

# Strategisch geschickt und vorausschauend agieren

Die Palette möglicher Prozesse rund ums Bauen ist breit. Dementsprechend hoch ist auch das Fehlerpotenzial. Falsch gewählte Verfahrensarten, Fristversäumnisse oder ungenügende Beweis-sicherung erhöhen das Verlust- und Kostenrisiko. Eine gute Vorbereitung kann dies verhindern.

Von Claudia Bertoldi



nehmen und der öffentlichen Hand. Wird ein öffentlicher Bauprozess eröffnet, werden automatisch die Behörden involviert, da Allgemeininteresse tangiert wird. Auf Bundesebene ist die hauptsächlichliche Rechtsgrundlage das Raumplanungsgesetz (RPG), in den Kantonen das jeweilige Baugesetz, im Kanton Zürich das sogenannte PBG. Dabei handelt es sich um zwingendes Recht, welches nicht unter den Parteien verhandelbar ist. Der betroffene Bürger steht im Unterordnungsverhältnis zum Staat, die Behörden oder Gerichte untersuchen den Sachverhalt von Amtes wegen. Ein öffentlicher Bauprozess findet unter anderem statt, wenn öffentlich-rechtliche Vorschriften, insbesondere Abstandsvorschriften, Immissionsgrenzwerte oder Ähnliches verletzt werden. Auch Enteignungsverfahren oder Einsprachen bezüglich Gestaltungs- und Quartierpläne werden im öffentlichen Bauprozess entschieden.

Zivile Bauprozesse regeln das Rechtsverhältnis zwischen privaten Parteien. Die Parteien sind untereinander gleich geordnet, die Rechtsverhältnisse grundsätzlich frei verhandelbar. Die Gerichte untersuchen den Sachverhalt nach den Vorgaben der streitenden Parteien. Die Hauptrechtsgrundlage ist das Schweizerische Zivilgesetzbuch (ZGB) und das Schweizerische Obligationenrecht (OR). Verhandelt wird in solchen Zivilprozessen unter anderem über Mängel in der Bauausführung, den Werklohn, insbesondere Bauhandwerkerpfandrechte oder über nachbarrechtliche Streitigkeiten wie Dienstbarkeiten.

Wer sich im Vorfeld gut absichert, klare Festlegungen trifft und Kontrollen durchführt, hat zwar anfangs mehr bürokrati-

schen Aufwand, wird aber während der Planungs-, Bau- und Betriebsphase weniger Stolpersteine vorfinden. Dies beginnt bereits mit der Vergabe der Arbeiten. Hier wird unter Werkvertrag und Auftrag unterschieden, die verschiedene Ansprüche an die Ausführung und somit auch Haftung stellen.

## Gestritten wird über viele Details

Der Werkvertrag (Art. 363-379 OR) bezieht sich auf die erfolgreiche Arbeitsleistung des Unternehmers bei der Herstellung, Veränderung oder Erhaltung eines Bauwerkes. Der Auftrag (Art. 394-406 OR) sieht hingegen keinen Leistungserfolg des Auftragnehmers vor, sondern fordert lediglich ein sorgfältiges Wirken des Auftragnehmers. Die SIA-Normen 118 (Werkvertrag) und 102 (Architekturvertrag) müssen im entsprechenden Vertrag für anwendbar erklärt werden, um zu gelten.

Klare Vereinbarungen sind auch bezüglich des Werklohns zu treffen, die aber nicht zwingend schriftlich festgehalten werden müssen. «Aus Beweisgründen sollten sie aber schriftlich im Werkvertrag oder zumindest als schriftliches Einverständnis des Bauherrn auf der Offerte festgehalten werden. Es ist darauf zu achten, dass Pauschal- und Regiepreise dabei nicht vermischt werden», betont die Anwältin.

