



BAURECHT *kompakt*

APRIL 2017
NEWSLETTER 04

AKTUELLE THEMEN – KOMMENTIERTE ENTSCHEIDE – PRAXISFÄLLE



Liebe Leserin, lieber Leser

Bei einem Bauvorhaben sind Bestellungen- oder Projektänderungen keine Seltenheit. Diese Änderungen führen meist zu Kostenüberschreitungen und enden zu guter Letzt nicht selten in einem Streit. Welche Vorkehrungen Sie treffen können und welche Schritte Ihnen in den einzelnen Situationen zur Verfügung stehen, lesen Sie in unserem ersten Beitrag.

Für Nachbarn können Neubauten und Umbauten sehr störend sein. Lärm, Staub, Erschütterungen, versperrte Strassen – viele Unannehmlichkeiten gehen mit einer Baustelle einher. Doch nicht jede Störung gibt dem Nachbarn Anspruch auf Beseitigung oder Schadenersatz. Daneben stellt sich für den Bauherrn die Frage, ob er allenfalls das nachbarschaftliche Grundstück für Baustelleninstallationen oder die Zufahrt nutzen darf. Erfahren Sie abschliessend, unter welchen Voraussetzungen sich ein Unternehmer aus seiner Gewährleistungspflicht befreien kann und wie vorzugehen ist.

Junes Babay, Redaktor

IN DIESER AUSGABE:

- Top-Thema: Bestellungen- oder Projektänderungen bei einem Bauvorhaben: Die wichtigsten Punkte und die häufigsten Stolpersteine im Überblick **Seite 1**
- Best Practice: Rechte und (Duldungs-)Pflichten der Nachbarn bei Bauarbeiten **Seite 6**
- Best Practice: Die Abmahnung bei fehlerhaften Weisungen **Seite 9**

Bestellungs- oder Projektänderungen bei einem Bauvorhaben

Welches sind die Ursachen von Kostenüberschreitungen und wie ist mit diesen umzugehen? Worauf muss der vorausschauende Bauherr, der vorausschauende Planer achten? Und was ist vorzukehren, wenn dann einmal doch eine Kostensteigerung eintritt? Wie sind Mehrleistungen des Unternehmers zu beurteilen, die dieser über das vertraglich Vereinbarte und vom Bauherrn auf dessen Wunsch nachträglich Erbetene geleistet hat?

■ Von **Jürg Waldmeier, Fürsprecher, WALDMEIER legal, Brugg und Zürich**

Fragestellung

Es kommt ab und zu vor, dass Bauvorhaben aus irgendeinem Grund «aus dem Ruder laufen». Als prominente Beispiele neueren Datums seien die Elbphilharmonie in Hamburg

oder das Letzigrundstadion in Zürich in Erinnerung gerufen.

Solch unkontrollierte Entwicklungen bei der Realisierung eines Bauvorhabens können

verschiedene Folgen nach sich ziehen: Der Zeitplan kann nicht mehr eingehalten werden, die budgetierten Kosten «schiessen durch die Decke» oder – für den Bauherrn der worst case, für den Unternehmer eine Entscheidung, die er wohl nur ungern trifft – die Arbeiten auf der Baustelle werden wegen unüberbrückbarer Differenzen in der Entschädigungsfrage eingestellt. Bauherr und Unternehmer «geraten sich in die Haare», was wohl bei beiden Spuren hinterlässt und in aller Regel mit hohen Kostenfolgen verbunden ist.

Planung des Bauvorhabens

Der Bauherr will ein seinen Wünschen entsprechendes, massgeschneidertes Produkt. In der Planungs- und der Ausführungsphase bedeutet dies, dass das einen hohen Individualitätsgrad aufweisende Bauwerk einen



regen Austausch zwischen dem Bauherrn und seinen Planern (Architekt, Ingenieur und allfällige weitere Fachplaner) sowie den die Planung ausführenden Unternehmen erfordert.¹ Vorerst sind die Vorstellungen des Bauherrn rein gedanklicher Natur, die von den Planern zu Papier zu bringen sind (Pläne, technische Beschreibungen). Damit die Vorstellungen des Bauherrn umgesetzt werden können, ist ein intensiver Austausch der Ideen zwischen den Beteiligten unabdingbar.

Und dann ist auch den Realitäten ins Auge zu schauen, setzen doch die Bewilligungsfähigkeit des Bauvorhabens, die finanziellen Möglichkeiten des Bauherrn, aber auch die technische Machbarkeit den Vorstellungen Grenzen. Damit die Planung eines Bauvorhabens optimal ist und dieses von der Genehmigung durch die Baubewilligungsbehörde bis zur Schlüsselübergabe an den Bauherrn reibungslos ablaufen kann, braucht es vorab eine sorgfältige Analyse der Bedürfnisse und der Wünsche des Bauherrn. Dies ist unabdingbar, damit der Planer überhaupt in der Lage ist, die Vorstellungen des Bauherrn optimal umzusetzen. Das erscheint selbstverständlich, ist es aber beileibe nicht, wie unzählige Beispiele aus dem Alltag zeigen. Dazu aber später mehr.

Bestellungsänderungen

Ein Bauvorhaben ist geradezu dazu prädestiniert, dass es gerne (und immer wieder!) zu Bestellungsänderungen kommt. Dabei wird zwischen direkten und indirekten Bestellungsänderungen unterschieden.

Direkte Bestellungsänderungen werden vom Bauherrn (nach Unterzeichnung des Vertrages und in Abänderung der im Vertrag beim Unternehmer in Auftrag gegebenen Unternehmerleistung) bewusst ausgelöst. Dies erfolgt durch Mitteilung an den Unternehmer, sei es durch den Bauherrn selber oder durch seinen Planer. **Indirekte Bestellungsänderungen** hingegen sind schwerer auszumachen und sind ein oft unterschätztes Problem. Sie ergeben sich beispielsweise aus Umstellungen im Bauablauf, wenn dies für den Unternehmer bewirkt, dass er seine Leistung anders ausführen muss als ursprünglich bei der Offertstellung vorgesehen. Es gibt immer wieder gute Gründe für eine

Bestellungsänderung: Der Bauherr oder der Nutzer ändert seine Ziele oder seine Ansprüche, die Zusammenarbeit der Unternehmer ist vom Planer zeitlich und/oder fachlich schlecht abgestimmt, es ergeben sich Änderungen in den Ausführungsplänen zum ursprünglich vorgesehenen, Hinweise in den Ausschreibungsunterlagen werden nicht beachtet, bodentechnische Abklärungen bspw. bezüglich der Hydrologie oder bezüglich der Qualität des Baugrundes werden nicht vorgenommen, der Bauherr hat Änderungswünsche – statt einer Glasfassade will er neu eine Sichtbetonfassade, oder beim Aushub stellt sich heraus, dass Fels statt des in der Ausschreibung erwähnten Erdreichs abgetragen werden muss. Diese Aufzählung könnte beliebig fortgesetzt werden ...

Diese Änderungen beruhen oft auf unvollständigen oder gar fehlerhaften Vorleistungen des Bauherrn, auf unzureichenden Vorabklärungen des bzw. der Planer oder auf ungenügender Koordination der einzelnen Unternehmer. Dabei fragt sich dann, ob diese Risiken dem Bauherrn, seinem bzw. einem seiner Planer oder einem oder auch gleich mehreren Unternehmen anzulasten sind.

PRAXISTIPP

Generell kann dazu festgehalten werden: Je konkreter und je präziser die Planung von Beginn weg ist, desto weniger Bestellungsänderungen zieht dies nach sich. Und: Je genauer und vollständiger die vom Unternehmer zu erbringenden Leistungen ausgeschrieben werden, desto weniger Bestellungsänderungen werden in der Realisierungsphase nötig. Deshalb, und dies mit allem Nachdruck: Eine sorgfältig aufgegleiste Planung erspart Ärger, Zeit und vor allem auch Geld.



Der Planer unterschätzt gerne, dass Änderungen in der Ausführung mit Kostenfolgen beim Unternehmer verbunden sind. Um solche Plankorrekturen oder eben Änderungen gegenüber den vertraglichen Abmachungen umzusetzen, wird dann gerne der Teamgeist bemüht. Aber noch einmal: Diese Änderungen schlagen kostenmässig zu Buche! Dem Bauherrn ist zu empfehlen, der (planerischen) Ursache, der (bautechnischen) Auswirkung wie auch den (finanziellen) Folgen nachzugehen, und das besser früher als später. Der Unternehmer seinerseits ist gut beraten, Be-

stellungsänderungen in einem Nachtrag zum Werkvertrag zu dokumentieren. Nicht dass es so weit kommt wie bei der Elbphilharmonie, wo während der Dauer des Bauvorhabens sich die Kosten verzehnfacht haben.

