

Keine Pflicht zur «Nachrüge» und Erfrischendes zur Substanziierung von aufwandbasierten Ersatzvornahmekosten

Nicht nur unter der Rubrik «Sport» sorgt das Zürcher Stadion Letzigrund immer wieder für Schlagzeilen, sondern auch unter der Rubrik «Bauvertragsrecht». In den «Blättern für Zürcherische Rechtsprechung» (ZR 119/2020, S. 2) war zum Letzigrund kürzlich ein Urteil des Bezirksgerichts Zürich zu finden, das sich namentlich zur Rügepflicht bei Baumängeln und zur Substanziierung von Ersatzvornahmekosten äussert.

Le stade de Letzigrund à Zurich ne fait pas seulement la une des journaux à la rubrique «Sport», mais également à la rubrique «Droit de la construction». Un jugement du tribunal de première instance zurichois concernant le Letzigrund a récemment été publié dans la revue «Blätter für Zürcherische Rechtsprechung» (ZR 119/2020, p. 2). Ce jugement traite notamment du devoir de vérification des défauts de construction et des exigences quant à la justification des coûts de remplacement.

Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 28. November 2019 (ZR 119/2020, S. 2)

Thomas Siegenthaler, Dr. iur., M.Jur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht, Winterthur

Kommentar zur Mängelrüge

Natürlich ist es richtig, wenn das Bezirksgericht ausführt, dass grundsätzlich *eine* Mängelrüge genügt und dass es keine präzisierenden Nachrügen braucht. Dennoch ist den Bestellern zu raten, höchstvorsorglich solche «Nachrügen» zu erheben. Denn: Wo Baufachleute aus technischer Sicht einen einzigen Mangel feststellen, sehen Juristen manchmal deren zwei oder mehrere, z.B. im Falle eines Primär- und eines Sekundärmangels: Es handelt sich rechtlich um zwei voneinander verschiedene Mängel an ein und demselben Werk, wobei der Primärmangel im Zeitpunkt der Abnahme eines Werkes existiert und die Ursache des Sekundärmangels bildet, der nach der Ablieferung entsteht (PETER GAUCH, Der Werkvertrag, Rz. 1470). Ein Beispiel ist die undichte Stelle einer Fassade (Primärmangel), wo Wasser eindringt, sodass sich der Verputz von der Fassade löst (Sekundärmangel) (Beispiel gemäss BGer 4A_109/2014 vom 21. Mai 2014, E. 3.3.2). Zuerst wird oft nur der Sekundärmangel entdeckt und gerügt, während der Primärmangel (welcher die Ursache des Sekundärmangels ist) erst später durch beigezogene Experten festgestellt wird. Bei der Entdeckung des Primärmangels braucht es eine (sofortige) «Nachrüge» dieses Primärmangels. Es soll an dieser Stelle nicht vertieft werden, ob es sachgerecht ist, den Primärmangel und den Sekundärmangel rechtlich als zwei separate Mängel zu verstehen, die unabhängig voneinander verwirten und verjähren. Solange die entsprechende Rechtsprechung des Bundesgerichts Bestand hat (vgl. dazu die Urteile 4A_303/2017 vom 13. Dezember 2017, E. 3.4; 4D_67/2014 vom 26. Januar 2015, E. 2.1; 4A_109/2014 vom 21. Mai 2014, E. 3.3.1 und 4C.321/2006 vom 1. Mai 2007, E. 4.3.1), sollten neue Erkenntnisse zu den Ursachen eines bereits gerügten Mangels schon rein vorsichtshalber mit einer «Nachrüge» dem Unternehmer angezeigt werden. Ansonsten besteht das Risiko, dass eine neu festgestellte technische Ursache des Mangels als Primärmangel qualifiziert wird, der nicht gerügt wurde – mit der Folge, dass die Mängelrechte hinsichtlich dieses Primärmangels verwirkt wären.

Der Fall

(531) Der Streit drehte sich um die Kunststoffbeschichtung einer Betonkonstruktion hinter den Zuschauerrängen. Diese Beschichtung wurde von der Bestellerin, der Stadt Zürich, bemängelt. Als die Totalunternehmerin diese nicht nachbesserte, liess die Stadt die Kunststoffbeschichtung entfernen und durch eine andere, neue Beschichtung ersetzen. Die Bestellerin verlangte klageweise die Erstattung der Kosten der Ersatzvornahme.

Der Entscheid zur Mängelrüge

Bei der Entdeckung des Mangels kann dieser in der Mängelrüge oft nur in den Grundzügen oder sogar nur in Bezug auf dessen Auswirkungen (z.B. Feststellung von Feuchtigkeit) beschrieben werden. Spätere Abklärungen (z.B. mit Gutachten) führen dann zu genaueren Kenntnissen. Dies war auch im vorliegenden Fall so. Die Unternehmerin machte geltend, die Bestellerin hätte daher nach Vorliegen des Gutachtens die Mängelrüge ergänzen müssen, was sie aber nicht getan habe, sodass ihre Mängelrechte verwirkt seien. Dazu das Bezirksgericht (in E. 6.4.3): «Diese Rechtsauffassung ist mit dem Zweck der Mängelrüge nicht zu vereinbaren. Schon mit einer Mängelrüge hat der Unternehmer die notwendigen Informationen, um zu entscheiden, ob er seinerseits Subunternehmer rügen, ein Gutachten in Auftrag geben, die Haftung ablehnen oder sofort nachbessern will. Das Gesetz sieht zur Rechtswahrung *eine* Mängelrüge vor. Es gibt keine Obliegenheit, jedes Mal präzisierende Nachrügen zu erheben, wenn neue Erkenntnisse über den gerügten Mangel vorliegen».

