



Andreas Abegg / Oliver Streiff (Hrsg.)

Die Wiederverwendung von Bauteilen

Ein Überblick aus rechtlicher Perspektive

DIKE 

Andreas Abegg / Oliver Streiff (Hrsg.)
Die Wiederverwendung von Bauteilen

Andreas Abegg / Oliver Streiff (Hrsg.)

Die Wiederverwendung von Bauteilen

Ein Überblick aus rechtlicher Perspektive

Mit Beiträgen von:

Andreas Abegg

Eva Stricker

Meinrad Huser

Annatina Menn

Oliver Streiff

DIKE 

Umschlagbild:

© Martin Zeller, baubüro in situ ag, Basel

Publiziert von:

Dike Verlag

Weinbergstrasse 41

CH-8006 Zürich

www.dike.ch

Text © Andreas Abegg / Oliver Streiff (Hrsg.) 2021

ISBN (Paperback): 978-3-03891-308-5

ISBN (PDF): 978-3-03929-005-5

DOI: <https://doi.org/10.3256/978-3-03929-005-5>



Dieses Werk ist lizenziert unter Creative Commons Lizenz CC BY-NC-ND.

Inhaltsverzeichnis

Andreas Abegg	
Wiederverwendung von Baumaterialien als Herausforderung für das Recht	1
Eva Stricker	
Architektur der Wiederverwendung <i>Zur Wiederentdeckung einer baukulturellen Praxis</i>	3
Meinrad Huser	
Die Wiederverwendung von Bauteilen <i>Auslegeordnung aus öffentlich-rechtlicher Sicht</i>	7
Annatina Menn	
Die Wiederverwendung von Bauteilen <i>Ein Überblick aus vertragsrechtlicher Perspektive</i>	39
Oliver Streiff	
Der Bauprozess als Brücke <i>Eine Synthese der rechtswissenschaftlichen Sondierungen zur Wiederverwendung von Bauteilen</i>	79

Wiederverwendung von Baumaterialien als Herausforderung für das Recht

Andreas Abegg*

Die Wiederverwendung von Bauteilen wird bisher nur vereinzelt praktiziert, ist aber ein Gebot der Nachhaltigkeit. Sie schont Ressourcen, vermindert Abfall und spart Energie. 1

Werden Bauteile eines abgebrochenen Bauwerkes wiederverwendet, stellt sich eine Vielzahl an komplexen Fragen im Schnittstellenbereich verschiedener Disziplinen, vor allem zwischen Recht, Baumanagement und Architektur. Der Beitrag des Rechts daran, die Wiederverwendung zu fördern, liegt zuvorderst in der Herstellung von Rechtssicherheit: Wenn die Parteien die Chancen und Risiken ihres Handelns in ihrem Handeln als Bauherr, Planer oder Unternehmer einordnen können, sinken nur schon damit die entsprechenden Transaktionskosten und es entstehen neue Handlungsoptionen, welche wieder Transaktionskosten reduzieren können. 2

Im konkreten Prozess der Wiederverwertung stellen sich zunächst sachenrechtliche Fragen zur Eigentumsübertragung, da oftmals aufgrund von komplizierten organisatorischen Strukturen und der Anzahl involvierter Parteien (Abbruchunternehmen, Eigentümer des abzubrechenden Gebäudes, Architekt, Ingenieur und/oder Planer, neuer Eigentümer des Bauteils und des Gebäudes) unklar ist, wer in welchem Zeitpunkt über das Eigentum am Bauteil verfügt. Diese Frage ist insbesondere dann zentral, wenn das entsprechende gebrauchte Bauteil während des Abbruch- oder Wiedereinbauprozesses zerstört wird oder Mängel daran entstehen. 3

Beim Wiedereinbau des gebrauchten Bauteils sind neue respektive revidierte Regulierungen (revidierte Bauprodukteerlasse), welche Leistungserklärungen 4

* Prof. Dr. iur., LL.M., Professor an der ZHAW School of Management and Law, Winterthur, Titularprofessor an der Universität Luzern und Rechtsanwalt bei AAK Abegg Anwälte und Konsulenten, Zürich.

des Bauteileherstellers sowie einen Pflichtenkatalog vorsehen, zu beachten. Daneben kommen die entsprechenden Normen des Produktesicherheits- und des Bauproduktgesetzes ins Spiel. Regulierungen der Europäischen Union sind ebenso zu beachten wie sicherheitspolizeiliche Vorgaben und Empfehlungen bzw. Richtlinien kantonaler oder Bundesämter.

- 5 Haftpflichtrechtliche Fragen stellen sich dann, wenn Schäden beim oder durch den Wiedereinbau des gebrauchten Bauteils entstehen bzw. verursacht werden. Besonders zu beachten sind darüber hinaus bestehende Nachmarktpflichten, welche den Konsumentenschutz sicherstellen sollen und den Hersteller oder den Importeur des wiederzuverwendenden Bauteils in die Pflicht nehmen.
- 6 Wird das gebrauchte Bauteil im Anschluss an den Abbruch nicht umgehend in ein neues Gebäude eingebaut, so stellen sich weitere rechtliche Fragen im Zusammenhang mit der Lagerung des gebrauchten Bauteils: Wer ist verantwortlich für den Transport des Bauteils, wer haftet für die sachgerechte Lagerung und wen trifft das Risiko, wenn das Bauteil Schaden nimmt?
- 7 Die Ungewissheit, welche aufgrund dieser und weiterer komplexer juristischer Fragen besteht, ist gross. Bislang fehlt in der Praxis eine Untersuchung, welche diese Fragen zusammenträgt und Lösungsvorschläge zur Hand gibt. Die vorliegende Publikation will erste Grundlagen schaffen, um die wichtigsten Fragen des Re-use im Privatrecht und im öffentlichen Recht zu erkennen und zu lösen. Die Problemstellungen wurden in enger Zusammenarbeit von Wissenschaft und Praxis, von Rechtswissenschaft und Architektur erarbeitet. Ich danke Marc Angst des baubüro in situ ag, der uns ebenso geduldig wie gewissenhaft die Prozesse erläutert hat, welche zur Herstellung von Bauten aus wiederverwendeten Teilen führen. Eva Stricker und Guido Brandi vom Departement Architektur der ZHAW haben uns mit architekturwissenschaftlichem Rat begleitet und dafür gesorgt, dass unsere Überlegungen auch ausserhalb der rechtswissenschaftlichen Disziplin anschlussfähig bleiben. Meinrad Huser und Annatina Menn haben mit grossem wissenschaftlichem Interesse und juristischer Umsicht die zahlreichen Anregungen ins Recht übersetzt und damit beispielhafte interdisziplinäre Arbeit geleistet, die in der Praxis von grossem Nutzen sein wird. Dank gebührt auch Oliver Streiff, welcher mich bei diesem Projekt und der Herausgeberschaft tatkräftig unterstützt hat. Finanziert wurde die vorliegende Studie durch die ZHAW School of Management and Law und durch Innosuisse, Schweizerische Agentur für Innovationsförderung.

Architektur der Wiederverwendung

Zur Wiederentdeckung einer baukulturellen Praxis

Eva Stricker*

Das Bauen mit wiederverwendeten Bauteilen gilt heute als exotische Ausnahme, lange Zeit war es jedoch die Regel. In der Antike wäre es undenkbar gewesen, mühselig hergestellte und bearbeitete Bauteile nach erstem Gebrauch zu entsorgen. Bis weit in die Neuzeit zeugen seither zahlreiche Beispiele von dieser Praxis, die vor allem in ländlichen Regionen auch die schweizerische Bautradition geprägt hat. Erst die einsetzende Industrialisierung im Bauwesen begann den Wert von bearbeitetem Material zu relativieren. In der Moderne geriet die Wiederverwendung von Baumaterial und -teilen so zusehends in Vergessenheit, während sich das Bauwesen andererseits rasant veränderte: Die technischen Möglichkeiten krepelten architektonische Leitbilder ebenso radikal um wie Planungsabläufe und Fertigungsmethoden. Parallel dazu entwickelten sich die rahmenden Normen. Wer heute auf gebrauchte Bauteile zurückgreift, kann sich also einerseits auf althergebrachte Traditionen berufen, kollidiert andererseits aber mit den eingespielten Abläufen und Normen eines Planungs- und Bauwesens, das sich in den vergangenen Jahrzehnten von dieser Praxis weit entfernt hat. Wachsendes Bewusstsein für den Wert der Ressourcen und der Energie, die in der Substanz unserer Bauten stecken, geben heute wieder Anstoss, diese einst selbstverständliche Praxis neu zu entdecken.

1

Als Fallstudie dient dazu ein einmaliges Pilotprojekt: Mit der Aufstockung des Kopfbaus der Halle 118 am Winterthurer Lagerplatz realisiert das Architekturbüro baubüro in situ ag das derzeit grösste Gebäude der Schweiz, das mehrheitlich aus wiederverwendeten Teilen gebaut ist. Seit 2018 werden Planung

2

* Dipl. Architektin ETH, Projektleiterin Forschungsprojekt Zirkulär Bauen am Institut Konstruktives Entwerfen des ZHAW Departements Architektur, Gestaltung und Bauingenieurwesen, Zürich/Winterthur.

und Bau im Rahmen des Forschungs- und Lehrprojekts «Zirkulär Bauen» am ZHAW Institut Konstruktives Entwerfen in Kooperation mit baubüro in situ wissenschaftlich ausgewertet. Die Untersuchungen zeigen einerseits das grosse ökologische Potenzial: Während Energieaufwand und Treibhausgasemissionen im Betrieb von Gebäuden in den letzten Jahren erfolgreich reduziert werden konnten, stagniert die Entwicklung im Bereich der Erstellung bislang. Die Auswertung des Projekts K.118 zeigt nun, dass die Wiederverwendung von Bauteilen ein wirksames Mittel ist, die Energie- und CO₂-Bilanz von Bauten in diesem Bereich deutlich zu verbessern. Die Wiederverwendung erweist sich jedoch nicht nur als ökologisch nachhaltig, sie hat auch baukulturelles Potenzial. Die Analyse von Beispielbauten weist ebenso wie die Untersuchungen in der Entwurfslehre am ZHAW Institut Konstruktives Entwerfen darauf hin, wie die Wiederverwendung von Bauteilen jenseits der denkmalpflegerischen Konservierung von Schutzobjekten einen wirksamen Beitrag zu einer Kultur des Erhalts im Bauen leisten kann – und gleichzeitig architektonische Spielräume für Transformation und Entwicklung öffnet.

- 3 Eine vielversprechende architektonische Praxis also, die uns im Bau- und Planungsalltag allerdings mit komplexen Herausforderungen konfrontiert – die auf verschiedenen Ebenen auch rechtliche Fragestellungen berühren. Zum einen spiegelt die Frage des Erhalts gebrauchter Bauteile eine Wertediskussion, die unsere Gesellschaft auch im juristischen Sinn beschäftigt. Wie wägen wir die Prinzipien und Rechte ab, die unser Zusammenleben und -wirtschaften regeln? Welchen Stellenwert nimmt zum Beispiel in Zeiten des Klimawandels das Prinzip der Nachhaltigkeit in Abwägung mit anderen Verfassungsprinzipien ein?
- 4 Zum anderen weisen die Erfahrungen aus der Fallstudie K.118 auf ganz konkrete Fragen hin, wie sich die Besonderheiten der Wiederverwendung mit den Realitäten des Bau- und Planungsalltags vereinbaren lassen. Inwiefern berücksichtigen die rechtlichen Rahmenbedingungen und Normenwerke die Wiederverwendung bereits? Wo sind gegebenenfalls Nachbesserungen oder Ergänzungen erforderlich, um die Verhältnisse zu klären? Welche Konsequenzen ergeben sich für die Geschäftsbeziehungen der Beteiligten und wie spiegeln sie sich in deren vertraglicher Regelung? Wie können Zuständigkeiten und Haftungsfragen geklärt werden? Diese Unsicherheiten machen die Wiederverwendung für Bauträger, Planende und Behörden derzeit noch zum Wagnis, das nur wenige

Pioniere riskieren. Umso mehr freuen wir uns über das Engagement von Andreas Abegg, Meinrad Huser, Annatina Menn und Oliver Streiff in dieser Sache. Denn auch von praktikablen Antworten auf diese Fragen hängt ab, ob die Wiederverwendung von Bauteilen in unserer Baukultur wieder Fuss fassen kann.

Die Wiederverwendung von Bauteilen

Auslegeordnung aus öffentlich-rechtlicher Sicht

Meinrad Huser*

Inhaltsverzeichnis

I.	Worum geht es?	8
II.	Rechtliche Grundlagen, die eine Wiederverwendung von Bauteilen fördern	10
1.	Grundsatz der Nachhaltigkeit	10
a.	Konkretisierung des Verfassungsauftrags	10
b.	Förderung der Kreislaufwirtschaft	11
2.	Verwenden von Bauprodukten	12
a.	Im Allgemeinen	12
b.	Sicherheit der Bauprodukte	12
c.	Die nachhaltige Nutzung ermöglichen	14
d.	Folgerungen	14
3.	Schutz des Menschen und der Umwelt	15
a.	Umfassende undeszuständigkeit	15
b.	Ziele des Umweltrechts	15
c.	Vorsorgeprinzip	16
d.	Bauteile als Teil der Abfallkette	17
1)	Pflicht, Abfall zu verhindern	17
2)	Bauteile bei jeder Entsorgungsstufe neu beurteilen	17
3)	Wiederverwenden bzw. Verwerten vor Entsorgen	18
4)	Richtige Wahl der Verwertungsart	19

* Dr. iur., Dozent an der SML der ZHAW, Winterthur, Konsulent bei AA+K, Abegg Anwälte und Konsulenten, Zürich, und Inhaber der Huser Bau- und Immobilienrecht, Zug

III. Rechtliche Grundlagen, die eine Wiederverwendung von Bauteilen behindern	20
1. Produktesicherheitsgesetz	20
2. Umweltrecht	21
a. Das Abfallrecht	22
b. Das Gewässerschutzgesetz	22
3. Raumplanungsrecht und Baurecht	22
a. Im Allgemeinen	22
b. Ist der Einbau von Bauteilen bewilligungspflichtig?	23
c. Technische Normen als Bewilligungsfallen?	25
d. Brandschutznormen im Besonderen	26
4. Schranken aus allgemeinen Prinzipien des staatlichen Handelns	27
a. Interessenabwägung	27
b. Verhältnismässigkeitsprinzip	29
c. Schranken aus Gründen drohender Haftung?	31
d. Lohnenswerter Einbezug der Behörde vor dem Verfahren	32
IV. Der Wiederverwendung von Bauteilen zum Durchbruch verhelfen	33
1. Durch Anpassung der Gesetzgebung	33
2. Durch Information und Transparenz	33
3. Durch Überzeugen der Bewilligungsbehörden	34
4. Durch finanzielle Anreize	34
V. Schlussbemerkungen	36

I. Worum geht es?

- 1 Bauten und Anlagen bestehen regelmässig aus Teilen, die zusammengefügt eine stabile Einheit bilden. Diese Einheit ist regelmässig auf Dauer angelegt. Während der Lebensdauer kann sich die Nutzung, aber auch die Vorstellung über den Wert, die Schönheit oder die Funktion einzelner Teile verändern. Elemente können ausgebaut und durch neue oder andere Bauteile ersetzt werden, ohne dass die Einheit zerfällt oder ihre Stabilität gefährdet ist. Möglich ist auch, dass die Einheit ihre Funktion erfüllt hat und in ihre Einzelteile zerlegt wird.
- 2 Was aber kann und soll mit den zerlegten bzw. herausgebrochenen Einzelteilen geschehen? Sind sie veraltet und für den heutigen Bau nicht mehr geeignet,

werden sie in der Regel vernichtet und entsorgt. Sie werden umgearbeitet und in neuer Form wiederverwendet (Recycling), wenn dies wirtschaftlich interessant ist. Sie werden in der gleichen Funktion an einem neuen Ort wieder genutzt oder in neuen Funktionen eingesetzt, wenn sie (noch) funktionsfähig sind und ein Bedarf vorhanden ist.