PRAXISBEISPIEL



Gemäss ursprünglicher Budgetierung sollte das Bauvorhaben Elbphilharmonie die Stadt Hamburg 77 Millionen Euro kosten. Nach Abschluss der Bauarbeiten, die rund 10 Jahre dauerten, bei denen der Generalunternehmer zwischenzeitlich die Bauarbeiten eingestellt hat, kam der Bau der Stadt Hamburg auf 789 Millionen Euro zu stehen, die Gesamtkosten beliefen sich auf 865 Millionen Euro. Und Hochtief, die als GU bei diesem Bau tätig war, machte bei der Stadt Hamburg Hunderte von Projektänderungen geltend (Quelle: NZZ, 10. Januar 2017).

Bei Bestellungsänderungen ist es deshalb ratsam, das «Was», das «Wann», das «Warum» und das «Wie» schriftlich festzuhalten und dies nötigenfalls auch in den Ausführungsplänen zu dokumentieren. In der Angebotsphase empfiehlt es sich, dass der Unternehmer das Devis generell und die ausgeschriebenen Mengen im Spezifischen plausibilisiert; in der Ausführungsphase ist bei festgestellten Abweichungen vom vertraglich Vereinbarten eine «wasserdichte» Strategie in Bezug auf das Vorgehen bei der Werklohnabrechnung festzulegen. Bei jedem einzelnen Gewerk sind die Ausführungspläne mit den Angebots- und mit den Vertragsplänen, inklusive der technischen Bedingungen hinsichtlich Konstruktions-, Mengen- und Qualitätsänderungen, zu prüfen. Sinnvollerweise sind auch die Positionen im Leistungsverzeichnis und in den abgerechneten Mengen zu vergleichen. Dieser Aufwand, Bestellungsänderungen zu überprüfen, ist gering und muss eine Selbstverständlichkeit sein. Wichtig dabei ist, dass man auch auf der Baustelle die Angebotsgrundlage und den Vertrag kennt, um Abweichungen überhaupt festzustellen. Nur so können die indirekten Bestellungsänderungen, die sonst unentdeckt blieben, überhaupt erkannt und die Zusatzkosten in Rechnung gestellt werden.

Die Folgen von Bestellungsänderungen können beim Unternehmer unterschiedliche Konsequenzen haben: Mindermengen führen zu



einer Unterdeckung beim Deckungsbeitrag, Mehrmengen hingegen zu einer Überdeckung, möglicherweise aber auch zu einer Bauzeitverlängerung oder gegebenenfalls auch zu Beschleunigungskosten. Hierzu ist bei Unter- oder bei Überschreitung der vertraglichen Mengentoleranz anzumerken, dass diese gegebenenfalls eine Preisanpassungen rechtfertigen.

Mehrmengen können aber auch Auswirkungen auf den kritischen Pfad haben, was gerne zu Beschleunigungsmassnahmen (mit den entsprechenden Folgekosten) oder zu einer Bauzeitverlängerung (mit der Konsequenz von zusätzlichen Vorhaltekosten) führt. Diese müssen nachgewiesen werden, was auf dem beweisrechtlichen und damit auf dem juristischen Parkett bisweilen zu Schwierigkeiten führen kann (siehe Fall Letziggrundstadion weiter hinten). Beststellungsänderungen können viele Ursachen haben, diese können aus der Bauplanung, aber auch in der Ausführung auftreten. Nicht von ungefähr gilt auch hier der Leitspruch, dem sich ein Bauunternehmen verschrieben hat: «Bauen ist Vertrauen.» Aber nicht nur! Bauen setzt auch Sachverstand und Kompetenz voraus. Wie auch das immer wieder nötige Quentchen Glück.

SIA-Norm 118

Wenn zwischen Bauherr und Unternehmer die **Norm SIA 118** zum Vertragsbestandteil erklärt worden ist, dann steht nach Art. 84 der

SIA-Norm SIA 118 dem Bauherrn das Recht zu, im Werkvertrag vereinbarte Bauleistungen während der Realisierung des Bauvorhabens einseitig zu ändern. Das bedeutet, dass der Bauherr zusätzliche Leistungen in Auftrag geben oder vertraglich zu erbringen vereinbarte Leistungen auch streichen kann. Abweichungen von der Bestellung müssen allerdings immer Leistungen betreffen, die im Aufgabenbereich des Unternehmers liegen.

Der **Nachtragsanspruch** richtet sich dann nach Art. 84 ff. der Norm. Diese räumt dem Bauherrn eine weitreichende Befugnis ein, die im Werkvertrag festgelegte Bauleistung im Zuge der Projektrealisierung einseitig zu ändern: Der Bauherr kann durch Weisungen oder Änderung von Plänen verlangen, dass der Unternehmer Leistungen, zu denen dieser durch den Werkvertrag verpflichtet ist, auf andere Art als vereinbart, in grösseren oder kleineren Mengen oder überhaupt nicht ausführt. Dies jedoch nur dann, wenn dadurch der Gesamtcharakter des zur Ausführung übernommenen Werkes unberührt bleibt. Unter den gleichen Voraussetzungen kann der Bauherr auch im Vertrag nicht vorgesehene Leistungen ausführen lassen. Verzichtet der Bauherr auf die Ausführung einer einzelnen Arbeit, so darf er sie allerdings nicht durch Dritte ausführen lassen.

Die **Bestellungsänderung** kann durch sog. Weisungen oder durch Planänderungen erfolgen, ohne dass es für die Verbindlichkeit

dieser einseitigen Erklärung die Zustimmung des Unternehmers brauchen würde. Weisungen sind Anordnungen, die der Besteller erteilt und die den Unternehmer anweisen, wie die Werkleistungen auszuführen sind. Der Unternehmer hat diese zu befolgen. Wegen diesem Weisungsrecht kann der Besteller beispielsweise verlangen, dass der Unternehmer eine werkvertraglich geschuldete Leistung auf andere Art als vereinbart ausführen muss (Art. 87 Abs. 1), dass der Unternehmer eine werkvertraglich geschuldete Leistung in grösseren oder kleineren Mengen ausführen muss (Art. 86), dass der Unternehmer eine werkvertraglich geschuldete Leistung überhaupt nicht oder zusätzlich ausführen muss. Einer Weisung gleichgestellt ist nach Art. 84 Abs. 1 die Aushändigung eines gegenüber der Ausschreibung geänderten Ausführungsplans. Auch eine solche **«Änderung von Plänen» gilt als Beststellungsänderung**, jedenfalls dann, wenn dieser neue Plan gegenüber dem Entwurfsplan gewollte Änderungen für die Ausschreibung beinhaltet und die darin enthaltenen abweichenden Ausführungsanweisungen nicht bloss als Konkretisierung der ursprünglichen Leistung anzusehen sind.

Es ist nicht immer einfach zu sagen, ob es sich bei geänderten Plänen oder sonstigen Änderungen in den Ausführungsunterlagen (siehe dazu Art. 99 f.) um mehrvergütungspflichtige Beststellungsänderungen im Sinne der Art. 84 ff. handelt oder um eine nachträgliche Kon-



kretisierung, die vom Unternehmer entschädigungslos hinzunehmen ist. Eine Beststellungsänderung mit den entsprechenden finanziellen Konsequenzen wird im Regelfall dann vorliegen, wenn die nach Werkvertragsabschluss erfolgte Änderung Leistungsanforderungen enthält, mit denen ein Unternehmer aufgrund der Ausschreibungsunterlagen und der beiliegenden Pläne nicht rechnen musste. Eine Beststellungsänderung, die finanzielle Konsequenzen hat, dürfte dann vorliegen, wenn der Besteller Leistungsanforderungen in der Ausschreibung, ob bewusst oder ob unbewusst, unvollständig bekannt gibt. Dies gilt auch dann, wenn nach Vertragsabschluss eine ursprünglich suggerierte Gestaltungsfreiheit bei der Leistungserbringung durch nachträgliche Weisungen oder detaillierte Planunterlagen an den Unternehmer eingeschränkt wird oder der Unternehmer Mehrleistungen aus technischer Notwendigkeit erbringen muss.

Die Realisierung eines Bauprojektes bringt es insbesondere bei grösseren Bauvorhaben mit sich, dass es unumgänglich wird, Leistungsänderungen anzuordnen. Dies wiederum bedeutet aber auch, dass nach Unterzeichnung des Werkvertrags diese Unterlage den aktuellen Vorstellungen anzupassen ist. Dabei muss der Gesamtcharakter des zur Ausführung übernommenen Werkes unberührt bleiben (Art. 84). Wann das der Fall, ist hart der rechtlichen Klärung: Das Bundesgericht hat sich noch nie mit der Frage befassen müssen, in welchen Fällen einer Beststellungsänderung den Gesamtcharakter des zur Ausführung übernommenen Werkes berührt und deshalb nicht einseitig vom Bauherrn angeordnet werden darf. Gemäss Gauch **darf die Anordnung einer Beststellungsänderung nicht zu einer tiefgreifenden Umgestaltung der vom Unternehmer geschuldeten Bauleistung führen**. Nach ihm setzt dies insbesondere voraus, dass das Bauwerk trotz der Beststellungsänderung seine spezifische Eigenart respektive seinen ursprünglichen Charakter beibehält.

