

ARBEITSRECHT

RECHTSFRAGEN IM BETRIEBLICHEN ALLTAG



VERTIEFUNGSEMINAR WERKVERTRAGSRECHT (INKL. BAUHANDWERKERPFANDRECHT)

Referent: lic .iur. Joseph B. Koch, Rechtsanwalt, Toggenburgerstrasse 35, 9500 Wil SG
071 912 30 50, j.koch@gkr.ch, www.gkr.ch

DER WERKVERTRAG

1 Vertragsgegenstand

1.1 Grundlagen

1.1.1 Begriff Vertrag

Definition Austausch übereinstimmender Willenserklärungen, der eine dem übereinstimmenden Willen entsprechende Rechtsfolge bewirkt.

Form Möglich sind schriftliche oder mündliche Willensäußerungen. Auch stillschweigend, durch sogenanntes konkludentes Verhalten, kann ein Vertrag entstehen. Die Wahl der Form ist grundsätzlich frei, es sei denn, das Gesetz schreibe für ein bestimmtes Rechtsgeschäft eine bestimmte Form vor (Grundstückkauf, Testament usw.)

1.1.2 Begriff Werkvertrag

Der Werkvertrag ist ein Vertrag, durch den sich der Unternehmer zur Herstellung eines Werkes, der Besteller zur Leistung einer Vergütung verpflichtet (OR 363).

1.1.3 Abgrenzung gegenüber Kaufvertrag

Kaufvertrag Verpflichtung des Verkäufers zur Sachübergabe und Eigentumsverschaffung steht im Vordergrund.
Preis muss bestimmt oder objektiv bestimmbar sein.

Werkvertrag Unternehmer schuldet die Leistung eines Erfolges oder eines messbaren Arbeitsergebnisses.
Preis muss nicht bestimmt (objektiv bestimmbar) sein; kann im Streitfall vom Richter nach dem Wert der Arbeit und den Aufwendungen festgesetzt werden.

Vertrag über eine erst herzustellende Sache ist Werkvertrag, wenn die Sache Einmaligkeitscharakter aufweist und nicht routinemässig hergestellt wird; Erwerb einer erst herzustellenden Sache ist Kauf.

1.1.4 Abgrenzung gegenüber Verträgen auf Arbeitsleistung (Auftrag, Arbeitsvertrag)

Werkvertrag	Arbeitsleistungsvertrag
Leistungspflicht Erfolg der Arbeit; Haftung für Mängel auch bei sorgfältiger Arbeit. Entschädigungen nach Erfolg	Arbeitseinsatz und Sorgfalt; Entschädigung nach Arbeits- und evtl. sonstigem Aufwand
Gefahr des Misslingens beim Unternehmer	beim Auftraggeber/Arbeitgeber
Pflicht zur persönlichen Leistung in der Praxis nur ausnahmsweise	bei Auftrag oft, bei Arbeitsvertrag immer
Weisungsrecht/Subordination fehlt	gegeben (bei Auftrag: Weisungsrecht)
Beendigung «Rücktritt»: Verzicht auf Vollendung bei Unternehmer ausgeschlossen, seitens des Bestellers nur gegen volle Schadloshaltung.	Widerruf/Kündigung bei Auftrag jederzeit (evtl. gegen teilweise Schadloshaltung). Beim Arbeitsvertrag nach spezifischen Kündigungsregeln.

1.2 Vertragsinhalt

1.2.1 Gesetzliche Regelung

1.2.1.1 Nur summarische Regelung in Art. 364–367 OR

- allgemeine Sorgfaltspflicht
- persönliche Ausführung
- Haftung für Güte des Werkstoffes
- rechtzeitige Vornahme und vertragsgemässe Ausführung
- Haftungsgrundsatz

1.2.1.2 Vertragliche Regelung

Typischerweise ist im Werkvertrag eine individuelle Leistung geschuldet, welche vertraglich auch einzeln umschrieben werden muss. Für die nähere, individuelle Ausgestaltung des Vertragsverhältnisses im Bauhaupt- und Baunebengewerbe gelten meistens die Bestimmungen der

1.2.1.3 SIA-Normen

(Auszug aus: Aktuelles Handbuch zur Norm SIA 118)

Gültigkeit von Normen: Eine Norm als Muster-Vertragstext kann von sich aus keine rechtliche Wirkung erzielen, sondern nur

- wenn sie von einer Behörde (öffentliches Recht) als verbindlich erklärt wurde; eine Gemeinde kann z.B. für ihr Gebiet eine bestimmte technische Strassenbaunorm als allgemein verbindlich erklären
- wenn sie von den Vertragsparteien ausdrücklich als auf ihr Rechtsverhältnis anwendbar erklärt wird.

Fehlen in einem Werkvertrag zwischen Bauherrn und Unternehmer Bestimmungen über die Anwendung einer Norm, so gelten ausschliesslich die Vorschriften des OR (Art. 363 ff.) und allenfalls öffentlich-rechtliche Regelungen. Haben die Parteien aber die Anwendung einer Norm verabredet, so geht diese private Regelung dem Gesetz vor. Sie wird Bestandteil des Werkvertrages und tritt an die Stelle des Gesetzes, soweit sie diesem widerspricht (Ausnahme: zwingende Gesetzesvorschriften).

Aber: Werden im Werkvertrag selbst Sonderregelungen getroffen, welche ihrerseits von der Norm abweichen, so sind bezüglich dieser Punkte die Sonderregelungen gültig und ersetzen die Vorschriften der Norm, obschon generell die Norm als anwendbar erklärt wurde. Das gilt allgemein auch dann, wenn die Norm selber solche Sonderregelungen verbietet.

1.2.1.4 Norm SIA 118 «Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten»

Heute gültig sind die «Allgemeinen Bedingungen für Bauarbeiten», Norm SIA 118, Ausgabe 2013. Sie umfassen den zur Zeit weitgehend gebräuchlichen Inhalt von Bau-Werkverträgen und stellen, wenn sie von den Parteien als anwendbar erklärt werden, einen praktisch vollständigen Vertragstext dar – abgesehen selbstverständlich von der Umschreibung des Bauobjektes und der technischen Spezifikationen.

Die Zweckmässigkeit der Norm sowie die Unterstützung durch die wichtigsten einschlägigen Berufsverbände führten dazu, dass die Norm SIA 118 heute auf das werkvertragliche Verhältnis zwischen Bauherrn und Bauunternehmer in der Schweiz sehr weitgehend angewandt wird, wenn auch verschiedene Behörden, Generalunternehmungen sowie Architektur- und Ingenieurfirmen noch eigene Ergänzungs- und Abänderungsbedingungen zur Anwendung bringen.

Die Norm SIA 118 «Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten» ist die wichtigste Werkvertragsgrundlage der Schweizer Bauwirtschaft. Über dreissig Jahre nach deren letzten umfassenden Revision war nun aber eine Aktualisierung erforderlich. Um die bewährte Substanz der Norm und insbesondere die Ausgewogenheit der Vertragsbestimmungen zu erhalten, wurden Änderungen nur dort vorgenommen, wo dies absolut notwendig war.

Die Norm SIA 118 Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten enthält Regeln betreffend Abschluss, Inhalt und Abwicklung von Verträgen über Bauarbeiten. Vertragsparteien sind demnach einerseits die Unternehmungen andererseits die Bauherrschaft, die in der Regel vom Architekten oder der Architektin vertreten wird. Die Norm ergänzt die allgemeinen Regelungen des gesetzlichen Werkvertragsrechts (Artikel 363 bis 379 OR) für das Baugewerbe. Die Anwendung der Norm ist zwar freiwillig, doch wird sie in der Schweiz fast flächendeckend angewendet.

Die Norm SIA 118 hat sich bewährt und gilt als zwischen den Vertragsparteien ausgewogen. Seit ihrer letzten grundlegenden Revision im Jahre 1977 wurden 1991 jedoch lediglich drei kleine Präzisierungen vorgenommen. Spätere Entwicklungen des Bauvertragsrechts, zum Beispiel die neue Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, IVöB) oder der Wechsel von der Warenumsatzsteuer (WUSt) zur Mehrwertsteuer (MWST), sind in der Fassung 1977/1991 noch nicht berücksichtigt. Um die bewährte Struktur und Substanz der Norm beizubehalten, entschied sich der SIA für eine sanfte Revision. Wichtigstes Ziel der breit abgestützten Revision war es, das Gleichgewicht zwischen Bauherren- und Unternehmerinteressen zu wahren. Entsprechend wurden Änderungen nur dort vorgenommen, wo sie nicht zu einer Verschiebung des Gleichgewichts zwischen den Vertragsparteien führten, die Rechtssicherheit erhöht wurde und das Bedürfnis der bauwirtschaftlichen Praxis nachgewiesen war.