Es bestehen heute «Zwischenlager», in denen ausgebrochene Bauteile gesammelt und zur Wiederverwendung bereitgehalten werden.¹ Ein systematisch organisierter Gewerbebezweig ist daraus jedoch noch nicht entstanden. Es fehlt zurzeit offenbar ein allgemeines Verständnis,² dass Bauteile wertvoll sind und aus verschiedenen Gründen wieder dem Wirtschaftskreislauf zurückgeführt werden sollen. Damit dies gelingt, müssen juristische bzw. administrative Hindernisse so weit wie möglich abgebaut und neue Anreize geschaffen werden.³

Diese Ausgangslage ruft nach Klärungen der Rahmenbedingungen für die Wiederverwendung ausgebauter Bauteile. Es sind Bestimmungen in Erinnerung zu rufen, die eine Wiederverwendung fördern (II.). Es sind aber auch Vorschriften abzumahnern, die der Wiederverwendung von herausgebrochenen Einzelteilen hinderlich sind (III.) Vorschläge zur staatlichen Unterstützung der Wiederverwendung (IV.) und eine Zusammenfassung (V.) runden den Beitrag ab.⁴

¹ Beispiel: Bauteilnetz Schweiz als ein gemeinnütziger Verein, der die Wiederverwendung von Bauteilen fördert mit seinen zehn Bauteilbörsen oder Bauteilläden (www.bauteilklick.ch, zuletzt besucht am 2.4.2020).

² Siehe dazu auch den Bericht zur Ausstellung «Bauteilrecycling», 19. Februar – 9. März 2019, ZHAW I Halle 118, ready-made – Bauen, mit Fundstücken Konstruktive Strategien zum Bauen mit wieder verwendeten Bauteilen (<https://www.zhaw.ch/de/archbau/news/news-a-detailansicht/event-news/impressionen-aus-der-ausstellung-bauteilrecycling>, zuletzt besucht am 6.5.2020).

³ Dazu TOBIAS HALTER, Wiederverwendung und Recycling von Bauteilen – Eine Beurteilung aus öffentlich-rechtlicher Sicht, Forschungsbericht im Modul «Praxisorientierte Forschungsprojekte» des Studiengangs «Master in Management and Law» an der ZHAW, Winterthur 2019, 6 f., m.H. auf das Postulat Kathrin Bertschy 2016, NR 16.3583, und die Antwort des Bundesrats.

⁴ Bauteile, die am Lebensende sind und nicht mehr verwendet werden können, sondern entsorgt werden müssen, sind nur beiläufig Thema. Die Auslegeordnung beschränkt sich auf die Rahmenbedingungen des öffentlichen Rechts. Die privatrechtlichen Aspekte werden im Beitrag von ANNATINA MENN, Die Wiederverwendung von Bauteilen aus vertragsrechtlicher Perspektive, erläutert.

II. Rechtliche Grundlagen, die eine Wiederverwendung von Bauteilen fördern

- 5 Die Forderung zur Wiederverwendung von Bauteilen deckt sich mit dem Verfassungsziel der Nachhaltigkeit (1.), den Anliegen der Gesetzgebung über die Bauprodukte (2.), aber auch mit den Zielen des Umweltrechts (3.).

1. Grundsatz der Nachhaltigkeit

a. Konkretisierung des Verfassungsauftrags

- 6 Das Prinzip der Nachhaltigkeit ist in der Bundesverfassung als erste Pflicht von Bund, Kantonen und Gemeinden im Abschnitt «Umwelt und Raumplanung» festgeschrieben. Es soll ein auf Dauer ausgewogenes Verhältnis zwischen der Natur und ihrer Erneuerungsfähigkeit einerseits und ihrer Beanspruchung durch den Menschen andererseits angestrebt werden (Art. 73 BV). Nachhaltig ist eine Entwicklung, wenn sie für die heutigen Bedürfnisse zur Verfügung steht, ohne aber den künftigen Generationen die Möglichkeit zu nehmen oder zu schmälern, ihre eigenen Bedürfnisse zu befriedigen und ihren Lebensstil selbstständig zu wählen.⁵ Die Nutzung der Natur hat sich – bei nachwachsenden Rohstoffen – auf die Erträge zu beschränken, ohne in die Substanz einzugreifen,⁶ und sich an der Erneuerungsfähigkeit zu orientieren.⁷
- 7 Art. 73 BV enthält keine direkt anwendbare Pflicht. Rechtsansprüche lassen sich für den Einzelfall daraus nicht ableiten. Der Verfassungsbestimmung kommt vielmehr Programmcharakter zu. Sie stellt «eine konkretisierungsbedürftige Richtschnur sowie auch Leitplanke der Rechtssetzung und Rechtsanwendung dar».⁸ Der Gesetzgeber muss deshalb bei der Nutzung der natürlichen Ressour-

⁵ Siehe dazu Botschaft des Bundesrats über die Bundesverfassung vom 20. November 1996, in: BBl 1997 I 1.

⁶ KLAUS A. VALLENDER/RETO MORELL, Umweltrecht, Bern 1997, § 5 N 38.

⁷ KLAUS A. VALLENDER, in: Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), St. Galler Kommentar, 3. Aufl. Zürich/Basel/Genf 2014, Art. 73, Rz. 20.

⁸ So jedenfalls CHRISTOPH JÄGER/ANDREAS BÜHLER, Schweizerisches Umweltrecht, Bern 2015, Rz. 39; differenziert VALLENDER, St. Galler Kommentar (FN 7), Rz. 29 ff.

cen die entsprechenden Rahmenbedingungen, namentlich im raumwirksamen Recht, setzen. Dem Nachhaltigkeitsprinzip kommt aber auch im Rahmen der Rechtsanwendung, namentlich bei der Interessenabwägung einer einzelnen Massnahme Bedeutung zu.⁹

b. Förderung der Kreislaufwirtschaft

Mit einer Volksinitiative «Für eine nachhaltige und ressourceneffiziente Wirtschaft (Grüne Wirtschaft)»¹⁰ aus dem Jahr 2012 sollten Bund, Kantone und Gemeinden verpflichtet werden, eine nachhaltige und ressourceneffiziente Wirtschaft und geschlossene Stoffkreisläufe anzustreben. Die Staatsebenen hätten dafür sorgen müssen, dass wirtschaftliche Tätigkeiten die natürlichen Ressourcen nicht beeinträchtigen und die Umwelt möglichst wenig gefährden und belasten.¹¹ Vorschriften über Produktionsprozesse, Produkte und Abfälle hätten für eine nachhaltige und ressourceneffiziente Wirtschaft zu sorgen (Art. 94a Abs. 3 lit. b BV).

Der Bundesrat anerkannte die Bedeutung des Anliegens «angesichts der drängenden ökologischen Herausforderung»,¹² empfahl jedoch die Ablehnung der Initiative. Er schlug eine Revision des Umweltschutzgesetzes vor. Die Initiative wurde von Volk und Ständen abgelehnt. Der Gegenvorschlag des Bundesrats fand im Parlament keine Unterstützung.¹³

Das Thema bleibt aktuell: Mit einer parlamentarischen Initiative vom 19. Mai 2020 (20.433) verlangt die Kommission für Umwelt, Raumplanung und Energie des Nationalrates die Stärkung der «Schweizer Kreislaufwirtschaft». Eine Revision des Umweltschutzgesetzes soll die Rahmenbedingungen schaffen,

⁹ Zur Rechtsprechung des Bundesgerichts VALLENDER, St. Galler Kommentar (FN 7), Rz. 36 ff.

¹⁰ Eingereicht am 6. September 2012 (BBI 2014 28).

¹¹ Siehe dazu die Botschaft vom 12. Februar 2014 zur Volksinitiative «Für eine nachhaltige und ressourceneffiziente Wirtschaft (Grüne Wirtschaft)» und zum indirekten Gegenvorschlag (Änderung des Umweltschutzgesetzes) BBI 2014 1830 (zit. Botschaft Grüne Wirtschaft).

¹² Botschaft Grüne Wirtschaft (FN 11), 1835.

¹³ Siehe Medienmitteilung der Kommission für Umwelt, Raumplanung und Energie des Nationalrats vom 20. Mai 2020 und der entsprechenden Kommission des Ständerats vom 23. Juni 2020.

um eine dauerhafte Verbesserung der Ressourceneffizienz zu erreichen. Es seien organisatorische Massnahmen zu ergreifen, etwa eine Plattform für die Schweizer Kreislaufwirtschaft zu errichten. Der Bundesrat soll Hersteller und Händler verpflichten können, Verpackungen aus kreislauffähigen Materialien zu verwenden. Abfälle seien stofflich zu verwerten, soweit dies technisch möglich und wirtschaftlich tragbar ist sowie die Umwelt weniger belastet als eine andere Entsorgung oder die Herstellung neuer Produkte. Der Ständerat stimmte dieser Initiative zu (einstimmiger Beschluss vom 23. Juni 2020). Die Umsetzung des Gesetzgebungsauftrags ist in Arbeit.

2. Verwenden von Bauprodukten

a. *Im Allgemeinen*

- 11 Ausgebrochene Bauteile sind unzweifelhaft Bauprodukte. Es ist deshalb abzuklären, inwieweit diese weniger bekannte Gesetzgebung die Wiederverwendung fördert.
- 12 Das Bauproduktrecht regelt das Inverkehrbringen von Bauprodukten und ihre Bereitstellung auf dem Markt (Art. 1 BauPG). Als Bauprodukt gilt jedes Produkt, das dauerhaft in Bauwerke (des Hoch- oder Tiefbaus) oder in Teilen davon eingebaut werden soll und dessen Leistung sich auf die Leistung des Bauwerks im Hinblick auf die Grundanforderungen an Bauwerke auswirkt (Art. 2 Ziff. 1 und 3 BauPG).
- 13 Nicht als Bauprodukte gelten die Rohstoffe, aus denen die Bauprodukte hergestellt werden. Der Schutz der Rohstoffe richtet sich nach dem Umwelt- und Raumplanungsrecht.

b. *Sicherheit der Bauprodukte*

- 14 Bauprodukte dürfen nur in Verkehr gebracht oder auf dem Markt bereitgestellt werden, wenn sie bei normaler oder bei vernünftigerweise vorhersehbarer Verwendung die Sicherheit und die Gesundheit der Verwenderinnen und Verwender oder Dritter nicht oder nur geringfügig gefährden (Art. 4 BauPG). Die

Bestimmung deckt sich in weiten Teilen mit Art. 3 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Produktesicherheit (PrSG).¹⁴

Das Bauproduktegesetz gilt nicht nur für das erstmalige Inverkehrbringen, sondern ganz generell für Produkte, die auf dem Markt angeboten werden und in einem Bauwerk eingebaut sind. Ein Detailhandel, der Bauteile zum Kauf oder zur Nutzung anbietet, hat diese Sicherheitsbestimmungen zu beachten, unabhängig davon, ob die angebotenen Bauteile neu sind oder wiederverwendet werden. Dass die Sicherheit bei Bauteilen zur Wiederverwendung erhöhte Abklärungen des Anbieters voraussetzt, ist offensichtlich. Die allfällige Haftbarkeit ergibt sich aber nicht aus dem öffentlichen Recht, sondern folgt den privatrechtlichen Verantwortlichkeitsbestimmungen.¹⁵

Das schweizerische Bauproduktrecht, das technische Handelshemmnisse vermeiden will und dazu dem EU-Recht angepasst ist,¹⁶ garantiert die Brauchbarkeit der Bauteile beim Inverkehrsetzen, nicht aber beim anschliessenden oder gar späteren Verwenden bzw. (Wieder-)Einbau in ein Gebäude. Das kantonale Recht kann aber für die Verwendung weitere Regelungen vorsehen und das Schutzniveau eigenständig bestimmen; das Bauproduktrecht setzt dazu keine Schranken. So gelten zum Beispiel die Klassifizierungen des Brandschutzes nach den harmonisierten Normen und nach der Brandschutznorm der Vereinigung Kantonalen Feuerversicherungen (VKF) selbstständig.

¹⁴ Das Bauproduktegesetz geht dem Produktesicherheitsgesetz grundsätzlich vor (Art. 1 Abs. 3 PrSG; Art. 1 Abs. 4 BauPG. WALTER FELLMANN/YVONNE BURGER, Gefahrenabwehr nach Bauproduktegesetz, BR 2019, 267. Nur in den drei in Art. 1 Abs. 4 BauPG statuierten Ausnahmefällen bleibt das PrSG anwendbar. Siehe dazu auch die Botschaft des Bundesrats vom 4. September 2013 zum neuen Bauproduktegesetz, BBl 2013, 7467 ff., 7495 ff.

¹⁵ Siehe dazu die Ausführungen in dieser Publikation von ANNATINA MENN, Ziff. II. 3.1.

¹⁶ Das Bauproduktegesetz will neben der Sicherheit auch den grenzüberschreitenden freien Warenverkehr erleichtern und technische Handelshemmnisse vermeiden. Beim Inverkehrsetzen sollen die inländischen Produkte nach den für alle Marktteilnehmer geltenden Vorschriften erfolgen (EU-Tauglichkeit). Siehe dazu die Botschaft vom 4. September 2013 zum Bundesgesetz über Bauprodukte, BBl 2013 7467, 7500 (zit. Botschaft BauPG).

c. Die nachhaltige Nutzung ermöglichen

- 17 Das Bauproduktrecht steht auch im Dienst einer nachhaltigen Nutzung der natürlichen Ressourcen. Die Bauprodukteverordnung¹⁷ sieht dies ausdrücklich vor: «Das Bauwerk muss derart entworfen, errichtet und abgerissen werden, dass die natürlichen Ressourcen nachhaltig genutzt werden, damit insbesondere sichergestellt wird: a. die Wiederverwendbarkeit und Rezyklierbarkeit des Bauwerks, seiner Baustoffe und Teile nach dem Abriss; b. die Dauerhaftigkeit des Bauwerks; c. die Verwendung umweltverträglicher Rohstoffe und Sekundärbaustoffe im Bauwerk.»¹⁸
- 18 Die Verordnung setzt an sich überzeugende Ziele. Sie enthält leider keine im Einzelfall bindende konkrete Verpflichtungen zur Wiederverwendung von Bauteilen.

d. Folgerungen

- 19 Das Bauproduktrecht dient in erster Linie dem Schutz der Konsumenten (Art. 97 BV) und der Wirtschaft durch Abbau technischer Hindernisse im internationalen/europäischen Vergleich (Art. 101 BV). Es spricht ausdrücklich von der nachhaltigen Verwendung von Bauteilen nach dem Abbruch einer Bauteile. Ein konkreter Rechtsanspruch auf Vorrang bestehender, funktionstüchtiger Bauteile ist jedoch weder bei der Neuerrichtung noch bei der Änderung bestehender Bauten oder Anlagen vorgesehen.
- 20 Der Gesetzgeber verkleinert immerhin die administrativen Hürden beim Inverkehrbringen von Bauprodukten: Er verzichtet auf unnötige Zertifikate und Kontrollen bzw. Kontrollbestätigungen, wenn ein Bauprodukt nach den Vorschriften des Bauproduktgesetzes in den Verkehr oder auf den Markt gebracht worden ist. Das Bauproduktrecht erfasst die Verwendung und den (Wieder-)Einbau von Bauteilen aber nicht und überlässt dem Spezialrecht Regelungsräume, die die Wiederverwendung von Bauteilen erneut einschränken können. So unterstehen die Brandschutzanforderungen an Bauteile dem kantonalen

¹⁷ Verordnung über Bauprodukte (Bauprodukteverordnung, BauPV) vom 27. August 2014 (SR 933.01).

