

BAURECHT *kompakt*

FEBRUAR 2017
NEWSLETTER 02

AKTUELLE THEMEN – KOMMENTIERTE ENTSCHEIDE – PRAXISFÄLLE



Liebe Leserin, lieber Leser

Ist eine Werkleistung fehlerhaft oder nicht wie vereinbart erbracht worden, stehen dem Besteller verschiedene Mängelrechte zu. Eines davon ist das Nachbesserungsrecht. Doch Vorsicht: Je nach Vereinbarung müssen Sie sich an eine andere Vorgehensweise halten – sonst kann es sehr teuer werden. Lesen Sie alles über die Vor- und Nachteile der verschiedenen Vereinbarungsmöglichkeiten. So treffen Sie bestimmt die richtigen Massnahmen, sei es bei der Vereinbarung oder danach.

Auch bei unserem zweiten Top-Thema dieser Ausgabe zeigen wir Ihnen Vor- und Nachteile auf. Wir nehmen die verschiedenen Formen von Gutachten unter die Lupe.

Abschliessend befassen wir uns mit dem Thema Nachträge und geben Ihnen wichtige Hinweise aus der Praxis mit.

Wir wünschen Ihnen eine spannende Lektüre.

Junes Babay, Redaktor

IN DIESER AUSGABE:

- Top-Thema: Das Nachbesserungsrecht des Unternehmers Seite 1
- Best Practice: Gutachten bei Baustreitigkeiten: Diese Arten gilt es zu unterscheiden Seite 5
- Best Practice: Nachträge – Hinweise aus der Praxis Seite 9

Das Nachbesserungsrecht des Unternehmers

Treten nach der Ausführung von Werkleistungen Mängel am Werk auf, so stehen dem Besteller gewisse Mängelrechte zu. Diese richten sich entweder nach den gesetzlichen Bestimmungen oder aber nach einer besonderen Vereinbarung, oft nach der SIA-Norm 118. Eines dieser Rechte ist das Recht auf unentgeltliche Nachbesserung. Doch ist zu beachten, dass der Unternehmer nicht in jedem Fall eine Nachbesserung ausführen darf, sondern der Besteller grundsätzlich die freie Wahl zwischen den Mängelrechten hat. Schliesslich ist der Unternehmer auch nicht immer gewillt, das Werk nachzubessern.

■ Von Roman Wyrsh, MLaw, Rechtsanwalt, Mediator SAV

Stellt sich nach Fertigstellung eines Werkes heraus, dass das Werk Mängel aufweist, so

stehen dem Besteller regelmässig Mängelrechte zur Verfügung. Der Unternehmer muss

also dafür einstehen, dass sein Werk mängelfrei ist, und andernfalls die Konsequenzen tragen. Viele Unternehmer gehen davon aus, dass sie beim Auftreten von Mängeln ohne Weiteres eine Nachbesserung vornehmen können. Dies ist aber nicht immer der Fall. Von Bedeutung ist vor allem, welche Mängelrechte vereinbart worden sind.

Die Mängelrechte gemäss Obligationenrecht

Grundsätzlich kommen bei Werkleistungen eines Unternehmers die Regeln des Obligationenrechts zum Werkvertrag (Art. 363 bis 379 OR) zur Anwendung, sofern die Parteien nichts Abweichendes vereinbart haben. Die Mängelrechte, die dem Besteller bei Auftauchen eines Mangels zur Verfügung stehen, sind in Art. 368 OR geregelt. Damit sieht das



Obligationenrecht für den Werkvertrag ganz genau bestimmte Rechte vor, zwischen welchen der Besteller bei Vorliegen von Mängeln wählen kann. Der Besteller muss sich also nicht mit einem Schadenersatzanspruch begnügen, sondern kann sich auf die im Gesetz umschriebenen Mängelrechte berufen.

dem kann dies für den Besteller mehr oder weniger attraktiv sein.

- **Nachbesserung:** Der Besteller kann vom Unternehmer verlangen, dass er den Mangel auf eigene Kosten verbessert.

