

Fachtagung Sachenrecht des Schweizerischen Bauernverbands

Donnerstag, 12. November 2015, FHNW, Windisch

Gewährleistung beim Kauf- und Werkvertrag

lic. iur. Christian Munz
Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht
Voser Rechtsanwälte, Baden
www.voser.ch / c.munz@voser.ch

Einführung



Einführung

«Bauen: Ein rechtliches Abenteuer»

Prof. Dr. iur. Peter Gauch, Schweizerische Bau-
rechtstagung Freiburg 2001, Tagungsunterlagen,
S.1 ff.

Ziel des Vortrags

„Gewährleistung beim Kauf- und Werkvertrag“

?

- Was heisst Gewährleistung?
- Was ist ein (Sach-)Mangel
- Mängelrechte
- Vorgehen bei Mängel
- Verjährung / Verwirkung
- Ev. Abtretung Mängelrechte

Gewährleistung

Haftung des Verkäufers für **Mängel** am Kaufobjekt

Haftung des Unternehmers für **Mängel** am Werk

→ Begriff des Mangels, was ist ein Mangel?

Mangel / Unterscheidung Kauf- und Werkvertrag

KAUFVERTRAG	WERKVERTRAG
Art. 184 OR: Vertragsgegenstand besteht bei Vertragsabschluss bereits in der geschuldeten Gestalt	Art. 363 OR: zukünftige Herstellung eines Werkes
Pflicht der Verkäuferin, Kaufobjekt zu übereignen	Pflicht des Unternehmers, ein individuelles, speziell für den Besteller angefertigtes Exemplar herzustellen

Mangel / Unterscheidung Kauf- und Werkvertrag

Kaufvertrag



Werkvertrag



Mangel / Unterscheidung Kauf- und Werkvertrag

Art. 197 Abs. 1 OR: Der Verkäufer haftet dem Käufer sowohl für die

1. «zugesicherten Eigenschaften» sowie für die
2. Eigenschaft, die für die Gebrauchstauglichkeit des Kaufobjekts notwendig ist.

Art. 368 OR: Werkmangel ist eine «Abweichung des Werkes vom Vertrag».

Mangel?

EFH Wettingen / Werkvertrag

Keine Abdichtung
am Boden



Mangel?

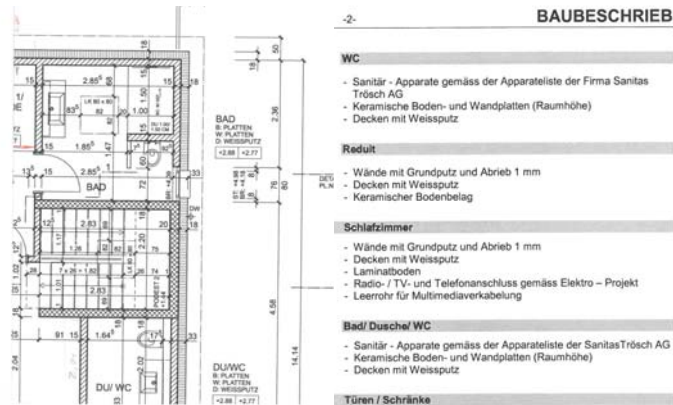
Art. 368 OR: Werkmangel ist eine «Abweichung
des Werkes vom Vertrag»

Was ist Vertragsinhalt?

- Schriftlicher Werkvertrag (inkl. Baubeschrieb
und Pläne)

Mangel?

EFH in Wettingen / Werkvertrag



Mangel?

Was ist Vertragsinhalt?

Gauch, Werkvertrag, Rz. 1406:

«In Guten Treuen darf der Besteller erwarten, dass das Werk bei seiner Ablieferung nicht nur die vereinbarten Werkeigenschaften aufweist, sondern auch jene Eigenschaften, die (...) vorausgesetzt sind. Derartige **vorausgesetzte Eigenschaften** bestehen mit Bezug auf die **Normalbeschaffenheit** und hinsichtlich der **Gebrauchstauglichkeit.**»

Mangel?