¹⁸ Anhang 1 Ziff. 7 zur BauPV.

Spezialrecht. Die Kantone bleiben zuständig für die Regelung der Verwendung von Bauprodukten in Bauwerken.¹⁹

Aus dem geltenden Bauproduktrecht lässt sich somit die Förderung der Wiederverwendung bereits gebrauchter Bauteile als Ziel ableiten. Konkret durchsetzbare Massnahmen fehlen aber.²⁰ Das Bauproduktrecht lässt es vielmehr zu, dass die Kantone die angestrebten Vereinfachungen beim Sicherheitsnachweis durch einschränkende baupolizeiliche Regelung wieder infrage stellen. Regelungs- und Interpretationsspielräume, die im Bundesrecht durchaus bestehen, können und sollen – so eine erste Forderung – durch das kantonale und kommunale Recht und die Praxis zugunsten einer Wiederverwertung genutzt werden. 21

3. Schutz des Menschen und der Umwelt

a. *Umfassende Bundeszuständigkeit*

Nach Art. 74 BV erlässt der Bund Vorschriften über den Schutz des Menschen und seiner natürlichen Umwelt vor schädlichen oder lästigen Einwirkungen. Die Gesetzgebung hat für den Erhalt der natürlichen Umwelt zu sorgen. Dazu gehört auch der Schutz der Natur als Stofflieferantin, als Schutz der natürlichen Ressourcen. 22

Eine Pflicht zur Wiederverwendung ausgebrochener Bauteile ist mit dieser Kompetenzzuweisung verfassungsrechtlich abgedeckt und könnte im Gesetz umgesetzt werden. 23

b. *Ziele des Umweltrechts*

Das Umweltschutzgesetz soll Menschen, Tiere und Pflanzen, ihre Lebensgemeinschaften und Lebensräume gegen schädliche oder lästige Einwirkungen schützen sowie die natürlichen Lebensgrundlagen, insbesondere die biolo- 24

¹⁹ Botschaft BauPG (FN 16), 7530.

²⁰ Massnahmen zu den Bauprodukten wurden auch im Rahmen der Initiative zur «Grünen Wirtschaft» (dazu oben II.1.b.) nicht erwähnt, obwohl das Bauproduktengesetz angesprochen wurde (Botschaft Grüne Wirtschaft, FN 11, 1870).

gische Vielfalt und die Fruchtbarkeit des Bodens, dauerhaft erhalten (Art. 1 USG²¹). Das Umweltschutzgesetz verlangt Zurückhaltung beim Abbau von Bodenschätzen und bei der Zerstörung der natürlichen Lebensgrundlagen.

- 25 Eine konsequente Wiederverwendung funktionstüchtiger Bauteile würde die Nachfrage nach neuen Teilen sinken lassen und die Nutzung oder Ausbeutung der Bau- bzw. Rohstoffe schonen. Aus dem Umweltschutzgesetz sollten an sich insbesondere das Vorsorgeprinzip und das «Abfallrecht» das Ziel der Wiederverwendung von Bauteilen unterstützen können.

c. Vorsorgeprinzip

- 26 Nach dem Vorsorgeprinzip hat der Staat dafür zu sorgen, dass Einwirkungen, die für Menschen, Tiere oder Pflanzen schädlich sein könnten, frühzeitig begrenzt werden.²² Dieses Prinzip dient der Gefahrenabwehr, wirkt aber auch umweltschonend.
- 27 Bauteile, die aus einer bestehenden Baute ausgebrochen werden, stellen beim Wiedereinbau keine direkte umweltrechtliche Gefahr dar. Ihre Wiederverwendung für den initialen oder für andere Zwecke verhindern jedoch, dass Bauteile zu Abfällen werden.
- 28 Der Gesetzgeber sollte dem Vorsorgeprinzip besser Beachtung schenken. Denkbar wäre, der Wiederverwendung bei der Interessenbewertung ausdrücklich höheres Gewicht beizumessen. Konkretere Regelungen würden als Konkretisierung des verfassungsmässigen Nachhaltigkeitsprinzips Sinn ergeben.
- 29 Immerhin ist bei Einzelmassnahmen dem Vorsorgeprinzip im Rahmen der baurechtlichen Interessenabwägung bereits heute Rechnung zu tragen.²³ Dies zum Beispiel, wenn im Baubewilligungsverfahren festzulegen ist, wie weit mit einer Ausnahmegewilligung die Verwendung von bestehenden Bauteilen gefördert werden kann. Bei der Bewilligung eines Ersatzneubaus könnte die Wiederverwendung von Bauteilen, die aus dem abgerissenen Bau stammen (oder

²¹ Bundesgesetz über den Umweltschutz (Umweltschutzgesetz, USG) vom 7. Oktober 1983 (SR 814.01)

²² JÄGER/BÜHLER (FN 8), Rz. 50 ff.

²³ JÄGER/BÜHLER (FN 8), Rz. 62.

zumindest die Prüfung einer Wiederverwendung), verlangt werden. Vorgaben des Gesetzgebers würden Rechtssicherheit schaffen.

d. Bauteile als Teil der Abfallkette

1) Pflicht, Abfall zu verhindern

Bei richtiger Beachtung des Vorsorgeprinzips können Abfälle vermieden werden (Art. 30 Abs. 1 USG). Denn: Bauteile ohne Funktion werden erfahrungsgemäss nicht mehr gepflegt. Sie werden logischerweise zu Abfall. 30

Soweit einzelne Teile nach dem (Teil-)Abbruch einer Baute keine Verwendung mehr finden bzw. momentan nicht gebraucht werden, können sie (vorübergehend) gelagert werden.²⁴ Sie beanspruchen dabei aber den knappen Deponieraum²⁵ und sollen deshalb so schnell wie möglich – soweit sie funktionieren und technisch wiederverwendbar sind – in den Wirtschaftskreislauf zurückgebracht und im besten Fall sofort wieder eingebaut werden. 31

Ein Eigentümer kann sich – nach heutiger Regelung – nach eigenem Willen der wiederverwendbaren Bauteile «entledigen».²⁶ Es ist zu überlegen, ob diese Freiheit mit dem Umweltrecht in Einklang zu bringen ist und es weiterhin dem Willen des Eigentümers überlassen bleiben soll, Bauteile unbedacht oder willentlich wegzuerwerfen. 32

2) Bauteile bei jeder Entsorgungsstufe neu beurteilen

Wie mit Abfällen, die bei Neubau-, Umbau- oder Rückbauarbeiten von ortsfesten Anlagen (Bauabfälle, Art. 3 lit. e VVEA) oder mit Material, das bei 33

²⁴ Die Lagerung ist heute weit verbreitet, sodass die Abfallverordnung Meldepflichten vorsieht (Art. 6 VVEA).

²⁵ JÄGER/BÜHLER (FN 8), Rz. 507, m.H. auf Botschaft zum USG.

²⁶ Als Abfall im Sinne des Umweltschutzgesetzes gelten bewegliche Sachen, deren sich der Inhaber entledigt oder deren Entsorgung im öffentlichen Interesse geboten ist (Art. 7 Abs. 6 USG). Der Entledigungswille muss sich in Handlungen im Sinne von manifestieren (Art. 7 Abs. 6^{bis} USG); zur Bedeutung des Begriffs «Entledigung» ausführlich BGE 123 II 359.

Bauarbeiten ausgehoben oder ausgebrochen wird, d.h. mit Aushub- bzw. Ausbruchmaterial (Art. 3 lit. f VVEA), umzugehen ist, regelt die Abfallverordnung.²⁷

- 34 Die entledigten bzw. dem Abfall zugeführten Sachen durchlaufen folgende Entsorgungsstufen: Sammlung, Beförderung, Zwischenlagerung und Behandlung, Verwertung durch Zuführen in den Wirtschaftskreislauf. Werden ausgebrochene Bauteile tatsächlich endgültig und willentlich weggeworfen und zu Abfall gemacht, kommen die erwähnten Entsorgungsstufen zur Anwendung. Sie erlauben es, die ausgebrochenen Bauteile jederzeit und unabhängig vom Willen des ursprünglichen Eigentümers wieder in den Wirtschaftskreislauf zurückzubringen. «Durch abermalige Integration in den Wirtschaftskreislauf verlieren die vormals entsorgten Sachen ihre Abfallqualität.»²⁸

3) Wiederverwenden bzw. Verwerten vor Entsorgen

- 35 Es besteht eine allgemeine Verwertungspflicht, wenn die Umwelt dadurch weniger belastet wird als bei einer anderen Entsorgung oder bei der Herstellung neuer Produkte (Art. 30d lit. a USG).²⁹ Diese Pflicht ist zu beachten, wenn die Technik eine Verwertung zulässt und ein Markt dafür vorhanden ist (Art. 30 Abs. 2 USG). Die Verwertung geht der Entsorgung vor.³⁰
- 36 Die Abfallverordnung schreibt für verschiedene Abfallarten die Verwertungsart konkret vor (Art. 12 ff. VVEA) und bezeichnet die Massnahmen. Im Mittelpunkt dieser Massnahmen steht das Verhindern oder Beseitigen der möglichen schädlichen Auswirkungen von Abfällen, was für die vorrangige Wiederverwendung spricht.
- 37 Regelungen bestehen bereits bei Siedlungsabfällen wie Glas, Karton und Metallen. Diese sind so weit wie möglich getrennt zu sammeln und stofflich zu verwerten (Art. 13 VVEA). Auch Ausbruch- und Aushubmaterial ist möglichst vollständig wieder zu verwerten, und zwar als Baustoff auf Baustellen oder Deponien oder als Rohstoff für die Herstellung von Baustoffen (Art. 19 VVEA).

²⁷ Verordnung über die Vermeidung und die Entsorgung von Abfällen (Abfallverordnung, VVEA) vom 4. Dezember 2015 (SR 814.600).

²⁸ JÄGER/BÜHLER (FN 8), Rz. 505.

²⁹ JÄGER/BÜHLER (FN 8), Rz. 519.

³⁰ JÄGER/BÜHLER (FN 8), Rz. 507, mit Verweis auf das Leitbild des Bundesamtes für Umwelt.

Konkrete Vorgaben zur Wiederverwendung bzw. zur Rückführung von aus- 38
gebrochenen Bauteilen in den Wirtschaftskreislauf finden sich noch nicht. Sie
könnten aber auf Verordnungsstufe durch den Bundesrat angeordnet werden.

Zudem: Bei Bauarbeiten muss die Bauherrschaft im Rahmen des Baubewilli- 39
gungsgesuchs³¹ Angaben über die Art, Qualität und Menge der anfallenden
Abfälle und über die vorgesehene Entsorgung machen (Art. 16 VVEA). In die-
sem Konzept hätten auch Aussagen über die Wiederverwendung ausgebauter
Bauteile Platz. Die Baubewilligungsbehörde könnte auf jeden Fall gestützt auf
diese Bestimmung Angaben verlangen und das Konzept dann in der Bewilli-
gung zur Pflicht machen.

4) Richtige Wahl der Verwertungsart

Das Umweltschutzgesetz kennt vier Verwertungsarten: direkte Wiederver- 40
wendung, stoffliche Verwertung (Altglas, Altpapier, Altmetalle), energetische
Nutzung (Energiegewinnung aus Verbrennen von Abfällen, Holz, Biomasse)
und Recycling (Aufbereitung von Abfällen für initialen Zweck oder für andere
Zwecke).

Von den verschiedenen Verwertungsverfahren sind die ökologisch wertvolle- 41
ren zu wählen.³² Die Abfälle können durch direkte Wiederverwendung oder
durch Recycling verwertet werden. Die direkte Wiederverwendung geht dem
Recycling vor. Als Beispiele der direkten Wiederverwendung werden Kleidungs-
stücke, Glasflaschen, Mehrwegprodukte erwähnt. Dieser Aufzählung kann sich
die Wiederverwendung bestehender Bauteile lückenlos anschliessen. Recycling
gilt als spezieller Verwertungsvorgang. Im Gegensatz zur direkten Wiederver-
wendung sind die Abfälle für den initialen Zweck oder für einen neuen Zweck
aufzubereiten.

Die vorrangige Wiederverwendung bestehender Bauteile entspricht der Neu- 42
ausrichtung der Abfallpolitik.³³ Auch das Recycling sollte – vor der Vernich-
tung – zum Einsatz kommen.

³¹ Zur Bewilligungspflicht des Wiedereinbaus einzelner Bauteile siehe unten III.3.b.

³² JÄGER/BÜHLER (FN 8), Rz. 521.

³³ Zu den Grundsätzen der neuen Schweizer Abfallpolitik im Jahr 2016 siehe JÄGER/
BÜHLER (FN 8), Rz. 508 f.; HALTER (FN 3), 24 f.

- 43 Das verwertende Unternehmen entscheidet über die Art der Verwertung nach eigenen Interessen. Der Bundesrat sollte für die Wiederverwendung ausgebrochener Bauteile die Verordnung ergänzen und die Entscheidungsfreiheit einschränken. Die Behörden können aber gestützt auf die Abfallverordnung im Einzelfall – etwa im Zusammenhang mit einer Abbruchbewilligung – bereits heute einschreiten, wenn die gesetzliche Prioritätenordnung bei der Verwertung nicht eingehalten ist. Sie kann Unternehmen im konkreten Fall anweisen, Bauteile der Wiederverwendung zuzuführen.

III. Rechtliche Grundlagen, die eine Wiederverwendung von Bauteilen behindern

- 44 Produkte oder Bauteile werden wiederverwendet, indem sie in ein neues Gebäude, in eine neue Anlage oder bei einem Umbau eingebaut werden. Die Rahmenbedingungen für diesen Einbau setzt das Baurecht. Vorschriften des Bau- und Planungsrechts, des Umweltrechts, aber auch ästhetische Überlegungen oder das Denkmalschutzrecht können die Wiederverwendung von Bauteilen fördern, aber natürlich auch behindern. Begrenzend könnte eventuell auch das Produktesicherheitsgesetz wirken.

1. Produktesicherheitsgesetz

- 45 Denkbar wäre, dass das Bundesgesetz über die Produktesicherheit (PrSG)³⁴ die Wiederverwendung von ausgebrochenen bzw. «veralteten» Bauteilen aus Gründen der Sicherheit einschränkt (Art. 1 Abs. 1 PrSG). Als Produkt im Sinne dieses Gesetzes gilt eine verwendungsbereite bewegliche Sache (Art. 2 Abs. 1 PrSG). Ein Produkt gilt als verwendungsbereit, auch wenn seine Einzelteile der Empfängerin oder dem Empfänger zum Ein- oder Zusammenbau übergeben werden (Art. 2 Abs. 2 PrSG). Diese Definition trifft an sich auf wiederverwend-

³⁴ Vom 12. Juni 2009 (SR 930.11).

bare Bauteile zu. Bauprodukte unterstehen dem Bauproduktesicherheitsgesetz aber nur, solange sie nicht in ein Bauwerk eingebaut sind.³⁵

Das Produktesicherheitsgesetz müsste – nach dieser Formulierung – an sich gelten, wenn gebrauchte Bauteile ohne Überarbeitung in Verkehr gebracht werden (Art. 2 Abs. 1 PrSG). In den Gesetzgebungsunterlagen wird dieser Fall jedoch nicht angesprochen.³⁶ Und das konkretisierende Verordnungsrecht zeigt, dass die Gesetzgebung nicht unbedingt die Wiederverwendung anspricht: Die Verordnungen setzen den Sicherheitsstandard für Aufzüge³⁷, Fahrgutumschliessung³⁸, einfache Druckbehälter³⁹, Druckgeräte⁴⁰ oder Gasgeräte⁴¹, die als Produkt an sich oder bei falscher Anwendung Gefahren darstellen. Ausgebrochene Bauteile stehen in ihrer Allgemeinheit den geregelten Geräten nicht nahe.