«Bei jedem Mangel hat der Bauherr (abgesehen vom Schadenersatzrecht nach Art. 171) zunächst einzig das Recht, vom Unternehmer die Beseitigung des Mangels innerhalb angemessener Frist zu verlangen (Recht auf Verbesserung, Art. 160, Art. 161 Abs. 2, Art. 162, Art. 174 Abs. 2, Art. 179 Abs. 2).»

HINWEIS



Voraussetzung dafür, dass dem Besteller die Mängelrechte überhaupt zur Verfügung stehen, ist die rechtzeitige Prüfung des Werkes und die fristgerechte Rüge des Mangels. Die Voraussetzungen hierfür sind unterschiedlich, je nachdem, ob die Parteien die Gültigkeit des Obligationenrechts, der SIA-Norm 118 oder eine eigene Regelung vereinbart haben. Auf die Prüfung und die Mängelrüge wird hier nicht näher eingegangen, wobei für die nachfolgenden Ausführungen davon ausgegangen wird, dass diese Voraussetzungen eingehalten worden sind.

Weist ein Werk einen Mangel auf, so bestimmt sich gemäss Art. 368 OR, welche Mängelrechte dem Besteller zur Verfügung stehen. Das Gesetz sieht einen Anspruch auf folgende Mängelrechte vor:

- **Wandelung:** Der Besteller hat bei Vorliegen eines Mangels, der so erheblich ist, dass das Werk für ihn unbrauchbar ist bzw. ihm die Abnahme nicht zugemutet werden kann, die Möglichkeit, den Werkvertrag «rückgängig zu machen». Es handelt sich somit um ein Recht auf Vertragsaufhebung, bei dessen Ausübung Rückleistungspflichten der Parteien entstehen. Dem Wortlaut nach hat er zum einen nur bei *erheblichen* Mängeln Anspruch auf Wandelung, zum anderen besteht dieses Recht nicht bei Werken, die auf dem Grund und Boden des Bestellers errichtet sind und ihrer Natur nach nur mit unverhältnismässigen Nachteilen entfernt werden können.
- **Minderung:** Der Besteller kann verlangen, dass er einen Abzug vom Werklohn vornehmen kann, welcher dem Minderwert des Werks entspricht. Es ist aber nicht so, dass er einfach den effektiven Minderwert in Abzug bringen darf, sondern der Werklohn wird anteilmässig herabgesetzt, sodass der reduzierte Werklohn im selben Verhältnis zum Wert des mangelhaften Werks steht, wie der volle Werklohn gegenüber einem mängelfreien Werk stünde. Je nach-

Nach den Bestimmungen des Obligationenrechts verhält es sich also so, dass der Besteller grundsätzlich die freie Wahl hat, auf welches Mängelrecht er sich berufen will. Er ist also nicht verpflichtet, dem Unternehmer die Gelegenheit zur Nachbesserung einzuräumen, sondern kann stattdessen auch die Minderung des Werklohns oder – sofern die Voraussetzungen erfüllt sind – die Wandelung verlangen.

Hervorzuheben ist, dass der Besteller sich auf einer einmal getroffenen Wahl behaften lassen muss. Fordert er also die Nachbesserung des Werkes vom Unternehmer, kann er später nicht auf die Nachbesserung verzichten und stattdessen eine Minderung verlangen. Eine Ausnahme ergibt sich nur dann, wenn der Unternehmer die Mängelbehebung nicht innert Frist ausübt (in diesem Fall lebt das Wahlrecht des Bestellers wieder auf) oder die Parteien sich einvernehmlich darauf einigen, dass dem Besteller das Wahlrecht noch zusteht.

Die Mängelrechte gemäss SIA-Norm 118

Häufig haben Besteller und Unternehmer im Werkvertrag die Geltung der SIA-Norm 118 vereinbart. Die SIA-Norm 118 ist kein Gesetz, sondern stellt eine von den Parteien vereinbarte Abweichung von den Regeln des Obligationenrechts dar. Bei den Gesetzesvorschriften des Schweizerischen Obligationenrechts handelt es sich meist um dispositives Recht, was bedeutet, dass die Parteien eine abweichende Vereinbarung treffen können. Indem die Parteien die SIA-Norm 118 zum Vertragsinhalt erklären, gehen die darin enthaltenen Bestimmungen den gesetzlichen Vorschriften zum Werkvertrag vor.