Wesentliche Änderungen

Die wesentlichsten Änderungen gegenüber der Ausgabe 1977/1991 betreffen:

- Rügefrist: Der Begriff «Garantiefrist» wird konsequent durch «Rügefrist» ersetzt. Damit wurde der Kritik Rechnung getragen, dass Garantiefrist mit Verjährungsfrist verwechselt werden kann. Die ehemals in einer Fussnote festgelegte Rügefrist von zwei Jahren, ist neu in den Normentext integriert. Die Mindest- und Höchstbeträge des Rückbehalts bei Solidarbürgschaft (5 bis 10%) sind an die Teuerung seit 1977 angepasst worden.
- Qualitätsmanagement: Neu gibt die Norm vor, dass bereits die Ausschreibung der Bauherrschaft Bestimmungen zu speziellen Anforderungen an die Qualität, die Organisation und die Arbeitsabläufe enthalten muss. Die bestehende Bausubstanz wird dem Baugrund gleichgestellt, womit die Bauherrschaft deren Beschaffenheit zu prüfen und in der Ausschreibung die erforderlichen Angaben zu machen hat. Zudem wird klargestellt, dass Prüfungen, die während der Ausführung getätigt werden, nur als Zwischenprüfung und nicht als Abnahme gelten.
- Teuerungsabrechnungsverfahren: Die wichtigste inhaltliche Änderung betrifft die Teuerungsabrechnungsverfahren. Da das Mengennachweisverfahren in der Praxis des Bauwerkvertrags praktisch bedeutungslos geworden ist, werden neu die indexierten Verfahren als Leitverfahren bei Preisänderungen definiert. Die Einzelheiten sind in der neuen Normenserie SIA 121 bis 124 geregelt.

- Öffentliches Vergaberecht: In Anpassung an die Änderungen im öffentlichen Vergaberecht enthält die Norm SIA 118 nun einen klaren Verweis, dass beim Bauen mit der öffentlichen Hand das öffentliche Vergaberecht vorbehalten bleibt.
- Mehrwertsteuer: Wenn nicht anderes vereinbart ist, gilt bei einer Preisangabe die MWST als nicht eingerechnet (eine eigentliche Usanz im Baugewerbe, die jedoch bislang nicht klar definiert war).

Die übrigen Änderungen sind untergeordneter Natur und oft Anpassungen an neue gesetzliche Begriffe.

1.3 Offertwesen im Werkvertrag

Der Abschluss eines Werkvertrages ist weder nach Gesetz noch nach der Norm SIA 118 an eine bestimmte Form gebunden. Er kann deshalb schriftlich, mündlich oder durch entsprechendes Handeln (konkludente Handlung) rechtsgültig abgeschlossen werden. Entscheidend ist einzig, in welcher Form die Parteien den Vertrag abschließen wollen.

1.3.1 Schriftlicher Vertragsabschluss

Wenn Bauherr und Unternehmer vereinbaren, dass der Werkvertrag schriftlich abzuschliessen sei, so ist die Einhaltung dieser Form Voraussetzung für die Gültigkeit des Vertrages. Wenn nichts anderes vereinbart wird, genügt auch

- die briefliche oder telegrafische Erklärung des Bauherrn des Inhaltes «Ich erteile Ihnen hiermit den Auftrag gemäss Ihrer Offerte vom...»
- und die briefliche oder telegrafische Bestätigung des Unternehmers, wobei erst noch fraglich ist, ob eine solche im Falle einer rechtsgültig unterzeichneten Offerte überhaupt nötig ist, siehe oben.

Trotz vereinbarter Schriftlichkeit kommt übrigens ein Werkvertrag durch konkludente Handlung zustande, wenn der Unternehmer mit ausdrücklicher oder erkennbarer stillschweigender Zustimmung des Bauherrn mit den Arbeiten beginnt; ob es sich dabei bereits um den vorgesehenen, der Schriftlichkeit bedürftigen Werkvertrag handelt oder vorläufig nur um einen Teilauftrag für eine erste Etappe, muss nach den Umständen des Einzelfalles beurteilt werden. Jedenfalls ist die Lage unklar und wird wahrscheinlich zu Streit führen: Wir können dem Unternehmer nur empfehlen, nicht mit irgendwelchen Arbeiten zu beginnen, solange er vom Bauherrn nichts Schriftliches in Händen hat!

Spätere Änderungen eines Werkvertrages bedürfen keiner besonderen Form, auch wenn der Vertrag selber der Schriftform bedurfte.

1.3.2 Mündlicher Vertragsabschluss

Bauherr und Unternehmer vereinbaren mündlich, dass der letztere bestimmte Arbeiten ausführen soll. Oft geschieht das an Ort und Stelle oder bei einem Glas Wein. Allein durch diese gegenseitige Absprache kommt der Vertrag bereits zustande.

Häufig hat zuvor der Unternehmer eine schriftliche Offerte eingereicht. Auch in diesem Fall genügt die mündliche (auch telefonische) Abrede, dass nun der Vertrag geschlossen werde. Meist geschieht das unter Verweis auf die Offerte, womit wenigstens etwas Schriftliches vorliegt. Jede bei Vertragsabschluss mündlich getroffene Vereinbarung geht aber der (schriftlichen) Offerte vor – sofern sie sich beweisen lässt!

Die Norm SIA 118 nimmt die letztere Art des Vertragsabschlusses als Normalfall an (Art. 19 Abs. 1 und 2 Norm SIA 118), ergänzt aber, dass der Unternehmer das Recht haben soll, vom Bauherrn eine schriftliche Bestätigung des Vertragsabschlusses zu verlangen. Sofern diese «Bestätigung» nicht noch irgendwelche Präzisierungen zum Vertragsinhalt enthält, hat sie indessen keinerlei rechtliche Bedeutung ausser derjenigen, dass durch sie der Vertragsabschluss als solcher bewiesen werden kann. Dieselbe Wirkung hat es, wenn statt dessen der Unternehmer dem Bauherrn (möglichst eingeschrieben) den Empfang des mündlichen oder telefonischen Zuschlages bestätigt und der Bauherr nicht sofort widerspricht. Welche Lösung im Einzelfall eleganter ist, ist keine rechtliche, sondern eine rein psychologische Frage.

1.3.3 Abschluss durch konkludente Handlung

Es kann vorkommen, dass sich der Bauherr und der Unternehmer über den Vertragsinhalt nicht klar aussprechen, also etwa über den genauen Umfang der Arbeiten, über die Höhe des Werklohnes und so weiter. Der fehlende Inhalt des Vertrages ist dann nach dem wahrscheinlichen Willen der Vertragspartner und nach den dispositiven Vorschriften des Obligationenrechtes zu ergänzen. Der Vertrag ist trotzdem (mündlich oder schriftlich) zustande gekommen.

In einem solchen Fall kommt immer dann ein Werkvertrag «durch konkludente Handlung», also durch entsprechendes Verhalten der Parteien zustande, wenn

- der Unternehmer mit den vertraglichen Arbeiten (auch nur schon mit der Baustelleninstallation) beginnt,
- der Bauherr von dieser Arbeitsaufnahme Kenntnis hat und den Unternehmer gewähren lässt, also nicht innert kurzer Frist Einspruch erhebt,
- oder der Bauherr sogar gewisse Mitwirkungshandlungen vornimmt, etwa dem Unternehmer Ausführungspläne zustellt oder einen vorgesehenen Vorschuss leistet.

Es liegt in einem solchen Falle eine «stillschweigende gegenseitige Willensäusserung der Parteien» im Sinne von Art. 1 Abs. 1 und 2 OR vor. Bedingung ist dabei stets, dass die durch konkludentes Verhalten bezeugte Willensäusserung beidseitig ist, das heisst jede Partei muss eine solche konkludente Verhaltensweise gezeigt haben. Erst dann, aber immerhin dann ist der Werkvertrag zustande gekommen.

1.4 Inhalt der Offerte

Als verbindlich angeboten gilt grundsätzlich genau das, was der Unternehmer dem Bauherrn sagt oder schreibt, und nichts anderes. Theoretisch genügt es zwar, dass die angebotene Leistung genügend klar umschrieben ist (z.B. «ein Badezimmer wie in der Ausstellung besprochen»), doch kann nicht genügend empfohlen werden, die offerierte Leistung möglichst ausführlich und genau zu umschreiben.

Meistens gehörten zum wesentlichen Inhalt auch der Preis, der Termin und allgemeine Vertragsbestimmungen. Normalerweise hat bereits der Bauherr in der Einladung oder Ausschreibung das auszuführende Objekt mehr oder weniger genau umschrieben, die gewünschten Termine angegeben und weitere Vertragsbestimmungen vorgeschlagen, allenfalls die Norm SIA 118 als anwendbar erklärt. Er erwartet vom Unternehmer nur noch ein Preisangebot.