46

2. Umweltrecht

Aus dem umfassenden Regelwerk über den Schutz der Umwelt sind für das Wiederverwenden gebrauchter Bauteile in erster Linie die Vorschriften über die Abfälle zu beachten. Ergänzend kann allenfalls auch die Gewässerschutzgesetzgebung der Wiederverwendung dienen.

47

³⁵ WALTER FELLMANN, Produktesicherheitsgesetz, in: BRT 2013, 103 ff., 104.

³⁶ Botschaft des Bundesrats vom 25. Juni 2008 zum Produktesicherheitsgesetz (Totalrevision des Bundesgesetzes über die Sicherheit von technischen Einrichtungen und Geräten), BBl 2008 7407 ff. (zit. Botschaft Produktesicherheit), insbes. 7433 ff.

³⁷ Verordnung vom 25. November 2015 über die Sicherheit von Aufzügen (Aufzugsverordnung, AufzV), SR 930.112.

³⁸ Verordnung vom 31. Oktober 2012 über das Inverkehrbringen und die Marktüberwachung von Fahrgutumschliessungen (Fahrgutumschliessungsverordnung, GGUV), SR 930.111.4.

³⁹ Verordnung vom 25. November 2015 über die Sicherheit von einfachen Druckbehältern (Druckbehälterverordnung, DBV), SR 930.113.

⁴⁰ Verordnung vom 25. November 2015 über die Sicherheit von Druckgeräten (Druckgeräteverordnung, DGV), SR 930.114.

⁴¹ Verordnung vom 25. Oktober 2017 über die Sicherheit von Gasgeräten (Gasgeräteverordnung, GaGV), SR 930.116.

a. *Das Abfallrecht*

- 48 Ein wichtiger Teil des Umweltrechts befasst sich mit dem Umgang von Teilen, auch Bauteilen, die aus ihrer Funktion entlassen und vernichtet werden müssen. Wie bereits gesehen,⁴² fördert das Abfallrecht die Wiederverwendung und auch das Recycling von Bauteilen. Es will die Abfälle in erster Linie wieder in den Wirtschaftslauf zurückführen.
- 49 Die Wiederverwendung wird somit durch das Abfallrecht nicht eingeschränkt – im Gegenteil.

b. *Das Gewässerschutzgesetz*

- 50 Das Gewässerschutzgesetz will die Gewässer vor nachteiligen Einwirkungen schützen (Art. 1 GschG⁴³). Es untersagt nicht nur das Einbringen von Stoffen, die das Wasser direkt verunreinigen. Es verbietet auch das Ablagern von Stoffen ausserhalb des Gewässers, wenn daraus konkrete Gefahren für eine Wasserverunreinigung entstehen.
- 51 Diese Bestimmung erhält bei der Wiederverwendung von Bauteilen Bedeutung, wenn Bauteile vor dem Wiedereinbau gelagert werden. Eine möglichst direkte Wiederverwendung – ohne Zwischenablage – könnte auch den gewässerschutzrechtlichen Anliegen dienen.

3. Raumplanungsrecht und Baurecht

a. *Im Allgemeinen*

- 52 Das Raumplanungsrecht und das Baurecht befassen sich mit Bau, Unterhalt und Nutzung von Bauten und Anlagen. Es gilt auch für Bauprodukte und Bauteile. Es macht keinen Unterschied, woher die Teile stammen.
- 53 Das eidgenössische Recht regelt – verfassungskonform – nur die Grundsätze der Raumplanung. Bei diesen Grundsätzen, insbesondere in den Art. 1 und 3

⁴² Oben II.3.d.4)

⁴³ Bundesgesetz über den Schutz der Gewässer (Gewässerschutzgesetz, GSchG) vom 24. Januar 1991 (SR 814.20).

des Raumplanungsgesetzes,⁴⁴ finden sich keine Vorgaben zur Verwendung von Bauteilen, zur Sicherheit der Bauten oder zur Ästhetik eines Gebäudes.

Diese Fragen werden in den kantonalen Baugesetzen und den kommunalen Bauordnungen geregelt. Dort sind Detailregelungen zu finden, die auch bei der Wiederverwendung von Bauteilen einzuhalten sind. Geprüft wird dies bei einer allfällig bestehenden Bewilligungspflicht, oft in Anwendung technischer Normen und im Rahmen der Baukontrolle. 54

b. Ist der Einbau von Bauteilen bewilligungspflichtig?

Die Erstellung eines Neubaus oder die Veränderung einer bestehenden Bauteile ist grundsätzlich bewilligungspflichtig – gilt dies auch für den Einbau einzelner Bauteile? 55

Bauten und Anlagen, die der Bewilligungspflicht (Art. 22 Abs. 1 RPG) unterstehen, sind künstlich geschaffene und auf Dauer angelegte Einrichtungen, die in fester Beziehung zum Erdboden stehen und geeignet sind, die Vorstellung über die Nutzungsordnung zu beeinflussen, sei es, dass sie den Raum äusserlich erheblich verändern, die Erschliessung belasten oder die Umwelt beeinträchtigen. «Massstab dafür, ob eine bauliche Massnahme erheblich genug ist, um sie dem Baubewilligungsverfahren zu unterwerfen, ist die Frage, ob mit der Realisierung der Bauteile oder Anlage im Allgemeinen, nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge, so wichtige räumliche Folgen verbunden sind, dass ein Interesse der Öffentlichkeit oder der Nachbarn an einer vorgängigen Kontrolle besteht.»⁴⁵ 56

Ob der Einbau von Bauteilen als erheblich zu bezeichnen ist, muss im Einzelfall geklärt werden. Im Interesse der Öffentlichkeit steht ohne Zweifel eine Änderung, die nach aussen sichtbar ist, also der Einbau von Fenstern oder die Gestaltung der Mauern mit wiederverwendeten Materialien; hier findet regelmässig eine vorgängige Inspektion des Materials statt. Werden im Inneren eines Hauses bestehende Teile ersetzt, ohne die Struktur oder die Nutzungsmöglichkeiten der Räume zu ändern, untersteht die Änderung der Bewilligungspflicht eher nicht. 57

⁴⁴ Bundesgesetz über die Raumplanung (Raumplanungsgesetz, RPG) vom 22. Juni 1979 (SR 700).

⁴⁵ BGE 139 II 134.

- 58 Wenn keine Bewilligung erforderlich ist, prüft an sich niemand die Qualität der eingebauten Bauteile auf Übereinstimmung mit den Vorgaben des öffentlichen Rechts. Immerhin kann der Einbau von Materialien Polizeigüter⁴⁶ verletzen, was auf jeden Fall festgestellt und verhindert werden muss. Wenn Bauteile verunreinigt oder im Sinne des Umweltrechts belastet sind⁴⁷ und die Gesundheit oder die Eigentumsnutzung beeinträchtigen, ist die Kontrolle nicht (nur) im Bewilligungsverfahren, sondern jederzeit, d.h. vor oder nach dem Einbau, möglich. Dies gilt auch für eingebaute feuerpolizeilich relevante Materialien. Die Belastung von Böden oder die Feuertauglichkeit infolge des Einbaus wiederverwendeten Materials muss die Behörde abklären, auch wenn für diese Tätigkeiten keine Bewilligungspflicht bestehen sollte.
- 59 Ein erhebliches Interesse an einer vorgängigen behördlichen Kontrolle und regelmässig eine Pflicht dazu besteht bei Schutzobjekten. Die Schutzverfügung (im Einzelfall) oder planerische Vorgaben (wie z.B. Ortsbildschutzzonen) beschreiben den Schutzzumfang, der sich auch auf einzelne Bauteile beziehen kann. Die Einholung einer Bewilligung ist in diesem Fall bei einem Ersatz oder Wiedereinbau zwingend.
- 60 Fazit: Soweit keine Schutzobjekte betroffen sind, wird die Verwendung von Bauteilen nicht in jedem Fall einer selbstständigen Bewilligungspflicht unterstehen. Die Baubewilligungsbehörde hat die verwendeten Bauteile nicht einzeln zu prüfen, sondern bestätigt ihren Einbau mit der Bewilligung des Bau- oder Umbauvorhabens. Sobald sie aber feststellt, dass Bauteile gesundheitsverletzende Folgen haben oder dem Brandschutz nicht gerecht werden könnten, muss sie auch ohne Bewilligungsverfahren die Wirkung der eingebauten Bauteile kontrollieren und die erforderlichen Massnahmen treffen. Bei geschützten Gebäuden ist die Behörde in jedem Fall einzubeziehen, damit die Einhaltung des Schutzes überprüft werden kann.

⁴⁶ Öffentliche Ordnung und Sicherheit, öffentliche Gesundheit, öffentliche Sittlichkeit sowie Treu und Glauben im Geschäftsverkehr.

⁴⁷ Beispiel: Nutzungsverbot einer Wiese, weil die zur Befestigung von Wegen und Plätzen verlegten Teerplatten ausserordentlich stark mit krebserregenden Polyzyklischen Aromatischen Kohlenwasserstoffen (PAK) belastet waren. Diese Platten stammten aus einer Dachabdeckung der Shedhallen der ehemaligen Kammgarnspinnerei (Urteil des Bundesgerichts vom 3. August 2015, 1C_609/2014).

c. *Technische Normen als Bewilligungsfallen?*

«Als technisches Recht unterliegt das öffentliche Planungs- und Baurecht [...] steten Wandlungen.»⁴⁸ Erkenntnisse aus der Bautechnik und neue Gefahren-einschätzungen machen es unter Umständen nötig, Bauelemente anzupassen. Geländerhöhen oder Brandmauern sind immer nach den neuesten Erkenntnissen und Erfahrungswerten festzulegen. Das Baurecht oder die Exekutive im Einzelfall verweisen deshalb regelmässig auf Richtlinien und Empfehlungen («Normalien»), die zeigen, was Fachleute für angemessen halten. Technische Normen sind keine Rechtssätze; ihnen kommt vor allem im Haftungsrecht (genügende Vorsicht) Bedeutung zu.⁴⁹ Hingegen bestimmt das kantonale Recht den Stellenwert solcher Normen: Das Zürcher Planungs- und Baurecht unterscheidet zum Beispiel zwischen verbindlichen, beachtlichen und weiteren Normen.⁵⁰ Die Baubewilligungsbehörde kann – nach Massgabe der gesetzlichen Vorgaben – von solchen «Normalien» bzw. technischen Normen abweichen, wenn anderswie Sicherheit geleistet wird.⁵¹ Es ist keine Ausnahmegewilligung nötig, sondern es reicht das Anerkennen wichtiger Gründe. In diesem Fall findet kein formelles Verfahren statt. Die Behörde will aber trotzdem mitreden. Fehlt eine Einigung, kann ein formeller Entscheid verlangt werden, um die Rechtmässigkeit überprüfen zu lassen.

61

Regelmässige Anpassungen der Sicherheitsvorgaben in technischen Normen wirken sich auf die (alten) Bauteile unterschiedlich aus: Eingebaute Bauteile können rechtlich ohne Probleme eingebaut bleiben. Ihnen stehen in der Regel auch geänderte Normen nicht entgegen. Sie geniessen vielmehr eine gewisse Art Bestandesschutz, soweit ihr Alter nicht zu einer Gefahrensituation führt. Sobald sie aber herausgenommen und sofort oder später in einem anderen Bau wieder eingebaut werden, können neue technische Erkenntnisse entgegenstehen.

62

⁴⁸ CHRISTOPH FRITZSCHE/PETER BÖSCH/THOMAS WIPF/DANIEL KUNZ, Zürcher Planungs- und Baurecht, 6. Aufl., Wädenswil 2019, 85.

⁴⁹ Dazu ANNATINA MENN im vorliegenden Band, Ziff. VI. A und VII. B. 2.

⁵⁰ FRITZSCHE/BÖSCH/WIPF/KUNZ (FN 48), 85 f.

⁵¹ Siehe dazu etwa § 360 Abs. 3 PBG-ZH oder die Zürcher Verordnung über die ordentlichen technischen und übrigen Anforderungen an Bauten, Anlagen, Ausstattungen und Ausrüstungen (BBV 1, LS 700.21).

- 63 Für einzelne Bauteile sind Sonderlösungen möglich, die sich an bestehenden, von den Baubehörden akzeptierten Übung orientieren. Bei Umbauten und Umnutzungen in der Stadt Zürich können zum Beispiel normwidrige Geländer und Brüstungen in den betroffenen Räumen und Zugängen (inkl. Treppenhäuser und Podeste) in aller Regel bestehen bleiben, wenn sie weniger als 15 Prozent von den geltenden Massvorschriften abweichen.⁵²
- 64 Fazit: Sich ständig ändernde technische Normen stehen der Wiederverwendung von Bauteilen zwar nicht zwingend im Weg. Es ist aber auf eine Praxis hinzuarbeiten, wonach Bauteile wiederverwendet werden können, wenn sie beim ersten Einbau den damaligen Normen entsprachen; Ausnahmen sind nur denkbar, wenn die geänderte technische Norm zwingend ist, um Leib und Leben oder Sachen zu schützen. Die Bewilligungsbehörde könnte den Grad der Verbindlichkeit von Normen bei der Wiederverwendung bestehender Bauteile genauer festlegen oder sollte den Wiedereinbau – in Anwendung der Nachhaltigkeit als verfassungsrechtlichem Prinzip – als wichtigen Grund zum Abweichen von Normen anerkennen.

d. Brandschutznormen im Besonderen

- 65 Die Brandschutznorm der Vereinigung Kantonalen Feuerversicherungen (VKF)⁵³ setzt als spezielle technische Norm den Rahmen für den allgemeinen, baulichen, technischen und organisatorischen sowie den damit verbundenen abwehrenden Brandschutz. Sie bestimmt die geltenden Sicherheitsstandards.
- 66 Als Bauteile gelten nach dieser Norm alle Teile eines Bauwerks, an deren Feuerwiderstand Anforderungen gestellt werden. Diese werden über genormte Prüfungen oder andere von der Vereinigung kantonaler Feuerversicherungen anerkannte Verfahren klassiert. Massgebend ist insbesondere die Feuerwiderstandsdauer bezüglich der Kriterien Tragfähigkeit, Raumabschluss und Wärmedämmung (Art. 26 Brandschutznorm).
- 67 Diese Brandschutzvorschriften gelten für neu zu errichtende Bauten und Anlagen. Sie lassen aber verhältnismässige Abweichungen für bestehende Bauten

⁵² Amt für Baubewilligungen der Stadt Zürich, Absturzsicherungen im Hochbau (Geländer, Brüstungen und Handläufe), Richtlinie vom 1. Juni 2019.

⁵³ Die aktuellste Ausgabe findet sich im Internet unter www.praever.ch/de/bs/vs.

und Anlagen zu. Danach sind Anpassungen an die Vorschriften nur zwingend, wenn wesentliche bauliche oder betriebliche Veränderungen, Erweiterungen oder Nutzungsänderungen vorgenommen werden (Art. 2 Brandschutznorm). Eingebaute, aber «veraltete» Teile einer bestehenden Bauteile müssen somit nicht immer an allfällig geänderte Brandschutznormen angepasst werden. Bereits verwendete Bauteile sind vielmehr feuerpolizeilich nur dann zu überprüfen, wenn sie in einen Neubau oder bei wesentlichen baulichen oder betrieblichen Veränderungen, Erweiterungen oder Nutzungsänderungen in einen bestehenden Bau eingebaut werden.

