

BAU- UND IMMOBILIENRECHT

AKTUELLE THEMEN – KOMMENTIERTE ENTSCHEIDE – PRAXISFÄLLE

MÄRZ 2020
NEWSLETTER 03



Liebe Leserin, lieber Leser

In dieser Ausgabe beginnen wir mit der Gewährleistung bei Immobilien, die sich oft nicht gerade als Segen entpuppt. Möchte der Bauherr seine Mängelrechte durchsetzen, braucht er häufig einen langen Atem. Welche Stolpersteine sind dabei zu beachten? Was tun bei Planmängeln? Wie unterscheiden sich etwa Rüge- von Verjährungsfristen? Ab Seite 5 stehen die Streitigkeiten im Mittelpunkt, die bei der Auslegung von Fuss- und Fahrwegrechtsdienstbarkeiten nicht selten entstehen.

Ist immer der Grundbucheintrag ausschlaggebend? Doch was geschieht, wenn dieser nur aus einem Stichwort besteht, sich die bauliche Situation verändert hat oder Vereinbarungen generell fehlen? Und schliesslich erläutern wir ab Seite 8, wie Sie am besten vorgehen, wenn ein Mieter nicht bezahlt. So laufen Sie nicht Gefahr, dass Ihre Kündigung aufgrund formaler oder inhaltlicher Fehler ungültig, unwirksam oder anfechtbar ist. Wir wünschen Ihnen eine anregende Lektüre.

Junes Babay, Redaktor

IN DIESER AUSGABE:

- Top-Thema:
Gewährleistung bei Immobilien –
Fluch oder Segen? Seite 1
- Best Practice:
Probleme bei der Auslegung
von Fuss- und Fahrwegrechts-
dienstbarkeiten Seite 5
- Best Practice: Was tun,
wenn der Mieter nicht zahlt? Seite 8
- Bundesgerichtsentscheide Seite 10
- Kantonale
Gerichtsentscheide Seite 11

Gewährleistung bei Immobilien – Fluch oder Segen?

Die Gewährleistung bei Immobilien erweist sich in der Praxis regelmässig als Fluch und weniger als Segen. Oftmals stellt die Durchsetzung der Mängelrechte einen steinigen Weg dar und erfordert aufseiten des Bauherrn Durchhaltevermögen, fachkundige Unterstützung sowie finanzielle Ressourcen.

■ Von Adrian Weber, Rechtsanwalt LL.M.

Nicht ideal ist bei dieser Ausgangslage, wenn die Durchsetzung der Mängelrechte bereits an formellen Kriterien scheitert, weil notwendige Informationen fehlen oder Fristen versäumt wurden. Der Autor zeigt in diesem Beitrag – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – auf, wo in der Praxis seiner Auffassung nach Stolperstei-

ne liegen, die einer erfolgreichen Durchsetzung der Mängelrechte entgegenstehen können.

Der vorliegende Beitrag nimmt hauptsächlich Bezug zur werkvertraglichen Gewährleistung (vgl. Art. 367 ff. OR und Art. 165 ff. SIA-Norm 118 [2013]). Nicht Thema ist die kaufrechtliche Ge-

währleistung (ohne werkvertragliche Komponente) beim Grundstückkauf (vgl. Art. 216 ff. OR und Art. 221 i.V.m. Art. 197 ff. OR), wobei einzelne Ausführungen dazu vorbehalten bleiben.

Abtretung der Mängelrechte

In Kaufverträgen bzw. Kaufverträgen mit werkvertraglichen Abreden für neu erstellte oder noch zu erstellende Immobilien (insbesondere Stockwerkeigentumseinheiten) finden sich oftmals Klauseln folgender Art:

«Jede Gewährspflicht (Haftung) der veräussernden Partei für Rechts- und Sachmängel am Vertragsobjekt im Sinne des Obligationenrechts wird aufgehoben.»

Die veräussernde Partei tritt jedoch der erwerbenden Partei alle für das Vertragsobjekt



vorhandenen Garantien der am seinerzeitigen Bau beteiligten Handwerker, Unternehmer und Lieferanten ab. Sie übergibt ihr separat die dazugehörenden Dokumente. Die Wirkung dieser Abtretung tritt mit der Eigentumsübertragung ein.»