## Wenn die Zahlung ausbleibt

Da der Unternehmer grundsätzlich vorleistungspflichtig ist, empfiehlt sich eine Arbeitsniederlegung grundsätzlich erst, wenn eine Teilrechnung trotz Mahnung unbezahlt bleibt. Zudem sollte der Unternehmer auch prüfen, ob ihn nicht eine Konventionalstrafe für verspätete Werkablieferung treffen könnte. Ist der Bauherr in Zahlungsverzug, ist der Architekt dennoch zur Herausgabe der Pläne und Informationen verpflichtet, da auch für ihn eine grundsätzliche Vorleistungspflicht gilt. Anderenfalls droht Schadenersatz. «Handwerker, Unternehmer und Lieferanten von

Spezialanfertigungen können ein Bauhandwerkerpfandrecht auf dem Baugrundstück im Grundbuch eintragen lassen, um ihren ausstehenden Werklohn abzusichern», betont die Anwältin. Dies muss innerhalb von vier Monaten nach Werkvollendung erfolgen. Dabei ist Vorsicht geboten, da Aufräum- und Mängelbehebungsarbeiten nicht dazu gehören. Zudem können Ingenieure und Architekten dieses Pfandrecht nicht in Anspruch nehmen.

Laut Art. 128 Abs. 3 des Obligationenrechts (OR) verjähren Forderungen aus Handwerksarbeit nach fünf Jahren. Dazu zählen manuelle Arbeiten, wobei die geistige Komponente im Hintergrund stehen sollte wie bei Maler-, Schreiner- oder Spenglerarbeiten. Für alle übrigen Forderungen beträgt gemäss Art. 127 OR die Verjährungsfrist zehn Jahre, worunter insbesondere der Werklohn des GU und TU sowie die Honorare der Architekten und Ingenieure zu subsumieren sind.

## Baumängel rechtzeitig anzeigen

Um zu seinem Recht zu kommen und den Unternehmer zur Verantwortung zu ziehen, ist eine Mängelrüge nötig. «In dieser soll der Mangel möglichst genau beschrieben und der Unternehmer zur Nachbesserung

innert einer angemessenen Frist aufgefordert werden. Aus Beweisgründen sollte die Mängelrüge per Einschreiben versandt werden. Gemäss Art. 367 OR ist der Mangel sofort, innert sieben Tagen nach dessen Entdeckung zu rügen», erklärt die Anwältin.

Ist zwischen den Parteien die SIA-Norm 118 vereinbart worden, gilt jedoch eine zweijährige Rügefrist ab Abnahme des Werks (Art. 172 SIA-Norm 118). Offensichtliche Mängel müssen bereits bei der Abnahme protokolliert werden, ansonsten wird auf deren Behebung stillschweigend verzichtet (Art. 163 SIA-Norm 118). Zudem haftet der Bauherr für die Vergrösserung des Schadens, welche auf eine späte Mängelrüge zurückzuführen ist (Art. 173 Abs. 2 SIA-Norm 118).

Gemäss Art. 169 Abs. 1 SIA-Norm 118 steht dem Unternehmer ein Nachbesserungsrecht zu. Wenn er dieses Recht nicht innert angemessener Frist wahrnimmt, kann der Bauherr entweder den Mangel auf Kosten des säumigen Unternehmers durch einen Dritten nachbessern lassen (Ersatzvornahme), eine Minderung des Werklohnes verlangen oder bei sehr gravierenden Mängeln vom Vertrag zurücktreten, womit ihm gegen Rückgabe des Werkes, was für den Unternehmer allerdings nicht mit un-

verhältnismässigen Nachteilen verbunden sein darf, sämtliche Zahlungen zurückerstattet werden (Wandelung). Ist die SIA-Norm 118 zwischen den Parteien nicht vereinbart worden, stehen diese alternativen Rechte dem Bauherrn sofort zu, also ohne vorherige Gewährung eines vorgängigen Nachbesserungsrechts an den Unternehmer. Bei Verschulden des Unternehmers muss dieser dem Bauherrn auch den sogenannten Mangelfolgeschaden ersetzen.

Grundsätzlich verjähren die Mängelrechte bei unbeweglichen Bauwerken innert fünf Jahren nach der Abnahme (Art. 371 OR und Art. 180 Abs. 1 SIA-Norm 118), im Falle einer absichtlichen Täuschung innert zehn Jahren (Art. 371 Abs. 3 i.V.m. Art. 210 Abs. 6 OR und Art. 180 Abs. 2 SIA-Norm 118). Die Verjährungsfrist wird durch Anerkennung des Mangels durch den Unternehmer, Betreibung, Schlichtungsgesuch, Klage, Einrede vor Gericht oder Verjährungseinredeverzicht des Unternehmers unterbrochen. ■



\* Silvia Eggenschwiler Suppan, lic. iur., Fachanwältin SAV Bau- und Immobilienrecht, ist als Partnerin bei Kull Ruzek Eggenschwiler Rechtsanwälte in Zürich tätig.