Fazit: Werden mit dem Einbau eines Bauteils keine neubauähnlichen Veränderungen vorgenommen, findet – wie beim nicht bewilligungspflichtigen Einbau – keine brandschutztechnische Kontrolle statt. Wirkt sich das nun eingebaute Bauteil im Laufe der Zeit jedoch als Sicherheits- oder Gesundheitsrisiko aus, kann es jederzeit und unabhängig von einem Baubewilligungsverfahren brandschutztechnisch kontrolliert werden.⁵⁴

68

4. Schranken aus allgemeinen Prinzipien des staatlichen Handelns

a. *Interessenabwägung*

Bei der Zulässigkeit baulicher Änderungen stehen regelmässig verschiedene Interessen zur Diskussion. Die Gesetzgebung hat davon einen grossen Teil für die Bewilligung bei bestehenden Bauten konkretisiert. Bei jeder Änderung und namentlich auch beim Einbau wiederverwendeter Bauteile kommen neue, weitere Interessen dazu. Im gesetzlich vorgegebenen Rahmen sind die Schritte der Interessenabwägung, wie sie für die Planung vorgeschrieben sind (Art. 3 RPV), analog herbeizuziehen. Die Bewilligung beruht dann auf einer Gesamtwertung.

69

⁵⁴ Dazu oben III.3.b.

- 70 Es wäre grundsätzlich möglich,⁵⁵ dass das Gesetz den Vorrang einzelner Interessen bei der Abwägung vorbestimmt.⁵⁶ Heute ist kein Gesetz bekannt, das den Vorrang der Wiederverwendung vorhandener Bauteile verlangt. Ohne rechtliche Konkretisierung bietet auch das Interesse an der verfassungsrechtlichen Nachhaltigkeit keine allgemeine Grundlage, um einen Vorrang der Verwendung «alter» Bauteile bei der Errichtung oder Änderung von Bauten durchzusetzen.
- 71 Der Interessenabwägung kommt aber bei geschützten Gebäuden besondere Bedeutung zu. In der Schutzverfügung ist der Schutzzumfang jeweils konkret bestimmt. Dieser kann sich auf die gesamte Baute, auf eine bestimmte Struktur, aber auch nur auf einzelne Teile oder gar Stücke (z.B. spezieller Ofen) beziehen. Der Ersatz solcher Teile wird in der Regel nur zugelassen, wenn die wiederverwendeten Teile dem bestehenden Schutz entsprechen. Im Einzelfall könnte es aber durchaus erlaubt sein, ein bestehendes Bauteil in ein Schutzobjekt einzubauen, obwohl es mit dem bisherigen Teil nicht identisch ist. Verschiedene Ämter der Denkmalpflege (Kanton Zürich, Kanton Thurgau) lagern zum Beispiel Bauteile, die in anderer Funktion und Wirkung neue Verwendung finden sollen. Denkbar wäre sogar, dass je nach eigener schutzrechtlicher Bedeutung des Ersatzteils am Gesamtwerk der Schutzzumfang neu bestimmt werden muss.
- 72 Auch die Brandschutzvorgaben sind der Interessenabwägung zugänglich. Falls eine immanente Brandgefahr besteht, werden die vorsichtigen Argumente höher zu gewichten sein. Die Anwendung der Brandschutznormen wird jedoch in der Praxis der Baubewilligungsbehörden regelmässig nicht als Interesse unter anderen wahrgenommen, sondern diese werden als verbindliche Vorgaben der Fachstelle übernommen; das Haftungsrisiko spielt dabei wohl eine wichtige Rolle. Die Brandschutznormen der VKF würden jedoch eine Interessenabwägung durchaus zulassen. Nach VKF müssen ja bestehende Bauten und Anlagen (nur) im Rahmen der Verhältnismässigkeit angepasst werden (Art. 2 Abs. 2 Brandschutznorm). Wenn der Gesetzgeber ein derartiges Ermessen vorsieht,

⁵⁵ Ablehnend PIERRE TSCHANNEN, Interessenabwägung bei raumwirksamen Vorhaben, in: URP 2018, 111 ff., insbes. 118.

⁵⁶ Das Paradebeispiel dazu ist der Schutz der Moore und Moorlandschaften von besonderer Schönheit und gesamtschweizerischer Bedeutung (Art. 78 Abs. 5 BV). Es dürfen darin weder Anlagen gebaut noch Bodenveränderungen vorgenommen werden. – Eine Güterabwägung ist von vornherein nicht erlaubt.

ist die Behörde verpflichtet, dieses auch auszuüben. Die Praxis muss somit im Rahmen der Interessenabwägung flexibel gestaltet werden, auch mit dem Ziel, die Wiederverwendung von Bauteilen zu fördern.

Fazit: Im Rahmen einer Baubewilligung ist eine beschränkte Interessenabwägung nicht nur sinnvoll, sondern rechtlich geboten. Soweit das Gesetz selber gewissen Anliegen Vorrang zuspricht, sind sie nicht in die Abwägung und Gesamtbeurteilung einzubeziehen. Dies gilt in erster Linie teilweise für die Schutzobjekte. Bei weiteren Entscheiden sind jedoch die allenfalls entgegenstehenden Interessen im Rahmen des gesetzlichen Rahmens gegeneinander abzuwägen. Dabei sollen möglichst viele Interessen berücksichtigt werden (Art. 3 Abs. 1 lit. c RPV). Der Wiederverwendung bestehender Bauteile kommt bei dieser Abwägung bisher kaum das erforderliche Gewicht zu, obwohl sie Ausdruck des verfassungsrechtlichen Prinzips der Nachhaltigkeit ist. Die strikte Anwendung der Brandschutznormen dominiert in der Praxis das Baubewilligungsverfahren – eine Praxis, die sich aus den anwendbaren gesetzlichen Grundlagen so nicht zwingend ergibt. Richtigerweise müsste der Wiederverwendung als Ausdruck des verfassungsmässigen Nachhaltigkeitsprinzips in der Güterabwägung mehr Bedeutung eingeräumt werden, eine Forderung, die von der Rechtsprechung anerkannt ist.⁵⁷

73

b. Verhältnismässigkeitsprinzip

Das Verhältnismässigkeitsprinzip gilt als Verfassungsgrundsatz für alle Rechtsgebiete (Art. 5 BV). Ansprüche auf Wiederverwendung «alter» Bauteile oder auf entsprechende Unterstützungsmassnahmen können daraus aber nicht abgeleitet werden.

74

Das Verhältnismässigkeitsprinzip setzt Schranken für den Eingriff in Grundrechte (Art. 36 Abs. 3 BV). Das Ziel der Bewilligung eines Baus oder – sofern überhaupt bewilligungspflichtig⁵⁸ – der Regulierung, wie bestimmte Baustoffe oder Bauteile genutzt werden dürfen, ist der bereits erwähnte Schutz der Polizeigüter – insbesondere der Schutz der Gesundheit. Eine staatliche Massnahme

75

⁵⁷ Dazu VALLENDER, St. Galler Kommentar (FN 7), Rz. 36 ff., m.H. auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts.

⁵⁸ Dazu oben III.3.b.

zur Erreichung solcher Ziele muss aber immer drei Voraussetzungen kumulativ erfüllen: Sie muss erstens geeignet und zweitens auch erforderlich sein. Ziel und Grundrechtseingriff müssen zudem in einem vernünftigen Verhältnis stehen.

- 76 Die Einschränkung oder Ablehnung des Wiedereinbaus eines bestehenden Bauteils in eine neue oder geänderte Baute greift in die Wirtschaftsfreiheit und allenfalls in die Eigentumsgarantie ein. Ob der Eingriff verhältnismässig ist, muss im Einzelfall anhand der erwähnten drei Kriterien abgeklärt werden. Ein genereller Ausschluss von widerwertbaren Teilen wäre aber aus den folgenden Gründen nicht verfassungskonform:
- 77
- Das Verbot, bereits verwendete Bauteile wieder einzubauen, kann im Einzelfall geeignet (evtl. auch erforderlich) sein, um Unstabilitäten oder Einstürze der Baute zu verhindern. Auch könnte es sinnvoll bzw. geeignet sein, den Einbau zurückzuweisen, wenn Ziele der Unterschutzstellung verletzt würden; nicht konforme Fenster können zum Beispiel die Gestaltung oder die historische Substanz einer geschützten Baute zerstören. Ausserhalb von konkreten Gefahrenverhinderungs- oder Schutzanliegen ist jedoch nicht einzusehen, dass funktionierende «alte» Teile vom Wiedereinbau ausgeschlossen werden, um vorwiegend abstrakten baupolizeilichen Anliegen zu genügen. Den verfassungsrechtlichen Anliegen wird nicht Genüge getan, wenn sich eine Regelung lediglich dazu eignet, die baurechtlichen Regelungen umzusetzen.
- 78
- Ein genereller Ausschluss des Einbaus funktionierender, wiederverwertbarer Bauteile ist in der Regel nicht erforderlich, um die Sicherheit des Baus zu gewährleisten; es wären im Einzelfall mildere Mittel zu finden. Wenn die ausgebrochenen Bauteile ihre Funktion erfüllen können, braucht es nicht zwingend ein neues Bauteil.
- 79
- Ein generelles, aber auch ein Teilverbot der Wiederverwendung bereits gebrauchter Bauteile würde schliesslich auch in keinem vernünftigen Verhältnis stehen zwischen der grossen wirtschaftlichen Einschränkung und dem Ziel der Ressourcenschonung und Nachhaltigkeit, das mit dem Verbot erreicht werden soll. Damit wäre auch das Kriterium der Zumutbarkeit nicht erfüllt.
- 80 Fazit: Das Verhältnismässigkeitsprinzip ist als Schranke gegen Grundrechtseingriffe ausgebildet. Das abstrakte Verbot, bestehende Bauteile wieder einzubauen zu dürfen, würde eine Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit und der

Eigentumsgarantie darstellen und könnte unter dem Aspekt der Verhältnismässigkeit angefochten werden. Um den Bauteilmarkt und die Möglichkeit zur Wiederverwendung von Bauteilen nicht weiter zu vergessen, muss in der Praxis vermehrt auf den Spielraum hingewiesen werden, den die bestehenden Gesetze enthalten. Eine Verhältnismässigkeitsprüfung ist denn auch in den Normen des Brandschutzes ausdrücklich vorgesehen.⁵⁹

c. *Schranken aus Gründen drohender Haftung?*

Die Bewilligungsbehörde hält sich bei der Anwendung technischer Normen regelmässig zurück. Allenfalls fehlendes Fachwissen, aber vor allem die Gefahr von Haftungsfällen sind wohl die Hauptgründe. Eine generelle Zurückhaltung ist aber nicht angebracht. 81

Gemäss einem Urteil des Berner Verwaltungsgerichts⁶⁰ kann tatsächlich eine Haftung des Staates entstehen, wenn die Baubewilligungsbehörde eine baupolizeiliche Pflicht oder Interventionspflicht missachtet und einen rechtskräftigen Entscheid nicht umsetzt.⁶¹ Das Obergericht des Kantons Uri bestrafte Behördenmitglieder wegen vorsätzlicher Unterlassung, weil sie den illegalen Ausbau eines historischen Weges und damit dessen Zerstörung und schwere Beschädigung nicht verhindert haben, obwohl sie sich bewusst gewesen seien, dass sie aufgrund des Gesetzes (in ihrer amtlichen Stellung) hätten handeln müssen.⁶² 82

Aus diesen Urteilen kann nicht geschlossen werden, dass die Baubewilligungsbehörde bei falscher Anwendung oder bei Nichtanwendung einer Norm immer haftungsrechtlich oder gar strafrechtlich zur Rechenschaft gezogen werden kann. Selbstverständlich kann die Bewilligungsbehörde bzw. der Staat dann haftbar gemacht werden, wenn eine Person in Ausübung hoheitlicher Tätigkeit 83

⁵⁹ Dazu oben II.3.c.

⁶⁰ Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 30. Juni 2010, Nr. 100. 2008.23499U (BVR 2011/5, 200 ff.).

⁶¹ Es ging um die Umsetzung der rechtskräftig verfügten Pflicht, ein Flachdach mit einem Zaun zu schützen. Nach einem Unfall, der mit dem verlangten Zaun nicht stattgefunden hätte, wurde die kommunale Baubehörde für das Dulden eines baurechtswidrigen Zustands verantwortlich gemacht. Siehe den Kommentar von PETER HÄNNI/RAPHAEL MAHAIM, Baupolizeiliche Aufsichtspflichten und Staatshaftung – der Fall Adelboden und die Folgen, in BR/DC 1/2011, 144 ff.

⁶² Urner Obergericht 21. Februar 2006, OG S 05 9.

einem Dritten widerrechtlich Schaden zufügt und zwischen der Handlung und dem Schaden ein adäquater Kausalzusammenhang besteht.⁶³ Das Prüfen und Erteilen einer Baubewilligung ist ohne Zweifel eine hoheitliche Tätigkeit, die zu einem Schaden führen kann.⁶⁴ Besonderes Augenmerk kommt aber dem Kriterium der Widerrechtlichkeit zu. Soweit Sicherheitsvorschriften in einem Baugesetz enthalten sind oder ein Gesetz solche Normen durch Verweis zur Interpretation offener Normen bezieht,⁶⁵ kann deren Nichteinhalten zwar widerrechtlich und deshalb haftungsbegründend sein. Vorausgesetzt ist aber, dass die Norm klar und eindeutig ist. Eine falsche Interpretation einer offenen Norm ist jedoch nicht widerrechtlich, wenn sie im Rahmen des pflichtgemässen Ermessens erfolgt.⁶⁶ Es ist deshalb nicht angebracht und auch nicht zulässig, aufgrund der zitierten Entscheide im Einzelfall auf die Interpretation von Gesetzesnormen und das Ausüben von Ermessen zu verzichten.

- 84 Fazit: Wo die Rechtsordnung inklusive Brandschutzvorschriften oder die technischen Normen Interpretationsspielräume und Ermessen vorgeben, sind diese – unter Anleitung der oben erwähnten verfassungsrechtlichen Prinzipien – zur Förderung der Wiederverwendung ausgebauter Bauteile zu nutzen. Die Gefahr von Haftungen wegen falscher Anwendung bestehender Normen ist gering.

d. Lohnswerter Einbezug der Behörde vor dem Verfahren

- 85 Die Baubewilligungsbehörde entscheidet aufgrund der Baugesuchsunterlagen über ein definitives Bauprojekt. Es findet keine vorgängige Kontrolle des einzubauenen Baumaterials statt. Um unerwartete Entscheide zu verhindern, lohnt es sich, mit der Behörde vorgängig die Rahmenbedingungen abzuklären. Dazu steht etwa die formelle Bauanfrage zur Verfügung (auch Vorbescheid genannt). Erfolgreich und wohl effizient sind jedoch in erster Linie direkte Kontakte mit den Fachbehörden.

⁶³ ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. Zürich/St. Gallen 2020, Rz. 2101 ff.

⁶⁴ ALEXANDER RUCH, in: Heinz Aemisegger/Pierre Moor/Alexander Ruch/Pierre Tschannen (Hrsg.), Praxiskommentar RPG: Baubewilligung, Rechtsschutz und Verfahren, Zürich/Basel/Genf 2020, Art. 22 N. 127 f.

⁶⁵ RUCH (FN 64), Art. 22 N 123 ff.

⁶⁶ Ausführlich HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 63), Rz. 2124.

IV. Der Wiederverwendung von Bauteilen zum Durchbruch verhelfen

Sollen funktionstüchtige Bauteile wiederverwendet werden, muss ihr Anteil am Markt gesteigert werden.⁶⁷ Dies kann mit Änderungen bestehender Gesetze, aber auch mit der gelebten Praxis erfolgen. Kurzfristig zielführend werden wohl aber Informationen, Überzeugung der Bewilligungsbehörden und finanzielle Anreize sein.⁶⁸ 86

1. Durch Anpassung der Gesetzgebung

Das verfassungsmässige Nachhaltigkeitsprinzip ist auf Gesetzes- bzw. Verordnungsstufe umzusetzen und zu verdeutlichen. Anlass dazu gibt die politische Diskussion zur Verfassungsinitiative für eine nachhaltige grüne Wirtschaft und die nun angelaufene Umsetzung der parlamentarischen Initiative vom 19. Mai 2020 zur Forderung der Stärkung der «Schweizer Kreislaufwirtschaft» (NR 20.433). 87

2. Durch Information und Transparenz

Die Marktchancen ausgebrochener Bauteile können durch Informationen und Empfehlungen verbessert werden.⁶⁹ 88

Internet-Plattformen sind geeignet, den Bestand an bestehenden Bauteilen übersichtlich darzustellen und weitläufig bekannt zu machen. Dies ermöglicht 89

⁶⁷ Siehe dazu die Antwort des Bundesrats auf das Postulat Bertschy und die Diskussion und Vorschläge bei HALTER (FN 3), 6 f.

