

WANN IST EIN MANGEL EIN MANGEL?

von Christian Berz

Bei Bauarbeiten stellt sich für einen Bauherrn regelmässig die Frage, ob das, was gebaut wurde, rechtens ist. Risse in der Decke oder Ausblühungen auf einem Terrassenbelag seien lediglich „ästhetische Mängel“, wie Unternehmer oft dem Bauherrn übermitteln. Muss das toleriert werden? Muss dafür der Unternehmer nicht einstehen?



IL Entgegen der landläufigen Meinung handelt es sich beim „Mangel“ nicht um einen technischen, sondern um einen rechtlichen Begriff. Ein Mangel im Rechtssinne, für den ein Unternehmer im Rahmen des werkvertraglichen Gewährleistungsrechts einzustehen hat, wird nach einer geläufigen Formulierung als Abweichung des Ist-Zustandes von der vertraglichen Soll-Beschaffenheit verstanden (Gauch; Der Werkvertrag, 4. A., Zürich 1996, Rz.1406 ff.). Das heisst, jede (erhebliche) Abweichung der Beschaffenheit eines Bauteils von dem, was vereinbart wurde, stellt grundsätzlich einen Mangel dar. Dies gilt auch für erhebliche, rein ästhetische Vertragsabweichungen, die keinen Einfluss auf die Gebrauchstauglichkeit, jedoch auf den Wert eines Werkes haben. Mithin können auch sogenannte rein ästhetische Unvollkommenheiten Mängel im Rechtssinne sein. Umgekehrt kann selbst ein qualitativ besseres Werk mangelhaft sein, wenn es nicht dem entspricht, was vereinbart wurde. Häufig ist eine vereinbarte Beschaffenheit jedoch als Minimalstandard zu verstehen, sodass im Fall eines qualitativ besseren Werks in der Regel kein Mangel vorliegen dürfte.

Mithin handelt es sich beim Mangel um einen relativen Begriff, der sich grundsätzlich nicht generalisieren lässt. Klarzustellen ist immerhin, dass untergeordnete, vernachlässigbare Abweichungen vom vertraglich Vereinbarten keinen Mangel darstellen. Darüber, wo die Grenze zu den erheblichen Abweichungen zu ziehen ist, lässt sich – vor allem bei Abweichungen, welche die Gebrauchstauglichkeit nicht beeinträchtigen, mithin rein ästhetischer Natur sind – trefflich streiten. Falls hinsichtlich akzeptierender Toleranzen keine Vereinbarung getroffen wurde, so stellen sich ähnliche Fragen, wie wenn die Beschaffenheit eines Werkes überhaupt nicht näher festgelegt wurde.

WAS IST GESCHULDET, WENN NICHTS KONKRETES VEREINBART WURDE?

Häufig wird die konkrete Arbeitsausführung (und erst recht der dabei geltende Toleranzbereich) nur sehr rudimentär oder gar nicht geregelt. Über die Beschaffenheit eines Werks haben der Bauherr und gelegentlich auch der Unternehmer im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht einmal eine konkrete Vorstellung. Dies bedeutet für den Unternehmer jedoch nicht etwa einen Freipass zur Ablieferung irgendeiner minderwertigen Leistung, die der Bauherr mangels anderweitiger Abrede stets zu akzeptieren hätte. Vielmehr schuldet der Unternehmer in solchen Fällen das, was der Bauherr auch ohne entsprechende Abrede voraussetzen durfte, mithin ein gebrauchstaugliches Werk, das über eine Wertqualität verfügt, die der Normalbeschaffenheit entspricht (vgl. Art. 197 Obligationenrecht, OR, zur analogen Fragestellung im Kaufrecht), wobei dabei die Art des Werkes und dessen Gebrauch mitzuberücksichtigen sind (vgl. Gauch, Rz.1406 ff.). So hat die Oberfläche einer sichtbaren Betonwand im Heizungskeller üblicherweise nicht dieselbe Qualität aufzuweisen wie eine sichtbar bleibende Betonwand

in Wohnräumen. Ohne anderweitige Abrede darf zudem erwartet werden, dass das Werk den so genannten „anerkannten Regeln der Baukunde“ entspricht. Darunter werden Regeln verstanden, die von der Wissenschaft oder den einschlägigen Fachkreisen als theoretisch richtig anerkannt wurden und sich nach einer klaren Mehrheitsmeinung der fachkompetenten Anwender in der Praxis bewährt haben (Gauch, Rz.846). Die Frage, ob die Beschaffenheit eines Bauteils diesen anerkannten Regeln entspricht, kann Gegenstand eines Gutachtens eines Sachverständigen sein.

