

Haftungsbefreiung durch Abmahnungen

Sachlage

Der Unternehmer kann sich durch Abmahnungen gegen die Mängelrechte des Bauherrn schützen, wenn durch unrichtige Anweisungen des Bauherrn selbst oder dessen Vertreters, z.B. des Architekten, des Ingenieurs oder der Bauleitung oder durch mangelhafte Arbeiten des Vorunternehmers ein mangelhaftes Werk entsteht. Damit die Abmahnung korrekt und wirkungsvoll ist, muss der Unternehmer bestimmte Regeln einhalten. Die Haftungsbefreiung des Unternehmers erfolgt erst, wenn der Bauherr oder dessen Vertreter daran festhält, das Werk nach der abgemahnten Weise auszuführen. Werden aufgrund der Abmahnung die fehlerhaften Weisungen richtig gestellt, erfolgt die weitere Arbeitsausführung unter den normalen Regeln der Mängelhaftung.

Recht und Normen

Rechtliche Aspekte

Bauleistungen unterstehen dem Werkvertragsrecht. Art. 363 des Obligationenrechts besagt kurz: *„Durch den Werkvertrag verpflichtet sich der Unternehmer zur Herstellung eines Werkes und der Besteller zur Leistung einer Vergütung.“* Der Unternehmer schuldet demnach ein Werk, der Bauherr im Gegenzug eine Vergütung. Im Werkvertragsrecht werden auch Pflichten und Rechte der beiden Vertragsparteien festgelegt. So verpflichtet sich der Unternehmer, ein Werk abzuliefern, das für den vorausgesetzten Zweck tauglich ist. Dies bedeutet, dass das Werk auch Eigenschaften aufweisen muss, die im Werkvertrag nicht umschrieben sind, aber für die Tauglichkeit des Bauwerks vorausgesetzt werden. Der Unternehmer kann aber nur dann ein mangelfreies und taugliches, den Regeln der Baukunde entsprechendes Werk erstellen und abliefern, wenn die planerischen Voraussetzungen stimmen, die Vorleistungen anderer Unternehmer mangelfrei ausgeführt sind sowie das Bauprogramm und andere Weisungen der Bauherrschaft oder dessen Vertreters dies zulassen. Stellt der Unternehmer bei der ordnungsgemässen Prüfung des Untergrundes (Arbeit des Vorunternehmers) fest, dass die Voraussetzungen zum Ausführen eines mangelfreien Werks nicht oder nicht mehr gegeben sind, ist er verpflichtet, mit der Abmahnung den Bauherrn über die Folgen bei der Weiterführung der Arbeiten **ausdrücklich** zu informieren. Dasselbe gilt gemäss Art. 365 des Obligationenrechts auch für die vom Bauherrn gelieferten und übergebenen Baustoffe, wenn sie zum Erstellen des Werks erkennbar untauglich resp. mangelhaft sind. Prüft der Unternehmer den Untergrund, d.h. die Arbeit des Vorunternehmers nicht oder nicht in genügendem Mass und stellt er daher einen Mangel nicht fest, wird er daraus haftpflichtig. Erfüllt der Unternehmer seine Abmahnpflicht nicht, haftet er nicht nur für die Mängel an seinem eigenen Werk, sondern auch für weiteren Schaden (z.B. Schaden an Arbeiten von Dritthandwerkern), ev. auch für Folgeschäden. Dies kann den Unternehmer sehr schwer treffen, da er sich beim Vorliegen eines Mangels an seinem Werk gegen die Gewährleistungsansprüche des Bauherrn nicht versichern kann.

Art. 369 des Obligationenrechts beschreibt die Abmahnung folgendermassen: «Die dem Besteller bei Mangelhaftigkeit des Werkes gegebenen Rechte fallen dahin, wenn er durch Weisungen, die er entgegen den ausdrücklichen Abmahnungen des Unternehmers über die Ausführung erteilt, oder auf andere Weise die Mängel selbst verschuldet hat.» Die im Wortlaut des Gesetzes sehr einfach umschriebene Abmahnung greift aber nur dann, wenn sie nach bestimmten Regeln erfolgt und der Bauherr oder dessen Vertreter an der abgemahnten Ausführung klar festhält.

Die Abmahnung ist eine vertragliche Pflicht und deshalb erst nach Vertragsabschluss wirksam.

