Häusermann+Partner
Notare | Rechtsanwälte

www.haeusermann.ch

BEWEISSICHERUNG BEI BAUMÄNGELN – DURCH NOTARIELLE FESTSTELLUNGS-URKUNDE?

BEWEISSICHERUNG BEI BAUMÄNGELN

–

DURCH NOTARIELLE FESTSTELLUNGSURKUNDEN ?

INHALTSÜBERSICHT

1. Einleitende Bemerkungen
2. Definition Werkmangel
3. Prüfungs- und Rügeobliegenheit
4. Mängelrechte
5. Beweislast
6. Beweismittel
7. Notarielle Feststellungsurkunde
8. Vorsorgliche Beweisführung
9. Fazit

1. EINLEITENDE BEMERKUNGEN (1/6)

1. EINLEITENDE BEMERKUNGEN (2/6)

1. EINLEITENDE BEMERKUNGEN (3/6)

1. EINLEITENDE BEMERKUNGEN (4/6)

1. EINLEITENDE BEMERKUNGEN (5/6)

- **«Ohne Mängel zu bauen ist kaum möglich.»**

  Präsident des Schweizerischen Baumeisterverbands, 2013

- **«Jedes Gebäude weist bei Bauende 15 wesentliche Mängel auf.»**

  Studie ETH 2013

- **Folgekosten von jährlich CHF 1,6 Mia. (= 8% des aufgewendeten Investitionsvolumens)**

  Studie ETH 2013

1. EINLEITENDE BEMERKUNGEN (6/6)

:: **Problemstellung (Praxisfall)**

- Erstellung Mietobjekt
- TU-Vertrag (→ GU → Unternehmer → Subunternehmer)
- Baumängel
- Mangelhaftigkeit / Verantwortlichkeit streitig
- Mietzinsrückbehalte
- Gesuch um vorsorgliche Beweisführung gutgeheissen
- gerichtliches Gutachten nach wie vor ausstehend (bis 1 Jahr)
- Verzicht auf Behebung der Mängel aus Beweisgründen

:: **Lösung: notarielle Feststellungsurkunde?**

2. DEFINITION WERKMANGEL

:: Definition Werkmangel

- juristischer, nicht technischer Begriff
- Abweichung vom Vertrag (IST- ≠ SOLL-Zustand):
  - Fehlende vereinbarte Eigenschaft
  - Fehlende vorausgesetzte Eigenschaft
- Ob ein Werkmangel vorliegt, ist eine Rechts- und keine Tatsachenfrage.

3. PRÜFUNGS- UND RÜGEOBLIEGENHEIT

- Prüfung des fertiggestellten Werks durch den Bauherrn (Rat: Experten beiziehen!)
- Recht jeder Partei auf Prüfung des Werks durch einen amtlichen Sachverständigen (Art. 367 Abs. 2 OR) → ersetzt Mängelrüge nicht!
- Rüge bei Mangelhaftigkeit: ausdrücklich sagen, dass Werk nicht akzeptiert wird, sämtliche Mängel genau bezeichnen
- Adressat: Vertragspartner (nicht an Subunternehmer)
- Form: keine Formvorschrift (aus Gründen der Beweissicherung immer schriftlich und eingeschrieben!)
- Frist:
  - «sofort»
  - Vertragliche Rügefrist (z.B. 2-jährige Garantiefrist nach SIA-Norm 118)
- Fehlende/nicht rechtzeitige Rüge → Verwirkung der Mängelrechte! (Ausnahme: bei absichtlicher Täuschung)

4. MÄNGELRECHTE

:: Mängelrechte

- Voraussetzung: Prüfung des Werks und Mängelrüge innert Frist
- Nachbesserung
  - Minderung
  - Wandelung (bei erheblichen Mängeln, in der Praxis selten)
- Wahlrecht des Bauherrn (alternative Ansprüche)
- SIA-Norm 118: eingeschränktes Wahlrecht (primär nur Nachbesserungsrecht)
- Kausalhaftung
- Ersatz für Mängelfolgeschäden (kumulativer Anspruch bei Verschulden, z.B. Mietzinsausfälle)

5. BEWEISLAST / BEWEISGEGENSTAND

:: **Allgemeine Beweislastregel:**

- Bauherr = beweisbelastet (Art. 8 ZGB)

:: **Abweichende Beweislast:**

- Gemäss SIA-Norm 118: Unternehmer = beweisbelastet während 2-jähriger Garantiefrist
- Vertragliche Beweislastumkehr

:: **Beweisgegenstand:**

- Streitige, rechtserhebliche Tatsachen (z.B. Mangelhaftigkeit des Werks, Verantwortlichkeit)

6. BEWEISMITTEL (1/3)

:: Numerus clausus

- Numerus clausus der zulässigen Beweismittel im Zivilprozess:
  - Zeugnis
  - Urkunde
  - Augenschein
  - Gutachten
  - Schriftliche Auskunft
  - Parteibefragung
  - Beweisaussage