Die rechtlichen Folgen einer Beststellungsänderung, die der Bauherr anordnet, werden in Art. 85 ff. geregelt. Zum einen legen diese Bestimmungen fest, ob und wie sich die Festpreise ändern, wenn eine Beststellungsänderung veränderte Mengen zur Folge hat (Art. 86 bei Leistungen zu Ein-

heitspreisen, Art. 89 bei Leistungen zu Global- oder Pauschalpreisen) respektive die Leistung unter veränderten Ausführungsvoraussetzungen zu erbringen ist (Art. 87). Zum andern räumt die Norm dem Unternehmer in Ergänzung des Mehrvergütungsanspruchs einen Anspruch auf Anpassung der Bauzeit ein, wenn dies die Beststellungsänderung erfordert (Art. 90).

In diesem Zusammenhang ist auf Art. 86 SIA 118 zu verweisen, der die Rechtsfolgen regelt, wenn die Beststellungsänderung zu einer Mengenänderung führt. **Die Toleranzklausel von 20 Prozent enthält eine Zuweisung des Mengenrisikos**. Danach muss der Unternehmer bereits bei der Kalkulation und Preisbildung berücksichtigen, dass das tatsächlich ermittelte Ausmass (Art. 141) vom Vorausmass, d.h. im Leistungsverzeichnis der Ausschreibung von den mutmasslich geschätzten Mengen, um plus oder minus 20 Prozent abweichen kann. Sind die Voraussetzungen des Art. 86 Abs. 2 erfüllt, gibt dies Anspruch auf einen neuen Einheitspreis, sprich einen Nachtragspreis. Dieser neue Preis wird auf der Basis der ursprünglichen Kostengrundlage vereinbart.

Nach dem exakten Wortlaut der Norm würde sich der bisherige Art. 86 in der Normversion 1977/1991 nur auf veränderte Mengen in-

folge Beststellungsänderungen beziehen. Den weitaus häufigeren Fall, dass eine schlichte Mengenänderung vorliegt, bspw. eine falsche Mengenangabe im Leistungsverzeichnis, wäre damit nicht abgedeckt. Korrekterweise kommt Art. 86 allerdings auch bei Mengenänderungen zur Anwendung, wenn diese nicht die Folge einer angeordneten Beststellungsänderung sind. Die revidierte Norm SIA 118/2013 stellt dies mit einem neu eingefügten Absatz 5 in Art. 86 klar.

Neuer Einheitspreis

Art. 87 regelt die Rechtsfolgen, wenn die Beststellungsänderung eine Leistung erfordert, für die der Werkvertrag noch keinen Einheitspreis vorsieht oder diese angeordnete neue Leistung unter veränderten Ausführungsvoraussetzungen zu erbringen ist. Sind die Voraussetzungen von Art. 87 erfüllt, dann hat der Unternehmer Anspruch darauf, einen neuen Einheitspreis festzulegen. Dieser bemisst sich auf Basis der ursprünglichen Kostengrundlage, und zwar entweder in Anlehnung an die ähnlichste vertragliche Leistungsposition, unter Berücksichtigung des Unterschiedes zwischen dieser und der neu erforderlichen Leistung (Abs. 2) oder aber – wenn ein solcher Preisaufbau nicht möglich ist – durch die Vereinbarung eines neuen Einheitspreises (Abs. 3).

Kommt keine Einigung über den Nachtragspreis zustande, so legt Art. 87 Abs. 4 fest, dass der Bauherr beziehungsweise die ihn vertretende Bauleitung die entsprechende Arbeit nach Aufwand («in Regie») ausführen lassen kann. Ob und unter welchen Voraussetzungen der Bauherr berechtigt ist, sich einer Einigung über den Nachtragspreis (nach Abs. 2 und Abs. 3) zu widersetzen, und stattdessen auf einer Ausführung in Regie beharren kann, ist in Art. 87 Abs. 4 ungenau und nur lückenhaft geregelt. Klar ist lediglich, dass der Bauherr sein Recht auf Anordnung der Arbeiten in Regie innerhalb kurzer Frist ausüben muss und dieses Recht spätestens dann verliert, wenn er es nicht vor der Inangriffnahme der fraglichen Arbeit ausgeübt hat.

Mehrleistungen des Unternehmers

Wie ist die Situation aus rechtlicher Sicht zu würdigen, wenn sich der Bauherr im Vertrag mit dem Unternehmer bezüglich Beststellungsänderungen ausbedungen hat, dass der Un-

WICHTIGER HINWEIS

Obwohl Art. 86 in den Abs. 3 und 4 sehr praxistaugliche Ausnahmen vorsieht, um der jeweiligen Eigenart des konkreten Werkvertrags Rechnung zu tragen, **weichen Ausschreibungsunterlagen** hier gerne von der Norm ab und halten fest, dass die Einheitspreise unabhängig von der effektiv auszuführenden Menge unverändert bleiben. Oder sie bedingen Art. 86 ganz weg. Der Unternehmer wie auch der Bauherr vergeben sich damit die Chance einer Preisanpassung, wenn sich die Mengen gegenüber der Ausschreibung deutlich erhöhen oder reduzieren. Trotz der Wegbedingung der 20%-Klausel kann der Unternehmer im Einzelfall seine Mehrkosten allenfalls aus der sog. Vertrauenshaftung geltend machen, nämlich dann, wenn das effektiv ermittelte Ausmass beim Bauende aus Unsorgfalt krass vom geschätzten Vorausmass abweicht und dies zu einer Fehlkalkulation beim Unternehmer führt, namentlich bei ungenügender Möglichkeit zur Umlage der Baustellengemeinkosten.





ternehmer diese zu offerieren und der Bauherr diese Offerten vor der Ausführung durch den Unternehmer zu genehmigen hat, dieser Ablauf vom Unternehmer so aber nicht eingehalten wird? In Wirklichkeit hat der Unternehmer den Bauherrn in regelmässigen Baustellensitzungen über den Baufortschritt informiert, dieser hat davon Kenntnis genommen und auch die vom Unternehmer unterbreiteten Offerten stillschweigend entgegengenommen.

GERICHTSENTSCHEID



Das Obergericht des Kantons Zürich hat in einem aktuellen Urteil zum Letzigrundstadion² kürzlich entschieden, wenn der Bauherr immer wieder unterstrichen habe, dass für ihn das Einhalten des vereinbarten Kostendaches oberste Priorität habe, und der Bauherr die ihm vom Unternehmer vorgelegten Projektänderungsunterlagen schriftlich genehmigt habe, so seien eben die vertraglich vereinbarten Formalien zu den Bestellungsänderungen nicht beachtet worden. In der Folge hat es die finanziellen Nachforderungen für die rund 60 (!) Projektänderungen des Bauherrn im Betrag von rund 23 Millionen, so, wie sie vom Unternehmer vom Bauherrn vor Gericht gefordert wurden, abgewiesen. Dies mit der Begründung, die Nachtragsforderungen seien vom Unternehmer zwar wohl erbracht worden, dazu habe er aber im Prozess den rechtsgenügenden Nachweis über den Bestand und die Höhe der Forderungen zu erbringen unterlassen.

Damit steht die Frage im Raum, wie der Unternehmer diesen Nachweis rechtsgenügend hätte erbringen müssen. Das ist keine einfache Frage, sie ist komplex und bedarf einer genauen Analyse der Gegebenheiten, dies umso mehr, als sich der Unternehmer verpflichtet hat, das Letzigrundstadion als Totalunternehmer zu erstellen.

Was gilt, wenn der Unternehmer nicht bestellte Zusatzleistungen ausführt? In der Norm SIA 118 ist dieser Fall nicht mit der gewünschten Klarheit geregelt. Es gilt rechtlich Folgendes: Wenn der vom Unternehmer betriebene Zusatzaufwand nicht Folge einer Bestellungsänderung ist, hat der Unternehmer im Regelfall keinen Anspruch auf eine Mehrvergütung. Denn grundsätzlich hat der Unternehmer sämtlichen Aufwand – auch allfälligen Mehraufwand – zu betreiben, der erforderlich ist, um den vereinbarten Leistungserfolg zu erbringen. Einen Aufwand, der darüber hinausgeht, darf der Unternehmer nicht auf sich nehmen. Er ist dazu weder befugt noch berechtigt. Dies gilt auch, wenn der Unternehmer eine Eventualposition ausführt, ohne dass der Besteller deren Ausführung angeordnet hat (Art. 102). Im Anwendungsbereich der Norm SIA 118 verfügt der Unternehmer nach Massgabe von Art. 45 Abs. 2 auch ohne Bestellungsänderung nur für jene unbestellten Arbeiten über einen vertraglichen Anspruch, deren **Ausführung dringlich und zur Abwendung von Gefahr und Schaden unerlässlich** war und aus diesem Grunde eine vorgängige Weisung des Bauherrn nicht eingeholt werden konnte.