⁶⁸ Allgemeine Überlegungen zu den Anreizen finden sich bei HALTER (FN 3), 28 ff.

⁶⁹ «Diese Form der Steuerung bezweckt weniger eine Lenkung der Bevölkerung als vielmehr eine Koordination des individuellen Verhaltens» (so HALTER, FN 3, 29, m.H. auf PETER KARLEN, Schweizerisches Verwaltungsrecht, Gesamtdarstellung unter Einbezug des europäischen Kontextes, Zürich 2018, 458 ff.).

es Architekten, Denkmalpflegerinnen oder Designern, Bauteile für die Wiederverwendung zu entdecken und vermehrt einzusetzen.⁷⁰

3. Durch Überzeugen der Bewilligungsbehörden

- 90 Wie bei den feuerpolizeilichen Massnahmen, aber auch bei der Anwendung der öffentlich-rechtlichen Grundsätze dargestellt,⁷¹ bestehen nicht unwesentliche Spielräume beim Entscheid über die baupolizeiliche Wiederverwendung von Bauteilen. Die zuständigen Behörden sind zu überzeugen, dass diese Freiräume vermehrt zugunsten der Nachhaltigkeit genutzt werden.
- 91 Am besten überzeugen Vergleiche mit bereits befolgten Behördenpraxen. So können die verminderten Anforderungen der Stadt Zürich für den Besitzstand nicht mehr normkonformer Bauteile bei Umbauten⁷² durchaus auch für die Verwendung bestimmter ausgebrochener Bauteile analog angewendet werden, indem die Anforderungen an die Masse und Höhen auch hier nur reduziert verlangt werden.

4. Durch finanzielle Anreize

- 92 Anreize verschaffen im Unterschied zu einer gesetzlichen Verpflichtung mehr Spielraum. Der Einzelne kann selber entscheiden, wie er sich verhalten will. Anreize gelten deshalb als milderes Mittel der Verhaltenssteuerung, wenn auch der Druck faktisch nicht in jedem Fall geringer sein muss als bei einer verpflichtenden Norm. Anreize haben denn auch die verfassungsrechtlichen Anforderungen an Grundrechtseinschränkungen einzuhalten.⁷³
- 93 Finanzielle Anreize können die Gestehungskosten verkleinern und damit die Attraktivität bestehender Bauteile auf dem Markt erhöhen. Denkbar sind An-

⁷⁰ Die Online-Plattform «Salza» bietet Bauherren die Möglichkeit, eine Bauteile samt allen Bauteilen zu dokumentieren und anzubieten (dazu HALTER, FN 3, 44).

⁷¹ Oben III.4 auch III.3.c.

⁷² Oben III.3.c.

⁷³ HALTER (FN 3), 29.

reize in Form von Direktzahlungen, Förderbeiträgen, aber auch als vorgezogene Wiederverwendungsgebühr:⁷⁴

- Direktzahlungen sind aus dem Landwirtschaftsrecht bekannt. Sie werden dem Bewirtschafter bzw. den Bewirtschafterinnen landwirtschaftlicher Betriebe zur Abgeltung gemeinwirtschaftlicher Leistungen ausgerichtet (Art. 70 LwG⁷⁵). Direktzahlungen werden nicht nach Produktionserfolg oder Menge, sondern nach bewirtschafteten Einheiten (Fläche) bzw. massgebendem Tierbestand berechnet (Art. 35 ff. DZV⁷⁶). In ähnlicher Weise könnten Betriebe, die regelmässig bestehende Bauteile wiederverwenden, mit Direktzahlungen unterstützt werden. Die Höhe der Direktzahlung könnte etwa je nach verbautem Volumen oder pro Anzahl oder Wert der wiederverwendeten Bauteile bestimmt werden. 94
- Denkbar wären auch Förderbeiträge gemäss dem Beispiel des CO₂-Gesetzes (2011).⁷⁷ Mit Finanzhilfen werden die im Rahmen der Gebäudeprogramme (Art. 34 CO₂-Gesetz)⁷⁸ vorgesehenen Gebäudestandards angestrebt (Art. 9 CO₂-Gesetz). Dieses System hat wesentlich zur energietechnischen Verbesserung der Gebäude beigetragen. Solche Förderprogramme könnten auch für die Wiederverwendung ausgebrochener Bauteile ins Auge gefasst werden; selbstverständlich wäre dazu eine dem CO₂-Gesetz ähnliche neue Rechtsgrundlage zu schaffen.⁷⁹ 95
- Eine vorgezogene Gebühr könnte die Wiederverwendung ausgebauter Bauteile verbilligen und damit fördern.⁸⁰ «[...] Ein Lavabo für die Wiederver- 96

⁷⁴ Zu Möglichkeiten steuerlicher Abzüge HALTER (FN 3), 38 ff.

⁷⁵ Bundesgesetz über die Landwirtschaft (Landwirtschaftsgesetz, LwG) vom 29. April 1998 (SR 910.1); dazu ALEXANDER SCHAEER, in: Roland Norer (Hrsg.), Handkommentar Landwirtschaftsgesetz (LwG), Bern 2019, Art. 70 N. 1 ff.

⁷⁶ Verordnung über die Direktzahlungen an die Landwirtschaft (Direktzahlungsverordnung, DZV) vom 23. Oktober 2013 (SR 910.13).

⁷⁷ Bundesgesetz über die Reduktion der CO₂-Emissionen (CO₂-Gesetz) vom 23. Dezember 2011 (SR 641.71). Am 25. September 2020 hat das Bundesparlament das Bundesgesetz über die Verminderung von Treibhausgasemissionen (CO₂-Gesetz) verabschiedet, das dieses Gesetz ablösen soll. Das Referendum dagegen ist in Diskussion.

⁷⁸ ANDREA BURKHARDT/JÜRG BALLY/BARBARA NÄGELI, in: Kommentar zum Energierecht, Band II, Art. 34 CO₂-Gesetz, Rz. 5 ff.

⁷⁹ HALTER (FN 3), 40 f.

⁸⁰ Ausführlich HALTER (FN 3), 32 ff.

wendung aufzubereiten ist heute noch rund doppelt so teuer wie ein neues Lavabo aus China. Mit einer vorgezogenen Wiederverwendungsgebühr von 40 Rappen auf einem Lavabo von 100 Franken liesse sich aber der ganze Wiederverwendungskreislauf finanzieren.»⁸¹ Vorgezogene Gebühren für die Wiederverwendung haben sich im Rechts- und Wirtschaftssystem bestens etabliert,⁸² so etwa bei der Rückgabe elektrischer und elektronischer Geräte,⁸³ bei der Entsorgung von Getränkeverpackungen aus Glas⁸⁴ oder von Batterien.⁸⁵ Das System könnte auch auf genauer zu bestimmende Bauteile Anwendung finden.

- 97 • Der Bundesrat hatte im Übrigen in seinem indirekten Gegenvorschlag zur Initiative «Grüne Wirtschaft» eine allgemeine gesetzliche Grundlage für die vorgezogene Entsorgungsgebühr vorgeschlagen, die allerdings im Parlament gescheitert ist.⁸⁶

V. Schlussbemerkungen

- 98 Im Rahmen der inneren Verdichtung, die durch die Revision des Raumplanungsgesetzes von 2012⁸⁷ angestossen wurde, werden die Grundstücke in der Bauzone besser ausgenutzt. Bestehende Bauten werden abgerissen und durch neue Gebäude ersetzt. Anfallende Bauteile werden regelmässig als Abfall entsorgt und selten wieder eingebaut; sie sind bisher kein wesentlicher Faktor des Wirtschaftskreislaufes.

⁸¹ Postulat Kathrin Bertschy 2016, NR 16.3583, Chronologie.

⁸² Vorgezogene Gebühren entstanden zunächst auf freiwilliger Basis (dazu HALTER, FN 3, 36).

⁸³ Verordnung über die Rückgabe, die Rücknahme und die Entsorgung elektrischer und elektronischer Geräte (VREG) vom 14. Januar 1998 (SR 814.620).

⁸⁴ Verordnung über die Höhe der vorgezogenen Entsorgungsgebühr für Getränkeverpackungen aus Glas vom 7. September 2001 (SR 814.621.4.).

⁸⁵ Verordnung des UVEK über die Höhe der vorgezogenen Entsorgungsgebühr für Batterien vom 28. November 2011 (SR 814.670.1.).

⁸⁶ Siehe dazu oben II.1.b. und Botschaft Grüne Wirtschaft (FN 11), 1877.

⁸⁷ BG vom 15. Juni 2012, in Kraft seit 1. Mai 2014 (AS 2014 899).

Bauteile entstehen aus natürlichen Rohstoffen. Der verfassungsrechtliche Auftrag der nachhaltigen Nutzung dieser Ressourcen verlangt nach vermehrter Wiederverwendung von Bauteilen. Die Zielbestimmung wird im öffentlichen Recht nur ungenügend konkretisiert. Auch die Bauproduktregelung spricht zwar ausdrücklich von der nachhaltigen Verwendung von Bauteilen nach dem Abriss einer Baute, setzt die Absicht jedoch nicht in einem konkreten Rechtsanspruch auf Vorrang um. 99

Ansätze zur vermehrten Nutzung ergeben sich aus dem Abfallrecht. Diese Regelung will in erster Linie Abfall vermeiden bzw. verwerten, bevor er entsorgt wird. Konkrete Ansprüche zur Wiederverwendung funktionstüchtiger Bauteile lassen sich aber auch aus dieser Regelung nicht herleiten. Im Rahmen der Baubewilligung wird geprüft, ob das Projekt zonenkonform und erschlossen sei und den baurechtlichen Bestimmungen entspreche. Treffen alle drei Voraussetzungen zu, ist die Bewilligung zu erteilen, sofern nicht überwiegende Interessen entgegenstehen. In diesem Verfahren bestünde die Möglichkeit, durch die Interessenabwägung und die Prüfung der Verhältnismässigkeit die Wiederverwendung bestehender Bauteile zu verlangen und damit dem Nachhaltigkeitsprinzip im Einzelfall Rechnung zu tragen. 100

Der vermehrte Einsatz bestehender Bauteile kann zwar durch Ausnützen der Spielräume im Bewilligungsverfahren angestrebt werden. Gesetzgeberische Schritte wären jedoch nötig, um dem verfassungsmässigen Nachhaltigkeitsprinzip Nachdruck zu verschaffen. Gelegenheit dazu bietet nun die Umsetzung der parlamentarischen Initiative «Stärkung der Schweizer Kreislaufwirtschaft». Auch zielgerichtete finanzielle Anreize erscheinen Erfolg versprechend. 101

Die Wiederverwendung von Bauteilen

Ein Überblick aus vertragsrechtlicher Perspektive

Annatina Menn*

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung	40
1.	Kreislaufwirtschaft beim Bauen: Recycling und Re-use	40
2.	Beschaffung und Re-use von Bauteilen in der Schweiz	42
3.	Gang der Darstellung	43
II.	Planungsprozess und Planervertrag bei der Wiederverwendung von Bauteilen	44
1.	Der Planungsprozess unter Einbezug von Re-use von Bauteilen	44
2.	Allgemeines zum Planervertrag	45
3.	Leistungsspektrum des Planers	46
a.	Allgemeine Pflichten des Planers	46
b.	Spezifische Planerleistungen gemäss Leistungsbeschrieben der SIA-Ordnung 102	48
c.	Spezifische Vereinbarung betreffend Re-use von Bauteilen	50
4.	Vertragsqualifikation	51
5.	Gewährleistung und Haftung des Planers	53
III.	Erwerb von gebrauchten Bauteilen	54
1.	Identifikation des Eigentümers und Verfügungsberechtigten	54
2.	Vertragsqualifikation	57
3.	Gewährleistung (Sach- und Rechtsgewährleistung)	59
a.	Beim Kaufvertrag	59
b.	Bei der Schenkung	61
4.	Übergang von Nutzen und Gefahr	62

* Dr. iur., Rechtsanwältin.

IV. Rückbau der wiederzuverwendenden Bauteile	62
1. Vertragsparteien	62
2. Vertrag über den Rückbau von wiederzuverwendenden Bauteilen	63
3. Gewährleistung	64
V. Zwischenlagerung und Transport von Bauteilen	65
VI. Wiederverwendung von gebrauchten Bauteilen	67
1. Stofflieferung durch den Besteller	67
2. Gewährleistung	69
3. Vorzeitige Vertragsbeendigung	70
VII. Exkurs: Bauteile als Produkte i.S.d. Produktesicherheits- und Produktheftpflichtgesetzes	71
1. Überblick über die Produktesicherheitserlasse	71
2. Bauproduktengesetz	72
a. Terminologie, Adressaten	72
b. Pflichten nach dem Bauproduktengesetz	74
c. Rechtsfolgen bei Pflichtverletzungen	75
1) Zivilrechtliche Folgen	75
2) Strafrechtliche Folgen	75
3. Haftung für Personen- und Konsumentenschäden nach dem Produktheftpflichtgesetz	76
VIII. Würdigung	77

I. Einleitung

1. Kreislaufwirtschaft beim Bauen: Recycling und Re-use

- 1 Bei Sanierungs-, Umbau- und Abbruchvorhaben im Hoch- und Tiefbau fallen in der Schweiz jährlich rund 15–16 Millionen Tonnen Bauabfälle an.¹ Rund zwei

¹ Davon entfielen auf den Hochbau im Jahr 2015 rund 7,5 Millionen Tonnen (vgl. Bundesamt für Umwelt, BAFU [Hrsg.], Bauabfälle in der Schweiz – Hochbau, Studie 2015, Schlussbericht vom 28.9.2015, 29), auf den Tiefbau rund 8,4 Millionen Tonnen (vgl. Bundesamt für Umwelt, BAFU [Hrsg.], Bauabfälle in der Schweiz –

Drittel davon sind mineralische Bauabfälle² (Bauschutt) wie Asphalt, Beton, Ziegelsteine, Kies, Sand, Glas oder Keramik. Diese Stoffe lassen sich gut, wenn auch kosten- und energieintensiv, recyceln. Rund um das Bauschutt-Recycling hat sich denn auch eine spezialisierte Industrie entwickelt; Bauschutt wird je länger je weniger auf Deponien entsorgt, die Abfallwirtschaft wandelt sich vielmehr zu einer Kreislauf- und Ressourcenwirtschaft.

Anders als das Bauschutt-Recycling hat jedoch die eigentliche Wiederverwendung (*Re-use*) von gefertigten und noch gebrauchsfähigen Bauteilen wie etwa Fenstern, Türen, Treppen, Bodenbelägen, Leuchten, Sanitärinstallationen oder Fassadenelementen erst wenig Verbreitung gefunden.³ In Statistiken ist der Re-use von Bauteilen bislang nicht erfasst. Zu gering ist der Anteil.⁴ Tatsächlich gibt es zahlreiche Hindernisse zu überwinden, wenn Bauteile wiederverwendet werden sollen. Oftmals halten Qualitätsbedenken, bautechnische Normen, eine aufwendigere Logistik und damit einhergehende Zusatzkosten⁵, ein schwacher Angebotsmarkt sowie rechtliche Unklarheiten Bauherren und Planer davon ab, bei einem Bauprojekt gebrauchte Bauteile zu berücksichtigen.

Tiefbau, Aktualisierung 2015, Schlussbericht Mai 2016, 20 f. Der Branchenverband für Baustoffrecycling schätzt die jährlich anfallende Bauabfallmenge auf rund 14 Millionen Tonnen, <https://www.arv.ch/de/1012/Recycling-Baustoffe.htm>, zuletzt besucht am 6.12.2020.