Was ist Vertragsinhalt? → **Normalbeschaffenheit**

Der Unternehmer schuldet ein Werk in «kunstgerechter Ausführung» (BGE 20, S.1006).

Es muss mindestens den zur Zeit der Ausführung geltenden «anerkannten Regeln der Technik» oder einem gleichwertigen Standard genügen (BGer 4A_428/2007 vom 02.12.2008, E. 3.1).

Mangel?

Was ist Vertragsinhalt? → **Gebrauchstauglichkeit**

Beispiele:

- Ein Windgenerator am vertraglich vereinbarten Betriebsort muss Elektrizität erzeugen können.
- Ein Fussboden beim Schwimmbad muss rutschfest sein.
- Ein Hausdach muss wasserdicht sein.

Mangel?

EFH Wettingen / Werkvertrag



SIA-Norm 271: Abdichtung von Hochbauten als anerkannte Regel der Technik?

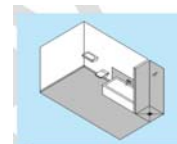
Für SIA-Fachnormen gilt die tatsächliche Vermutung, dass sie anerkannte Regeln der Technik enthalten (Gauch, Werkvertrag, Rz. 850).

Mangel?

EFH Wettingen / Werkvertrag



Merkblatt SPV Schweizerischer Plattenverband
«Verbundabdichtungen unter Keramik- und
Natursteinbelägen im Innenbereich»



Häusliches Bad mit Wanne ohne Dacheinnutzung
und planmäßig genutztem Bodenablauf im
Duschbereich

Anerkannte Regel der Technik?

Mangel / Zusammenfassung

- Vertrag
- Zugesicherte Eigenschaften
- Vorausgesetzte Eigenschaften (Normalbeschaffenheit und Gebrauchstauglichkeit. Im Bauwesen: anerkannte Regeln der Technik)
- Abweichung vom Vertrag? Ja → Mangel.

Mangel / Fall «Stützmauer»

Stützmauer



Gutachten

2. Statik

Eine statische Überprüfung hat gezeigt, dass

- die Bodenpressung zu gross ist und
- die Gleit- und Kippsicherheiten nicht normengemäss gewährleistet sind

Eine Korrektur der Situation ist unerlässlich, da die Mauer so nicht als Schweregewichtsmauer funktionieren kann.

MAUERQUERSCHNITT 1:50



Mangel / Fall «Abdichtung»



Mangel / Fall «Abdichtung»

1. Das für genutzte Dächer erforderliche Mindestgefälle ist bei keinem der Dächer eingehalten.
2. Die erforderlichen Notüberläufe zur Festlegung und Begrenzung der Anstauhöhen fehlen komplett.
3. Die Mindestaufbordungen in Höhe von 25 mm sind bei keinem der raumhohen Schiebefenster eingehalten.
4. Bei den raumhohen Fensterelementen kommt es über die offenen Stossfugen der Schwellenprofile zu einem Hinterlaufen der Abdichtung und in der Folge zu Wassereintritt sowie schädlichen Feuchtigkeitsanreicherung in der Konstruktion
5. Teilweise fehlen Aufbordungen, zum Beispiel bei den vertikalen Rahmenprofilen zwischen den einzelnen Fensterelementen
6. Undichte Verbindungen zwischen Abdichtungsbahn aus Polymerbitumen und den Flüssigkunststoffabdichtung bei den Bauteilanschlüssen

Sachmangel / Fall «Fenster»



Säule vor Fenster



Ankippter Zustand



Geöffneter Zustand

Sachmangel im Kaufvertrag bei belasten Standorten



Sachmangel im Kaufvertrag / belasteter Standort

Fehlen einer zugesicherten oder einer vorausgesetzten Eigenschaft.

Altlasten und mit Abfällen belastete Standorte gelten grundsätzlich als (rechtlicher) Sachmangel des (altlastenfrei geschuldeten) Grundstücks (vgl. Jörg Schmid, ZBGR 81/2000 S. 371).