Im Übrigen kann der Unternehmer für nicht bestellte Zusatzleistungen aus Vertrag grundsätzlich keine Mehrvergütung verlangen. Dann bleibt dem Unternehmer nur noch der Weg, seinen Werklohn über den gesetzlichen Ausgleichsanspruch nach den Regeln über die Vorschriften der ungerechtfertigten Bereicherung (Art. 62 ff. OR) und/oder der Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 419 ff. OR) einzufordern.

PRAXISTIPP



Es wird dringend empfohlen, bei Bestellungsänderungen nachzuverhandeln. Kann zwischen den Parteien in Nachtragsverhandlungen keine Einigung gefunden werden, so kann die Einstellung der Arbeiten die einzig richtige Entscheidung sein, will man sich später nicht über den Werklohnanspruch vor Gericht streiten.

PRAXISBEISPIEL



Nach Beginn der Aushubarbeiten für ein Mehrfamilienhaus stösst der Unternehmer statt des in den Ausschreibungsunterlagen angenommenen Erdreichs auf Fels. Er baut den Fels ab, ohne dass er mit dem Bauherrn über die Abrechnungsmethode dieses unerwarteten Baugrundes eine Anpassung in den vertraglichen Abmachungen getroffen hat. Dem Unternehmer erwachsen Mehrkosten in sechsstelliger Höhe, über deren Abgeltung keine vertragliche Vereinbarung vorliegt. Eine für den Unternehmer unangenehme Ausgangslage ...

Fazit

Eine sorgfältige, umsichtige und vorausschauende Planung ist «das A und O» jedes Bauvorhabens. Sie erspart viele Umtriebe, viel Ärger, viel Zeit und vor allem: **Sie erspart Mehrkosten!** Und wenn dann eine Projektänderung doch einmal unerlässlich wird, so ist der Unternehmer wie auch der Bauherr gut beraten, diese Neuerungen im Bauvorhaben auch in vertraglicher Form festzuhalten. Und sich nicht erst dann um die Folgen dieser Projektänderung zu kümmern, wenn die Arbeit geleistet ist und es um die finanzielle Abgeltung dieser Projektänderung geht. Letzteres ist der beschwerlichere Weg ...

FUSSNOTEN

- 1 Vorliegend wird nur ganz am Rande auf die Eigenheiten eingegangen, die die Erstellung des Bauvorhabens durch einen Generalunternehmer oder durch einen Totalunternehmer mit sich bringt
- 2 Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 12. September 2016, Geschäftsnummer LB150067. Das Urteil ist nicht in Rechtskraft erwachsen, der Unternehmer hat den Entscheid vor Bundesgericht angefochten, wo die Sache zurzeit hängig ist.



AUTOR

Jürg Waldmeier,
Fürsprecher (WALDMEIER legal,
www.waldmeierlegal.ch),
Brugg und Zürich



Rechte und (Duldungs-)Pflichten der Nachbarn bei Bauarbeiten

Lärm, Staub, Erschütterungen – viele Unannehmlichkeiten gehen mit einer Baustelle einher. Doch bei welchen Immissionen oder Schäden stehen den Nachbarn rechtliche Mittel zur Verfügung und welche müssen sie dulden? Umgekehrt stellt sich für den Bauherrn die Frage, ob er das Nachbargrundstück für Bauinstallationen oder die Zufahrt nutzen darf. Dieser Beitrag fasst die aktuelle Rechtslage zu diesen Fragen zusammen.

■ Von Dr. Maja Baumann, LL.M., Fachanwältin SAV Bau- und Immobilienrecht

1. Ausgangslage

In der Schweiz gibt es nach wie vor eine rege Bautätigkeit: 2015 nahmen die Investitionen privater Bauherren in Hochbauten zwar nur leicht zu, doch wurde vermehrt in Umbauten und Erweiterungen investiert; auch der Arbeitsvorrat 2016 für Neubau und Umbau bei Hochbauten zeigt sich positiv.¹

Die meisten Baustellen liegen jedoch in dicht besiedeltem Gebiet. Entsprechend werfen die Neubau- oder Umbaupläne bei den Nachbarn verschiedene Fragen auf. Neben den öffentlich-rechtlichen Themen zu Gestalt und Grösse der Baute bzw. zur Möglichkeit eines Baurekurses, auf welche hier nicht weiter eingegangen wird, stellen sich auch viele Fragen, welche die Bauarbeiten als solche betreffen: Kann ich etwas gegen übermässigen Baulärm und Erschütterungen unternehmen? Was kann ich tun bei Schäden an meinem eigenen Haus? Auf diese Fragen wird in Ziffer 2 dieses Beitrags näher eingegangen.

Umgekehrt kann aufgrund der engen Verhältnisse auch der Bauherr ein Bedürfnis haben, das Grundstück des Nachbarn für den Bau zu betreten oder für Bauinstallationen zu nutzen. Für ihn stellt sich die Frage, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang er dies tun kann. Was für einen Ausgleich der verschiedenen Interessen sieht das Gesetz hier vor? Diese Frage wird in Ziffer 3 aufgenommen.

2. Verbot übermässiger Immissionen

2.1 Gesetzliche Grundlagen im Nachbarrecht

Auf Bundesebene sind die Art. 679 und 684 ZGB die primären rechtlichen Grund-

lagen für Ansprüche von Nachbarn wegen übermässigen Einwirkungen. Zudem enthalten die Art. 679a und 685 ZGB spezielle Bestimmungen für Einwirkungen verursacht durch Bauarbeiten.

Art. 684 ZGB hält fest, dass jeder Grundeigentümer verpflichtet ist, bei der Ausübung seines Eigentums sich aller übermässigen Einwirkungen auf das Eigentum der Nachbarn zu enthalten. Hierbei geht es um indirekte Immissionen, wie Lärm, Staub oder Erschütterungen.

Zudem darf gemäss **Art. 685 ZGB** der Eigentümer bei **Grabungen und Bauten** auf seinem Grundstück die nachbarlichen Grundstücke nicht dadurch schädigen, dass er ihr **Erdreich** in Bewegung bringt oder gefährdet oder die dort vorhandenen Vorrichtungen (bauliche Anlagen oder maschinelle Einrichtungen) beeinträchtigt.

Die **Art. 679 und 679a ZGB** enthalten die Rechtsbehelfe, um einer Verletzung von Art. 684 oder 685 ZGB entgegenzutreten.

Ferner können die kantonalen Gesetze die Abstände, die bei Grabungen und Bauten zu beachten sind, festlegen (vgl. Art. 686 ZGB) oder verfahrensmässige Konkretisierungen enthalten (vgl. bspw. §168 EG ZGB Zürich). Nachfolgend werden jedoch nur die nachbarschaftlichen Regeln des ZGB näher erörtert.

2.2 Verboten sind nur übermässige Immissionen

Art. 684 ZGB verbietet jedem Grundeigentümer übermässige Einwirkungen auf das

Eigentum der Nachbarn. Dies bedeutet einerseits eine Pflicht zur Unterlassung von übermässigen Einwirkungen, andererseits aber auch eine Pflicht zur Duldung von nicht-übermässigen Einwirkungen. Von Bedeutung ist diese Bestimmung beim Bauen vor allem bezüglich der **Lärm-, Staub-, Erschütterungs- und Geruchsmissionen** (für Einwirkungen auf das Erdreich s. unten).

Ausschlaggebend ist hierbei, ob eine Immission übermässig ist oder nicht. Der zweite Absatz von Art. 684 ZGB enthält eine beispielhafte Beschreibung der Übermässigkeit; er verbietet explizit schädliche und nach der Lage und Beschaffenheit der Grundstücke oder nach dem Ortsgebrauch nicht gerechtfertigte Einwirkungen durch Luftverunreinigungen, üblen Geruch, Lärm, Schall, Erschütterung, Strahlung oder durch den Entzug von Besonnung oder Tageslicht. Dies sind jedoch nur Beispiele und keine abschliessende Aufzählung. Dem Gericht ist somit ein weiterer Ermessensspielraum überlassen, innerhalb dessen es unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände des konkreten Einzelfalls beurteilen kann, ob eine übermässige Einwirkung vorliegt und welche Massnahmen dagegen angeordnet werden.

Zu beachten ist, dass hierbei von einem «normalen Durchschnittsmenschen» in der gleichen Situation auszugehen ist. Dies bedeutet, dass spezielle individuelle Empfindlichkeiten (wie beispielsweise Krankheit, Nervosität, Gefloggenheit, tagsüber ein Nickerchen zu machen) nicht von Relevanz sind. Konkrete Umstände, die bei der Beurteilung der Übermässigkeit zu beachten sind, sind beispielsweise die Lage des Grundstücks (z.B. auf dem Land, in der Industriezone, in einem Kurort, angrenzend an ein Erholungsgebiet) und die Ortsüblichkeit (z.B. im Ort vorherrschende Benutzungsweise mit Bauernhöfen oder Gewerbebetrieben).