In diesem Falle wird der Unternehmer das anzubietende Objekt nicht mehr selber umschreiben, sondern auf das Leistungsverzeichnis oder den Baubeschrieb des Bauherrn Bezug nehmen. Das kann auch stillschweigend geschehen.

Da die Ausschreibungsunterlagen meist weitgehend Bestandteil seiner Offerte und später auch des Vertrages werden, wird sie der Unternehmer gründlich prüfen müssen, einesteils um sich ein klares Bild von den zu erwartenden Kosten zu machen, andererseits aber auch weil er schon im Offertstadium Abmahnpflichten hat.

Wir denken etwa an die Beurteilung von

- Baugrund (auf Grund von Angaben des Bauherrn oder eigenen Abklärungen)
- Konstruktion des Werkes und Materialien
- Bauverfahren und Bauablauf
- Zufahrt, Installationsplatz, Energie- und Wasserbezug
- Örtliche Bau-, Lärm- und Gewässerschutzvorschriften usw.

Hier sei nur darauf hingewiesen, dass der Unternehmer

- entweder bereits in der Offerte abmahnen
- oder von sich aus etwas anderes offerieren

muss, wenn er den Baugrund oder die in der Ausschreibung vorgesehene Ausführungsart für unzweckmässig hält. Wohl könnte auch noch im Verhandlungsstadium abgemahnt werden, aber wenn der Bauherr die Offerte ohne weitere Verhandlungen annimmt, besteht diese Möglichkeit nicht mehr.

1.5 Insbesondere Bestimmung des Werkpreises

Der Werkvertrag ist ein «vollkommen zweiseitiger Vertrag», bei dem sich Leistung und Gegenleistung gegenüberstehen. Die Höhe der vom Bauherrn zu leistenden Vergütung ergibt sich aus dem einzelnen Werkvertrag. Ist nichts Konkretes vereinbart, so bestimmt sich der Werklohn «nach Massgabe des Wertes der Arbeit (nicht des Werkes!) und der Aufwendungen des Unternehmers» (Art. 374 OR). Man spricht dann von «Regiearbeiten».

Werden im Voraus feste Preise verabredet (Art 373 OR), so geschieht das üblicherweise in einer der folgenden Formen, welche auch in der Norm SIA 118 vorgesehen und umschrieben sind:

- Pauschalpreis («absoluter» Festpreis für das ganze Werk)
- Globalpreis (Festpreis für das ganze Werk, aber mit Anpassung an die Teuerung)

1.5.1 Global- und Pauschalpreise

Ein Pauschalpreis ist eine im Voraus vertraglich bestimmte feste Vergütung für bestimmte werkvertragliche Leistungen. Zum verabredeten Pauschalpreis hat der Unternehmer sein Werk zu errichten, unbekümmert darum, wie viel es ihn tatsächlich kostet.

Wichtig: Art, Umfang und Qualität der auszuführenden Arbeiten sollten möglichst genau umschrieben werden!

Im Gegensatz zum Pauschalvertrag ist die Preisvereinbarung im Globalvertrag teuerungsberechtigt. Ansonsten gelten für beide Vertragstypen dieselben Regelungen.

1.5.2 Einheitspreise

Im Vertrag mit Einheitspreisen ist die Vergütung des Unternehmers je Einheit des Arbeitserfolges (m³, Laufmeter, Anzahl usw.) festgelegt. Zu jeder Einheitspreisposition des Leistungsverzeichnisses gehört ein «Preis pro Einheit». Dadurch wird die Position zu einer Festpreisposition im Sinne von Art. 373 OR, obschon die Mengen meist noch nicht genau bekannt sind: Der Unternehmer kann (pro Einheit) nicht mehr verlangen, auch wenn seine Kosten höher sind; er erhält den vollen Preis aber auch wenn er weniger Aufwendungen hat als vorgesehen.

1.5.3 Zu den Mengen (Ausmass)

Während die Einheitspreise im Werkvertrag meist eindeutig festgehalten sind (allenfalls vorbehältlich Teuerung), sind die zu erbringenden Mengen meist nur als Anhaltspunkt festgelegt. Sie müssen nachträglich festgestellt werden durch das Ausmass.

1.6 Vertrags- bzw. Bestellungenänderung

Grundsätzlich kann jeder Vertrag jederzeit geändert werden. Dazu bedarf es aber der übereinstimmenden Willensäusserung der Vertragsparteien.

Wenn die Norm SIA 118 ein Bestandteil des Werkvertrages ist, hat der Bauherr die Möglichkeit, einseitig, also ohne Zustimmung des Unternehmers seine Bestellung zu ändern, das heisst durch Weisungen oder Änderung von Plänen eine andere Ausführung des Werkes zu verlangen, als vertraglich vorgesehen war. Ist die Norm SIA 118 nicht Vertragsbestandteil, so hat der Bauherr dieses Recht nicht.

1.7 Preisanpassung bei Beststellungsänderungen

Die Norm SIA 118, welche in Art. 84 das Recht des Bauherrn auf einseitige Beststellungsänderungen einführt, regelt im einzelnen auch das Festlegen der nötig werdenden neuen Preise (Art. 86 ff. Norm SIA 118).

1.7.1 Anpassung der Einheitspreise

Soweit der ursprüngliche Werkvertrag Einheitspreise vorsieht (meist durch Verweis auf das Devis), bleiben diese bei Beststellungsänderungen normalerweise anwendbar. Ändern aber die Umstände in erheblichem Masse, so sind auch die entsprechenden Einheitspreise neu festzulegen (siehe Art. 86+87 Norm SIA 118).

1.7.2 Anpassung bei Global- oder Pauschalpreisen

Grundsätzlich muss jede Beststellungsänderung zu einer Anpassung dieses Gesamtpreises führen, das heisst bei einer Änderung der Leistung selbst oder der Ausführungsvoraussetzungen ist ein Mehr- oder Minderpreis in gegenseitigem Einvernehmen festzusetzen.

Ausnahme: reine Zusatzarbeiten, welche die Durchführung des ursprünglich bestellten Werkes nicht berühren, können ohne weiteres in Regie vergeben werden; es handelt sich dann um einen **Zusatzvertrag**, der ebenfalls die Zustimmung beider Parteien benötigt.

Bei **Globalpreisen** ist ein Mehr- oder Minderpreis auf der Basis der «ursprünglichen Kostengrundlage» festzulegen (Art. 62/63 Norm SIA 118). Auf den so festgelegten neuen Globalpreis ist die vertraglich vereinbarte Teuerungsabrechnung (Art. 64 ff. Norm SIA 118 und Teil 6/8) anzuwenden, und zwar ebenfalls auf der Basis, die bei Abschluss des ursprünglichen Werkvertrages gültig gewesen war.

Bei **Pauschalpreisen** sieht die Norm SIA 118 vor, dass ein Mehr- oder Minderpreis festgelegt wird auf der Basis der «Kostengrundlage» (Art. 62/63 Norm SIA 118), wie sie im Zeitpunkt der Beststellungsänderung gültig ist. Das hat folgende Konsequenzen:

- Obwohl im Pauschalvertrag grundsätzlich jede Anpassung des Preises an die Teuerung ausgeschlossen ist, hat der Bauherr nachträgliche Erweiterungen des Arbeitsumfanges nicht zu den Preisen zu bezahlen, die bei Abschluss des Werkvertrages üblich waren, sondern zum Preis, welcher die seither eingetretene Teuerung berücksichtigt.
- Wird eine ursprüngliche vorgesehene Leistung durch eine andere in ähnlichem Umfange ersetzt, so bleibt praktisch die ursprüngliche Preisbasis erhalten, da sowohl die wegfallende wie die neu auszuführende Leistung aufgrund der gleichen (neuen) «Kostengrundlage» zu bewerten ist.
- Fällt durch eine Beststellungsänderung ein Teil der verabredeten Leistung ersatzlos dahin, so ist der gesamte Werkpreis nicht etwa um den Betrag zu verringern, den der Unternehmer ursprünglich für diese Leistung kalkuliert hatte. Vielmehr ist der um die seitherige Teuerung erhöhte Betrag abzuziehen, den der Unternehmer aufgrund der «Kostengrundlage» bei Beststellungsänderung dadurch einspart, dass er die betreffende Leistung nicht ausführen muss.