Rechtsfolge ist grundsätzlich eine kaufrechtliche Mängelhaftung.

Sachmangel im Kaufvertrag / belasteter Standort

Kannte der Käufer den Mangel, so fingiert das Gesetz dessen Genehmigung. Eine Haftung des Verkäufers ist daher ausgeschlossen (Art. 200 Abs.1 OR).

Hat der Verkäufer Kontaminationsfreiheit zugesichert, so haftet der Verkäufer auch bei fahrlässiger Nichterkennung des Mangels durch den Käufer (Art. 200 Abs. 2 OR).

Sachmangel im Kaufvertrag / KBS

- Geschäftserfahrener Käufer : strenger Sorgfaltsmassstab, Einsicht in KBS ist Pflicht.
- «Einmal-Käufer»: lockerer Sorgfaltsmassstab (z.B. von blossen Auge eine sichtbare Belastung nicht bemerkt).
- Der «Einmal-Käufer» handelt **nicht** unsorgfältig, wenn er keine Bodenuntersuchungen vornimmt oder den Kataster der belasteten Standorte nicht konsultiert (trotzdem zu empfehlen!).
- Unsorgfältiges Vorgehen des Käufers führt zu Entfall der Haftung des Verkäufers (Art. 200 Abs. 2 OR). Verschweigt der Verkäufer eine ihm bekannte Grundstückskontamination, so ist dies regelmässig treuwidrig und damit arglistig im Sinne von Art. 199 OR.

Sachmangel im Kaufvertrag / Freizeichnung bezüglich belasteter Standorte

Ist der freizeichnende **Käufer** in Immobilienfragen **unerfahren** und weist der Kaufgegenstand nicht ein offensichtliches Kontaminierungsrisiko auf, werden Kontaminationsmängel in der Regel von einer allgemein gehaltenen unspezifizierten Freizeichnungsklausel **nicht** erfasst.

Fazit: Bei unverdächtigem Standort schützt eine allgemeine Freizeichnungsklausel den Verkäufer regelmässig nicht (ausserhalb des vernünftigerweise Vorstellbaren für den «Einmal-Käufer»).

- Empfehlung: Klausel wegen Kontaminationen / belastete Standorte in Kaufvertrag aufnehmen.

Sachmangel im Kaufvertrag / Asbest



Sachmangel im Kaufvertrag / Asbest

Asbest als Sachmangel?

- JA → Bei Zusicherung von Asbestfreiheit durch den Verkäufer (Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft).
- JA ABER → Auch in den übrigen Fällen begründet eine Asbestkontamination grundsätzlich einen Sachmangel.
- NEIN → Wenn der Kaufgegenstand mit nur geringen Kosten dekontaminiert werden kann, liegt wohl kein Sachmangel vor.

Sachmangel im Kaufvertrag / Asbest

ACHTUNG: Asbestbelastete Baustoffe sind keine belasteten Standort im Sinne des USG und daher insbesondere auch keine Altlasten.

ACHTUNG: Freizeichnungsklausel zu belasteten Standorten umfassen die Asbestbelastung nicht.

→ Empfehlung: Klausel in den Kaufvertrag zu allfälliger Schadstoffbelastung aufnehmen.

Mängelrüge

- Wann
- Detaillierte Beschreibung des Mangels
- Sonstiger Inhalt
- Form
- Adressat

Mängelrüge / bis wann

Mängelrüge: Anzeige von Mängeln am Werk resp. an der Kaufsache.

Wann? Sofort nach der Entdeckung von Mängeln (Art. 367 Abs. 1 OR / Art. 201 Abs. 1 OR).

Sofort? Rügefrist von **7 Tagen** gilt noch als angemessen (vgl. Urteile 4A_82/2008 vom 29. April 2009 E. 7.1; 4C.82/2004 vom 3. Mai 2004 E. 2.3 mit Hinweis). Einhaltung der Frist durch Versand.