Der Unternehmer, der den Bauherrn vor Vertragsabschluss bezüglich der auszuführenden Arbeiten berät, kann anschliessend den Bauherrn nicht abmahnen, wenn der Bauherr den Ratschlägen des Unternehmers gefolgt ist. In dem Falle übernimmt der Unternehmer die Aufgaben eines Planers oder Bauleiters und haftet für die Folgen seiner mangelhaften Beratung, resp. Planung für sämtliche Schäden, ev. auch für Folgeschäden (z.B. Ablösen des Belages infolge untauglichem Untergrund, inkl. der Zerstörung des Untergrundes).

Umstritten ist die Frage, ob ein Unternehmer nach Vertragsabschluss die Bauherrschaft noch abmahnen kann, wenn der Unternehmer schon beim Offerieren hätte feststellen können, dass die vom Bauherrn vorgesehene Ausschreibung zu einem untauglichen Werk führen muss (z.B. falsche Materialien). Hier muss vom Unternehmer verlangt werden, dass er solche Tatsachen im Rahmen der Offertstellung schriftlich separat anzeigt.

Erkennen einer falschen Weisung oder eines Fehlers

Das spezifische Fachwissen des Unternehmers ist auf seinem Gebiet in der Regel umfassender als dasjenige des ‚sachverständigen‘ Bauherrnvertreters, also des Architekten und des Bauleiters. Der Unternehmer muss deshalb im Rahmen der branchenüblichen Prüfungspflicht und der spezifischen Normvorgaben auch die Weisungen des ‚sachverständigen‘ Bauherrnvertreters auf offensichtliche Fehler überprüfen. Der Unternehmer ist auch verpflichtet, vor Arbeitsbeginn den direkt zu bearbeitenden Untergrund und somit die Arbeit des Vorunternehmers, auf welche sein Werk aufgebaut werden muss, auf die Tauglichkeit für die Aufnahme seines Werkes zu prüfen. Dasselbe gilt für Baustoffe, die er für das Herstellen des Werks vom Bauherrn übernimmt oder übernehmen muss. Die Prüfung erfolgt in der Regel nach den Normen des SIA, bei Abdichtungen nach den Normen SIA 271 und SIA 272 (sowie evtl. SIA 273), bei Estrichen und Fugenlosen Bodenbelägen nach den Normen SIA 251 und SIA 252 und bei Fugen nach der Norm SIA 274. Der Unternehmer hat unrichtige Weisungen und Mängel abzumachen, die entweder offensichtlich, also ohne Prüfung, oder mit den branchenüblichen Prüfungsmethoden zu erkennen sind. Erkennt der Unternehmer falsche Anweisungen oder Mängel nicht, die offensichtlich sind oder die er aber im Rahmen der branchenüblichen Prüfungspflicht erkennen müsste, kann er sich beim Eintritt eines Mangels nicht von der Haftung befreien, indem er sich darauf beruft, dass die Weisung von einem sachverständigen Vertreter erteilt wurde.

Der Unternehmer wird auch ohne Abmahnung im Falle eines nicht offensichtlichen Mangels von der Haftung befreit, wenn er sich auf die Weisungen des sachverständigen Bauherrnvertreters verlassen darf. Dies ist dann der Fall, wenn der Vertreter das Fachwissen für die getrof-

fene Weisung aufgrund seiner Ausbildung haben muss oder sich die Anordnung der üblichen Prüfungspflicht des Unternehmers entzieht. Das heisst, dass der Unternehmer weder Ingenieur- und Architekturleistungen überprüfen noch Prüfungen am Untergrund oder übergebenen Material vornehmen muss, die nicht zur branchenüblichen Pflicht zählen. Der Unternehmer ist auch ohne Abmahnung von der Haftung befreit, wenn der sachkundige Vertreter ausdrücklich kund tut und durch Prüfzeugnisse belegt, dass die üblicherweise vom Unternehmer durchzuführenden Prüfungen – beispielsweise Feuchtigkeitsmessungen – bereits vorgenommen wurden und die Arbeitsausführung mit dem übergebenen Baustoff oder auf dem bestehenden Untergrund ohne Überprüfung weitergeführt werden soll.

Richtiges Vorgehen beim Abmahnen

Lehre und Rechtsprechung verlangen, dass eine Abmahnung zumindest folgende Elemente enthalten soll.