Weitere Punkte, welche allenfalls berücksichtigt werden müssen, sind

- Anpassung für Baustelleneinrichtung
- Anpassung der Fristen und Termine
- Entschädigung nutzlos gewordener Arbeiten

Wichtig

- Immer vorher reagieren, wenn möglich schriftlich
- Alle Umstände der geänderten Situation mitberücksichtigen

2. Abnahme des Werkes I Mängelhaftung

2.1 Abnahme

Art. 367 OR: *«Nach Ablieferung des Werkes hat der Besteller, sobald es nach dem üblichen Geschäftsgang tunlich ist, dessen Beschaffenheit zu prüfen und den Unternehmer von allfälligen Mängeln in Kenntnis zu setzen. Jeder Teil ist berechtigt, auf seine Kosten eine Prüfung des Werkes durch Sachverständige und die Beurkundung des Befundes zu verlangen.»*

Im Gegensatz zu beweglichen Werken kann ein Bauwerk dem Bauherrn nicht materiell überbracht werden, und der Unternehmer kann ihm auch nicht das Eigentum daran verschaffen. Das Werk steht ja bereits auf Grund und Boden des Bestellers oder eines Dritteigentümers und ist nach Sachenrecht bereits dessen Eigentum.

Die Ablieferung eines Bauwerkes im Sinne des Obligationenrechtes geschieht deshalb durch eine einfache Meldung des Unternehmers an den Bauherrn, die werkvertraglichen Arbeiten seinen beendet. Nach schweizerischer Auffassung (im Gegensatz zur Praxis in Deutschland) ist eine Annahmeerklärung des Bestellers nicht nötig, und demnach ist eigentlich auch kein Annahmeverzug des Bauherrn möglich. Mit der Anzeige der Vollendung der Arbeiten ist die Ablieferung im Rechtsinne erfolgt, ob der Besteller will oder nicht und völlig ohne sein Zutun.

Nach erfolgter «Ablieferung», also Anzeige der Vollendung, hat der Bauherr das Werk sofort zu prüfen und allfällige Mängel zu rügen.

Dieses gesetzliche Verfahren ist nicht zwingendes Recht und im allgemeinen auch nicht zweckmässig. In der Praxis kommt es zwar bei kleineren Arbeiten oft vor, dass der Unternehmer einfach die Baustelle räumt und dem Bauherrn die Rechnung schickt. Besser ist es aber zweifellos, wenn er den Bauherrn auffordert, das nach seiner Meinung vollendete Werk mit ihm zusammen zu besichtigen und «abzunehmen». Das sollte bereits im Werkvertrag vorgesehen werden, was aber nicht ganz einfach ist, weil verschiedene mögliche Auswirkungen zu berücksichtigen sind. Wir empfehlen deshalb, das in Art. 157-164 Norm SIA 118 ausführlich umschriebene, weitgehend üblich gewordene Verfahren in den Werkvertrag zu übernehmen, auch wenn die Norm SIA 118 im übrigen nicht Vertragsbestandteil sein sollte.

Nach der Regelung der Norm SIA 118 hat ebenfalls der Unternehmer dem Bauherrn mitzuteilen, seine Arbeiten seien vollendet. Damit ist aber nicht bereits die Ablieferung des Werkes erfolgt, sondern nun soll der Bauherr gemeinsam mit dem Unternehmer das Werk prüfen, eben «abnehmen». Erst mit dieser Abnahme ist es im Sinne des Gesetzes abgeliefert.

2.2 Mängel

- sind «Abweichungen des Werkes vom Vertrag»
- offene Mängel sind bei sorgfältiger Prüfung zu erkennen
- versteckte Mängel sind nicht offensichtlich, treten aber innert der Gewährleistungsfrist zu Tage

2.3 Wirkung von Ablieferung/Abnahme

Die Ablieferung bzw. Abnahme des «vollendeten Werkes», das heisst der werkvertraglich zu erbringenden Arbeiten, hat die folgenden Wirkungen:

	nach OR	SIA 118
1. Die Gefahrentragung für den Untergang oder die Beschädigung des Werkes geht vom Unternehmer auf den Besteller über	ja: Art. 376	ja: Art. 157, 187, 188
2. Die Prüfungsfrist (sehr kurz) zur Wahrung der Mängelrechte des Bauherrn beginnt zu laufen	ja: Art. 367	nein ¹
3. Die Garantiefrist beginnt zu laufen	nein: keine	ja: Art. 157, 172
4. Die Verjährungsfrist für die Mängelrechte des Bauherrn beginnt zu laufen	ja: Art. 371	ja: Art. 157, 180
5. Der Werklohn wird fällig, die Verjährungsfrist für den Werklohn beginnt zu laufen	ja: Art. 372	nein ²
6. Zweimonatsfrist für Einreichung der Schlussabrechnung beginnt zu laufen	nein: keine	ja: Art. 154

Anmerkungen

- ¹ Nach Norm SIA 118 ist bei der Abnahme die Prüfung bereits erfolgt (Art. 158), oder sie ist unterblieben und kann nicht nachgeholt werden (Art. 164 Abs. 1); in letzterem Fall besteht während der Garantiefrist volle Mängelhaftung (Art. 174 Abs. 1 in Zusammenhang mit Art. 163).
- ² Nach Norm SIA 118 wird der Werklohn (abgesehen von Abschlagszahlungen usw.) unabhängig von der Abnahme fällig nach Prüfung der Schlussabrechnung (Art. 155).

Art. 370 OR: Wird das abgelieferte Werk vom Besteller ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt, so ist der Unternehmer von seiner Haftpflicht befreit, soweit es sich nicht um Mängel handelt, die bei der Abnahme und ordnungsgemässen Prüfung nicht erkennbar waren oder vom Unternehmer absichtlich verschwiegen wurden.

2.4 Mängelrechte des Bauherrn

Liegt ein Mangel vor, für welchen der Unternehmer haftet, so hat der Bauherr nach Art. 368 OR die Wahl zwischen folgenden Ansprüchen:

- **Minderung**, das heisst Herabsetzung des vertraglichen Werklohnes;
- **Nachbesserung**, das heisst Behebung des Mangels durch den Unternehmer, sofern dies ohne übermässige Kosten möglich ist; an die Stelle der Nachbesserung selber kann die Ersatzvornahme treten, wenn der Unternehmer nicht nachbessern kann oder will;
- **Wandelung**, das heisst Rücktritt vom Vertrag, sofern der Mangel so schwerwiegend ist, dass dem Bauherrn die Annahme billigerweise nicht zugemutet werden kann und sofern (bei Bauwerken) die Entfernung des Werkes keine *unverhältnismässigen Nachteile* mit sich bringt.

Auch nach der Norm SIA 118 stehen dem Bauherrn diese Mängelrechte zur Verfügung. Er hat aber keine freie Wahlmöglichkeit, sondern er muss dem Unternehmer auf jeden Fall vorerst die Gelegenheit geben, den Mangel zu beheben, wofür er ihm eine bestimmte (vernünftige) Frist anzusetzen hat (Art.169 Norm SIA 118). Nur wenn der Unternehmer diese Frist ungenützt verstreichen lässt oder wenn er sich ausdrücklich weigert oder offensichtlich unfähig ist, den Mangel zu beheben, hat der Bauherr die gesetzliche Wahlfreiheit.

2.4.1 Nachbesserung

Durch die einseitige, dem Unternehmer zugestellte Erklärung des Bauherrn, dass er Behebung des Mangels verlange, entsteht die einklagbare Pflicht des Unternehmers, die verlangte Nachbesserung auf seine Kosten vorzunehmen. Dazu ist grundsätzlich kein Urteil eines Richters nötig, es sei denn, der Unternehmer

- bestreite das Vorliegen eines Mangels
- mache geltend, dass er für den Mangel nicht hafte
- behaupte, die Nachbesserung würde «übermässige Kosten» im Sinne von Art. 368 Abs. 2 OR verursachen

Übt der Bauherr sein Mängelrecht dadurch aus, dass er Nachbesserung verlangt, so lebt die ursprüngliche Pflicht des Unternehmers wieder auf, ein mängelfreies Werk herzustellen.

Die Behebung des Mangels ist nichts anderes als die nachträgliche Erfüllung des Werkvertrages. Dabei soll der Bauherr so gestellt werden, wie wenn der Vertrag von Anfang an mängelfrei erfüllt worden wäre. Das bedeutet:

- Der Unternehmer hat für sämtliche Kosten aufzukommen, welche durch die Mängelbehebung entstehen. Das sind nebst den Vorbereitungs- und Reparaturarbeiten selbst auch alle dabei entstehenden Beschädigungen anderer Werkteile, allfällige Mehrkosten für die Bauleitung (so ausdrücklich in Art. 170 Abs. 1 Norm SIA 118), aber auch Mehrkosten von Neben- oder Nachunternehmern oder Kosten wegen vorübergehender Unbrauchbarkeit des Werkes.
- Umgekehrt hat aber der Bauherr diejenigen Kosten zu übernehmen, welche ihm auch bei von Anfang an mängelfreier Ausführung des Werkes entstanden wären (so ausdrücklich in Art. 170 Abs. 2 Norm SIA 118), ebenso einen allfälligen Mehrwert, wenn bei der Mängelbehebung mit seinem Einverständnis Verbesserungen gegenüber der vertraglichen Leistung vorgenommen werden.