Mängelrüge / Entdeckung des Mangels

Erst wenn der Besteller eine genügend substantiierte Rüge erheben kann, gilt der Mangel als entdeckt.

Erste Anzeichen: Noch keine Entdeckung.

Entdeckung erst wenn der **Besteller die Bedeutung und Tragweite der Mängel erfassen kann** (BGE 131 III 145 E. 7.2; BGE 118 II 142 E. 3b S. 148 f.).

→ Empfehlung: Dennoch sofortige Mängelrüge.

Mängelrüge / bis wann (Exkurs SIA 118)

Rügefrist in der Norm SIA 118 (Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten).

Norm SIA 118: Keine Verkehrsübung, kein Gewohnheitsrecht. Nur wenn die Parteien die Norm SIA 118 zum Vertragsinhalt erklären.

Art. 172 Abs. 1 Norm SIA 118: Rügefrist von zwei Jahren!

Mängelrüge / Inhalt

Anzeige der entdeckten Mängel (Gauch, Werkvertrag, Rz. 2130):

„Er [der Besteller] hat die Mängel nach ihrer Erscheinungsform (z.B. Risse in der Hausmauer) und gegebenenfalls nach ihrer Lage (z.B. Südfront) so exakt zu bezeichnen, dass der Unternehmer erkennen kann, was an seinem Werk beanstandet wird.“

Mängelrüge / Inhalt

Neben der Anzeige der Mängel: **Willenskundgebung**.

Zum Ausdruck bringen, dass das Werk / die Kaufsache nicht als vertragsgemäss anerkannt wird.

Beispiel: Ihre ausgeführten Arbeiten werden daher als nicht vertragskonform erkannt und von uns nicht akzeptiert. Wir machen Sie für diese Mängel haftbar.

Mängelrüge / Inhalt

Ausübung der Mängelrechte (Minderung, Nachbesserung, Wandelung)?

Kein notwendiger Inhalt einer Mängelrüge / Mängelrechte können in der Mängelrüge ausgeübt werden.

Beispiel: Wir fordern Sie auf, die oben angezeigten Mängel binnen bis spätestens 1. Dez. 2016 zu beheben.

Mängelrüge / Form

Keine Pflicht zur Einhaltung einer bestimmten Form

Aus Beweisgründen schriftlich (per Einschreiben)

Mängelrüge / Adressat

Vertragspartei,

d.h. der Unternehmer (nicht: Subunternehmer)

resp. der Verkäufer.

Mängelrüge / Zusammenfassung

Rechtzeitige Mängelrüge

Substantiierte Nennung der Mängel + Willenskundgabe.

Bei Ausübung des gewählten Mängelrechts:
Anspruch auf das gewählte Mängelrecht.

Bei Nachbesserung: Fristansetzung (angemessen).

Mängelrüge / Beispiel einer ungenügenden Mängelrüge

Das bereits am 02.11. 2006 erfolgte Schreiben, in welchem Ingenieur A. aufgefordert wurde, zum Prüfbericht des Prüfsachverständigen **Stellung zu nehmen**, sei keine genügend präzise Mängelrüge gewesen.

Im Prüfbericht seien vier **Bereiche lediglich als "problematisch" bezeichnet** worden, es seien **keine konkreten Mängel** angegeben worden und es wurde auch **nicht zum Ausdruck gebracht, dass die Stadt den Ingenieur für bestimmte Mängel haftbar machen will** (BGer 4A_53/2012, E. 6.4.1).

Mängelrechte / Arten

1. Werkvertrag (Art. 368 OR)

- Minderung
- Wandelung
- Nachbesserung (Vorrang bei Geltung der Norm SIA 118)

2. Kaufvertrag (Art. 205 OR)

- Minderung
- Wandelung

Mängelrechte / Arten

Neben Minderung / Wandelung und ev.