Grundsätzlich ist es jedoch so, dass erlaubtes Bauen auch Immissionen verursachen darf. Gerade beim oft umstrittenen Lärm braucht es in der Regel relativ viel, bis eine Übermässigkeit nach Nachbarrecht vorliegt. Die Baulärm-Richtlinie des Bundesamtes für Umwelt BAFU gibt eine Indikation für die ungefähren Schranken. Doch handelt es sich



hierbei nicht um eine für Nachbarn direkt verbindliche Regelung. Zu beachten sind auch die kommunalen Ruhezeitbestimmungen, während welchen in der Regel Bauarbeiten untersagt sind.

Für sämtliche **Einwirkungen auf das Erdreich oder auf Vorrichtungen** (Bauten, Anlagen, Maschinen) des Nachbargrundstücks, die durch Grabungen und Bauten verursacht werden, ist die Spezialvorschrift von **Art. 685 Abs. 1 ZGB** anwendbar (die Art. 684 vorgeht). Der bauende Grundeigentümer darf das Erdreich seines Nachbarn nicht in Bewegung bringen oder gefährden oder darauf vorhandene Vorrichtungen beeinträchtigen. Erfasst werden nur Einwirkungen auf das Nachbargrundstück, welche übermässig sind, wie beispielsweise erhebliche Bodensenkungen, erhebliche Erdbeben, Rissbildungen an der Gebäudefassade oder erhebliche Bodenverumpfung.

Das in Art. 685 Abs. 1 ZGB enthaltene Verbot gilt auch dann, wenn die öffentlich-rechtlichen Regelungen eingehalten sind und für die entsprechenden Grabungen oder Bauarbeiten eine Baubewilligung vorliegt!

Wenn durch die Bautätigkeit erhebliche Schäden am Erdreich oder an den Vorrichtungen, namentlich den Häusern, der Nachbarn verursacht werden, muss der Bauherr diese Schäden beheben oder hierfür bezahlen.

2.3 Rechtsbehelfe bei übermässigen Immissionen

Gemäss **Art. 679 ZGB** haben alle am benachbarten Grundstück berechtigten Personen Ansprüche gegen einen Grundeigentümer, der sein Eigentumsrecht überschreitet und sie dadurch schädigt oder mit Schaden bedroht. Zur Geltendmachung von Ansprüchen berechtigt sind sowohl der Eigentümer des betroffenen Nachbargrundstücks als auch der oder die Besitzer (z.B. Mieter oder Pächter). Gestützt auf Art. 679 ZGB können Beseitigungsklagen (für bestehende Immissionen), Präventivklagen (Verhinderung drohender Immissionen), Unterlassungsklagen (Schutz vor Wiederholung der Immissionen), Feststellungsklagen oder – subsidiär – Schadenersatzklagen durch die betroffenen Nachbarn erhoben werden.

Für Bauarbeiten enthält jedoch **Art. 679a ZGB** eine Spezialregelung, die Art. 679 ZGB vorgeht: Wenn der Bauherr dem Nachbarn durch Bauarbeiten, welche «rechtmässig» sind, vorübergehend übermässige, aber unvermeidliche Nachteile zufügt und dadurch einen Schaden verursacht, so kann der Nachbar gemäss Art. 679a ZGB lediglich Schadenersatz verlangen. Als «rechtmässig» gilt eine Immissionen verursachende Verhaltensweise, die rechtskräftig bewilligt wurde – so insbesondere das Bauen in Übereinstimmung mit der rechtskräftig erteilten Baubewilligung.

Sind jedoch die Bauarbeiten nicht «rechtmässig» oder sind die übermässigen Nachteile nicht nur vorübergehender Natur oder wären sie – mit zumutbaren Massnahmen – vermeidbar, stehen den Nachbarn auch die Klagen auf Beseitigung oder Unterlassung gemäss Art. 679 ZGB zur Verfügung.

3. Benutzung des nachbarlichen Grundstücks für Baustellenzufahrt und -installationen

Bei den in Ziffer 2 behandelten Immissionen handelt es sich immer um indirekte Einwirkungen auf das Nachbargrundstück. Davon abzugrenzen sind direkte Einwirkungen, wie beispielsweise das Betreten, Befahren oder Abgraben des Nachbargrundstücks durch den Bauherrn bzw. durch die von ihm mit dem Bau beauftragten Personen.

Gemäss Art. 641 Abs. 2 ZGB muss der Nachbar solche direkten Einwirkungen grundsätzlich nicht dulden und kann sie abwehren. Eine Ausnahme von dieser Regel statuiert Art. 695 ZGB. Gemäss dieser Bestimmung können die Kantone nähere Vorschriften über ein zeitlich beschränktes Zutrittsrecht des benachbarten Grundeigentümers, namentlich zur Vornahme von Bauten, erlassen. Je nach Kanton finden sich die entsprechenden Bestimmungen im kantonalen Einführungsgesetz zum ZGB oder im kantonalen Baugesetz (z.B. § 229 f. des Zürcher Planungs- und Baugesetzes oder Art. 112^{bis} des St. Galler



Einführungsgesetzes zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch).

Die kantonalen Bestimmungen sind meist sehr ähnlich formuliert und erlauben in der Regel explizit das Betreten und vorübergehende Benutzen des Grundstücks. Umstritten ist jedoch in Lehre und Rechtsprechung, ob ein Nachbar auch effektive Eingriffe in sein Grundstück (namentlich Abgrabungen) zu dulden hat.

Die kantonalen Gesetze sehen vor, dass der Bauherr und der Nachbar zunächst einmal versuchen sollten, sich gemeinsam über die Benutzung des Nachbargrundstücks und die hierfür geschuldete Entschädigung zu einigen. Gelingt dies nicht, kann der Bauherr das nachbarliche Grundstück (unter den im kantonalen Gesetz festgelegten Bedingungen) auch gegen den Willen des Nachbarn in Anspruch nehmen. Das Recht ist möglichst schonend und gegen volle Entschädigung auszuüben. Je nach Kanton gibt es Beschränkungen zum Ausmass der Benutzung (beispielsweise 2,5m entlang der Grundstücksgrenze).

Gestützt auf die entsprechende kantonale Bestimmung kann der Bauherr das Nachbargrundstück grundsätzlich für alle mit dem Bau typischerweise zusammenhängenden Beanspruchungen nutzen. Darunter fallen beispielsweise Bauabschränkungen, Schuttcontainer, Baustelleninstallationen (z.B. Kran), temporäre Erdanker, Zwischenlagerung von Humus oder Baustellenzufahrten.

Bei der hierfür geschuldeten Entschädigung handelt es sich um ein Entgelt für die Benutzung des fremden Grundstücks (ähnlich wie eine Miete), die aber nicht auch die Kosten für die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes oder gar für die Behebung von durch die Bauarbeiten verursachten Schäden beinhaltet. Diese sind aber selbstverständlich auch zu entschädigen.

4. Fazit

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass Nachbarn die mit einer normalen Baustelle einhergehenden Immissionen grundsätzlich dulden müssen, aber diesen nicht völlig schutzlos ausgeliefert sind. Sind die Immis-

PRAXISTIPPS

In der Praxis gibt es verschiedene Tipps, die primär darauf ausgerichtet sind, für klare(re) Verhältnisse zu sorgen. Die Klarstellung im Voraus hilft (hoffentlich) auch einem friedlichen Miteinander der Nachbarn trotz der zusätzlichen Belastungen aufgrund der Bautätigkeit. Ziel muss es sein, die verschiedenen Interessen in Einklang zu bringen, sodass das nachbarschaftliche Klima nicht vergiftet wird – voraussichtlich wird man ja die nächsten Jahre oder gar Jahrzehnte Zaun an Zaun oder gar Wand an Wand zusammenleben. Einige Tipps aus der Praxis sind nachstehend aufgeführt:

- Da für die Übermässigkeit von Baulärm viel Ermessensspielraum besteht, empfiehlt es sich, zwischen den Nachbarn Regeln hierzu zu vereinbaren – so können gemeinsam gewisse (zusätzliche) Ruhezeiten, maximale Lärm-Pegel und/oder die Lärm-Richtlinie des Bundesamtes für Umwelt BAFU in einer nachbarrechtlichen Vereinbarung als verbindlich erklärt werden.
- Vor Beginn der Bauarbeiten sollte ein Rissprotokoll an den benachbarten Gebäuden aufgenommen werden. Dadurch wird der Zustand des Gebäudes vor den Bauarbeiten festgehalten. Im Rahmen einer Begehung des Gebäudes von aussen und innen werden Schäden, wie Risse an der Fassade, Anzeichen von Setzungen, Feuchtigkeitsschäden etc., aufgenommen (Text und Fotos). Damit das Protokoll eine Beweisgrundlage bildet, ist es von allen beteiligten Parteien zu unterzeichnen.
- Wenn kein gemeinsames Rissprotokoll erstellt wird, kann man auch eine vorsorgliche Beweissicherung (meist in der Form eines Gutachtens) erstellen lassen. Hierzu hat der Hauseigentümer ein Begehren an das Gericht zu stellen.
- Bei einer realistischen Gefahr von Hangrutschen oder Setzungen haben zudem beide Nachbarn ein Interesse daran, dass regelmässig Messungen im Hinblick auf allfällige Geländeänderungen vorgenommen werden (Höhenmessungen, Verschiebungsmessungen). So können Bewegungen im Erdreich nicht nur bewiesen, sondern vor allem früh erkannt und möglichst rasch durch Sicherungsmassnahmen gestoppt werden – bevor grössere Schäden entstehen. Sinnvollerweise werden solche Massnahmen frühzeitig gemeinsam besprochen und ebenfalls in einer nachbarrechtlichen Vereinbarung festgehalten.
- Aus Sicht des Bauherrn empfiehlt es sich in der Regel, früh mit den Nachbarn den Kontakt zu suchen, das Bauprojekt zu erläutern und deren berechtigte Sorgen aufzunehmen. Wo dies möglich ist, können Massnahmen getroffen werden, um die Auswirkungen auf die Nachbarn zu mildern (z.B. besonders lärmige Arbeiten, wie Pfählen, während den Sommerferien; Aufbau von Lärmschutzwänden). Auch diese können Gegenstand einer nachbarrechtlichen Vereinbarung sein.
- Beabsichtigt zudem der Bauherr, das Land des Nachbarn für Baustelleninstallationen oder die Zufahrt in Anspruch zu nehmen, sollten das Ausmass und die Dauer der Beanspruchung sowie die hierfür geschuldete Entschädigung in einer nachbarrechtlichen Vereinbarung festgehalten werden.
- Zudem ist es wichtig, dass sich die Nachbarn mit ihren Anliegen an jemanden wenden können (z.B. Bauleiter) und dass sie die Kontaktangaben dieser Personen kennen und diese die Anliegen auch aufnimmt und ernst nimmt.

Durch diese Klarstellungen und Verhaltensweisen lassen sich hoffentlich unnötige Konflikte und teure Gerichtsprozesse vermeiden.

sionen übermässig oder nimmt ihr eigenes Grundstück aufgrund der Bautätigkeit Schaden, so können die Nachbarn sich dagegen wehren bzw. Schadenersatz verlangen. Zu dulden hat ein Nachbar auch die vorübergehende Benutzung seines Grundstücks für Baustelleninstallationen oder die Baustellenzufahrt – jeweils gemäss den Voraussetzungen und im Rahmen der kantonalen Regelungen. Im Gegenzug hat er jedoch Anspruch auf Entschädigung, Wiederherstellung des bisherigen Zustands und Beseitigung von durch die Beanspruchung entstandenen Schäden.

Schlussendlich zeigt sich in der Praxis, dass die Themen im Zusammenhang mit der Bautätigkeit am besten frühzeitig zwischen Bau-

herr und Nachbar besprochen und in einer nachbarrechtlichen Vereinbarung geregelt werden. Durch die frühe Kommunikation und vertragliche Klarstellung lassen sich hoffentlich unnötige Streitigkeiten vermeiden.

FUSSNOTEN

- 1 Siehe Medienmitteilung des Bundesamtes für Statistik vom 25. Juli 2016 «Bauinvestitionen in der Schweiz 2015: Provisorische Daten».



AUTORIN

Dr. iur. Maja Baumann, Fachanwältin SAV Bau- und Immobilienrecht, ist Partnerin der Kanzlei REBER und berät Unternehmen und Private in Fragen des Gesellschafts-, Vertrags- und Immobilienrechts.



Die Abmahnung bei fehlerhaften Weisungen

Der Unternehmer, der sich zur Herstellung eines Werks verpflichtet, haftet grundsätzlich ausnahmslos dafür, dass das vollendete Werk die vorausgesetzten und vereinbarten Eigenschaften aufweist. Er kann sich von der Haftung für Mängel nur in ganz spezifischen Fällen befreien, wenn ihn eine Gewährleistungspflicht trifft. Wird eine fehlerhafte Weisung später mit hoher Wahrscheinlichkeit zu einem Mangel am vollendeten Werk führen, so kann der Unternehmer den Besteller abmahnen und sich so allenfalls von späterer Verantwortlichkeit befreien, wenn der Besteller an seiner Weisung festhält und dadurch einen Mangel verursacht.

■ Von Roman Wyrsch, MLaw, Rechtsanwalt, Mediator SAV

Als Abmahnung wird die Meldung des Unternehmers bezeichnet, dass eine vom Besteller erteilte Weisung aus Sicht des Unternehmers später zu einem Mangel am Werk führen wird. Mit der Abmahnung schlägt der Unternehmer somit in erster Linie vor, dass eine andere Ausführungsart gewählt werden sollte, um die Mangelfreiheit des Werkes sicherzustellen. Gleichzeitig gibt er damit aber zu erkennen, dass er – falls der Besteller an seiner Wei-

sung festhält – nicht für den in seinen Augen daraus resultierenden Mangel haften möchte. Aus Sicht des Unternehmers handelt es sich bei der Abmahnung somit um ein Instrument der Qualitätssicherung und um ein Mittel, sich vor der Mängelhaftung zu schützen für Mängel, die der Unternehmer vermeiden wollte. Allzu oft wird die Abmahnung vom Besteller aber mit Ungemach aufgefasst: Aus seiner Sicht weist der Unternehmer nicht bloss auf

einen «Fehler» des Bestellers hin, sondern will mit der Abmahnung auch erreichen, dass er sich von seinen Gewährleistungspflichten befreien kann.

Arten der Haftung

Es wird im schweizerischen Recht unterschieden zwischen Verschuldenshaftung und Kausalhaftung. Generell gilt als Grundsatz, dass eine Haftung nur besteht, wenn der Haftpflichtige vorsätzlich oder fahrlässig einen Schaden verursacht hat. Ausnahmsweise gilt aber bei gewissen Vertragsverhältnissen die Regel der Kausalhaftung: Hier haftet ein Dritter ohne Rücksicht auf die Ursache «kausal», also bereits aus dem Grunde, dass er vertraglich zu etwas verpflichtet ist.

Eine solche (vertragliche) Kausalhaftung gilt beispielsweise bei der Mängelhaftung gemäss Werkvertrag. Der Unternehmer haftet für ein mängelfreies Werk. Diese Haftung besteht auch dann, wenn der Unternehmer nach dem anerkannten Stand der Technik davon ausgehen durfte, seine Werkleistung werde mängelfrei entstehen. Er haftet also ohne Rücksicht auf die Ursache des Mangels, also beispielsweise bei unsorgfältiger Arbeit,





bei der Verwendung untauglichen Materials sowie dem eigenmächtigen Abweichen von Plänen und Vorschriften des Bauleiters. Er haftet somit auch dann für einen Mangel, wenn dieser völlig unerwartet auftritt und nicht vorhersehbar war. Ein Verschulden des Unternehmers (Vorsatz oder Fahrlässigkeit) ist nicht erforderlich. Diese Kausalhaftung gilt auch im Bereich von Regiearbeiten und bei Arbeiten eines Subunternehmers.

Ausnahmen von dieser strikten Regelung gibt es wenige: Der Unternehmer haftet dann nicht, wenn der Besteller den Werkmangel selbst verschuldet hat. So muss der Unternehmer nicht haften, wenn in den vom Besteller erhaltenen Ausführungsunterlagen ein Fehler enthalten war. Diese Befreiung findet ihre Grenze aber dort, wo der Unternehmer einen solchen Fehler erkannt hat oder hätte erkennen müssen: In diesen Fällen trifft ihn eine Anzeige- und Abmahnungspflicht. Es handelt sich dabei um einen Ausfluss der vertraglichen Sorgfaltspflicht des Unternehmers, deren gesetzliche Grundlage sich in Art. 369 OR und – wenn die SIA-Norm 118 vereinbart worden ist – Art. 25 Abs. 3 und 4 der SIA-Norm 118 findet. Fehlt eine Abmahnung des Unternehmers, haftet allenfalls dennoch der Unternehmer oder er muss möglicherweise mithaften, z.B. mit dem Architekten.

Keine Haftung des Unternehmers besteht somit von vornherein beim Befolgen von Weisungen, deren Fehlerhaftigkeit der Unternehmer weder erkannte noch erkennen konnte. Hier ist daher auch keine Abmahnung des Unternehmers erforderlich. Der Unternehmer muss somit dort die Fehlerhaftigkeit einer Weisung nicht zwingend erkennen, wo der Besteller sachverständig beraten und vertreten ist. Spätestens dort, wo die Weisung aber handwerkliche Spezialkenntnisse des Unternehmers betrifft, wird sich die Frage stellen, ob er die Fehlerhaftigkeit einer Weisung – auch durch den sachverständigen Vertreter – nicht hätte erkennen müssen. Es wird also im Einzelfall zu prüfen sein, was dem Unternehmer zugemutet werden konnte.

