



Neuigkeiten aus der baurechtlichen Rechtsprechung: Worüber wurde gestritten, was hat das Gericht dazu entschieden und welche Lehre kann für den Berufsalltag daraus gezogen werden

Jeden Monat entscheiden die Gerichte über eine Fülle baurechtlicher Streitigkeiten. Wer bereits einmal einen Bauprozess geführt hat, weiss, dass dieser bei allen Parteien grosse Kosten verursacht. Selbst wenn man gewinnt, reicht die gerichtlich zugesprochene Parteienschädigung in der Regel nicht aus, die für einen Prozess aufgewendeten Kosten zu decken. Ob erzielte Urteile am Ende auch durchgesetzt werden können, hängt massgeblich von der Solvenz der Gegenpartei ab und trifft in der Praxis häufig auf weitere Schwierigkeiten.

■ Von Susanne Hirschberg

Ein an baurechtlichen Themen interessiertes Fachpublikum tut darum gut daran, sich immer mal wieder mit den neuesten Entscheidungen auseinanderzusetzen und daraus Lehren für den Berufsalltag zu ziehen.

Im folgenden Beitrag sind insgesamt vier Entscheide herausgenommen, die hierzu von Interesse sein dürften.

Offensichtliche Mängel beim abgenommenen Bauwerk (Bundesgericht, BGer 4A_646/2016 vom 8. März 2017)

► Streit:

In diesem Fall haben die Parteien über Sanitärinstallationen im Zusammenhang mit dem Neubau eines Flugsicherungszentrums gestritten. Hierzu hatte S mit dem Unter-

nehmen U einen Werkvertrag geschlossen; die Geltung der SIA-Norm 118 wurde dabei vertraglich vereinbart. Bei der Erstellung des vertraglichen Bauwerks hatte U kupferfarbene Rotguss-Fittings als Verbindungsstücke für die Wasserleitungen eingebaut. Vier Jahre später liess S sämtliche Rotguss-Fittings durch (hochwertigere und teurere) Fittings aus silbergrauem Chromstahl ersetzen. S sah den Einbau von Rotguss-Fittings durch U als einen Mangel des Bauwerks an und verlangte von U den Ersatz von Kosten. U verneinte dies und machte dagegen unter anderem geltend, dass S den Einbau der Rotguss-Fittings genehmigt habe. Diese seien nicht als Mangel im Abnahmeprotokoll aufgeführt. Daraus sei ersichtlich, dass bezüglich der eingebauten Fittings kein Mangel vorliege. Das Handelsgericht des Kantons Zürich wies die von S erhobene Klage ab, weshalb sich S an das Bundesgericht wandte.

► Entscheid:

Urteil Handelsgericht Zürich bestätigt. Beschwerde abgewiesen unter Verweis auf Art. 163 der SIA-Norm 118.

Das Bundesgericht hat festgehalten, dass ein allfälliger Mangel jedenfalls offensichtlich gewesen sei und damit als genehmigt zu gelten habe. Gemäss Art. 163 SIA-Norm 118 gilt das Werk für einen Mangel, soweit er erkannt wurde, als genehmigt, wenn die Bauleitung bei der gemeinsamen Prüfung auf





dessen Geltendmachung ausdrücklich oder stillschweigend verzichtet hat. Stillschweigender Verzicht wird gemäss Art. 163 Abs. 2 der SIA-Norm 118 vermutet für Mängel, die bei der gemeinsamen Prüfung offensichtlich waren, jedoch nicht geltend gemacht wurden.