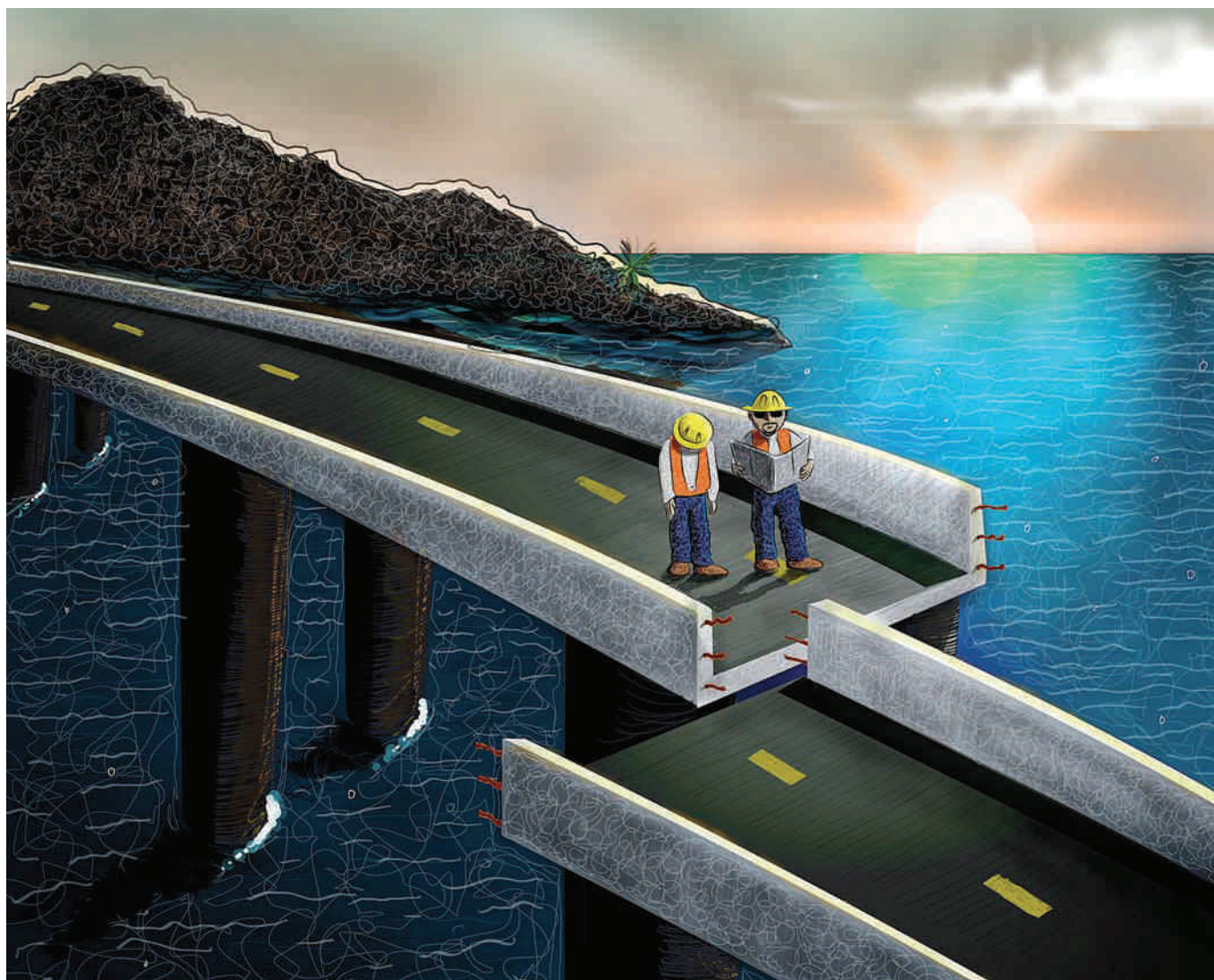
Die SIA-Norm 118 sieht im Grundsatz dieselben Mängelrechte vor wie das Obligationenrecht. Dem Besteller stehen wiederum die Mängelrechte der Wandelung, der Minderung und der Nachbesserung zur Verfügung. Im Unterschied zum Obligationenrecht stellt die SIA-Norm 118 aber in Art. 169 Abs. 1 folgenden Grundsatz auf:

Mit dieser Bestimmung findet sich in der SIA-Norm 118 eine erhebliche Verbesserung der Position des Unternehmers gegenüber dem Obligationenrecht. Bei Anwendung der obligationenrechtlichen Mängelbestimmungen kann der Besteller frei wählen, für welches Mängelrecht er sich entscheiden möchte. Der Unternehmer muss sich diesem Entscheid fügen und muss allenfalls hinnehmen, dass der Besteller sich für die Minderung entscheidet und der Unternehmer somit weniger Werklohn erhält, auch wenn es für ihn einfacher gewesen wäre, den Mangel unentgeltlich zu verbessern.

Kommt hingegen die SIA-Norm 118 zur Anwendung, so hat der Unternehmer das Recht, den Mangel zunächst durch Nachbesserungsarbeiten zu beheben. Der Besteller kann sich nicht auf eines der anderen Mängelrechte berufen, solange er dem Unternehmer nicht zunächst Gelegenheit gibt, den Mangel zu verbessern.

Weiter bestimmt Art. 169 Abs. 1 der SIA-Norm 118, dass der Bauherr – soweit der Unternehmer Mängel innerhalb der vom Bauherrn angesetzten Frist nicht behebt – wiederum berechtigt ist, nach seiner freien Wahl:

- weiterhin auf der Verbesserung zu beharren, wenn die Verbesserung im Verhältnis zu seinem Interesse an der Mängelbeseitigung nicht übermässige Kosten verursacht, oder die Verbesserung statt durch den Unternehmer auch auf dessen Kosten durch einen Dritten ausführen zu lassen oder sie selbst vorzunehmen;
- sich für die *Minderung* zu entscheiden, also einen dem Minderwert des Werkes entsprechenden Abzug von der Vergütung zu machen, wobei die SIA-Norm 118 hier ausdrücklich auf Art. 368 Abs. 2 OR verweist;
- sich für die *Wandelung* zu entscheiden, d.h., vom Vertrag zurückzutreten, wobei



die SIA-Norm 118 auch hier auf Art. 368 Abs. 1 OR verweist und dies daher nur zulässig ist, wenn die Entfernung des Werkes nicht mit unverhältnismässigen Nachteilen für den Unternehmer verbunden ist und die Annahme dem Bauherrn nicht zugemutet werden kann.

Weitere Möglichkeiten

Es ist den Parteien unbenommen, die Mängelrechte im Werkvertrag abweichend vom Obligationenrecht zu regeln und (statt der Vereinbarung der SIA-Norm 118) selbst zu bestimmen, welche Mängelrechte auf welche Art zur Wahl stehen. So können die Parteien auch ohne Übernahme der SIA-Norm 118 vereinbaren, dass dem Unternehmer zunächst ein Recht auf Nachbesserung zusteht und der Besteller erst dann über ein Wahlrecht verfügt, falls der Unternehmer die Nachbesserung nicht vornimmt. Dies muss aber aus-

drücklich im Vertrag vereinbart werden, da ohne eine entsprechende Vereinbarung (oder Abmachung der SIA-Norm 118) automatisch die Regeln des Obligationenrechts und damit das freie Wahlrecht des Bestellers zur Anwendung kommen.

ACHTUNG

In Verträgen mit einem General- oder Totalunternehmer wird häufig vorgesehen, dass dieser dem Besteller seine Mängelrechte gegenüber den am Bau beteiligten Unternehmern abtritt. Der Besteller verfügt in diesem Fall über keine Mängelrechte gegen den General- bzw. Totalunternehmer, sondern nur gegenüber dessen beigezogenen Unternehmern. Meist verfügt der Besteller aber nicht über den Vertrag, den der General- oder Totalunternehmer mit seinen Unternehmern abgeschlossen hat. Für den Besteller ist in diesem Fall häufig nicht klar, innert welcher Frist er Mängel geltend machen kann/muss und welche Mängelrechte ihm effektiv zustehen. Je nachdem muss er den Unternehmern zunächst Gelegenheit zur Nachbesserung geben, bevor er die Wahl zwischen den weiteren Mängelrechten hat.