Nach wie vor wird in der Schweiz viel gebaut. Neuste Statistiken zeigen, dass sich vor allem in der Deutschschweiz die Anzahl der Baugesuche und Bausummen tendenziell stabil entwickeln. Wo viel gebaut wird, unterlaufen auch Fehler bei der Planung, Abwicklung oder Ausführung der Bauvorhaben. Nicht selten landen diese Unstimmigkeiten zwischen Bauherrn, Planern, ausführenden Unternehmen oder Anrainern vor Gericht. Dies verursacht nicht nur Kosten und gefährdet den Bauablauf, sondern es ist zeit- und nervenaufwendig.

## Öffentlicher oder ziviler Bauprozess

«Als erstes ist vor der Prozesseinleitung zu prüfen, ob ein öffentlicher Bauprozess zur Erreichung der Ziele möglich ist, da dieser oft weniger aufwändig und kostspielig als der zivile Bauprozess ist», betont Silvia Eggenschwiler Suppan. Die Fachanwältin für Bau- und Immobilienrecht kennt die vielen Tücken des öffentlichen und zivilen Bauprozesses. Sie berät nicht nur Klienten, sondern leitet auch Workshops zum Bauprozessrecht für Vertreter von Unter-

## Nachgefragt

### Mit welchen Thematiken müssen Sie sich als Fachanwältin am häufigsten auseinandersetzen?

Bei meiner Tätigkeit treffe ich viele Baumängel aller Art an. Da deren einzelnen Ursachen in der Regel schwierig feststellbar sind, ist der Beizug technischer Fachexperten notwendig. Zudem beschäftige ich mich oft mit der Frage der Einhaltung von Abstands-, Einordnungs-, Verkehrssicherheits- und Hygienevorschriften sowie Vorschriften des Umweltrechts wie der Einhaltung von Lärmschutzvorschriften bei Bauvorhaben. Auch die Prüfung von Rechten und Pflichten der Parteien in allen möglichen Verträgen (Grundstückkauf-, Dienstbarkeits-, Werk-, Architektur-, GU-, TU- und Mietverträgen und sonstiger Verträge rund ums Bauen und Immobilien) begleiten mich im täglichen Alltag. Dazu gehören auch die sehr häufigen Nachbarstreitigkeiten wie die zulässige Höhe der berühmten Thuja- oder Kirschlorbeerhecke des lieben Nachbarn. Aktuell beschäftige ich mich mit Streitigkeiten über Enteignungsentschädigungen infolge von Hochspannungsleitungen und Strassenausbauten.

### In welchen Fällen ist ein öffentlicher Bauprozess gegenüber einem zivilen Verfahren vorzuziehen?

In aller Regel lässt sich die Verletzung von Lärmschutzvorschriften des Nachbarn kostengünstiger und effizienter bekämp-

## ... bei Silvia Eggenschwiler Suppan

fen, wenn man die zuständigen Baubehörden beizieht, da diese von Amtes wegen dagegen einschreiten müssen. Diese sind auch dafür zuständig, für eine ausreichende Erschliessung von Grundstücken zu sorgen. Daher ist statt der kostspieligen und oft erfolglosen Erstreitigung eines Notweg- oder Notleitungsrecht auf dem Zivilweg einem entsprechenden Erschliessungsgesuch bei der örtlichen Baubehörde klar den Vorzug zu geben. Im Kanton Zürich erfolgt dies durch die Einleitung eines sogenannten Quartierplanverfahrens.

### Was sind typische Versäumnisse und Fehler, die Firmen bei der Abwicklung von Bauvorhaben unterlaufen?

Vorzeitige Vernichtung von Beweisen, versäumte Mängelrügen und unbedachte Zugeständnisse treffe ich sehr oft an. Sie führen leider dazu, dass grundsätzlich berechnete Ansprüche nicht mehr erfolgreich durchgesetzt werden können.

### Was sind die Konsequenzen, wenn ein Bauherr kein Nachbesserungsrecht nach der SIA-Norm 118 gewährt?

Er kann seinen Ersatzvornahme-, Minderungs- oder Wandelungsanspruch gerichtlich nicht durchsetzen. Dies wird erst möglich sein, wenn er dem Unternehmer Gelegenheit gibt, den Mangel nachzubessern und dies nicht innert angemessener Frist geschieht.