6. BEWEISMITTEL (2/3)

:: Gutachten

- Privatgutachten
  - Zur Abschätzung von Prozessaussichten / Beurteilung eines gerichtlichen Gutachtens
  - Kein Beweismittel, nur Parteibehauptung
  - Privatgutachter als sachverständige Zeugen
- Schiedsgutachten
  - Parteivereinbarung
  - Für das Gericht grundsätzlich bindend
- Gerichtliche Gutachten
  - Ernennung eines Sachverständigen durch das Gericht
  - Auf Antrag / von Amtes wegen
  - Ausstandsgründe
  - Wahrheitspflicht

6. BEWEISMITTEL (3/3)

:: Augenschein

- Unmittelbare sinnliche Wahrnehmung von Eigenschaften von Tatsachen oder Personen durch das Gericht
- Auf Antrag / von Amtes wegen
- Evtl. Beizug eines Sachverständigen

:: Urkunden

- Dokumente, die geeignet sind, rechtserhebliche Tatsachen zu beweisen
  - Einfachschriftliche Urkunde
  - Öffentliche Urkunde

7. NOTARIELLE FESTSTELLUNGSURKUNDE (1/2)

:: Notarielle Feststellungsurkunde

- Öffentliche Urkunde: von einem Notar in einem Beurkundungs-verfahren errichtete Urkunde
- Sachliche Zuständigkeit: ausschliessliche Zuständigkeit des bernischen Notars zur Vornahme von Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit
- Gegenstand: alle Vorgänge und Zustände, die der Notar selbst wahrnehmen kann (z.B. Feststellung des Zustands eines Hauses)
- Inhalt: wahrnehmbare, rechtserhebliche Tatsachen (nicht: rechtliche Beurteilungen!) → wenn Fachwissen erforderlich: Beizug eines Experten!
- Örtliche Zuständigkeit: Kanton Bern (Augenschein und Protokollierung)
- Weitere Voraussetzungen: Rogation, schutzwürdiges Interesse

7. NOTARIELLE FESTSTELLUNGSURKUNDE (2/2)

- Zweck: Beweissicherung
- Wirkung: qualifiziertes Beweismittel: erhöhte Beweiskraft gemäss Art. 9 ZGB (erbringt für die durch sie bezeugten Tatsachen vollen Beweis, solange nicht die Unrichtigkeit ihres Inhalts nachgewiesen ist)
- Vorgehen: Augenschein → Fotos → Wahrnehmung in öffentlicher Urkunde protokollieren und mit Fotos belegen → evtl. Urkunde + Fotos auf DVD

8. VORSORGLICHE BEWEISFÜHRUNG (1/2)

:: Vorsorgliche Beweisführung (Art. 158 ZPO)

- Voraussetzung:
  - Gesetzlicher Anspruch (Art. 367 Abs. 2 OR?)
  - Glaubhaft machen von
    - Gefährdung der Beweismittel (z.B. Einsturzgefahr)
    - Schutzwürdiges Interesse (z.B. Einschätzung Prozesschancen)
- Jederzeit, unabhängig davon, ob bereits ein Verfahren hängig ist
- Gesuch beim zuständigen Gericht
- Beweisgegenstand: nur Tatsachen (nicht rechtliche Beurteilung)
- Bauherr trägt Gerichts- (inkl. Gutachterkosten) und Parteikosten, u.U. kein Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege

8. VORSORGLICHE BEWEISFÜHRUNG (2/2)

:: **Werkprüfung durch Sachverständigen (Art. 367 Abs. 2 OR)**

- Recht des Bauherrn/Unternehmer auf eigene Kosten eine Prüfung des Werks durch einen Sachverständigen und die Beurkundung des Befundes zu verlangen
- Sicherung des Beweises (Mangelhaftigkeit/-freiheit bei Ablieferung)
- amtlicher Sachverständiger
- Tatbestandsaufnahme (nicht: ob Werk mangelhaft/mängelfrei ist, Verantwortlichkeit)
- Beweiskraft:

  Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit → Parteibehauptung
  (u.a. OGer ZH, Zürcher Komm. OR, Basler Komm. ZPO)

  vorsorgliche Beweisführung →Gerichtsgutachten
  (u.a. Zürcher Komm. ZPO, Basler Komm. OR)

9. FAZIT

:: **Notarielle Feststellungsurkunden zur Beweissicherung von Baumängeln**

- u.U. Alternative zu:
  - Privatgutachten
  - vorsorglichen Beweisführung
  - Bestellung eines amtlichen Sachverständigen nach Art. 367 Abs. 2 OR
- Vorteile:
  - Schaffung eines Beweismittels (Urkundenbeweis)
  - erhöhte Beweiskraft nach Art. 9 ZGB («vollen Beweis»)
  - Zeitfaktor: Notar i.d.R. sofort verfügbar
  - Freie Wahl des Notars
  - unabhängig von allfälligem Prozess
  - Kosten

DANKE FÜR IHRE AUFMERKSAMKEIT

–

FRAGEN?

Häusermann+Partner
Notare | Rechtsanwälte

KONTAKTANGABEN

Häusermann + Partner
Notare | Rechtsanwälte
Schwanengasse 5/7
Postfach 6519
3001 Bern
www.haeusermann.ch

Referentin

Natalie Siegenthaler
Notarin und Rechtsanwältin
natalie.siegenthaler@haeusermann.ch
Tel. 031 326 51 57