2.4.2 Ersatzvornahme

Hat der Bauherr vom Unternehmer Nachbesserung verlangt und hat der Unternehmer seine Nachbesserungspflicht anerkannt oder wurde diese durch den Richter festgestellt, so kann der Bauherr vom Unternehmer selbstverständlich verlangen, dass er die Nachbesserung tatsächlich vornehme. Dazu regelrecht zwingen (etwa durch Polizeieinsatz) kann er ihn aber nicht. Weigert sich der Unternehmer, so bleibt dem Bauherrn nichts anderes übrig, als den Mangel durch einen Dritten beheben zu lassen oder ihn selber zu beheben. Der säumige Unternehmer hat dem Bauherrn die tatsächlichen Kosten der Mängelbehebung zu ersetzen.

2.4.3 Minderung

Durch einseitige, dem Unternehmer zugestellte Erklärung kann der Bauherr wegen eines Mangels den vertraglich vereinbarten Werklohn herabsetzen, sofern er auf Nachbesserung verzichtet oder der Unternehmer diese nicht vornimmt. Auch hierfür ist kein richterliches Urteil notwendig, es sei denn der Unternehmer

- bestreite das Vorliegen eines Mangels
- oder mache geltend, dass er für den Mangel nicht hafte

2.4.4 Wandelung

Das merkwürdige Wort «Wandelung» bedeutet, den Vertrag rückgängig zu machen und genau dies ist nach Lehre und Gerichtspraxis mit der Annahmeverweigerung durch den Bauherrn nach Art. 368 Abs. 1 OR gemeint. In Art. 169 Abs. 1 Ziff. 3 Norm SIA 118 ist es klarer formuliert: der Bauherr kann vom Vertrag zurücktreten.

Auch dies ist ein Mängelrecht, das der Bauherr durch einseitige Erklärung gegenüber dem Unternehmer ausüben kann, aber nur, wenn die Mängel so schwerwiegend sind, dass dem Bauherrn die Annahme nicht zugemutet werden kann und zudem nur, wenn die Entfernung des Werkes ohne «unverhältnismässige Nachteile» (für den Unternehmer) möglich ist. Wird die Wandelung vom Unternehmer akzeptiert oder vom Richter gutgeheissen, so wird der Vertrag aufgelöst und zwar rückwirkend. Keine Partei kann weitere Forderungen aus dem Vertrag geltend machen, das heisst der Bauherr kann nicht mehr die Fertigstellung oder Verbesserung der Arbeiten verlangen; der Unternehmer hat keine Werklohnansprüche mehr. Zudem haben beide Parteien das bereits Erhaltene zurückzugeben: Der Unternehmer den bereits bezogenen Werklohn, der Bauherr «das Werk», wobei dies im Bau wiederum eine Pflicht des Unternehmers beinhaltet. Er muss nämlich das Werk auf eigene Kosten abbrechen, die Überreste wegführen und den Bauplatz wieder in Ordnung stellen!

2.5 Die Mängelrüge

Der Bauherr macht seine Mängelrechte dadurch geltend, dass er vorerst dem Unternehmer mitteilt, einen festgestellten Mangel des Werkes nicht dulden zu wollen. Diese Mitteilung wird «Mängelrüge» genannt.

Welches konkrete Mängelrecht der Bauherr geltend machen will, muss er anlässlich der Mängelrüge noch nicht entscheiden. Dafür steht ihm grundsätzlich noch die ganze Verjährungsfrist zur Verfügung. Für Folgeschäden, welche durch verspätete Wahl des Mängelrechtes entstehen, haftet der Unternehmer allerdings nicht.

Die Mängelrüge ist an keine bestimmte Form gebunden. Sie kann auch mündlich erhoben werden. Im Streitfalle allerdings muss sich sowohl beweisen lassen, dass überhaupt Mängelrüge erhoben wurde, als auch, dass dies rechtzeitig innerhalb der Rügefrist geschah. Dieser Beweis obliegt dem Bauherrn.

Die Mängelrüge muss zudem gegenüber einer Person angebracht werden, welche berechtigt ist, für den Unternehmer derart wichtige Mitteilungen entgegenzunehmen. Das ist der Unternehmer selbst oder ein bevollmächtigter Vertreter. Ohne besondere Vollmacht ist der Baustellen-Verantwortliche nach Art. 36 Norm SIA 118 nicht die richtige Adresse!

2.6 Die Rügefrist

Die Zeit, innert welcher der Bauherr eine Mängelrüge gültig anbringen kann, ist sehr streng beschränkt. Verpasst er den Termin auch nur um einen Tag, so ist sein Mängelrecht unwiederbringlich verwirkt.

Die zur Verfügung stehenden Rügefristen sind wie folgt definiert:

2.6.1 Im reinen OR-Vertrag

- a) Die im Zeitpunkt der Ablieferung erkennbaren Mängel müssen gerügt werden, «sobald es nach dem üblichen Geschäftsgange tunlich ist» (Art. 367 Abs. 1 OR).
- b) Verdeckte, «geheime», also bei ordentlicher Prüfung nicht erkennbare Mängel sind «sofort nach der Entdeckung» zu rügen (Art. 370 Abs. 3 OR), wobei das Wort «sofort» von den Gerichten wörtlich genommen wird (wenige Tage!).

2.6.2 Im Vertrag nach Norm SIA 118

- a) Offensichtliche Mängel sowie solche, welche der Bauherr oder die Bauleitung tatsächlich erkannt hat, müssen anlässlich der gemeinsamen Abnahmeprüfung sofort gerügt werden (Art. 163 Norm SIA 118).
- b) Bei der Abnahmeprüfung zwar erkennbare, aber tatsächlich nicht erkannte Mängel sowie verdeckte Mängel, welche innert der «Garantiefrist» auftreten, können beliebig bis zum Ende der «Garantiefrist» gerügt werden; diese beträgt normalerweise zwei Jahre (Art. 172 ff Norm SIA 118).
- c) Verdeckte Mängel, welche erst nach Ablauf der «Garantiefrist» erkannt werden, sind sofort nach deren Entdeckung zu rügen (war der Mangel schon vorher offensichtlich oder, sofern keine Abnahmeprüfung stattgefunden hatte, doch wenigstens erkennbar, so kann er nach Ablauf der Garantiefrist nicht mehr gerügt werden).

2.7 Verjährung

Auch wenn ein Mangel einmal gerügt ist, läuft die Verjährungsfrist weiter. Die Mängelrüge unterbricht die Verjährung nicht.

Innerhalb der (ursprünglichen oder allenfalls seiner durch Verjährungsunterbrechung erneuerten) Verjährungsfrist muss der Bauherr deshalb

- nicht nur den Mangel rügen,
- sondern auch eines der ihm zustehenden Mängelrechte (Nachbesserung, Minderung, Wandelung sowie Schadenersatz) wählen und gegenüber dem Unternehmer geltend machen,
- sowie den gewählten Mängelanspruch auch durchsetzen.

3. Fazit

- 3.1 Der Werkvertrag ist ein Prozess, der laufend begleitet und aktualisiert werden muss. Betreiben Sie Vertragsmanagement!**
- 3.2 Was vorher genau geregelt wird, gibt nachher keinen Streit!**
- 3.3 Prüfen Sie Vertragstexte zuerst genau, bevor Sie unterschreiben!**
- 3.4 Fragen Sie nach, klären Sie ab, wenn etwas nicht klar ist! Praktisch immer ist fehlende oder mangelnde Kommunikation die Ursache für spätere Meinungsdivergenzen.**

Wil, 7. November 2014

Joseph B. Koch, Rechtsanwalt
Toggenburgerstrasse 35
9500 Wil SG
E-Mail: j.koch@gkr.ch
Telefon: 071 912 30 50

BAUWERKVERTRAG

zwischen

_____ nachfolgend «Besteller»,

und

_____ nachfolgend «Unternehmer».

1. Vertragsgegenstand

Der Besteller überträgt dem Unternehmer nach Massgabe dieses Vertrags und der dazugehörigen Vertragsbestandteile im Zusammenhang mit dem Neubau seines Einfamilienhauses die folgenden Arbeiten:

BKP-Nr. _____

BKP-Nr. _____

2. Vertragsbestandteile und deren Rangordnung

Die folgenden Dokumente sind Bestandteile des Vertrags und zwar in der angegebenen Rangordnung:

- (1) der Text des vorliegenden Vertrags;
- (2) die detaillierte Kostenzusammenstellung gemäss der auf dem Leistungsverzeichnis basierenden Offerte vom [Datum] (Beilage 1);
- (3) die zum Zeitpunkt der Vertragsunterzeichnung aktuellen Projekt- und Detailpläne des Architekten (Beilagen 2 und 3);
- (4) Die Norm SIA 118 «Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten»;
- (5) die Bestimmungen des Schweizerischen Obligationenrechts.