Umfang des Nachbesserungsanspruchs

Gemäss den Bestimmungen des Obligationenrechts kann der Besteller – nebst seinem Anspruch auf Schadenersatz – vom Unternehmer die unentgeltliche Verbesserung des Werkes verlangen, sofern dies dem Unternehmer nicht übermässige Kosten verursacht. Dies bedeutet, dass der Unternehmer zur unentgeltlichen Verbesserung verpflichtet wird und damit seine Pflicht zur Ablieferung eines mängelfreien Werkes wieder auflebt. Diese Pflicht erstreckt sich auf die gerügten Mängel, sodass der Unternehmer diese so nachzubessern hat, dass die gerügten Mängel nach der Nachbesserung behoben sind bzw. das Werk mit Hinblick auf die gerügten Mängel mängelfrei ist. Ein Nachbesserungsversuch, mit welchem der Mangel nicht behoben werden kann, befreit den Unternehmer also nicht von seiner Gewährleistungspflicht.



Im Übrigen bedeutet dies auch, dass der Unternehmer für die Nachbesserung weiterhin gewährleistungspflichtig bleibt. Wenn er also nachbessert und auch diese Arbeiten zu einem Mangel führen, so muss er für diesen Mangel wiederum einstehen. Der Besteller verfügt über dieselben Mängelrechte, wobei er je nach Vertragsinhalt wiederum zunächst die Nachbesserung verlangen muss oder aber über ein freies Wahlrecht verfügt.

Grundsätzlich gilt, dass der Besteller durch die Nachbesserung nicht schlechter gestellt werden soll, als er es wäre, wenn der Unternehmer von vornherein ein mängelfreies Werk abgeliefert hätte. Der Unternehmer muss also alle mit der Nachbesserung verbundenen Kosten tragen, also auch Vorbereitungsarbeiten und Wiederherstellungsarbeiten. So muss er auch diejenigen Kosten tragen, die dadurch entstehen, dass ein Dritter seine Arbeiten ebenfalls nochmals nachholen muss.

BEISPIELE



Falls also beispielsweise eine vergessene Dichtung ersetzt wird und danach nochmals Gips- oder Malerarbeiten nötig sind, so muss der Unternehmer auch für die Kosten dieser Arbeiten aufkommen, da diese nicht angefallen wären, wenn er die Dichtung von vornherein ordnungsgemäss angebracht hätte.

Umgekehrt soll der Besteller auch nicht besehrgestellt werden. Fallen also sogenannte «Ohnehinkosten» an, die auch schon entstanden wären, wenn der Unternehmer von Anfang an ein mängelfreies Werk produziert hätte, so muss der Besteller diese Kosten selbst tragen.

Nachbesserungsanspruch und Ersatzvornahme

Während die SIA-Norm 118 in Art. 169 Abs. 1 genau festhält, welche Möglichkeiten dem Besteller offenstehen, wenn der Unternehmer die Nachbesserung nicht innert Frist ausführt, geht das Obligationenrecht in Art. 368 Abs. 2 nicht näher hierauf ein. Klar ist, dass der Besteller seinen Anspruch auf Nachbesserung sowohl bei Anwendbarkeit des Obligationenrechts wie auch bei Vereinbarung der SIA-Norm 118 gerichtlich geltend machen kann. Er kann somit beim zuständigen Gericht die Erfüllung des Vertrags und damit die Verbesserung des mangelhaften Werks verlangen. Es stellt sich aber die Frage, ob er stattdes-

sen auch gleich die Ersatzvornahme durch ein Drittunternehmen in Auftrag geben kann.

Die SIA-Norm 118 gibt dem Besteller die Möglichkeit, die Verbesserung statt durch den säumigen Unternehmer auch auf dessen Kosten durch einen Dritten ausführen zu lassen oder sie selbst vorzunehmen. Kommt also der Unternehmer seiner Nachbesserungsschuld innert Frist nicht nach, so ist der Besteller – sofern alle Voraussetzungen erfüllt sind – auch ohne richterliche Ermächtigung und ohne entsprechende Androhung zur Ersatzvornahme ermächtigt.

