommentar, Bern 2000, N. 80 zu Art. 98 OR; VON TUHR/ESCHER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 3. Aufl., Zürich 1974, S. 91; im Speziellen zum Werkvertrag: PETER GAUCH, Der Werkvertrag, 4. Aufl., Zürich 1996, S. 487, Rz. 1816 f.; PIERRE TERCIER, Les contrats spéciaux, 2. Aufl., Zürich 1995, S. 441, Rz. 3584; ALFRED KOLLER, Das Nachbesserungsrecht im Werkvertrag, 2. Aufl., Zürich 1995, S. 165 f.; ders., Berner Kommentar, N. 571 zu Art. 366 OR; ders., Mängelbeseitigung durch Ersatzvornahme, in: Haftung für Werkmängel, St. Gallen 1998, S. 19 f.; JÜRIG NIKLAUS, Das Recht auf Ersatzvornahme gemäss Art. 366 Abs. 2 OR, Diss. St. Gallen 1999, S. 37). Andere Autoren lehnen dagegen eine Vorschusspflicht bei Ersatzvornahme ohne nähere Begründung ab (im Allgemeinen: EUGEN BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Zürich 1998, S. 332; WOLFGANG WIEGAND, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 2. Aufl., Basel 1996, N. 7 zu Art. 98 OR; im Speziellen zum Werkvertrag: THEODOR BÜHLER, Zürcher Kommentar, N. 73 zu Art. 366 OR; im Speziellen zur zivilprozessualen Ersatzvornahme: MAX GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1979, S. 627 Fn. 30; VOGEL/SPÜHLER, Grundriss zum Zivilprozessrecht, 7. Aufl., Zürich 2001, Kap. 15, Rz. 35).

Verschiedene Gründe sprechen dafür, von einer Pflicht des Unternehmers auszugehen, die Kosten für die Ersatzvornahme vorzuschüssen. Erstens ist dem Unternehmer als der vertragsuntreuen Partei nach dem Grundsatz von Treu und Glauben zuzumuten, die Kosten für die Nachbesserung vorzufinanzieren, wie in der Literatur zutreffend festgehalten wird. Zweitens kann durch die Vorschusspflicht des Unternehmers, der seine Nachbesserungspflicht nicht selbst erfüllen will oder kann, erreicht werden, dass dieser nicht besser gestellt wird als der Unternehmer, der seine Nachbesserungspflicht sogleich selbst erfüllt (in diesem Sinn KOLLER, Werkmängel, aaO, S. 19). Und drittens hat der Besteller ein evidentes Interesse an der finanziellen Absicherung der Ersatzvornahme, während dem Unternehmer nur eine Pflicht überbunden wird, die er später ohnehin erfüllen müsste. Um den Interessen des Unternehmers angemessen Rechnung zu tragen, ist die Vorschusspflicht aber an bestimmte Modalitäten zu binden. Erstens ist festzuhalten, dass der Besteller in der Verwendung des Kostenvorschusses nicht frei ist. Vielmehr ist der Vorschuss ausschliesslich für die Finanzierung der Ersatzvornahme bestimmt (WEBER, aaO, N. 80 zu Art. 98 OR; GAUCH, aaO, S. 487; KOLLER, Nachbesserungsrecht, aaO, S. 166). Zweitens ist der Besteller verpflichtet, nach Abschluss der "Ersatznachbesserung" über die Kosten abzurechnen und dem Unternehmer einen allfälligen Überschuss zurückzuerstatten (WEBER, aaO, N. 80 zu Art. 80 OR; GAUCH, aaO, S. 487; KOLLER, Nachbesserungsrecht, aaO, S. 166). Eine allfällige Nachforderung ist ausgeschloss-

en, wenn wie im vorliegenden Fall über den Umfang der Nachbesserungsarbeiten im Detail bereits entschieden wurde und insofern eine "res iudicata" vorliegt. Drittens hat der Besteller den gesamten Betrag zurückzuerstatten, wenn er die Nachbesserung nicht innert angemessener Frist vornehmen lässt (KOLLER, Nachbesserungsrecht, aaO, S. 166).

Aus diesen Gründen kann der Vorinstanz beigespflichtet werden, dass ein Anspruch auf Bevorschussung der Kosten für die Ersatzvornahme besteht. Auch bezüglich der Modalitäten der Bevorschussung ist das angefochtene Urteil nicht zu beanstanden. Das Handelsgericht hat festgehalten, dass die Beklagte einen Kostenvorschuss von Fr. 180'000.- für die Sanierungsarbeiten an der Werkhalle zu bezahlen habe und dass die Klägerinnen den Vorschuss zurückzuerstatten hätten, wenn und soweit die Arbeiten nicht innerhalb von drei Jahren ab Leistung des Kostenvorschusses ausgeführt und abgerechnet worden seien. Damit hat die Vorinstanz klar zum Ausdruck gebracht, dass die Klägerinnen den Vorschuss nur für die genannten Sanierungsarbeiten verwenden dürfen, dass sie über die Kosten abrechnen müssen und dass die Nachbesserung innert angemessener Frist vorgenommen werden muss.

Haben Sie Fragen ? Dann kommen Sie auf mich zu !

Mein Ratschlag:

Solche Konflikte und Streitigkeiten möglichst ohne Gericht und teure Anwälte lösen und regeln... Als ausgebildeter und akkreditierter Wirtschaftsmediator, unterstütze ich die Parteien bei den Lösungen und Regelungen zur Beilegung gerade dieser unschönen Konflikte. Mediation ist dafür das Richtige...

Ab 01.01.2011 in der neuen **ZPO** (Schweiz. Zivilprozessordnung) verankert Art. 213 – 218 ZPO, 2. Titel: **Mediation**

www.bauexperte.ch ● www.immobil-schaetzer.ch ● www.kreuzplatz-mediation.ch

Mitglied: Schweiz. Immobilienschätzer - Verband **SIV** ● **HEV** Zürich ● **SKWM** Schweizerische Kammer für Wirtschaftsmediation
Mediator/Vermittler bei: Vermittlung und Schiedsgericht BAU + IMMOBILIEN von HEV-Schweiz, SIA, SBV, CGI