Nachbesserung: **Mangelfolgeschaden**

- Schaden, der Folge eines Mangels ist
- Voraussetzung: Verschulden des Verkäufers bzw. Unternehmers
- Beispiel: Wegen mangelhafter Abdichtung dringt Wasser in die Küche ein

Zusammenfassung der bisherigen Erkenntnisse am Fall «Stützmauer»

- Werkvertrag
- Entdeckung Ausbauchung
- Vorliegen eines Mangels
- Mängelrüge
- Ausübung Mängelrecht + Frist
- Anspruch auf
Nachbesserung (und
Mangelfolgeschaden)
- Durchsetzung



Mängelrechte / Verwirkung

Verletzung der Prüfungs- und Rügepflicht:
Vermutung der Genehmigung (Art. 370 Abs. 2 OR,
Art. 201 Abs. 2 und 3 OR). Folge: Erlöschen /
Verwirken der Mängelrechte.

Keine Mängelrüge / nicht rechtzeitig erhobene
Mängelrüge → Verwirkung.

Ausnahme: Arglistiges Verschweigen von Mängeln
durch den Unternehmer / Verkäufer.

Mängelrechte / Verjährung / Werkvertrag

Art. 371 OR: Die Ansprüche eines Bestellers wegen Mängeln des Werks (somit insbesondere der Anspruch auf Nachbesserung und auf Ersatz des Mangelfolgeschadens) verjähren:

- mit Ablauf von **2** Jahren ab Abnahme für bewegliche Werke,
- mit Ablauf von **5** Jahren ab Abnahme für unbewegliche Werke (gegen den Unternehmer oder den Ingenieur).

Mängelrechte / Verjährung / Einbau beweglicher Sachen in ein Werk

Art. 371 Abs. 1 OR:

„(...) Soweit jedoch Mängel eines beweglichen Werkes, das bestimmungsgemäss in ein unbewegliches Werk integriert worden ist, die Mangelhaftigkeit des Werks verursacht haben, beträgt die Verjährungsfrist fünf Jahre.“

z.B. Baumaterialien wie Fenster.

Mängelrechte / Verjährung / Werkvertrag

Abnahme?

Wie wird die Verjährung unterbrochen?

Unterbricht die Betreuung die Verjährung eines Anspruchs auf Nachbesserung?

Gibt es Mängel, die verjährt sind, bevor sie entdeckt werden?

Verjährung / Unterbruch der Verjährung einer Nachbesserungsforderung

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung (BGer 4C.258/2001, E. 4.1.264) ist klar, dass die Verjährung einer **Nachbesserungsforderung** durch Schuldbetreibung nicht unterbrochen werden kann, weil der **Betreibungsweg** für diese Forderung, die sich nicht auf eine Geldzahlung, sondern auf eine Arbeitsleistung richtet, gar **nicht offen steht** (vgl. Art. 38 Abs. 1 SchKG).

Mängelrüge unterbricht die Verjährung nicht!

Exkurs: Abtretung der Mängelrechte bei Kauf ab Plan

In der Praxis wird in Verträgen über den Erwerb von neu errichteten Wohneinheiten im Stockwerkeigentum (also von «Eigentumswohnungen») die Haftung des Verkäufers / Unternehmers ganz oder teilweise wegbedungen.

An die Stelle dieser Haftung tritt eine Abtretung der Mängelrechte des Verkäufers/Unternehmers gegen die beteiligten Planer, Unternehmer und Lieferanten.

Exkurs: Abtretung der Mängelrechte bei Kauf ab Plan

Prof. Dr. Hubert Stöckli



<https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/publiservice/publikationen/berichte/gutachten-baumaengel-d.pdf>

Exkurs: Abtretung der Mängelrechte bei Kauf ab Plan

Faktisch verbleibt dem Wohnungskäufer aufgrund der Abtretung der Mängelrechte und der Freizeichnung nur das Nachbesserungsrecht (BGE 114 II 239 E. 5c/bb: Nur die werkvertraglichen Nachbesserungsansprüche sind abtretbar).

Handwerkerliste?

Werkverträge?

Ist die Freizeichnung des Veräußerers wirksam?

Besten Dank!

«Bauen: Ein rechtliches Abenteuer»