3. Vertragsgrundlagen

Die folgenden Dokumente gelten als Vertragsgrundlagen und haben in Bezug auf die Vertragserfüllung informativen Charakter:

die örtlichen bau- und feuerpolizeilichen Vorschriften sowie sonstige rechtliche Bestimmungen und Verfügungen, insbesondere über den Gesundheitsschutz und die Arbeitsplatzsicherheit, und alle für die behördliche Abnahme erteilten Auflagen, wie auch die Bestimmungen der Sachversicherer;

die zum Zeitpunkt der erteilten Baubewilligung am Ort des Projektes geltenden gesetzlichen Bestimmungen und Normen.

7. Versicherungen

Der Unternehmer ist verpflichtet, eine Betriebshaftpflichtversicherung abzuschliessen.

8. Mängelrechte

Der Unternehmer verpflichtet sich, ein mängelfreies Bauwerk zu erstellen. Der Unternehmer behebt die unter seine Haftung fallenden Mängel auf eigene Kosten.

9. Garantiefrist und Verjährung

Die Mängelrechte des Bestellers verjähren innert fünf Jahren nach Abnahme des vollendeten Bauwerks.

Die Rügefrist für offene Mängel beträgt 2 Jahre nach Abnahme des vollendeten Bauwerks. Während der Rügefrist kann der Besteller Mängel aller Art jederzeit rügen. Dieses Recht zur jederzeitigen Mängelrüge besteht auch für Mängel, die zur Vermeidung weiteren Schadens unverzüglich behoben werden müssen. Doch hat der Besteller, der einen solchen Mangel nicht sofort nach der Entdeckung rügt, den weiteren Schaden selbst zu tragen, der bei unverzüglicher Behebung des entdeckten Mangels hätte vermieden werden können.

Mit Ablauf der Rügefrist erlischt das Recht des Bauherrn, vorher entdeckte Mängel zu rügen. Verdeckte Mängel, die erst nach Ablauf der Rügefrist entdeckt werden, müssen sofort gerügt werden.

Die Abnahme erfolgt innert 30 Tagen nach Bezug des vollendeten Bauwerks. Über die Abnahme wird ein detailliertes Protokoll geführt. Erfolgt keine Abnahme, so gilt das Werk nach Bezug als abgenommen.

10. Gerichtsstand

Zuständig für die gerichtliche Beurteilung allfälliger Streitigkeiten aus dem vorliegenden Vertrag sind die ordentlichen staatlichen Gerichte.

Es gilt schweizerisches Recht.

11. Schlussbestimmungen

Der vorliegende Vertrag tritt mit seiner Unterzeichnung in Kraft. Abänderungen und Ergänzungen, insbesondere auch Bestellungenänderungen, bedürfen zu ihrer Gültigkeit der Schriftform.

Der Werkvertrag bleibt auch bei rechtlicher Unwirksamkeit einzelner Teile in seinen übrigen Teilen rechtswirksam. Hinsichtlich der unwirksamen Teile verpflichten sich die Vertragsparteien, den angestrebten Erfolg unter Beachtung der gesetzlichen Vorschriften soweit als möglich zu verwirklichen.

Der vorliegende Vertrag wird 2-fach ausgestellt und unterzeichnet. Jede Vertragspartei erhält ein Exemplar.

Ort, Datum

Der Bauherr

Der Unternehmer

Verzeichnis der Beilagen

DAS BAUHANDWERKERPFANDRECHT GESETZESÄNDERUNG ZU GUNSTEN DER HANDWERKER

Ist das Bauhandwerkerpfandrecht ein Privileg der baugewerblichen Unternehmen? Was hat per Anfang 2012 geändert? Die nachfolgenden Ausführungen sollen aufzeigen, was es damit auf sich hat und wie man im konkreten Fall vorgehen muss.

Warum dieses «Privileg»? Der Wert eines Grundstückes bestimmt sich einerseits durch den Boden und andererseits durch die darauf erstellten Gebäude. Der Bauhandwerker vermehrt durch seine Arbeit/seine Materiallieferung den Wert des Grundstückes. Durch die verbaute Leistung wird der Wert eines Grundstückes gesteigert. Zweck des Baupfandrechtes ist es, dass der Boden und seine Überbauung in erster Linie denjenigen Sicherheit bieten, die den Wert geschaffen haben, nämlich betreffend den Boden dem Verkäufer des Grundstückes und betreffend der Überbauung den Handwerkern und Unternehmern, welche das Grundstück überbaut haben.

Das Bauhandwerkerpfandrecht will den Handwerkern und Unternehmern ein gesetzliches Grundpfandrecht an dem Grundstück einräumen, an welchem sie einen Mehrwert geschaffen haben. Der Baugläubiger, der sich ein Bauhandwerkerpfandrecht hat eintragen lassen, besitzt das Recht, im Fall der Nichtbezahlung seines Werkpreises sich bei einer Grundpfandverwertung aus dem Erlös des Grundstückes vor «normalen», eben nicht pfandgeschützten Gläubigern bezahlt zu machen. Grundvoraussetzung ist regelmässig das Vorhandensein des Werkvertrages.

Welche Arbeiten sind durch das Bauhandwerkerpfandrecht geschützt?

Die Forderung eines Handwerkers und Unternehmers ist pfandberechtigt, soweit er Material und Arbeit oder Arbeit allein geliefert hat. Wer nur Material liefert, hat kein Pfandrecht, es sei denn, dieses Material wurde individuell, d.h. nach Plan und Mass eigens für diese Baustelle hergestellt (Türen, Fenster, Schränke, Granitplatten, Kunststeine, Deckenbalken). Nicht geschützt sind sogenannte vertretbare Sachen, solange sie nicht eingebaut sind, wie zum Beispiel Backsteine, Zement, Kies, Normplatten, Zementröhren, Fensterstürze, Fenstersimse, genormte Türen und Fenster, Ziegel etc.

Gemischte Lieferungen, d.h. Arbeit und Material, gelten gesamthaft als Werklieferung und berechtigen zum Baupfand. Daraus folgt, dass der Verkäufer der Ziegel allein keinen Anspruch auf ein Bauhandwerkerpfandrecht besitzt, jedoch der Dachdecker für die gleichen Stoffe, welche er am Bau verarbeitet, ein Pfandrecht hat.

Architekten und Ingenieure helfen ebenfalls bei Bauwerken. Ihre Honorare bzw. ihre Leistungen sind aber nicht pfandgeschützt. Das Gesetz schränkt den Schutz des Bauhandwerkerpfandrechtes auf diejenigen Personen ein, die man im täglichen Leben als Bauleute bezeichnet, nämlich die Handwerker und die Unternehmer, welche regelmässig aufgrund eines Werkvertrages arbeiten.

Wer kann das Pfandrecht beanspruchen?

Nur der selbständige Unternehmer ist berechtigt, ein Bauhandwerkerpfandrecht zu beanspruchen. Subunternehmer werden vom Unternehmer (oder GU) durch Abschluss eines weiteren Werkvertrages beigezogen. Der Subunternehmer besitzt ebenfalls das Recht auf ein Bauhandwerkerpfandrecht und zwar *unabhängig und selbständig neben dem Unternehmer*.

Der Subunternehmer kann die Eintragung des gesetzlichen Pfandrechtes auch dann verlangen, wenn der Unternehmer, oft der Generalunternehmer, der zugleich der Besteller des Subunternehmers ist, bereits bezahlt worden ist! Das schafft das Risiko der Doppelbezahlung durch den Bauherrn. Auf eine fachliche Qualifikation kommt es beim Unternehmer nicht an. Auch derjenige, der baut, ohne etwas davon zu verstehen, der Freizeitunternehmer oder der selbständige Schwarzarbeiter haben Anspruch auf das Baupfand.

Welches Grundstück wird mit dem Bauhandwerkerpfandrecht belastet?

Generell unterliegt das ganze Grundstück, auf dem gebaut wurde, dem Pfandrecht. Das Pfandgrundstück haftet mit seinem ganzen wirklichen Wert¹ d.h. mit dem Verkehrswert, unabhängig vom im Einzelfall geschaffenen Mehrwert durch Bauhandwerker. Das Bauhandwerkerpfandrecht wird mit der Rangnummer in das Grundbuch eingetragen, wie es ihm gemäss superprovisorischer Verfügung des Richters bzw. zeitlich zukommt. Dieser Rang hat vor allem grundbuchrechtliche Bedeutung, er hat keine Bedeutung für die Befriedigung der Handwerker untereinander. Gläubiger mit Bauhandwerkerpfandrecht werden trotz verschiedener Ränge in der Verwertung untereinander gleichgestellt.