Auf den ersten Blick erscheinen solche Klauseln für den Käufer bzw. den Besteller als Segen, sollte die Immobilie später Mängel aufweisen, was leider nicht selten der Fall ist. In der Praxis erweisen sich solche Klauseln jedoch auf den zweiten Blick als tückisch, insbesondere deshalb, da die Pflicht des Verkäufers (in der Regel ein General- oder Totalunternehmer), die notwendigen Dokumente für die Mängeldurchsetzung an den Käufer zu übergeben, in den meisten Fällen nicht oder nicht vollständig erfüllt wird (vgl. dazu auch die Verpflichtung des Abtretenden in Art. 170 Abs. 2 OR). Somit weiss der Käufer, sollte eine Mängelbeseitigung geltend gemacht und unter Umständen gerichtlich durchgesetzt werden, vielmals nicht, ob

- sämtliche Werkverträge, welche der Verkäufer mit seinen Subunternehmern (z.B. Baumeister, Sanitärinstallateur, Heizungsmonteur, Dachdecker und Elektriker) abgeschlossen hat, die SIA-Norm 118 als anwendbar erklären (die SIA-Norm 118 hält nämlich unter anderem bezüglich der Mängelrechte, insbesondere hinsichtlich der massgeblichen Fristen, eine vorteilhaftere Regelung bereit, als dies die Art. 367 ff. OR vorsehen);
- in sämtlichen dieser Werkverträge der Subunternehmer die Mängelrechte, die Rügefristen, die Rechtsfolgen nach Ablauf der Rüge- und Verjährungsfristen der SIA-Norm 118 unverändert übernommen hat;
- sämtliche Unternehmer einen einheitlichen Beginn der Rüge- und Verjährungsfristen akzeptiert haben;
- sämtliche Werkverträge, die der Verkäufer mit seinen Subunternehmern abgeschlossen hat, dasselbe anwendbare Recht sowie denselben Gerichtsstand wie der Vertrag zwischen Käufer und Verkäufer vorsehen.

► Was tun bei fehlenden oder unvollständigen Informationen?

Sind die vorstehenden Informationen nicht oder nur teilweise bekannt, kann es bei der Durchsetzung der Mängelrechte gegenüber

den Subunternehmern problematisch werden, z.B. dann, wenn nicht klar ist, welches Gericht für eine Klage zuständig ist, da im Werkvertrag zwischen Verkäufer und Subunternehmer allenfalls ein anderer Gerichtsstand – als im Vertrag zwischen Käufer und Verkäufer – vereinbart wurde.

Es liegt jedoch auf der Hand, dass der Verkäufer dem Käufer die Werkverträge mit seinen Subunternehmern in den meisten Fällen kaum übergeben wird, da diese auch kommerzielle Aspekte enthalten, die der Verkäufer als Unternehmer verständlicherweise nicht offenlegen will. Was bleibt unter diesen Gegebenheiten vorzukehren, damit die abgetretenen Mängelrechte im Bedarfsfall nicht zum Fluch werden:

- Am besten wäre natürlich Einblick in sämtliche Werkverträge, die der Verkäufer mit seinen Subunternehmern abgeschlossen hat, um einen Abgleich mit dem Vertrag zwischen Käufer und Verkäufer vornehmen zu können. Wie bereits erwähnt, wird dies jedoch aus Geheimhaltungsinteressen aufseiten des Verkäufers kaum ein realistisches Szenario darstellen. Einerseits ist das Vorgehen zeitintensiv, und andererseits ist es durchaus möglich, dass zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses zwischen Käufer und Verkäufer die Verträge mit den Subunternehmern noch nicht oder noch nicht vollständig abgeschlossen sind.
- Den effizientesten Weg stellt gemäss Praxiserfahrung des Autors die Aufnahme einer Regelung in den Vertrag zwischen Käufer und Verkäufer dar, die insbesondere bestimmt, dass in sämtlichen Werkverträgen zwischen Verkäufer und Subunternehmern (1) die SIA-Norm 118 unverändert als anwendbar erklärt, (2) ein einheitlicher Beginn der Rüge- und Verjährungsfristen vereinbart sowie (3) dasselbe anwendbare Recht sowie derselbe Gerichtsstand wie im Vertrag zwischen Käufer und Verkäufer vorgesehen ist.