Bei fehlender Abrede über die Beschaffenheit eines Werkes nähert sich der rechtliche Begriff des Mangels im Ergebnis demjenigen an, was landläufig als Mangel (nämlich im technischen Sinn) bezeichnet würde.

BEDEUTUNG VON TECHNISCHEN REGELWERKEN PRIVATER ORGANISATIONEN

Insbesondere der Schweizerische Ingenieur- und Architektenverein (SIA) hat eine Fülle von Regelwerken für sämtliche wesentlichen Baubereiche herausgegeben, die insbesondere detaillierte technische Normen enthalten. Solche Regelwerke können, müssen aber nicht den vorerwähnten anerkannten Regeln der Baukunde entsprechen. Denn es ist möglich, dass die erforderliche Bewährung bei den Anwendern noch aussteht oder aber dass sich die anerkannten Regeln der Baukunde bereits weiterentwickelt haben. Immerhin besteht eine tatsächliche Vermutung dafür, dass diese Regeln (im Zeitpunkt ihrer Inkraftsetzung) den anerkannten Regeln der Baukunde entsprechen. Im Übrigen sind solche Regelwerke für die Parteien nicht verbindlich. Haben die Parteien hingegen die Anwendung solcher Regelwerke vereinbart, so ist das Werk nach diesen Regeln zu erstellen, unabhängig von der Frage, ob diese Regelwerke dem anerkannten Stand der Baukunde entsprechen oder nicht. Nicht selten dürfte die Vereinbarung solcher Regelwerke jedoch als Minimalstandard zu verstehen sein und keine Geltung beanspruchen, wenn sich der anerkannte Stand der Baukunde bereits weiterentwickelt hat (vgl. Gauch, Rz.850). Was letztlich gilt, ist eine Auslegungsfrage auf der Basis der Regelung im Vertrag.

ÖFFENTLICH-RECHTLICHE VORSCHRIFTEN

In zahlreichen Bereichen hat der Gesetzgeber von Bund, Kantonen und Gemeinden Vorschriften betreffend der Beschaffenheit von Bauten aufgestellt. Neben den kantonalen und kommunalen Baugesetzen finden sich solche auch in thematisch entfernteren Regelungsbereichen, so etwa in der eidgenössischen Arbeitsgesetzgebung, die zwingende Vorschriften zur Beschaffenheit von Gebäuden und Räumen enthält (z.B. Art. 11 ff. Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz).

Vereinzelt verweist der Gesetzgeber selber auf technische Regelwerke privater Organisationen, sodass diesen ebenfalls (mit

telbar) der Charakter von verbindlichen Bauvorschriften zukommt, von denen nur in Ausnahmefällen abgewichen werden darf. Prominentes Beispiel ist die SIA-Norm 181 „Schallschutz im Hochbau“, die Mindestanforderungen an den Schutz gegen interne und externe Lärmquellen festlegt, und welche durch die eidgenössische Lärmschutzverordnung (Art. 32 LSV) für verbindlich erklärt wurde. Ähnliche Verweise finden sich auch in den kantonalen Gesetzgebungen (vgl. etwa Anhang der „Besonderen Bauverordnung I“ [BBV I] des Kantons Zürich) oder in kommunalen Bauordnungen (etwa die Verbindlicherklärung der SIA-Norm 358 „Geländer und Brüstungen“, die für die Unfallverhütung wichtige Vorschriften hinsichtlich der Höhe und Ausgestaltung von Geländern enthält).

Ein Bauen entgegen diesen zwingenden gesetzlichen Vorgaben wäre rechtswidrig, sodass sie auch ohne ausdrückliche Abrede vom Unternehmer zu beachten sind, vorausgesetzt diese Normen betreffen dessen Fachbereich. So darf erwartet werden, dass ein Metallbauschlosser die Einhaltung der SIA-Norm 358 „Geländer und Brüstungen“ auch ohne entsprechende Weisung beachtet und im Falle einer dieser Norm widersprechenden Weisung seitens des Bauherrn diesen abmahnt.

BESTELLUNG EINES „MANGELHAFTEN“ WERKS

Einem Bauherrn ist es grundsätzlich unbenommen, ein minderwertiges Werk zu bestellen. Etwas plakativ ausgedrückt: Wenn der Bauherr eine schiefe Wand bestellt hat, so liegt selbstredend keine Vertragabweichung und damit kein Mangel vor, wenn diese Wand nicht senkrecht ausgeführt wurde. Dafür hat der Unternehmer nicht einzustehen.