Im Falle von Stockwerkeigentum ist jedenfalls das Bauhandwerkerpfandrecht dort einzutragen, wo die in Werte vermehrte Sache ist, z.B. Eintrag bei der Gesamtliegenschaft für eine neue Heizungsanlage, Eintrag bei der einzelnen Stockwerkeigentumsseinheit für Arventäfer eines Wohnzimmers.

Bei Gesamtüberbauungen, wenn ein Unternehmer aufgrund eines einheitlichen Werkvertrages auf mehreren verschiedenen Grundstücken einer Gesamtüberbauung arbeitet, stellt sich die Frage, ob er seinen gesamten Werklohn durch ein Gesamtpfand auf allen Liegenschaften geltend machen kann.

Nach Schweizer Auffassung ist kein Gesamtpfand zulässig und die Arbeiten sind je nach Grundstück aufzuteilen. Von versierten Anwälten wird dabei empfohlen, jede einzelne Pfandsumme um eine Sicherheitsmarge von 10 bis 20% zu erhöhen. Dies hat zur Folge, dass vorläufig die Summe aller angemeldeten Pfandsummen höher als das Rechnungstotal des Unternehmers ist. Bis zur definitiven Eintragung können die Pfandsummen aber abgestimmt und berichtigt werden (z.B. durch eine Expertise oder durch Zeugenaussagen).

Wer ist der Verfahrensgegner?

Der Anspruch des Unternehmers auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandes richtet sich *gegen den jeweiligen Eigentümer* des Grundstückes. Belastet ist somit der Eigentümer im Zeitpunkt der Eintragung des Grundpfandes bzw. des Eintragungsverfahrens. Im Falle des Werkvertrages mit einem GU ist dies meistens nicht der Besteller oder Grundeigentümer. Der Pfandrechtsanspruch richtet sich auch gegen den Käufer des Baugrundstückes, falls das Grundstück während der Überbauung verkauft wird.

Für öffentliches Eigentum gibt es kein Bauhandwerkerpfandrecht, es sei denn, es stehe im Finanzvermögen des Staates.

Vorgehen – Spätestens vier Monate nach Fertigstellung!

Der Bauhandwerker oder Unternehmer hat nicht automatisch ein gesetzliches Pfandrecht im Grundbuch, sondern er besitzt nur einen *Anspruch auf die Errichtung eines Pfandrechtes* mit Eintrag im Grundbuch. Er muss von sich aus aktiv werden und sich um die Eintragung des Grundpfandes bemühen.

Sobald ein Werkvertrag abgeschlossen ist und noch vor der Arbeitsaufnahme kann der Unternehmer das Bauhandwerkerpfandrecht anmelden. Seine Forderung ist zu diesem Zeitpunkt noch nicht fällig. Das bedeutet, dass auch für noch nicht fällige Forderungen das Grundpfand spielt. Wichtiger als der früheste Zeitpunkt für den Eintrag des Grundpfandes ist der *spätestmögliche Zeitpunkt*. Er liegt **vier Monate nach Vollendung** der Arbeit, nicht etwa nach Rechnungsstellung. Die viermonatige Eintragsfrist ist eine Verwirkungsfrist, d.h. sie kann nicht erstreckt werden und ist nur gewahrt, wenn spätestens am Ende der Frist das Bauhandwerkerpfandrecht zumindest vorläufig im Grundbuch eingetragen wird. Nicht entscheidend ist somit ein gerichtliches Verfahren oder der Entscheid des Einzelrichters zum vorläufigen Eintrag, sondern wirklich und einzig nur der Eintrag im Grundbuch. Das bedeutet, wenn es eilt, muss der beauftragte Anwalt auch den ergangenen Entscheid beim Gericht abholen und persönlich zum Grundbuchamt bringen, damit die Eintragung noch rechtzeitig erfolgen kann. Die Postaufgabe allein innert der Frist ist *nicht* genügend.

Was versteht man nun unter *Vollendung* der Arbeit? Hier sind die Umstände jedes Einzelfalles einzeln zu würdigen. Lediglich einzelne letzte Aufräumarbeiten oder Ähnliches gehören nicht mehr zu dieser Beendigung der Arbeit. Zu bedenken ist immer, dass noch etwas beendet werden muss, was zu den vertraglich vereinbarten Hauptarbeiten gehört. Nicht genügt einem Küchenbauer das Einsetzen eines ausziehbaren Faches für Pfannen und Flaschen in eine Einbauküche. Das Werk galt schon vorher als vollendet. Ist eine unerlässliche Arbeit noch nicht geleistet, ist das Werk jedenfalls nicht vollendet. Dieses Kriterium ist auch anwendbar für Arbeiten, die aus Sicherheitsgründen unerlässlich sind. Garantiarbeiten und Ausbesserungsarbeiten zählen nicht mehr zur Vollendung der Arbeit. Die Gerichte schieben auch dem Versuch einen Riegel, durch Unterbrechung der Arbeit die Dreimonatsfrist hinauszuzögern. Ein Handwerker kann für Nachtragsarbeiten nicht Wochen oder Monate verstreichen lassen. Auf jeden Fall ist es wichtig, die notwendigen Abschlussarbeiten sauber zu rapportieren und die entsprechenden Rapporte aufzubewahren oder sogar von der Bauführung unterzeichnen zu lassen. Der Unternehmer muss im Zweifelsfall die Einhaltung der Frist beweisen können.

Die Eintragung im Grundbuch

Das Bauhandwerkerpfandrecht muss spätestens am letzten Tag der Viermonatsfrist im Grundbuch eingetragen sein. Das Einschreiben im Tagebuch ist dafür entscheidend. Erfolgt kein Eintrag, ist der Anspruch auf ein Baupfandrecht unwiederbringlich verloren.

In aller Regel muss der Unternehmer beim *Gericht am Ort des Grundstückes*, nicht am Wohnsitz des Eigentümers oder GU, zuerst eine superprovisorische Verfügung um vorläufigen Eintrag des Pfandrechtes erwirken, da sich kaum ein Grundeigentümer für den freiwilligen Eintrag zur Verfügung stellt. Im Intranet von GH Schweiz finden Sie ein Merkblatt, wie beim Gericht ein solcher Eintrag verlangt werden muss. Die Gerichte sind gehalten, über den vorläufigen Eintrag eines Pfandrechtes rasch zu entscheiden. Dies geschieht in den meisten Kantonen auch. Man kann damit rechnen, innerhalb von 2 Tagen den Entscheid zu erhalten.

Der Grundeigentümer kann den Eintrag verhindern oder sich vom Pfand befreien, wenn er die Forderung befriedigt oder entsprechende Sicherheit leistet (z.B. Bankgarantie oder Hinterlage des Betrages beim Gericht).

Um den definitiven Eintrag muss sodann prozessiert werden. Es ist Sache des Unternehmers, zum Friedensrichter zu gehen und danach innert der in der vorsorglichen Verfügung gesetzten Frist Klage beim zuständigen Gericht einzureichen. Prozessthemata ist, und das ist sehr wichtig, nicht nur der Bestand der Forderung, sondern auch der Eintrag des Baupfandrechtes im Grundbuch. Fallen Schuldner und Grundeigentümer zusammen, so wird im gleichen Zug auch um den Bestand der Forderung prozessiert. Fällt Grundeigentümer und Schuldner nicht zusammen, z.B. im Falle einer Überbauung durch eine Unternehmensgruppe, die nicht identisch ist mit dem Grundeigentümer, so wird im Prozess zunächst einmal nur festgestellt, ob das Pfandrecht zu Recht definitiv im Grundbuch eingetragen wird. Für den Unternehmer kann sich dann die Notwendigkeit ergeben, einen zweiten Prozess, diesmal gegen den Schuldner der Forderung anzustrengen über den Bestand der Forderung.

Das Verfahren um definitive Eintragung des Baupfandes ist somit kein Forderungs-, sondern ein Feststellungsprozess. Mängelrügen usw. können daher von der Gegenpartei nicht geltend gemacht werden.

Folgen des Eintrages

Das Bauhandwerkerpfandrecht ist im Grundbuch eingetragen. Was nun? Hat der Unternehmer eine fällige, durchsetzbare Forderung, ist diese durch dieses Pfandrecht geschützt. Beahlt der Schuldner immer noch nicht, so kann der Unternehmer nun auf dem Betreibungsweg die Verwertung seines Pfandes verlangen. In den meisten Fällen zieht ziemlich viel Zeit ins Land, wenn ein Bauherr sich stante pede weigert, die Forderung des Handwerkers anzuerkennen. Vor dieser Tatsache darf man aber nicht resignieren. In den meisten Fällen nämlich kann der Bauherr, sei es ein privater oder ein GU, den Eintrag eines Bauhandwerkerpfandrechtes im Grundbuch nicht leisten. Die Banken werden zusätzliche Sicherheiten verlangen, Eigentumswohnungen werden so praktisch unverkäuflich usw. Die Betroffenen setzen in den meisten Fällen alles daran, diese «Tolgggen im Reinheft» möglichst schnell verschwinden zu lassen. So betrachtet kann dieses gesetzliche Privileg durchaus nicht nur ein Sicherungsmittel, sondern vielmehr auch ein Druckmittel sein.