- Klare Beschreibung des fehlerhaften Zustandes, resp. des mangelhaften Untergrundes usw.
- Aussage darüber, welche Konsequenzen dieser Mangel haben kann.
- Hinweis darauf, dass sofern die Arbeiten so ausgeführt werden müssen, für die Qualität der Arbeit keine Haftung übernommen werden könne.

Daneben muss bekannt sein, dass unter bestimmten Bedingungen eine Abmahnung nicht von zivil- und strafrechtlichen Folgen befreit. Abmahnungen sind dann untauglich, wenn durch das mangelhafte Werk Leib und Leben und Dritte gefährdet sind und sehr schwere Sachschäden bei Dritten verursacht werden können. (Beispiel: Wird ein nicht genügend gleitsicherer Belag eingebaut, befreit die Abmahnung den Unternehmer nicht von seiner Haftung, denn das Kind oder die alte Person, die stürzt, war sicher nicht abgemahnt und hat sich mit dem mangelhaften Werk auch nicht einverstanden erklärt.)

Zum korrekten Abmahnen müssen folgende Regeln eingehalten werden:

- Die Abmahnung muss an den Bauherrn gerichtet sein. Sie kann dem Bauherrn direkt zugestellt werden oder dem bevollmächtigten Vertreter, dem verantwortlichen Architekten oder der Bauleitung übergeben werden (in einzelnen allgemeinen Bedingungen von Werkverträgen sind diesbezüglich spezifische Bestimmungen aufgenommen. Diese sind zu beachten).
- Die Abmahnung muss von der Geschäftsleitung der Unternehmung selbst oder dem verantwortlichen Baustellenleiter ausgesprochen werden. Eine Abmahnung durch den örtlichen Baupolier oder Gruppenführer genügt nicht.
- Die Abmahnung muss ausdrücklich und klar sein und deshalb schriftlich abgefasst werden. Mit der schriftlichen Form entgeht man auch Beweisschwierigkeiten.
- Die Abmahnung muss gerechtfertigt sein und darf nicht bloss auf Vermutungen, sondern muss auf Wissen und Sachkunde des Unternehmers bezogen auf die von ihm auszuführende Werkleistung, abgestützt sein. Es ist zu erklären, wo und welche Verstösse gegen die allgemeinen Regeln der Baukunde begangen wurden oder werden.
- Im Abmahnungsschreiben sind deshalb die bestehenden Mängel der Vorarbeiten zu beschreiben und die fehlerhaften Weisungen aufzulisten. Ebenfalls sind die möglichen Folgen und die zu erwartenden Mängel aus den fehlerhaften Weisungen ausdrücklich zu benennen. Auf Grund der voraussichtlichen Folgen kann ein Bauherr entscheiden, ob er das Risiko der mangelhaften Konstruktion auf sich nehmen will oder nicht.

- Der Unternehmer muss mit der Abmahnung klar zum Ausdruck geben, dass er sich weigert, das Werk nach den fehlerhaften Weisungen oder auf den mangelhaften Vorleistungen auszuführen, sofern ihn der Bauherr nicht von seiner Haftung befreit.
- Die Abmahnung muss rechtzeitig, vor allem vor der Arbeitsaufnahme und sofort nach dem Feststellen einer falschen Weisung oder eines Mangels ausgesprochen werden. Im Falle einer mangelhaften Vorleistung sollte der Vorunternehmer noch Zeit haben, die Nachbesserungsarbeiten selbst durchzuführen.
- Mahnt der Unternehmer eine Vorleistung oder eine Weisung ab, darf er auf keinen Fall mit den Arbeiten beginnen, sonst ist seine Abmahnung wirkungslos. Ebenso darf er nicht von sich aus mit der Nachbesserung von bestehenden Mängeln der Vorunternehmer beginnen (z.B. Ausgleichen von Unebenheiten im Untergrund), ansonsten muss er damit rechnen, dass er die entsprechenden Mehrkosten selber tragen muss.

Die Arbeiten dürfen erst wieder aufgenommen werden, wenn der Bauherr oder dessen Vertreter ausdrücklich und somit schriftlich darauf besteht, das Werk nach den abgemahnten Weisungen auszuführen oder wenn die abgemahnten Weisungen korrigiert und die bestehenden Mängel nachgebessert sind.