Das Bundesgericht führt aus, dass offensichtliche Mängel im Sinne von Art. 163 Abs. 2 SIA-Norm 118 dadurch charakterisiert sind, dass sie offen zutage liegen, weshalb sie für die an der Prüfung beteiligte Bauherrschafft oder deren Hilfspersonen ohne Weiteres erkennbar sind. Da sich der vertraglich vereinbarte silbergraue Chromstahl vom tatsächlich eingebauten kupferfarbenen Rotguss so deutlich unterscheidet, könne das Material auf den ersten Blick unterschieden werden. Die Offensichtlichkeit der Abweichung der eingebauten von der vertraglich vorgeschriebenen Materialwahl lag zum Zeitpunkt der Abnahme vor. Nachdem dieses Abnahmeprotokoll jedoch

nicht erwähnt wurde, kann davon ausgegangen werden, dass es bei der gemeinsamen Prüfung nicht geltend gemacht wurde. Damit ist von einem stillschweigenden Verzicht auf die Geltendmachung des Mangels auszugehen. U schuldet dem S somit keine Mangelbehebung.

Rücktritt vom Werkvertrag (Bundesgericht, BGer 4A_371/2015 vom 11. Januar 2016)

► Streit:

Zwei Bauherren (B) haben mit einem Generalunternehmer (GU) Anfang Mai einen Werkvertrag über den Neubau eines Fertighauses geschlossen. Gemäss diesem Vertrag sollte GU bis Mitte Mai die Baueingabe einreichen und Ende August/Anfang September das Haus aufstellen. Bezugsbereitschaft sollte im Dezember vorliegen. Unter einigen Vorbehalten (u.a. der Freigabe durch die Baubehörde) wurden die Termine vertraglich garantiert. Im August haben die Bauherren die Unverbindlichkeit dieses Vertrags geltend gemacht und sind ausserdem vom Vertrag zurückgetreten. Zu diesem Zeitpunkt war klar, dass die Baubewilligung frühestens im September vorliegen wird und Zwischentermine nicht eingehalten werden. GU hatte eine Klage eingereicht und von den Bauherren Schadenersatz gefordert.

► Entscheid:

Rücktritt rechtskräftig. Kein Schadenersatz geschuldet.

Das Bundesgericht bestätigte, dass die Voraussetzungen des Rücktritts nach Art. 366 OR in dem Fall gegeben waren. Gemäss Art. 366 OR ist es den Bauherren erlaubt, vom Vertrag zurückzutreten, wenn der Unternehmer das Werk nicht rechtzeitig beginnt, die Ausführung in vertragswidriger Weise verzögert oder ohne Schuld des Bestellers so sehr im Rückstand ist, dass die rechtzeitige Vollendung nicht mehr vorauszusehen ist. Das Ansetzen einer Nachfrist vor Rücktritt vom Vertrag hat das Bundesgericht in diesem Fall als überflüssig erachtet. Auch wenn ein Zwischentermin nicht verbindlich festgelegt sei, diene er der Orientierung und der Kontrolle des Baufortschritts. Die Nichteinhaltung von Zwischenterminen sei vor dem Hintergrund der gesamten Verzögerung und der im Vertrag vorgesehenen Bauzeit zu würdigen.

Der GU hätte entweder aufzeigen müssen, dass die Verzögerung so gering war, dass daraus nicht abgeleitet werden kann, dass der Endtermin nicht eingehalten werden kann. Oder der GU hätte darlegen müssen, dass die rechtzeitige Werkvollendung trotz Rückstands möglich gewesen wäre. Für bei-

PRAXISTIPP



Eine sorgfältige Abnahme des fertiggestellten Werkes ist aufgrund der weitreichenden Folgen unerlässlich. Wenn offensichtliche Mängel nicht im Protokoll erfasst sind, gelten diese als stillschweigend genehmigt. Hierfür können später keine Mängelrechte mehr geltend gemacht werden.

BAU/IMMOBILIEN



WEKA Praxis-Seminar

Bauwerkvertrag nach SIA und OR

Senken Sie Aufwand und Kosten dank besserer Verträge



Fehler und schlechte Formulierungen in Werkverträgen und die blinde Übernahme von SIA-Normen verursachen regelmässig einen hohen Aufwand und ärgerliche Mehrkosten.