- ² Der Anteil der mineralischen Bauabfälle wird auf rund 10 Millionen Tonnen pro Jahr geschätzt (Bundesamt für Umwelt, BAFU [Hrsg.], Richtlinie für die Verwertung mineralischer Bauabfälle, Umwelt-Vollzug Nr. 0631, 2. A., Bern 2006, 5).
- ³ Dabei ist die Wiederverwendung von Bauelementen keineswegs eine neue «Erfindung» im Zeitalter der Klimakrise, sondern sie war bis in die Mitte des 19. Jahrhunderts gar Standard (vgl. Salza, Wiederverwendung Bauen, Mai 2020, 23, abrufbar unter <https://reriwi.ch/>, zuletzt besucht am 6.12.2020). Erst mit der industriellen Produktion von Bauelementen verlor Re-use an Attraktivität. Es wurde billiger und bequemer, neue Baumaterialien zu verwenden, anstatt alte wieder zu gebrauchen.
- ⁴ So stellte denn auch der Bundesrat in seiner Antwort auf das parlamentarische Postulat Bertschy (16.3583, Einreichtdatum 17.6.2016) im Jahr 2016 fest: «Eine Wiederverwendung von ganzen Bauteilen findet in der Praxis nur in untergeordnetem Masse statt», <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20163583>; zuletzt besucht am 6.12.2020.
- ⁵ Als Zusatzkosten können bei der Wiederverwendung von Bauteilen folgende Kosten anfallen: Kosten für Demontage, Schadstoffbeseitigung, Reinigung, Aufbereitung und Anpassung, Transport und Zwischenlagerung sowie Mehraufwände bei Planung und Bauleitung.

Da Re-use im Vergleich zu Recycling jedoch in aller Regel deutlich weniger klimaschädliches CO₂ generiert, graue Energie konserviert und allgemein ressourcenschonender ist, scheint in jüngster Zeit ein Umdenken stattzufinden. Immer mehr Baubeteiligte entdecken die Stadt als Rohstoffmine und das sog. «urban mining» eröffnet langsam, aber sicher neue Geschäftsfelder und verändert die Planungs- und Bauprozesse.⁶

2. Beschaffung und Re-use von Bauteilen in der Schweiz

- 3 Der Handel mit gebrauchten Bauteilen findet heute dezentral statt. Es gibt verschiedene Marktplätze wie etwa von Privaten betriebene und von der öffentlichen Hand teilweise unterstützte Bauteilbörsen sowie auf die Wiederverwendung von Bauteilen spezialisierte Online-Plattformen.⁷ Zahlreiche Bauteile werden auch auf kommerziellen Online-Auktionsportalen gehandelt.
- 4 Über diese Marktplätze wird vornehmlich die private Do-it-yourself-Nachfrage befriedigt und weniger die Bedürfnisse professioneller Bauherrschaften. Diese können sich derzeit noch kaum auf einen funktionierenden Bauteilemarkt verlassen. Vielmehr muss die Bauherrin (bzw. der von ihr beauftragte Planer) Bauteile meist proaktiv direkt in Liegenschaften aufspüren, die dem Umbau oder Abbruch geweiht sind. Dank Baugespannen und guten Kontakten zu Abbruchunternehmen lassen sich solche Objekte oft frühzeitig identifizieren. Spezialisierte Planungsbüros beschäftigen teilweise gar eigene «Bauteile-Scouts», die Abbruchobjekte durchkämmen und geeignete Bauteile, oftmals in grossen Stückzahlen, auf Vorrat kaufen und zwischenlagern. Zweifellos behindern diese erschwerenden Umstände bei der Beschaffung von Bauteilen derzeit eine signifikante Zunahme des Re-use.

⁶ Als Pionierprojekt gilt etwa die vom spezialisierten Architekturbüro baubüro in situ ag geplante Halle 118 in Winterthur. Sie entsteht zu rund 80 % aus wiederverwendeten Baumaterialien. Berichte zum Projekt Halle 118 etwa in TEC21, 35/2019, 37 ff.; Modulor, 1/2019, 60 f.; Hochparterre, Ausgabe 10/2019, 28 ff.

⁷ Siehe etwa: <https://www.salza.ch/de>, zuletzt besucht am 6.12.2020; <https://www.bauteilclick.ch/>, zuletzt besucht am 6.12.2020.

3. Gang der Darstellung

Die vorstehend skizzierte Beschaffungspraxis wie auch die Wiederverwendung als solche verändern die gewohnten Abläufe bei einem Bauprojekt. Das wirkt sich unweigerlich auch auf die zahlreichen Verträge aus, welche unter den verschiedenen Akteuren abgeschlossen werden. Im Folgenden sollen die sich in diesem Zusammenhang stellenden vertragsrechtlichen Besonderheiten erörtert werden. 5

Die Wiederverwendung von Bauteilen hat zunächst Einfluss auf den ganzen *Planungsprozess* (von der Projektierung bis zur Realisierung) und damit auch auf den Planervertrag. Auf den Planer kommen bei einem Re-use zahlreiche neue Aufgaben und damit verbundene Risiken hinzu. Welche vertragsrechtlichen Fragen sich stellen, wird nachfolgend unter II. erörtert. 6

Beim *Erwerb* der Bauteile spielt oft der Zufall mit. Dies soll nachfolgend am Beispiel wiederverwendeter Aluminiumfenster aufgezeigt werden. Diese wurden vom Planer in einer Abbruchliegenschaft entdeckt und eigneten sich für ein konkretes Neubauprojekt. Beim Erwerb der Bauteile (nachfolgend III.), deren *Rückbau* (nachfolgend IV.), *Zwischenlagerung* (nachfolgend V.) und schliesslich deren *Wiederverwendung* (nachfolgend VI.) stellen sich zahlreiche vertragsrechtliche Eigenheiten, namentlich bezüglich der Rechts- und Sachgewährleistung. 7

Bauteile sind in aller Regel Bauprodukte und damit auch Gegenstand des Bauproduktgesetzes (BauPG)⁸ und des Produkthaftpflichtgesetzes (PrHG)⁹. Auch diesen Bestimmungen ist daher Aufmerksamkeit zu widmen, stellen sich doch spezifische Haftungsfragen (nachfolgend VII.). 8

⁸ Bundesgesetz über Bauprodukte (Bauproduktgesetz, BauPG) vom 21. März 2014, SR 933.0, in Kraft seit 1. Oktober 2014.

⁹ Bundesgesetz über die Produkthaftpflicht (Produkthaftpflichtgesetz, PrHG) vom 18. Juni 1993, SR 221.112.944, in Kraft seit 1. Januar 1994.

II. Planungsprozess und Planervertrag bei der Wiederverwendung von Bauteilen

1. Der Planungsprozess unter Einbezug von Re-use von Bauteilen

- 9 Der Entscheidung zur Wiederverwendung von Bauteilen wird von der Bauherrin meist zu Beginn eines neuen Bauvorhabens getroffen und so fällt ihre Wahl denn auch häufig auf einen spezialisierten Planer, der über Erfahrungen mit Re-use verfügt. Oder umgekehrt: Der Planer überzeugt seine Bauherrin davon, bei einem Projekt auf Re-use zu setzen. Das Aufspüren und das Beschaffen von wiederverwendbaren Bauteilen benötigt aber nicht nur spezifische Erfahrung, sie sind auch zeit- und arbeitsintensiv. Der gewohnt lineare Planungsprozess vom Grossen ins Detail wird stets durchbrochen und zu einem interaktiven und iterativen Prozess in «Loops».¹⁰ Dem zu realisierenden Projekt nähern sich die auf die Wiederverwendung von Bauteilen spezialisierten Planer nunmehr von zwei Polen: Einerseits wird die Planung traditionell von der städtebaulichen Idee, der Volumetrie, Nutzung und Funktion bestimmt, andererseits aber auch von den verfügbaren Bauteilen. Es kommt zu gegenseitigen Wechselwirkungen. Umplanungen und Neuplanungen sind im Verlaufe des Planungsprozesses unvermeidlich. Auch Austausch und Koordination mit den Behörden sind meist intensiver als beim konventionellen Bauen. Das Planen wird insgesamt komplexer und aufwendiger, das Bauwerk aber ökologischer und nachhaltiger.
- 10 Die Planung mit wiederzuverwendenden Bauteilen erfordert vom Planer die Bewältigung neuer Aufgaben. In der Projektierungsphase muss er nicht nur Pläne entwerfen, sondern er wird auch zum Bauteile-Scout. Bauteile zu finden, zu prüfen, zu erwerben, allenfalls zwischenzulagern und aufbereiten zu lassen gehören nunmehr ebenfalls zu seinen Aufgaben. Bei der eigentlichen Wiederverwendung, also der Integration der Bauteile in das Bauwerk, ist eine vorbildlich koordinierende und überwachende Bauleitung besonders gefragt. Aufgrund der unmittelbaren Auswirkungen der einzelnen zu beschaffenden und beschafften Bauteile auf die Planung und deren Ablauf lassen sich diese

¹⁰ Vgl. TEC21, 35/2019, 40.

Aufgaben nur beschränkt an unabhängige Dritte¹¹ auslagern. Vielmehr ist es meist erforderlich, dass die Bauteile-Scouts unmittelbar in die Organisation und den Arbeitsprozess des Planers eingebunden sind.

2. Allgemeines zum Planervertrag

Parteien eines Planervertrags, wie er vorliegend erörtert wird, sind eine Auftraggeberin¹² und ein Architekt (Planer)¹³. Welche Leistungen (Planerleistungen) der Planer zu erbringen hat, was also genau Gegenstand des Planervertrags ist, lässt sich keiner Gesetzesnorm entnehmen. Vielmehr ist auf den jeweiligen individuell vereinbarten Leistungsgegenstand und -umfang abzustellen.¹⁴ Die Praxis in der Schweiz ist dabei bestimmt durch die Leistungsbeschreibungen der SIA-Ordnung 102 (Art. 4), worin die typischen Leistungen des Planers nach Massgabe eines mehr oder weniger üblichen Planungsablaufs chronologisch dargestellt sind.¹⁵

11

¹¹ Substitut i.S.v. Art. 399 OR oder Hilfsperson nach Art. 101 OR.

¹² Auftraggeberin des Planers kann, muss aber nicht unmittelbar die Bauherrin sein. Vielmehr können auch Generalplaner, Projektentwickler oder Totalunternehmer mit einem Planer einen Vertrag schliessen. Zur Terminologie: Der Begriff «Auftraggeberin» wird gewählt, ohne dadurch die Qualifikation des Vertrags als einfachen Auftrag i.S.v. Art. 394 ff. OR präjudizieren zu wollen.

¹³ Ob diese natürliche oder juristische Personen sind, spielt für die hier interessierenden Fragen keine Rolle.

¹⁴ BEAT DENZLER/MICHAEL HOCHSTRASSER, Die Haftung für die Planung, in: Hubert Stöckli/Thomas Siegenthaler (Hrsg.), Planerverträge, Verträge mit Architekten und Ingenieuren, 2. A., Zürich 2019, Rz. 9.1.; PETER GAUCH/PATRICK MIDDENDORF, Von den Planerverträgen, von ihrer Qualifikation und dem SIA-Normenwerk für Planerleistungen, in: Hubert Stöckli/Thomas Siegenthaler (Hrsg.), Planerverträge, Verträge mit Architekten und Ingenieuren, 2. A., Zürich 2019, Rz. 1.30.

¹⁵ GAUCH/MIDDENDORF (FN 14), Rz. 1.4. Die SIA-Ordnungen werden vom Schweizerischen Ingenieur- und Architekten-Verein (SIA), einem privatrechtlichen Berufsverband, ohne staatlichen Auftrag herausgegeben. Sie gelten mithin nicht für jedermann wie Gesetze und Verordnungen, sondern nur, wenn sich die Parteien darauf verständigt haben; siehe dazu auch GAUCH/MIDDENDORF (FN 14), Rz. 1.85 ff. Wenn nachfolgend auf die SIA-Ordnung 102 verwiesen wird, so stets auf die aktuelle, in Kraft seit 1. Januar 2020. Bei Bauvorhaben öffentlicher Bauherrschaften finden meist die von der Koordinationskonferenz der Bau- und Liegenschaftsorgane der öffentlichen Bauherren (KBOB) herausgegebenen Vertragsmuster (z.B. Planervertrag samt Allgemeinen Vertragsbedingungen KBOB, Ausgabe 2020)

- 12 Zu unterscheiden sind grundsätzlich zwei Erscheinungsformen des Planervertrags¹⁶: der *Gesamtvertrag*, bei welchem der Planer sämtliche Planerleistungen¹⁷ übernimmt und für Idee und Projektierung, Ausführungsplanung, Bauleitung (Koordination, Termin- und Kostenkontrolle) bis hin zur Leitung der Garantearbeiten und Rechnungskontrolle verantwortlich zeichnet; oder der *Teilleistungsvertrag*, bei welchem sich der Planer lediglich zur Erbringung einzelner Planungsleistungen verpflichtet hat (bspw. nur für die Bauleitung [sog. *Bauleitungsvertrag*] oder nur für die Projektierung [inkl. Vorprojekt und Ausführungsplanung; *reiner Planungsvertrag*, Vertrag über Planerleistungen i.e.S.]¹⁸). Zur rechtlichen Qualifikation des Planervertrags siehe nachfolgend II.4.

3. Leistungsspektrum des Planers

a. Allgemeine Pflichten des Planers

- 13 Die allgemeinen Pflichten des Planers ergeben sich aus dem Gesetz oder, wenn die Parteien die SIA-Ordnung 102 vereinbart haben, aus deren Art. 1. Diese allgemeinen Pflichten hat der Planer insbesondere auch im Zusammenhang mit seinen Aufgaben für den Re-use von Bauteilen zu beachten:
- 14 Die allgemeine *Sorgfalts- und Treuepflicht*¹⁹ verlangt vom Planer, dass er alle seine Aufgaben sorgfältig erfüllt und sein Verhalten nach den Interessen seiner Auftraggeberin ausrichtet. An das Mass der anzuwendenden Sorgfalt und Treue sind meist höhere Anforderungen zu stellen als an jenes des Arbeitnehmers, da der Planer i.d.R. die sachkundigere Vertragspartei ist: Die Bauherrin darf erwarten, dass der als Spezialist beigezogene Planer seine Pflichten vollständig und rechtzeitig erfüllt und dabei die Sorgfalt anwendet, die nach der Ver-

Anwendung. Bezüglich der Definition des Leistungsumfangs wird auch im KBOB-Mustervertrag auf Art. 4 SIA-LHO verwiesen.

¹⁶ Siehe zum Ganzen: GAUCH/MIDDENDORF (FN 14), Rz. 1.5 f. und 1.31 ff.

¹⁷ Ein Gesamtvertrag liegt bereits vor, wenn der Planer mindestens die Projektierung und die Leitung der Bauausführung übernimmt. Vgl. BGer 4C.85/2003, 25.8.2003, E. 4.3.2.

¹⁸ GAUCH/MIDDENDORF (FN 14), Rz. 1.31. Siehe auch BSK OR I-ZINDEL/SCHOTT, in: Corinne Widmer Lüchinger/David Oser (Hrsg.), *Obligationenrecht I*, Basler Kommentar, 7. A., Basel 2019 (zit. BSK OR I-VERFASSER), Art. 363 N 17 ff.

¹⁹ Art. 364 Abs. 1 OR; Art. 398 Abs. 1 OR; Art. 1.2.1 und 1.2.2 SIA-Ordnung 102.

kehrsauffassung von einem gewissenhaften Vertragspartner erwartet wird.²⁰ Zur geschuldeten Sorgfalt gehört, dass der Planer die anerkannten Regeln der Baukunde kennt und im Rahmen seiner Tätigkeit umsetzt.²¹ Aus der Sorgfalts- und Treuepflicht lassen sich sodann verschiedene spezifische weitere Pflichten ableiten, die der Planer einzuhalten hat, so etwa die *Informationspflicht*²², die *Aufklärungspflicht*²³, die *Beratungspflicht*²⁴ und die *Abmahnungspflicht*²⁵.