Fehlerhafte Weisung

Voraussetzung für eine Abmahnungspflicht ist eine fehlerhafte Weisung des Bestellers. Es kann sich hierbei beispielsweise um eine Anordnung betreffend Konstruktion, Arbeitsverfahren, Reihenfolge der Arbeiten, den zu verwendenden Werkstoff oder auch hinsichtlich des Bezugs eines Subunternehmers handeln. Die Weisung muss aber klar in Form einer Anordnung an den Unternehmer ergehen: Entweder hat der Besteller vom Unternehmer ausdrücklich eine bestimmte Ausführungsart verlangt oder aber er hat dem Unternehmer

die Weisung in Form von Plänen oder sonstigen Ausführungsunterlagen übermittelt, die für den Unternehmer verbindlich sind.

Nicht als Weisung hingegen gelten reine Vorschläge, Anregungen, Wünsche oder Ratschläge, aber auch der blosser Hinweis auf gesetzliche Vorschriften, auf Anordnungen der Behörde oder allgemeine Vorbehalte. Ebenso wenig kann die Aussage, man würde technisch anders vorgehen oder man hätte einen anderen Subunternehmer gewählt, als Weisung gelten.

Anzufügen ist, dass die Bestellung nicht zwingend direkt vom Bauherrn bzw. vom Besteller kommen muss: Oftmals ist es so, dass Weisungen vom Bauleiter ausgesprochen werden, der vom Bauherrn beauftragt ist, oder dass Weisungen in Plänen vorhanden sind, die nicht vom Bauherrn, sondern vom Architekten stammen. Diese Weisungen sind aber dem Bauherrn zuzurechnen, da der Unternehmer sich daran halten muss und diese Weisungen in Vertretung des Bauherrn erfolgt sind.

Form und Inhalt der Abmahnung

Die Abmahnung muss zwingend die Mitteilung enthalten, dass die Weisung des Bestellers fehlerhaft sei, weil sich aus ihrer Befolgung ein Werkmangel ergebe. Hierbei reicht nicht die blosser Mitteilung genereller Bedenken – andernfalls könnte mit einer einzigen «generellen» Abmahnung die ganze Mängelgewährleistung wegbedungen werden –, sondern es müssen die konkreten Tatsachen angegeben werden, auf welchen die Bedenken des Unternehmers beruhen. Es ist nicht nötig, dass der Unternehmer absolute Gewissheit hat, dass ein Mangel eintreten wird. Besteht aber eine hohe Wahrscheinlichkeit und kann der Unternehmer die Gründe für seine Besorgnis nennen, so ist im Zweifelsfall eine Abmahnung ratsam.

Es ist umstritten, ob in der Abmahnung auch ausdrücklich erwähnt werden muss, dass der Unternehmer jegliche Haftung für resultierende Mängel ablehnt. Aufgrund eines entsprechenden Entscheids des Bundesgerichts ist es aber ratsam, eine solche Entkräftungserklärung in der Abmahnung ausdrücklich festzuhalten.

GESETZLICHE GRUNDLAGE



Art. 25 SIA-Norm 118: Anzeige- und Abmahnungspflichten des Unternehmers

- Abs. 1: Die Aufsicht, die der Bauherr durch die Bauleitung ausüben lässt, enthebt den Unternehmer nicht der gesetzlichen Pflicht (Art. 365 Abs. 3 OR), Verhältnisse, die eine gehörige oder rechtzeitige Ausführung des Werkes gefährden, der Bauleitung ohne Verzug anzuzeigen. Verletzt er diese Pflicht, so fallen nachteilige Folgen ihm selbst zur Last; es sei denn, die Bauleitung habe von den betreffenden Verhältnissen auch ohne Anzeige nachweisbar Kenntnis gehabt.
- Abs. 2: Die Anzeigen sollen schriftlich erfolgen; mündliche Anzeigen sind zu protokollieren.
- Abs. 3: Der Unternehmer hat die ihm übergebenen Pläne, den von ihm zu bearbeitenden Baugrund und die bestehende Bausubstanz nur dann zu prüfen, wenn der Bauherr weder durch eine Bauleitung vertreten noch selbst sachverständig, noch durch einen beigezogenen Sachverständigen beraten ist. Doch zeigt der Unternehmer Unstimmigkeiten oder andere Mängel, die er bei der Ausführung seiner Arbeit erkennt, unverzüglich gemäss Abs. 1 und 2 an und macht die Bauleitung auf nachteilige Folgen aufmerksam (Abmahnung).
- Abs. 4: Die gleiche Abmahnungspflicht trifft den Unternehmer, wenn er bei der Ausführung seiner Arbeit feststellt oder nach den Umständen feststellen muss, dass ihm erteilte Weisungen der Bauleitung fehlerhaft sind oder ihm Verantwortungen (z.B. hinsichtlich Gefährdung Dritter) auferlegen, die er glaubt, nicht übernehmen zu dürfen.
- Abs. 5: Anzeige- und Abmahnungspflichten sind namentlich auch in folgenden Bestimmungen vorgesehen: Art. 30 Abs. 4 und 5, Art. 56 Abs. 3, Art. 96 Abs. 1, Art. 110, Art. 127 Abs. 2 und Art. 136 Abs. 2 und 3.



Das OR enthält für die Abmahnung keine Formvorschrift. Die Abmahnung kann somit auch mündlich erfolgen, wobei sich aus Beweisgründen aber auf jeden Fall eine schriftliche Abmahnung mittels Einschreiben empfiehlt. Auf jeden Fall muss die Abmahnung ausdrücklich und eindeutig sein; selbst bei mündlicher Abmahnung darf der Besteller keine Zweifel daran haben, dass der Unternehmer einen Mangel vorhersieht und seine Haftung dafür ausschliessen möchte. Die SIA-Norm 118 hält fest, dass die Abmahnung schriftlich oder mündlich mit Protokollierung erfolgen muss. Gemäss dem Bundesgericht genügt indes auch eine mündliche Abmahnung, da die Schriftlichkeit nur der besseren Beweisführung diene. Genau aus diesem Grund ist aber wiederum die Schriftlichkeit (Einschreiben) aus Beweisgründen empfohlen.

Person des Abmahnenden und Adressat der Abmahnung

Die Abmahnung muss vom Unternehmer oder von seinem Vertreter (Anwalt, Verwaltungsrat etc.) ausgehen. Nicht ausreichend ist eine Abmahnung von einer Hilfsperson wie beispielsweise einem Vorarbeiter, Gruppenleiter oder sonstigen Mitarbeiter. Der Empfänger darf und muss eine Abmahnung von einem beliebigen Mitarbeiter nicht als eine vom Unternehmer ausgehende, fundierte und geprüfte Abmahnung auffassen. Hat ein Mitarbeiter Bedenken hinsichtlich einer vorgeschriebenen Ausführungsart bzw. einer erteilten Weisung, so hat er dies seinem Vorgesetzten mitzuteilen, der über eine Abmahnung entscheiden muss.

Adressat der Abmahnung ist in erster Linie der Besteller persönlich, wobei aber auch eine Abmahnung bei seinem bevollmächtigten Vertreter (z.B. dem verantwortlichen Architekten) ausreicht. Wiederum gilt eine Abmahnung gegenüber einer beliebigen Hilfsperson des Vertreters wie beispielsweise dem örtlichen Bauleiter des Architekten nicht. Zwar besagen Art. 33 und 25 der SIA-Norm 118, dass beim Bauleiter abzumahnern ist, doch ist eine Abmahnung klarerweise auch beim Bauherrn direkt zulässig. Wichtig ist, dass der Adressat der Abmahnung die Tragweite der Bedenken des Unternehmers erfassen und korrekt weiterleiten kann.



PRAXISTIPP

Ratschläge zur Abmahnung

- Abmahnung aus Beweisgründen schriftlich (eingeschrieben) versenden.
- In der Abmahnung die Tatsachen angeben, auf welchen die Bedenken beruhen.
- In der Abmahnung festhalten, dass man die Haftung für den vorhergesehenen Mangel ablehnt.
- Abmahnung muss vom Unternehmen (möglichst von der Geschäftsleitung) an den Besteller (direkt oder an dessen Vertreter) gesandt werden.
- Arbeit an betroffener Stelle nach Abmahnung vorerst einstellen.

Folgen der Abmahnung

Als Folge der korrekten Abmahnung des Unternehmers folgt in erster Linie seine vollständige Haftungsbefreiung, wenn aus der fehlerhaften Weisung ein Werkmangel resultiert und er ausdrücklich abgemahnt hat. Die Mängelrechte des Bestellers für den resultierenden Mangel fallen weg. Grund dafür ist ein Selbstverschulden des Bestellers: Durch sein Festhalten an der fehlerhaften Weisung trotz ausdrücklicher Abmahnung des Unternehmers hat der Besteller den Mangel selber verursacht.

Weiterarbeit trotz Abmahnung?