Sichere Bauwerkverträge abschliessen und teure Haftungsfälle vermeiden

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.
- Sie lernen, Ansprüche effizient und sicher zu erledigen.
- Sie setzen Ihre Rechte schneller durch.
- Sie stärken Ihre Position in Vertragsverhandlungen.

Nächste Termine

- Donnerstag, 7. September 2017
- Donnerstag, 16. November 2017
1 Tag, 09:00–17:00 Uhr

Zentrum für Weiterbildung der Uni Zürich
Referenten: Dipl. Architekt ETH/SIA,
lic. iur. **Hans Stoller**, Baumanagement
und Baurecht
Dr. iur. **Matthias Streiff**, Rechtsanwalt

Jetzt informieren und anmelden:

www.praxisseminare.ch oder Telefon 044 434 88 34



des trifft den GU die sog. «Beweislast», d.h. er muss dies mit den prozessual zur Verfügung stehenden Mitteln zur vollen Überzeugung des Gerichts darlegen. Das ist vorliegend nicht gelungen.

PRAXISTIPP

Wenn vertraglich Termine vereinbart werden, sind diese in der Bauausführung ernst zu nehmen; selbst wenn sie vermeintlich unverbindliche Zwischentermine sind. Andernfalls kann der Vertragspartner berechtigt sein, den Vertrag ohne Kostenfolgen zu lösen.



Teurer Verstoss gegen Höchstarbeitszeit durch ausländischen Betrieb für in die Schweiz entsendete Mitarbeiter (Bundesgericht, 2C_150/2016, vom 22. Mai 2017)

► Streit:

Eine holländische Firma F hatte sich vertraglich verpflichtet, in der Schweiz Dienstleistungen im Baubereich zu erbringen, und dazu zwei holländische Arbeitnehmer in die Schweiz geschickt. Weil hierbei Liefertermine sehr kurzfristig angesetzt wurden, war die rechtzeitige Dienstleistungserbringung innert der normalen Arbeitszeiten nicht möglich. Bei einer Baustellenkontrolle wurde festgestellt, dass beide Arbeiter gegen Arbeitszeitvorschriften im Arbeitsgesetz (Höchstarbeitszeit und Sonntagsarbeit) verstossen haben und damit zugleich einen Verstoss gegen Art. 2 Entsendegesetz begangen haben. Es handelte sich um den ersten Verstoss von F. Die zuständige Volkswirtschaftsdirektion des Kantons Freiburg sprach gegen die holländische Firma eine Busse von CHF 2400.– aus und untersagte ihr für die Dauer eines Jahres, in der Schweiz Dienstleistungen zu erbringen.

► Entscheid:

Busse und Dienstleistungssperre rechtmässig.

In seinem Entscheid hat das Bundesgericht insbesondere ausgeführt, dass auch ein erstmaliger Verstoss gegen die Vorschriften des Entsendegesetzes so bedeutend sein kann, dass nicht mehr von einem geringfügigen Verstoss ausgegangen werden kann. Im vorliegenden Fall habe F die Höchstarbeitszeiten bewusst umgangen und die vorgeworfenen Verstösse wissend in Kauf genommen. Bereits bei Vertragsschluss sei ersichtlich und

bekannt gewesen, dass die vereinbarten Lieferzeiten von zwei Arbeitnehmern nicht im Rahmen einer gewöhnlichen Arbeitswoche eingehalten werden können. In diesem Fall könne somit nicht mehr von einem geringfügigen Verstoss ausgegangen werden. Aus diesem Grund seien strafrechtliche Massnahmen (und nicht nur administrative) zulässig und gerechtfertigt.

PRAXISTIPP

Da das Entsendegesetz bei Verstössen durch ausländische Subunternehmer eine solidarische Bürgschaft des Schweizer Generalunternehmers regelt, sollten die Auswirkungen dieses Entscheids auch von Schweizer GUs gekannt und beachtet werden. Wenn ein ausländischer gebüsster Unternehmer die Busse nicht zahlt oder nicht belangt werden kann, kann der Schweizer GU gemäss Art. 5 Abs. 2 Entsendegesetz subsidiär haftbar gemacht werden.