ACHTUNG



Es empfiehlt sich aber auf jeden Fall, vor der Einleitung der Ersatzvornahme zu prüfen, ob auch sämtliche Voraussetzungen erfüllt sind. Durch eine vorschnelle Eigenverbesserung (auch durch einen Dritten) verliert der Besteller möglicherweise seine Mängelansprüche, weshalb er Gefahr läuft, die Kosten der Mängelbehebung ganz selbst tragen zu müssen und auch keine Wandelung oder Minderung mehr verlangen zu können.

Das OR hingegen äussert sich in Art. 368 nicht zur Möglichkeit der Ersatzvornahme. Gestützt auf Art. 98 Abs. 1 OR ist allgemein anerkannt, dass der Besteller mit richterlicher Ermächtigung einen Dritten mit der Ersatzvornahme beauftragen kann. Fraglich ist aber, ob die Ersatzvornahme auch ohne richterliche Ermächtigung auf Kosten des Unternehmers ausgeführt werden kann. Das Bundesgericht hat einen solchen Anspruch dem Grundsatz nach anerkannt, wobei aber eine genaue Prüfung der rechtlichen Voraussetzungen immer unabdingbar ist. Auf jeden Fall ist Voraussetzung, dass der Besteller dem Unternehmer eine angemessene Frist zur Mängelbehebung

HINWEIS



Der Unternehmer läuft Gefahr, dass der Besteller eine Ersatzvornahme vornimmt, wenn er die Mängelbehebung ohne Weiteres verweigert (z.B. mit dem Hinweis, er sei nicht verantwortlich für den Mangel, oder dessen Behebung verursache unverhältnismässige Kosten). Stellt sich später heraus, dass der Mangel tatsächlich vom Unternehmer verursacht worden und die Behebung nicht unverhältnismässig ist, kann er die Nachbesserung nicht mehr vornehmen, da der Mangel bereits durch ein Drittunternehmen behoben worden ist. In diesem Falle wird er vom Gericht zur Tragung der Nachbesserungskosten durch das Drittunternehmen verpflichtet werden.

ansetzt und ihm androht, dass er bei Nichtbehebung innert der Frist die Ersatzvornahme auf seine Kosten vornehmen wird. Diese Fristansetzung mit angedrohter Ersatzvornahme ist unerlässlich, andernfalls der Besteller Gefahr läuft, dass er seine Mängelrechte verliert. Nur in Ausnahmefällen kann auf die Fristansetzung verzichtet werden.

Fazit

Es ist somit festzuhalten, dass dem Unternehmer nicht in jedem Fall ein Recht auf Nachbesserung zusteht. Ist die Gültigkeit der obligationenrechtlichen Bestimmungen vereinbart, muss er sich das Wahlrecht des Bestellers gefallen lassen und hat allenfalls zu dulden, dass der Besteller sich für sein Wandlungs- oder Minderungsrecht entscheidet. Ist hingegen die SIA-Norm 118 vereinbart, so hat der Unternehmer ein unentziehbares Recht darauf, zunächst die Nachbesserung vorzunehmen. Dieses Recht verliert er einzig dann, wenn er innert der angesetzten Frist untätig bleibt oder die Mängelbehebung verweigert: In diesem Fall läuft er Gefahr, dass der Besteller sich für ein anderes Mängelrecht entscheidet oder die Nachbesserung durch ein Drittunternehmen ausgeführt wird, wofür aber letztlich der Unternehmer bezahlen muss.

Unter dem Gesichtspunkt des Nachbesserungsrechts ist es Unternehmern wie auch General- und Totalunternehmern uneingeschränkt zu empfehlen, die SIA-Norm 118 zu vereinbaren oder alternativ vertraglich zu vereinbaren, dass der Besteller zunächst nur die Nachbesserung verlangen kann und erst dann weitere Mängelrechte offenstehen. Im Zweifelsfalle ist eine Prüfung des Vertrags notwendig. Insbesondere empfiehlt sich eine rechtliche Beratung, wenn der Unternehmer seine Nachbesserung verweigern möchte – z.B. weil er der Ansicht ist, nicht für den Mangel verantwortlich zu sein, oder dessen Behebung unverhältnismässige Kosten verursachen würde –, ohne Gefahr zu laufen, dass der Besteller ein Drittunternehmen mit der Mängelbehebung beauftragt.



AUTOR

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