Der Entscheid zur Substanziierung

Die Stadt Zürich als Bestellerin liess den Mangel durch Dritte beheben und forderte im Zivilprozess von der Unternehmerin den Ersatz der entsprechenden Kosten. An die Substanziierung angefallener Kosten werden in der Praxis zum Teil sehr hohe Anforderungen gestellt. Ansatzpunkt ist jeweils, dass nicht nur aufgezeigt werden müsse, dass bestimmte Kosten effektiv angefallen sind (wozu es eigentlich ausreichen müsste, die entsprechenden Rechnungen Dritter und deren Bezahlung nachzuweisen), sondern auch, dass diese Kosten angemessen waren (denn es besteht kein Anspruch auf Ersatz unnötiger Kosten). Die Angemessenheit lässt sich unter Umständen nur auf der Basis von ausufernd detaillierten Angaben zu allen Umständen beurteilen: Wer hat wann, was, wie lange und mit welchen Mitteln, zu welchem Zweck getan, was ist dabei erreicht worden und warum war dies notwendig und angemessen? Die entsprechenden Angaben auf den branchenüblichen Unternehmerrechnungen sind dafür kaum je hinreichend genau. Als Beispiel mag das in dieser Zeitschrift (BR/DC 6/2019, S. 354 f.) rapportierte Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich LB170015-O/U vom 18. März 2019 dienen, worin fast alle vom Geschädigten bezahlten Unternehmerrechnungen als nicht hinreichend substanziiert abgetan wurden: Es fehle «eine genaue Leistungsbeschreibung», es gebe «keine Angaben zur konkreten Tätigkeit der Personen/Fachleute» oder es seien «Leistungen nur nach Wochen, Arbeitsstunden und Personen detailliert», aber «keinerlei Angaben zu den ausgeübten Tätigkeiten, keine Leistungsbeschreibung» vorhanden. Da der Geschädigte kaum je über noch genauere Angaben zu den ausgeführten Tätigkeiten verfügt als jene, welche in den branchenüblichen Unternehmerrechnungen zu finden sind, bewirken solche Substanziierungsanforderungen, dass ein Aufwendungsersatz faktisch nicht gefordert werden kann.

Erfrischend ist daher, was das Bezirksgericht Zürich in seinem Urteil vom 28. November 2019 mit Bezug auf die Angemessenheit des Aufwandes eines für die Ersatzvornahme beigezogenen Ingenieurbüros ausführte: «Ob die aufgewendete Zeit für eine bestimmte Besprechung, das Zeichnen eines bestimmten Plans oder die Abklärung einer bestimmten Einzelfrage angemessen war, kann das Gericht nicht einschätzen. Das ist auch nicht notwendig. Die Bauherrschaft, die eine Ersatzvornahme durchführt, hat nach pflichtgemäsem Ermessen zu handeln. Sie hat mit den Forderungen der von ihr eingesetzten Fachleute so zu verfahren, wie das eine vernünftige Bauherrschaft täte, wenn es um ihre eigenen Mittel ginge. Jeder Beauftragte wird für gewisse Aufgaben etwas länger haben als der Durchschnitt und bei anderen schneller sein. Auch dass ein Ingenieur einmal einen Irrweg beschreitet und Aufwand betreibt, der rückblickend unnötig erscheint, ist nicht ganz zu verhindern. Ausschlaggebend muss somit die Frage sein, ob der verrechnete Gesamtbetrag der Aufgabe angemessen ist oder nicht. Soweit er das ist, wird eine vernünftige Bauherrschaft die Rechnung bezahlen, ohne einzelne Positionen infrage zu stellen. Entsprechend handelt eine Bauherrschaft, welche solche Kosten zu überwälzen sucht, nicht wider Treu und Glauben.»

Das Bezirksgericht führte in Bezug auf den geltend gemachten Aufwand dann eine «Neunerprobe» durch, indem es den durchschnittlichen Zeitaufwand nach Art. 7 der SIA-Ordnung 103 (2014) anhand der honorarbestimmenden Baukosten errechnete und dabei feststellte, dass der geltend gemachte effektive Aufwand des Ingenieurbüros tiefer lag als der so errechnete durchschnittliche Zeitaufwand. Das Bezirksgericht erachtete den geltend gemachten effektiven Aufwand daher als angemessen.