Problematischer präsentiert sich die Rechtslage, wenn beispielsweise ein Plattenbelag vom Bauherrn vorgegeben wurde, in Unkenntnis davon, dass dieser Plattenbelag für den Einsatzort im Aussenbereich ungeeignet ist und der Plattenbelag daher beim ersten Winterfrost Schaden nimmt. Obschon auch hier definitionsgemäss keine Vertragsabweichung vorliegt, hat der Unternehmer unter Umständen dennoch im Rahmen der Gewährleistung dafür einzustehen. Denn ein Unternehmer hat grundsätzlich Weisungen des Bauherrn wie auch den Untergrund (z.B. Verputzarbeiten eines Nebenunternehmers, auf welche ein Unternehmer einen Anstrich aufbringen soll) zu prüfen. Stellt er dabei fest, dass die vom Bauherrn erteilte Weisung oder der Untergrund ungeeignet ist beziehungsweise zu Schäden führen kann, so hat er dies dem Bauherrn gegenüber abzumahlen, ansonsten er die Folgen selber zu tragen hat. Hält der Bauherr umgekehrt trotz Abmahnung an der Weisung oder am Untergrund fest, so kann sich dieser später infolge Selbstverschulden nicht beim Unternehmer schadlos halten, wenn die vom Unternehmer abgemahnte Folge eintritt (Art. 369 OR). Nur soweit der Bauherr selber oder der von ihm beauftragte Architekt, Ingenieur, Geologe, etc. über einen besonderen Sachverstand hinsichtlich der vom Unternehmer vorzunehmenden Bauarbeiten verfügt, ist der Unternehmer von der Prüfung des

Untergrundes und der Bauherrenweisungen weitgehend entbunden. Der Unternehmer hat in solchen Fällen lediglich abzumahlen, wenn er die Fehlerhaftigkeit effektiv erkannte oder aber erkennen musste, weil diese offensichtlich ist oder der Unternehmer sich zur (ergänzenden) Prüfung der Weisungen oder des Untergrundes verpflichtet hat (Gauch, Rz. 1912 ff.; zu beachten ist, dass in der SIA-Norm 118 „Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten“ keine solche ergänzenden Prüfungen vorgesehen sind, wenn der Bauherr selber oder die von ihm beigezogenen Personen über entsprechenden Sachverstand verfügen, vgl. Art. 25 SIA-Norm 118).

Zu beachten ist dabei, dass eine Abmahnung den Unternehmer zwar gegenüber Forderungen des Bauherrn entbinden kann. Dies gilt jedoch nicht für ausservertragliche Ansprüche Dritter (z.B. Besucher des Bauherrn), falls diese infolge eines fehlerhaften Werkes verunfallen, weil zum Beispiel ein Geländer nicht über die erforderliche Höhe oder ein Bodenbelag nicht über eine genügende Rutschfestigkeit verfügt. Diese Dritten können sich grundsätzlich sowohl beim Bauherrn (als Werkzeugeigentümer) als auch beim Unternehmer (als eigentlicher Verursacher) schadlos halten. Zudem läuft der Unternehmer Gefahr, unter anderem wegen Verletzung der Regeln der Baukunde (Art. 229 Strafgesetzbuch, StGB) bestraft zu werden, wenn er diese Regeln vorsätzlich oder fahrlässig ausser Acht gelassen und dadurch wissentlich Leib und Leben von Menschen gefährdet hat.

FAZIT

Die Frage, ob ein Baumangel auch einen Mangel im Rechtssinne darstellt, für den ein Unternehmer einzustehen hat, richtet sich danach, was vereinbart wurde. Ohne solche Abrede richtet sich die Mangelhaftigkeit danach, was der Bauherr implizit voraussetzen durfte. Dabei geht man von einem gebrauchstauglichen Werk von durchschnittlicher Beschaffenheit aus, wobei dabei die Art des Werkes und dessen Gebrauch mitzuberücksichtigen sind. Verschiedentlich spielen zudem zwingende Vorschriften des öffentlichen Rechts eine Rolle, die unter Umständen auch ohne entsprechende Abrede vom Unternehmer zu berücksichtigen sind. Die Haftung des Unternehmers kann entfallen, wenn der Mangel aufgrund einer Weisung des Bauherrn oder eines ungenügenden Untergrundes entstanden ist und der Unternehmer dies abmahnte. Eine solche Abmahnung entbindet den Unternehmer jedoch nicht von einer Haftung gegenüber Dritten, wenn diese aufgrund einer Verletzung der Regeln der Baukunde zu Schaden kommen.