Recht des Bauherrn, eine Nachbesserung in Form der Neuherstellung des Werks zu verlangen (Bundesgericht, BGer 4A_151/2016 vom 21. Juni 2016)

► Streit:

Der Unternehmer U hatte mit der Generalunternehmerin GU einen Vertrag geschlossen über die BKP 281.1 «Fugenlose Bodenbeläge» zu einem Pauschalpreis. Danach sollte U in zwei Gebäuden auf einer Fläche von insgesamt 16 000 m² in Zimmern, Gängen und Treppen einen Bodenbelag anbringen. Die Anwendbarkeit der Norm SIA-118 wurde vertraglich vereinbart. Nach Abschluss der Arbeiten stellte U die Schlussrechnung, die vom GU beglichen wurde. Wenige Monate später waren beim Bodenbelag sichtbare Schäden zu erkennen. Ein Untersuchungsbericht offenbarte, dass der Bodenbelag nicht die vertraglich vereinbarte Stärke aufwies und eine ungünstige Verfüllung mit Quarzsand vorgenommen wurde. Trotz Aufforderung hatte sich U geweigert, eine Nachbesserung vorzunehmen. Da eine reine Ausbesserung von Schäden nicht möglich war, liess GU durch einen Dritten einen vollständig neuen Boden anbringen. U weigerte sich, die dafür aufgewendeten Kosten zu zahlen. GU reichte beim Handelsgericht des Kantons Bern Klage ein; diese wurde gutgeheissen, weshalb U das Bundesgericht anrief.

► Entscheid:

Nachbesserung geschuldet. Kostentragungspflicht durch U.

Das Bundesgericht stützte den Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Bern und verpflichtete U, die Kosten der Ersatzvornahme zu zahlen, auch wenn diese Ersatzvornahme im vorliegenden Fall auf ein neues Werk hinausläuft. Beide Gerichte bestätigten, dass es in diesem Fall nicht erforderlich war, dass GU dem U eine Nachfrist ansetzt, da U sich ausdrücklich geweigert habe, eine Verbesserung vorzunehmen. Die Berechtigung zur Durchführung einer Ersatzvornahme sei bei einer derartigen Verweigerung auch ohne Nachfristansetzung gegeben.

Der Anspruch auf Zahlung der Kosten der Ersatzvornahme durch den ursprünglichen Unternehmer sei gegeben, auch wenn die Mängelbehebung auf die Neuherstellung des mangelhaften Werks hinauslaufe. Zwar habe ein Besteller grundsätzlich kein Recht auf Neuherstellung eines mangelhaften Werks. Dieser Grundsatz gelte aber nicht ohne Ausnahmen. Wenn eine Nachbesserung aus sachlichen Gründen unmöglich ist, die Neuherstellung eines mangelfreien Werks aber möglich, so hat der Besteller ausnahmsweise das Recht, vom Unternehmer die mögliche Neuherstellung anstelle der unmöglichen Nachbesserung zu verlangen. Dabei sei zu berücksichtigen, dass der Besteller mit dem Abschluss des Werkvertrags Anspruch auf ein mangelfreies Werk erhält. Wenn das Ziel eines mangelfreien Werks nur durch Neuherstellung erreicht werden kann, dann sei diese geschuldet.

PRAXISTIPP

Weigert sich ein Unternehmer trotz Aufforderung des Bestellers, eine Nachbesserung vorzunehmen, muss ihm hierfür nicht eine extra Frist angesetzt werden. Wenn das Ziel eines mangelfreien Werks nur durch Neuherstellung erreicht werden kann, dann ist ausnahmsweise statt einer Nachbesserung eine Neuherstellung geschuldet.



AUTORIN

Susanne Hirschberg, LL.M., Rechtsanwältin, ist Inhaberin der Kanzlei hirschrecht in Zürich mit Schwerpunkten im Baurecht und Vertragsrecht.