Sollte sich in der Folge herausstellen, dass die vom Verkäufer im Vertrag zugesicherten Modalitäten in Bezug auf die Subunternehmerverträge nicht korrekt sind, würde der Verkäufer vertragsbrüchig, was wiederum zu einer Haftung des Verkäufers gegenüber dem Käufer führt. Dies deshalb, weil der Verkäufer durch sein treuwidriges Verhalten den Käufer

an der Durchsetzung der abgetretenen Mängelrechte hindert (diesbezüglich wird ebenfalls ein Aufleben der abgetretenen Mängelrechte gegenüber dem Verkäufer diskutiert). Mit diesem Vorgehen besteht immerhin eine gewisse Absicherung für den Fall, dass eine Durchsetzung der Mängelrechte gegenüber den Subunternehmern aus den aufgezeigten formellen Kriterien scheitert.

Für die Zahlungsfähigkeit der Subunternehmer gegenüber dem Käufer besteht aufseiten des Verkäufers natürlich keine Haftung (vgl. Art. 171 Abs. 2 OR).

Einhaltung der Rügefristen

Art. 367 Abs. 1 OR bestimmt, dass das Werk «sobald es nach dem üblichen Geschäftsgang tunlich ist», zu prüfen und allfällige Mängel zu rügen sind. Die Rügefrist gemäss Obligationenrecht ist demnach äusserst kurz und dauert lediglich so lange, wie dies nach dem üblichen Geschäftsgang tunlich ist; es handelt sich im Ergebnis um eine Frist von wenigen Tagen.

► Die Sieben-Tage-Regel

In der Praxis spielt hier die sogenannte «Sieben-Tage-Regel» eine zentrale Rolle (vorbehalten bleiben andere vertragliche Regelungen betreffend längere oder kürzere Rügefristen): Gemäss dieser Regel sind Mängel spätestens innerhalb von sieben Kalendertagen seit Entdeckung zu rügen, wobei die Rüge aus Beweis Zwecken immer schriftlich und per Einschreiben erfolgen sollte (vgl. dazu auch die beiden «Sennhof»-Urteile des Bundesgerichts 4A_53/2012, E. 6.2, und 4A_55/2012, E. 7.2, beide vom 31. Juli 2012). Diese siebentägige Rügefrist ist streng und kann wie ein Fluch einen berechtigten Anspruch zunichtemachen.

GERICHTSENTSCHEID



Interessant erscheint in diesem Zusammenhang, dass das Bundesgericht in einem neueren Urteil 4A_399/2018 vom 8. Februar 2018, E. 3.1 f., die Auffassung vertreten hat, dass eine Mängelrüge elf Kalendertage nach Kenntnis eines Mangels noch als rechtzeitig gerügt gilt. Dieses Urteil erging im Zusammenhang mit der kaufrechtlichen Bestimmung von Art. 201 Abs. 1 OR, welche identisch wie Art. 367 Abs. 1 OR eine Anzeige «sobald es nach dem üblichen Geschäftsgang tunlich ist» verlangt.



In Anbetracht der vorstehend erwähnten «Sieben-Tage-Regel» erscheint diese Auffassung des Bundesgerichts im Urteil 4A_399/2018 vom 8. Februar 2018 als bemerkenswert. Fraglich ist, ob das Bundesgericht mit diesem Urteil seine bisherige strenge Praxis betreffend die Rechtzeitigkeit der Mängelrüge generell gelockert hat. Ob effektiv eine Praxisänderung beabsichtigt war, wird sich wohl erst im Zuge weiterer solcher Urteile zeigen, weshalb nach wie vor die Empfehlung gilt: *Mängel spätestens innerhalb von sieben Kalendertagen seit deren Entdeckung rügen.*

WICHTIGER HINWEIS



An den Grad des Entdeckens sollten nach vorliegender Ansicht nicht zu hohe Anforderungen gestellt werden, und eine Abweichung sollte bereits bei den ersten Hinweisen auf einen möglichen Mangel gerügt werden. Sollte diese siebentägige Rügefrist einmal verpasst werden, verfügt man mit dem besagten Urteil des Bundesgerichts vorerst immerhin über einen Notanker.