Begehren

um **Bestellung eines Bauhandwerkerpfandrechtes** gemäss Art. 837
Abs. 1 Ziffer 3 und Art. 961 ZGB

1. Unternehmer _____

2. Besteller _____
 - a) Datum des Werkes (evtl. mündlich) _____
 - b) Datum der Fertigstellung der Arbeit _____
 - c) Art der letzten Arbeiten _____
 - d) genauer Forderungsbetrag (und Verzugszins) _____
3. Eigentümer des Grundstücks (evtl. Personalien gemäss Ziff. 2)

4. Bezeichnung des Grundstücks mit Angabe der Strassen- und Kataster-
nummer sowie des Grundbuchblattes bzw. Grundregisterblattes

5. Name des Grundbuchamtes _____
6. Antrag: Das Grundbuchamt soll zur Wahrung der Viermonats-
frist sofort angewiesen werden, das Bauhandwerker-
pfandrecht vorläufig im Grundbuch einzutragen.

Ort und Datum _____ Unterschrift _____

Die Beweismittel (Werkvertrag (Korrespondenz) die letzten Arbeits-
rapporte, eine genaue Abrechnung) sind mit dem Begehren einzurei-
chen oder, wenn dies nicht möglich ist, zu bezeichnen. Die Beilagen
sind zu nummerieren und in einem separaten Verzeichnis (im Doppel)
aufzuführen.

Im Doppel einreichen

Wegleitung zum Formular

1. Unternehmer

- Bei juristischen Personen Adressdaten und Zuständigkeit gemäss Handelsregister angeben;
- Bei natürlichen Personen: Name, Vorname, Geburtsdatum, Adresse

2. Besteller = Werkvertragspartner

- Bei juristischen Personen Adressdaten und Zuständigkeit gemäss Handelsregister angeben;
- Bei natürlichen Personen: Name, Vorname, Geburtsdatum, Adresse
- Wichtig: als Belege sind Werkvertrag, Auftragsbestätigung, Rapporte etc. beizulegen. Die Forderungssumme ist mit der Schlussrechnung zu belegen.

3. Beklagter = Grundstückeigentümer

- Bei juristischen Personen Adressdaten und Zuständigkeit gemäss Handelsregister angeben;
- Bei natürlichen Personen: Name, Vorname, Geburtsdatum, Adresse
- Es muss sich um den Grundstückeigentümer handeln, nicht um den Werkvertragspartner! Die Informationen erhalten Sie vom Grundbuchamt, welches am Ort des Grundstückes zuständig ist. Der Eintrag eines Bauhandwerkerpfandrechtes als Interessennachweis reicht aus, Sie erhalten Auskunft!

4. Bezeichnung des Grundstückes

- Auskunft erhalten Sie vom Grundbuchamt. Ev. verlangen Sie einen Grundbuchauszug (kostet meistens Fr. 20.–) und legen diesen dem Gesuch bei.
- Bei Arbeiten für mehrere Grundstücke, z.B. Eigentumswohnungen, Reihenhäuser etc. muss die Forderung auf die einzelnen Grundstücke aufgeteilt werden. Es ist für jedes Grundstück in separates Gesuch einzuleiten. Dementsprechend fallen auch für jedes Gesuch Kosten an.

5. Grundbuchamt

- Bezeichnen Sie das zuständige Grundbuchamt mit Adresse

6. Beweismittel

Nummerieren Sie die beigelegten Beweismittel, z.B. Beilage 1, Beilage 2 etc. Reichen Sie das Gesuch im Doppel ein. Fragen Sie im Zweifelsfall Ihren Verband!

ABMAHNUNG

als Dienstleistung für den Bauherrn

Gedankenschema für ein Abmahnungsschreiben an die Bauherrschaft:

Stand der Arbeiten (Wir wollten heute mit den Arbeiten am Flachdach beginnen.)

Beschreibung konkrete Situation (Dabei mussten wir feststellen, dass ... Problem kurz und möglichst objektiv schildern)

«Schutzengelbotschaft»

(Wir als Fachbetrieb wollen Sie von diesem Schaden bewahren)

Vorschlag richtige Lösung (mit Offerte ev. Mehrpreis, Auswirkung auf Fristen)

Bei Beharren des Bauherrn (oder des Vertreters) auf abgemahnter Lösung können wir eine mängelfreie Ausführung nicht gewährleisten und müssen daher die Haftung ablehnen.

Verlangen von klaren Weisungen durch Bauherrn (schriftlich!!). Was müssen wir nun tun? Ja nicht weiterarbeiten, bevor diese Antwort nicht da ist!

Wir hoffen, dass Sie diese Mitteilung nicht als reine Reklamation, sondern als Dienstleistung verstehen und wir danken Ihnen sehr für Ihr Verständnis.

Mit freundlichen Grüßen

MUSTERTEXT FÜR EINE ABMAHNUNG

Bauobjekt Seerose – Abdichtung Tiefgarage – Schadenpotenzial

Sehr geehrter Herr Bauherr

Gemäss Werkvertrag vom ... ist es unsere vertragliche Aufgabe, die Abdichtungsarbeiten im Bereich ... der vertraglichen Vorgabe entsprechend vorzunehmen. Wir haben grosses Verständnis für Ihren Wunsch, die Fläche möglichst schnell überdecken und nutzen zu können.

Der Beginn der Abdichtungsarbeiten ist von der Bauleitung auf xx.cc.vv. festgesetzt worden. Es ist unserer Firma eine Anliegen, den geschlossenen Werkvertrag termingerecht abwickeln zu können. Vor allem aber ist es uns ein eminentes Anliegen, den Werkvertrag fachtechnisch richtig und zur besten und langfristigen Zufriedenheit unserer Kundschaft zu erfüllen.

Wir mussten heute vor Ort feststellen, dass die Fläche einen markant zu hohen Feuchtigkeitsgehalt aufweist. Wir fühlen uns daher gestützt auf unsere langjährige Erfahrung verpflichtet, Sie auf mögliche negative Folgen aufmerksam zu machen, wenn wir angehalten werden, auf zu wenig ausgetrocknetem Untergrund den Dichtungsbelag anzubringen. Die Wahrscheinlichkeit, dass innerhalb von wenigen Monaten* Ausblühungen und/oder ... * wahrzunehmen sind und damit die Dichtigkeit nicht mehr gewährleistet werden kann, ist sehr gross. Unsere Firma kann auf jeden Fall für die zu erwartenden Schäden keine Haftung übernehmen.

Wir schlagen Ihnen vor, entgegen der Weisung der Bauleitung** mit dem besagten Abdichtung noch mindestens zwei Wochen zuzuwarten. Folgen bezüglich des vereinbarten Werkpreises hat diese Verschiebung keine. Wir sind überzeugt, dass sich diese Investition langfristig lohnt.

Dürfen wir Sie bitten, uns möglichst umgehend schriftlich mitzuteilen, ob Sie unserem Vorschlag zustimmen möchten oder ob Sie trotz unseren Befürchtungen an der ursprünglichen Weisung festhalten wollen. Bis zu Ihrer Instruktion werden wir mit der Ausführung der Arbeiten zuwarten. Wir danken Ihnen für Ihr Verständnis und Ihre prompte Antwort.

Wir hoffen, dass Sie diese Mitteilung nicht als Reklamation, sondern als Dienstleistung verstehen. Besten Dank.

* konkretes Schadenbild erläutern, zeitliche und materielle Auswirkung

** wenn andere Ausführungsart vorgeschlagen, unbedingt Preis offerieren!

«GARANTIE» UND IHRE FRISTEN IM BAUWERKVERTRAG

Vielen Bau-Unternehmern/ aber auch Bauherren ist praxisgemäss gar nicht bewusst welche Fristen mit der Abnahme des Bauwerkes zu laufen beginnen bzw. welche verschiedenen Fristen aus rechtlicher Sicht überhaupt relevant sind. Meistens redet man einfach von Garantie und Garantiefrist/ weiss aber nicht dass es HGarantie» aus rechtlicher Sicht gar nicht gibt. Der nachfolgende Aufsatz soll - ganz klar beschränkt auf den Bau-Werkvertrag - aufzeigen/ was eine rrÜbergabe des Werkes» mittels Abnahme alles an Fristen auslöst.