Es stellt sich die Frage, ob der Unternehmer nach erfolgter Abmahnung seine Arbeiten fortführen darf. Dies ist zu verneinen: Die Abmahnung dient dazu, den Besteller auf seine fehlerhafte Weisung und die möglichen Konsequenzen (Mangel) aufmerksam zu machen. Der Besteller benötigt nun aber eine gewisse Zeit, um die Begründetheit der Abmahnung zu prüfen und sich zu entscheiden, ob er an seiner Weisung festhalten will oder ob er sich auf Anraten des Unternehmers für ein Alternativvorgehen entscheidet. Um dem Besteller diese Abklärungen zu ermöglichen, hat der Unternehmer seine Abmahnung regelmässig mit einer Einstellung der Arbeiten – natürlich nur für die von der Abmahnung betroffenen Arbeiten – zu verbinden. Arbeitet der Unternehmer weiter, nachdem er abgemahnt hat, ohne eine Antwort des Bauherrn bzw. dessen Vertreters abzuwarten, läuft er Gefahr, dass er trotzdem für einen späteren Mangel haften muss. Denn trotz seiner Abmahnung konnte der Besteller seine Weisung nicht mehr ändern und die Abmahnung war in diesem Fall nutzlos.

Ecknauer+Schoch



ABA B A U

AbaBau – die Software Gesamtlösung für die Baubranche

- > Vorkalkulation mit Leistungsverzeichnissen nach NPK und freiem Leistungsverzeichnis
- > Ausmass- und Regiefakturierung
- > ARGE Fakturierung
- > Leistungserfassung für Lohn, Material, Inventar, Fremdleistungen
- > Werkhof
- > Finanzen und Baukostenrechnung
- > Nachkalkulation
- > Baulohn

www.abacus.ch



ABACUS
business software



Entscheidet sich der Besteller trotz Abmahnung ausdrücklich dazu, an der fehlerhaften Weisung festzuhalten, stellt sich aber erneut die Frage, ob der Unternehmer nun weiterarbeiten soll oder nicht. Diese Frage ist im Gesetz nicht eindeutig geregelt. Art. 369 OR besagt jedoch, dass die Mängelrechte des Bestellers dahinfallen, wenn er Weisungen, die er entgegen den ausdrücklichen Abmahnungen des Unternehmers über die Ausführung erteilt, selbst verschuldet hat. Damit besagt Art. 369 OR implizit, dass der Unternehmer bei Beharren auf der Weisung die Arbeit weiterführen darf. Hierzu sind aber mehrere Präzisierungen anzubringen:

Zunächst tut der Unternehmer gut daran, sich ein solches «Beharren» schriftlich bestätigen zu lassen. Streitet der Besteller später ab, dass er auf der Weisung beharrt hat, fällt die beabsichtigte Haftungsbefreiung des Unternehmers dahin.

Wesentlich jedoch ist, dass sich der **Unternehmer auch trotz Abmahnung nicht von einer Haftung für Personenschäden befreien kann!** Beharrt der Besteller trotz Abmahnung darauf, dass Sicherheitsregeln nicht eingehalten werden, kann sich der Unternehmer durch Abmahnung zwar der Mängelhaftung entziehen, sich hingegen nicht der zivilrechtlichen Haftung für allfällige Personenschäden entledigen.



PRAXISBEISPIEL

Erteilt der Besteller die Weisung, dass auf einem Balkon kein Geländer bzw. ein viel zu niedriges Geländer erstellt werden soll, und beharrt trotz Abmahnung des Unternehmers auf seiner Weisung, so haftet der Unternehmer, falls er die Weisung befolgt und später jemand vom Balkon stürzt. Trotz Abmahnung ist er verantwortlich für Personenschäden.

Um seine Haftung auch gegenüber Dritten auszuschliessen, muss der Unternehmer in

einem solchen Fall seinen Auftrag niederlegen. In diesem Fall ist eine Schadenersatzpflicht gegenüber dem Auftraggeber wegen Kündigung zur Unzeit ausgeschlossen. Im Zweifelsfall – also wenn nicht nur mit einem Mangel zu rechnen ist, sondern auch Personenschäden nicht auszuschliessen sind – ist der Unternehmer gut beraten, die Arbeit nicht weiterzuführen.

Fazit

Die Abmahnungspflicht gemäss Art. 269 OR und Art. 25 SIA-Norm 118 ist ein Instrument, den Besteller frühzeitig auf spätere Mängel hinzuweisen. Trotzdem wird die Abmahnung von den Unternehmern oft unterlassen aus Angst, als «querulatorisch» zu gelten. Grund dafür ist häufig, dass mit der Abmahnung nicht nur der Hinweis auf die Fehlerhaftigkeit einer Anordnung ergeht, sondern daraus auch die Haftungsbefreiung des Unternehmers folgt.

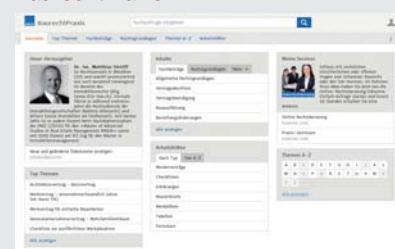
Nichtsdestotrotz ist es uneingeschränkt ratsam, bei Zweifel hinsichtlich einer Weisung sicherheitshalber abzumahnern. Unterlässt der Unternehmer dies, so muss er später möglicherweise damit rechnen, auch für Fehler anderer mitzuhaften. Zwar «übernimmt» er nicht die Haftung für einen Fehler des Planers, doch haftet er möglicherweise solidarisch mit. Ist der Planer ungenügend versichert oder gerät er aus anderen Gründen in Konkurs, so bleibt die Haftung am Schluss schlimmstenfalls beim Unternehmer hängen. Bestehen Zweifel an einer Weisung und ist sich der Unternehmer nicht sicher, ob er abmahnen soll, ist es daher ratsam, sich umgehend rechtlich beraten zu lassen.



AUTOR

Roman Wyrsh, MLaw, Rechtsanwalt, Mediator SAV, Rechtsanwalt im Bau- und Immobilienrecht, Partner in der Kanzlei Rechtskraft Advokatur & Business Coaching in Zürich.

BaurechtPraxis



Abonnieren Sie das Online-Produkt **BaurechtPraxis** und Sie erhalten uneingeschränkten Zugriff auf fundiertes Expertenwissen für den rechtssicheren Umgang mit dem Schweizer Baurecht – insbesondere der Norm SIA 118. Profitieren Sie jetzt von aktuellem Experten-Know-how, rechtssicheren Vertragsvorlagen, Kommentaren zur SIA-Norm 118 und vielen konkreten Rechtstipps.

Bestellung und weitere Informationen:
www.weka.ch/baurecht.html



SEMINARE

Baumängel und Bauversicherung
Mi. 03.05.2017

Bauwerkvertrag nach SIA und OR Fr. 05.05.2017

Stockwerkeigentum für Praktiker Mi. 10.05.2017

Bauschadenskunde und Einblick in die Expertentätigkeit Do. 11.05.2017

Projektleitung im Bau Do. 11.05.2017

Öffentliche Aufträge im Hoch- und Tiefbau gewinnen Di. 16.05.2017

Gebäudesanierung – Wirtschaftlichkeit und Energieeffizienz Mi. 17.05.2017

Mietrecht für Immobilienprofis Do. 18.05.2017

Geschäftsmietrecht für Immobilienprofis Do. 22.06.2017

Bauzeitverzögerungen und Nachtragsforderungen rechtssicher handhaben Mi. 04.10.2017

Planer und Bauleiter im Recht Mi. 04.10.2017

Die neue Schweizer Brandschutzverordnung Do. 24.10.2017

SIA-Norm 180 in der Praxis richtig anwenden Mi. 25.10.2017

Anmeldung und weitere Informationen:
www.praxisseminare.ch

Impressum

Verlag WEKA Business Media AG
Hermetschloostrasse 77
CH-8048 Zürich
www.weka.ch

Herausgeber Stephan Bernhard
Redaktion Junes Babay

Korrektorat/ Lektorat Norbert Hauser, Schaffhausen
www.ihrektorat.ch

Publikation 10 × jährlich, Abonnement: CHF 98.– pro Jahr,
Preise exkl. MWST und Versandkosten.

Bildrechte Autorenbilder: WEKA Business Media AG
Alle übrigen Bilder: www.istockphoto.com

© WEKA Business Media AG, Zürich, 2017

Urheber- und Verlagsrechte: Alle Rechte vorbehalten, Nachdruck sowie Wiedergaben, auch auszugsweise, sind nicht gestattet. Die Definitionen, Empfehlungen und rechtlichen Informationen sind von den Autoren und vom Verlag auf ihre Korrektheit in jeder Beziehung sorgfältig recherchiert und geprüft worden. Trotz aller Sorgfalt kann eine Garantie für die Richtigkeit der Informationen nicht übernommen werden. Eine Haftung der Autoren bzw. des Verlags ist daher ausgeschlossen. Aus Platzgründen und zwecks besserer Lesbarkeit wurden meist die männlichen Formen verwendet. Die weiblichen Formen sind dabei selbstverständlich mitgemeint.