► Rügefristen bei der SIA-Norm 118

Die Rügemodalitäten sind bei der Geltung der SIA-Norm 118 moderater: Nach Art. 172 Abs. 1 SIA-Norm 118 beträgt die Rügefrist zwei Jahre. Während dieser zweijährigen Rügefrist können alle erkannten Mängel jederzeit gerügt werden, und es besteht keine Verpflichtung, Mängel sofort nach deren Entdeckung zu rügen (vgl. Art. 173 SIA-Norm 118).

Nach Ablauf der zweijährigen Rügefrist können *offene Mängel* nicht mehr gerügt werden (vgl. Art. 178 Abs. 1 SIA-Norm 118). Es folgt danach noch eine dreijährige Mängelhaftung für *verdeckte Mängel, die jedoch sofort nach der Entdeckung gerügt werden müssen* (vgl. Art. 179 Abs. 2 und Art. 180 Abs. 1 SIA-Norm 118). In der Praxis ist jedoch zu empfehlen, Mängel ebenfalls unter der Geltung der SIA-Norm 118 so rasch als möglich – bestenfalls innert einer Frist von sieben Tagen – zu rügen, insbesondere bei grösseren und kostenintensiven Mängeln oder in Fällen, in denen nicht mit Sicherheit bekannt ist, ob

die SIA-Norm 118 überhaupt rechtsgültig vereinbart wurde.

► Verjährungsfristen

Von der Rügefrist ist die Verjährung zu unterscheiden: Rechtzeitig geltend gemachte Ansprüche aus Mängeln für unbewegliche Bauwerke verjähren mit Ablauf von fünf Jahren nach Abnahme des Werks (vgl. Art. 371 Abs. 2 OR; identische Regelung in Art. 180 Abs. 1 SIA-Norm 118).

Verjährungsfristen können unterbrochen werden, was in der Praxis oftmals durch Verjährungseinredeverzichte oder Betreibungen erfolgt. Wie landläufig oftmals gemeint wird, reicht ein eingeschriebener Brief für eine Unterbrechung der Verjährung nicht aus. Wichtig zu wissen ist ausserdem, dass nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4C.258/2001 vom 5. September 2002, E. 4.1.2) eine Betreibung die Verjährung bei Mängeln an Bauwerken grundsätzlich nicht unterbricht.



Software Gesamtlösung auf die Sie bauen können



- Vorkalkulation nach NPK
- Freies Leistungsverzeichnis
- Ausmass- und Regie-fakturierung
- ARGE Fakturierung
- Leistungserfassung
- Werkhof
- Finanzen und Bau-Kostenrechnung
- Nachkalkulation
- Baulohn

www.abacus.ch

ABABAU
by Abacus

rembrand.ch

Vielmehr setzt in solchen Fällen eine erfolgreiche Verjährungsunterbrechung die gerichtliche Geltendmachung des Anspruchs, eine Schuldanererkennung des Unternehmers oder einen Verjährungseinredeverzicht voraus.

Exkurs Planmängel

Fehler in Plänen von Architekten und Ingenieuren sind gemäss Obligationenrecht ebenfalls innert sieben Tagen nach Entdeckung zu rügen.