Kommentar zur Substanziierung

Wenn der zur Ersatzvornahme ermächtigte Besteller die Mängelbeseitigung einem Dritten überträgt, indem er einen Ersatzunternehmer bezieht, muss er nicht zum Vornherein den «billigsten» Ersatzunternehmer wählen, aber er darf auch nicht auf Kosten des Schuldners Luxus betreiben (GAUCH, Der Werkvertrag, Rz. 1812). Das Bezirksgericht fasst das (unter E. 8.2) dahingehend zusammen, dass die Bauherrschaft ein «angemessenes, aber nicht unbedingt das Angebot mit dem niedrigsten Preis wählen muss». Man könnte nun daraus ableiten, dass der geltend gemachte Aufwand so dargelegt werden müsste, dass dessen Notwendigkeit und Angemessenheit Punkt für Punkt überprüft werden kann. Dies würde sehr detaillierte Angaben zu den erbrachten Arbeiten und die dafür aufgewendeten Arbeitsstunden voraussetzen (so mit Bezug auf eine Vergütung nach Aufwand im BGer 4A_271/2013 vom 26. September 2013, E. 6.2).

Das Bezirksgericht argumentiert indessen anders: Ausschlaggebend sei die Angemessenheit des verrechneten Gesamtbetrages. Somit erübrige sich auch eine Substanziierung zu jeder einzelnen Tätigkeit und zur dafür konkret aufgewendeten Zeit. Es genüge, den effektiven Gesamtaufwand mit dem bei sorgfältigem Vorgehen objektiv angemessenen Aufwand zu vergleichen. Zur Bemessung des objektiv angemessenen Aufwandes bediente sich das Bezirksgericht hier der statistischen Werte zur Korrelation zwischen den Baukosten und dem durchschnittlichen Zeitaufwand, welche dem Art. 7 der SIA-Ordnung 103 (Ausgabe 2014) zugrunde liegen. Das entspricht z.B. auch dem Vorgehen des Handelsgerichts Zürich im Urteil HG140008-O vom 15. Dezember 2014, E. 3.2.2.

Das Bezirksgericht hat sein Vorgehen nicht rechtlich begründet. Eine mögliche Begründung könnte eine Analogie zur Vergütung nach Aufwand gemäss Art. 374 OR sein. Dafür gilt: «Der Werklohn bestimmt sich nicht nach dem tatsächlichen Aufwand, sondern nach der Arbeit, dem Stoff und dergleichen, die bei sorgfältigem Vorgehen des Unternehmers zur Ausführung des Werkes genügt hätten» (BGE 96 II 58, E. 1, S. 61; vgl. GAUCH, Der Werkvertrag, Rz. 965). Auf den effektiven Aufwand kommt es letztlich nur insoweit an, als auf jeden Fall nicht mehr als der effektive Aufwand zu vergüten ist. Das müsste analog auch für Ersatzvornahmekosten gelten: Massgebend ist der objektiv angemessene Aufwand, wobei aber nie mehr zu vergüten ist als der effektive Aufwand. Damit würde es sich erübrigen, jede einzelne

Tätigkeit und den entsprechenden Aufwand sozusagen stundengenau zu substantizieren. Es müsste ausreichen, die Gesamtleistung und den dafür aufgewendeten Gesamtaufwand so darzulegen, dass mittels eines gerichtlichen Gutachtens

(oder mittels anerkannter statistischer Werte wie z.B. gemäss Art. 7 der SIA-Ordnung 103 [2014]) der dafür angemessene Aufwand festgestellt werden kann.

Neuerscheinung aus dem Schulthess Verlag



Februar 2020
978-3-7255-8099-6
279 Seiten, broschiert
CHF 78.00

SIA-Klauseln für Planerverträge

Erläuterungen zu Art. 1 der Leistungs- und Honorarordnungen (SIA-LHO)

Beiträge aus dem Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht der Universität Freiburg Schweiz, Band 39

Hubert Stöckli | Patrick Middendorf | Roger Andres

Wer in der Schweiz plant und baut, kommt um das Normenwerk des SIA nicht herum. Für Verträge mit Planern und Planerinnen stellt der SIA seit Jahrzehnten verschiedene Ordnungen für Leistungen und Honorare der Architekten und Ingenieure («SIA-LHO») zur Verfügung. Diese Ordnungen enthalten in ihrem jeweiligen Art. 1 «Allgemeine Vertragsbedingungen», die in den SIA-LHO 102, 103, 105, 106 und 108 identisch formuliert und damit für eine breite Palette von Verträgen mit Planerinnen und Planern konzipiert sind. Häufig werden diese Bedingungen in Planerverträge übernommen, und dies häufig so, dass die Vertragsparteien sie nicht lesen und damit im Unklaren darüber sind, worauf sie sich einlassen.

Dieses Buch will Klarheit schaffen, indem es die «Allgemeinen Vertragsbedingungen» der SIA-LHO (Ausgaben 2014, 2018 und 2020) eingehend, unabhängig und kritisch erläutert.

Schulthess Juristische Medien AG
Zwingliplatz 2, Postfach 2218, CH-8021 Zürich
Telefon +41 (0)44 200 29 29, Fax +41 (0)44 200 29 28
service@schulthess.com, www.schulthess.com

Schulthess §