Erleichterungen von dieser kurzen Rügefrist bestehen dann, wenn im Planervertrag die SIA-Ordnung 102 (Architekten) oder SIA-Ordnung 103 (Ingenieure) in der aktuellen Fassung 2014 vereinbart wurden. Gestützt auf den jeweiligen Art. 1.9.4 Abs. 1 der SIA-Ordnungen 102 und 103 sind Mängel diesfalls innert 60 Tagen zu rügen. Plan- und Berechnungsmängel, welche zu einem Mangel eines unbeweglichen Werks bzw. eines Werkteils führen, kann der Auftraggeber jedoch während der ersten zwei Jahre nach dessen Abnahme jederzeit rügen (vgl. den jeweiligen Art. 1.9.4 Abs. 2 der SIA-Ordnungen 102 und 103).

Beweislast

Die Beweislast bestimmt, wer was zu beweisen hat (vgl. Art. 8 ZGB). Grundsätzlich hat der Besteller neben der Rechtzeitigkeit der Mängelrüge auch das Vorliegen eines Mangels zu beweisen.

Bei vereinbarter SIA-Norm 118 dagegen gilt, dass für alle während der ersten zwei Jahre (Rügefrist) gerügten Mängel – im Sinne einer Beweislastumkehr – der Unternehmer den Nachweis erbringen muss, dass das von ihm abgelieferte Werk mangelfrei ist (vgl. Art. 174 Abs. 3 SIA-Norm 118). Für Mängel, die erst nach Ablauf der zweijährigen Rügefrist auftreten (verdeckte Mängel), liegt die Beweislast analog Obligationenrecht und nach Art. 8 ZGB (wieder) beim Besteller (vgl. Art. 179 Abs. 1 und 5 SIA-Norm 118).

► Expertengutachten

Bei komplexen Mängeln sind Expertengutachten für den Beweis des Mangels unabdingbar. Diese werden meistens zu einem Zeitpunkt beauftragt, zu welchem das Verfahren noch nicht prozessual ist.

In diesem Zusammenhang ist es wichtig zu wissen, dass solche Expertisen bzw. Privatgutachten (auch wenn diese von den Parteien gemeinsam beauftragt wurden) nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_178/2015 vom 11. September 2015, E. 2.6) vor Gericht lediglich *Parteibehauptungen* darstellen. Privatgutachten sind mithin keine Urkunden oder Gutachten im Sinne von Art. 168 Abs. 1 lit. b und d ZPO und deshalb nicht als Beweismittel zuzulassen. Parteigutachten haben dementsprechend nicht denselben prozessualen Status, wie dies für gerichtliche Gutachten gilt (vgl. Art. 168 Abs. 1 lit. d ZPO).

Sachdarstellungen in einem Privatgutachten gelten regelmässig als besonders substantiiert, was auf der Gegenseite immerhin eine substantiierte Bestreitung erforderlich macht. Die Qualifikation von Privatgutachten als blosser Parteibehauptung kann deshalb dazu führen, dass vor Gericht allenfalls vorsorglich zusätzlich ein gerichtliches Gutachten beantragt werden muss.

Ergebnis

Die vorstehenden Ausführungen zeigen explizit, dass die Durchsetzung von Mängelrechten eine komplexe Angelegenheit darstellt und mit finanziellen Risiken belastet ist. Wie eingangs erwähnt, ist der Autor nach wie vor der Auffassung, dass die Gewährleistung bei Immobilien eher Fluch als Segen ist.

Unter diesem Aspekt ist immer auch zu bedenken, dass es grundsätzlich nur sinnvoll ist, kapitale und funktionsmindernde Mängel gerichtlich durchzusetzen, wobei auch in diesen Fällen zu berücksichtigen ist, dass eine Mängelbehebung unter Kostengesichtspunkten noch verhältnismässig sein muss (vgl. Art. 368 Abs. 2 OR). Ebenfalls ist, falls möglich, immer auch die Bonität des Unternehmers in die Planung des Vorgehens einzubeziehen, zumal reine Mängelbehebungskosten (vorbehalten bleiben allenfalls Mangelfolgeschäden) im Grundsatz nicht durch Betriebshaftpflichtversicherungen gedeckt sind.



AUTOR

Adrian Weber, Rechtsanwalt LL.M., CAS Haftpflicht- und Versicherungsrecht IRP-HSG, Zürich, befasst sich schwerpunktmässig mit Submissionsrecht sowie Bau- und Immobilienrecht.