Sodann hat der Planer die Pflicht, die Auftraggeberin zu vertreten, namentlich gegenüber Dritten, um mit diesen Geschäfte abzuschliessen, oder gegenüber Behörden.²⁶ Inhalt und Umfang der Vertretungsbefugnisse ergeben sich aus der konkreten individualvertraglichen Abrede.²⁷ Im Zweifelsfall hat der Planer für alle rechtsgeschäftlichen Vorkehren sowie für Anordnungen, die terminlich,

15

²⁰ DENZLER/HOCHSTRASSER (FN 14), Rz. 9.117; HUBERT STÖCKLI/PATRICK MIDDENDORF/ROGER ANDRES, SIA-Klauseln für Planerverträge, Zürich 2020, Rz. 63.

²¹ Art. 1.2.1. SIA-Ordnung 102; DENZLER/HOCHSTRASSER (FN 14), Rz. 9.53; CHRISTOPH LOCHER, Die Bauleitung, in: Stöckli/Siegenthaler (Hrsg.), Planerverträge, Verträge mit Architekten und Ingenieuren, 2. A., Zürich 2019, Rz. 10.41.; STÖCKLI/MIDDENDORF/ANDRES (FN 20), Rz. 66.

²² Der Planer muss die Bauherrin laufend proaktiv oder auf Anfrage hin darüber informieren, was objektiv oder subjektiv im Zusammenhang mit dem konkreten Projekt wichtig ist. DENZLER/HOCHSTRASSER (FN 14), Rz. 9.119; LOCHER (FN 21), Rz. 10.27.

²³ Die Aufklärungspflicht geht im Allgemeinen weiter als die Informationspflicht. Es geht dabei um die Aufklärung über Zusammenhänge und über die Auswirkungen von bestimmten Vorgehensweisen, insbesondere die Aufklärung bestimmter Risiken, die der Bauherrin als Bau-Laiin möglicherweise nicht bewusst sind. DENZLER/HOCHSTRASSER (FN 14), Rz. 9.122 f.; LOCHER (FN 21), Rz. 10.28.

²⁴ Die Beratungspflicht des Planers ist umfassend; er muss die Bedürfnisse, Ideen und Wünsche der Bauherrin erfassen, analysieren und umsetzen. Dies verlangt einen konstanten Austausch mit der Auftraggeberin. Siehe DENZLER/HOCHSTRASSER (FN 14), Rz. 9.129; LOCHER (FN 21), Rz. 10.29 f.; STÖCKLI/MIDDENDORF/ANDRES (FN 20), Rz. 67 ff.

²⁵ Art. 1.2.6 SIA-Ordnung 102. Die Abmahnungspflicht verlangt vom Planer, dass er Weisungen der Bauherrin kritisch hinterfragt und fehlerhafte, unzumutbare oder gefährliche Weisungen erkennt und die Bauherrin entsprechend aufgefordert abmahnen (warnen) kann. DENZLER/HOCHSTRASSER (FN 14), Rz. 9.135; LOCHER (FN 21), Rz. 10.32 ff.; STÖCKLI/MIDDENDORF/ANDRES (FN 20), Rz. 73 und Rz. 218 ff.

²⁶ Art. 396 OR; Art. 1.2.3 SIA-Ordnung 102.

²⁷ Art. 1.2.31 SIA-Ordnung 102. STÖCKLI/MIDDENDORF/ANDRES (FN 20), Rz. 127 ff.

qualitativ oder finanziell wesentlich sind, die Weisungen der Auftraggeberin einzuholen.²⁸

- 16 Zur Erfüllung eines Planervertrags gehört schliesslich auch die *Rechenschafts- und Herausgabepflicht*. Der Planer ist verpflichtet, der Auftraggeberin auf Verlangen jederzeit über seine Geschäftsführung Rechenschaft abzulegen und alles, was ihm infolge derselben zugekommen ist, zu erstatten.²⁹

b. Spezifische Planerleistungen gemäss Leistungsbeschrieben der SIA-Ordnung 102

- 17 Die spezifischen Leistungen, die der Planer zu erbringen hat, sind wie erwähnt individualvertraglich zu definieren. Haben die Parteien einen Vertrag nach der SIA-Ordnung 102 abgeschlossen, so kann auf die Leistungsbeschreibungen in Art. 4 abgestellt werden. Dort sind die vom Planer zu erbringenden Leistungen in Phasen und Teilphasen unterteilt. Dabei wird in der SIA-Ordnung davon ausgegangen, dass der Architekt in der Regel die Phasen 3 (Projektierung), 4 (Ausbeschreibung) und 5 (Realisierung) erbringt. In jeder (Teil-)Phase wird zwischen Grundleistungen, die zur ordentlichen Erfüllung eines Auftrags im Allgemeinen erforderlich und ausreichend sind, und besonders zu vereinbarenden Leistungen, die je nach Art des Auftrags oder Wunsch der Bauherrin erforderlich sind, unterschieden.
- 18 *Phase 3, Projektierung:* Die Projektierungsphase umfasst die Teilphasen Vorprojekt (31), Bauprojekt (32) und Bewilligungsverfahren (33). In die Teilphase Vorprojekt fällt etwa die Analyse der Absichten und Bedürfnisse der Auftraggeberin und die Erarbeitung von Lösungsmöglichkeiten. Bereits in dieser Phase wäre etwa die Wiederverwendung von Bauteilen mit der Bauherrin zu thematisieren. Ebenfalls in die Teilphase Vorprojekt fällt das Erstellen eines ersten groben Konstruktions- und Materialkonzepts, in welchem idealerweise bereits berücksichtigt wird, wenn Bauteile wiederverwendet werden sollen. Dieses Konzept wird in der Teilphase Bauprojekt in Zusammenarbeit mit der Auftraggeberin und Fachplanern fortlaufend angepasst und präzisiert. Es folgen

²⁸ Art. 1.2.32 SIA-Ordnung 102. STÖCKLI/MIDDENDORF/ANDRES (FN 20), Rz. 130 ff.

²⁹ Art. 400 Abs. 1 OR; Art. 365 Abs. 2 OR; Art. 1.2.8 SIA-Ordnung 102. STÖCKLI/MIDDENDORF/ANDRES (FN 20), Rz. 265 ff.

Verhandlungen mit Behörden und technischen Dienststellen und die Berücksichtigung entsprechender behördlicher Anforderungen bei der Planung. Auch Behörden sollen frühzeitig eingebunden werden, wenn sich im Zusammenhang mit der Wiederverwendung von Bauteilen spezifische Fragen stellen, die es zu klären gilt, etwa denkmalschützerischer oder sicherheitsrelevanter Natur. Während des Bewilligungsverfahrens muss das Bauprojekt u.U. den behördlichen Vorgaben entsprechend angepasst werden. Auch bei der Kostenschätzung (Stufe Vorprojekt) und dem Kostenvoranschlag (Stufe Bauprojekt) muss der Planer die allfällige Wiederverwendung von Bauteilen miteinbeziehen. Werden Bauteile wiederverwendet, so fallen also bereits in der Phase 3 umfangreiche Aufgaben für den Planer an.

Phase 4, Ausschreibung: In der Ausschreibungsphase fällt dem Planer u.a. die Aufgabe zu, die erforderlichen Arbeiten samt Baumaterialien auszuschreiben, Vertragsverhandlungen mit den Unternehmern zu führen und die Arbeiten schliesslich zu vergeben. Wurden Baumaterialien und -teile bereits durch den Planer selbst bzw. die Bauherrin beschafft und sollen diese von den Unternehmern verwendet werden, so muss dies in den Ausschreibungsunterlagen entsprechend berücksichtigt werden.³⁰ 19

Phase 5, Realisierung: Die Realisierungsphase ist unterteilt in die Ausführungsplanung (51) und die eigentliche Ausführung (52). In dieser letzten Teilphase fällt ein Grossteil der Bauleitungsaufgaben im engeren Sinn an. Dazu gehören die allgemeine Leitung und Überwachung der Arbeiten auf der Baustelle, Werkstattkontrollen, Kontrolle der Materialien und Lieferungen, Beantragen und Überwachen von Materialuntersuchungen, Organisieren von Bemusterungen (nicht vordefinierter Materialien), die laufende Aufnahme von eingetretenen Änderungen, Gesuche an die Amtsstellen um offizielle Kontrollen, die Überwachung der Einhaltung von behördlichen Auflagen und vieles mehr. Bei der Wiederverwendung von Bauteilen müssen gewisse dieser Bauleitungsaufgaben unter Umständen schon in früheren Phasen erfüllt werden, so insbesondere die Kontrolle von Bauteilen und das Beantragen und Überwachen von Materialun- 20

³⁰ Beispiel Aluminiumfenster: In der Ausschreibung zu BKP 221.4 (Fenster in Leichtmetall) müsste also berücksichtigt werden, dass der Fensterbauer lediglich die Arbeit für den Einbau (und allenfalls die Aufbereitung der Metallfenster) schuldet, nicht aber die Fenster an sich, welche von der Bauherrin bereitgestellt werden.

tersuchungen. Solche Untersuchungen haben zu erfolgen, sobald der Planer ein möglicherweise für die Wiederverwendung geeignetes Bauteil identifiziert hat, dieses aber noch auf die Einhaltung technischer Normen oder auf Sicherheitsaspekte geprüft werden muss.

c. *Spezifische Vereinbarung betreffend Re-use von Bauteilen*

- 21 Bereits aus den allgemeinen Vertragspflichten sowie den abstrakt und damit allgemeingültig formulierten Leistungsbeschrieben der SIA-Ordnung 102 lassen sich eine Vielzahl von Grundsätzen und allgemeinen Pflichten des Planers ableiten, die konkret auch auf die Aufgaben Anwendung finden, die der Planer bei der Wiederverwendung von Bauteilen erfüllen muss. Unschwer lässt sich aber auch erkennen, dass ganz spezifische Aufgaben des Planers, die beim Re-use anfallen, nicht oder nicht spezifisch genug im SIA-Leistungsbeschreibung adressiert werden. Diese Lücke müssen Bauherrin und Planer mit einer spezifischen (Zusatz-)Vereinbarung schliessen, andernfalls sind Missverständnisse und Streitigkeiten vorprogrammiert.
- 22 Eine solche individuelle Vereinbarung hat im Wesentlichen einerseits die Aufgaben des Planers zu definieren, andererseits die Mitwirkungs- und Vergütungspflichten der Bauherrin. Zu denken ist insbesondere an folgende Punkte, wobei die Parteien im Rahmen der Vertragsfreiheit und je nach konkretem Einzelfall beliebig andere Punkte regeln können:
- Definition der zu erwerbenden Bauteile nach Art und Gattung;
 - Definition der technischen oder anderweitigen Anforderungen an die Bauteile (z.B. Schadstofffreiheit, Einhaltung spezifischer technischer oder sicherheitsrelevanter Normen);
 - Pflicht des Planers zur Suche, Auswahl sowie sorgfältigen Untersuchung der Bauteile auf Eignung und Einhaltung der spezifischen Anforderungen, gegebenenfalls unter Beizug von Spezialisten;
 - Pflicht des Planers zur Prüfung, ob die gebrauchten Bauteile den Sicherheitsanforderungen der Bauprodukteerlasse genügen, und Prüfung, ob die Nachmarktpflichten gemäss Bauprodukteerlasse eingehalten werden können, gegebenenfalls unter Beizug von Spezialisten (siehe dazu nachfolgend VII.);

- Pflicht des Planers zu Koordination und Überwachung von Erwerb und Rückbau der Bauteile; Wahrnehmung von Prüfungs- und Rügeobliegenheiten;
- Vertretungspflicht und -befugnisse des Planers bei Vertragsschlüssen mit Dritten bezüglich Untersuchung/Prüfung, Erwerb und Rückbau;
- Pflicht des Planers zu Koordination und Überwachung von Transport und Lagerung der Bauteile; Abschluss von Transport- und Miet-/Lagerverträgen; allenfalls Pflicht des Planers, für die fachgerechte Einlagerung der Bauteile zu sorgen;
- Pflicht des Planers zur Koordination mit dem Unternehmer, der die Bauteile wiederverwendet, und Erteilung allfälliger spezifischer Instruktionen;
- Pflicht der Bauherrin zur (rechtzeitigen) Mitwirkung bei Auswahl und Erwerb der Bauteile, insbesondere beim Abschluss der Verträge;
- Pflicht der Bauherrin zur Bezahlung eines Honorars für die Zusatzleistungen des Planers; Definition des Honorars (nach Aufwand oder Pauschale);
- Regelung bezüglich Umgang mit überzähligen Bauteilen.

Alle diese Pflichten, die der Planer im Zusammenhang mit der Wiederverwendung von Bauteilen zu erbringen hat, hat er mit der ohnehin geschuldeten Treue und Sorgfalt zu erfüllen und die davon abgeleiteten *Informations-, Aufklärungs-, Beratungs- und die Abmahnungspflichten* einzuhalten (siehe dazu vorne, II.3.1).

23

4. Vertragsqualifikation

Die rechtliche Qualifikation des Planervertrags hängt vom konkreten Vertragsgegenstand und Leistungsumfang ab. Von der Vertragsqualifikation hängt wiederum ab, welche dispositiven gesetzlichen Normen anwendbar sind, wenn die Parteien eine konkrete Frage in ihrem Vertrag nicht geregelt haben. Der *reine Planungsvertrag* (Vertrag über Planerleistungen i.e.S.), der lediglich die Herstellung von Bauplänen betrifft, wird dabei als Werkvertrag³¹ qualifiziert.³² Der Bau-

24

³¹ Art. 363 ff. OR.

³² BSK OR I-ZINDEL/SCHOTT (FN 18), Art. 363 N 17; WALTER FELLMANN, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Art. 394–406 OR. Der einfache Auftrag, Bern 1992, (zit. BK-FELLMANN), Art. 394 OR N 180; ALFRED KOLLER, Berner

leitungsvertrag, bei welchem die Leitung der Bauausführung Gegenstand ist (insbesondere Einsatz, Leitung und Koordination der Bauunternehmer; Termin-, Kosten- und Rechnungskontrolle), wird demgegenüber übereinstimmend als einfacher Auftrag³³ qualifiziert.³⁴ Umstritten ist hingegen die Qualifikation des *Gesamtvertrags*.³⁵ Das Bundesgericht hat sich für das Vorliegen eines gemischten Vertragsverhältnisses entschieden, auf das je nach konkreter Leistung, die es zu beurteilen gilt, entweder die gesetzlichen Bestimmungen zum Auftrag oder zum Werkvertrag zur Anwendung kommen («Spaltung der Rechtsfolgen»³⁶).

- 25 Planer, die sich auf die Wiederverwendung von Bauteilen spezialisiert haben, schliessen mit ihrem Auftraggeber meist einen Gesamtvertrag ab und sind entsprechend für sämtliche Planerleistungen verantwortlich, mindestens aber für die Projektierung und Bauleitung sowie sämtliche Aufgaben rund um die Beschaffung von Bauteilen. Ein solcher Vertrag dürfte daher in aller Regel als

Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Der Werkvertrag, Bern 1998 (zit. BK-KOLLER), Art. 363 OR N 194; GAUCH/MIDDENDORF (FN 14), Rz. 1.31; PETER GAUCH, Der Werkvertrag, 6. A., Zürich 2019, Nr. 49; BGE 134 III 361 E. 5; BGE 130 III 362 E. 4.1; BGE 127 III 543 E. 2a; BGE 114 II 53 E. 2b; BGE 110 II 380 E. 2; BGE 109 II 462 E. 3b f.; BGE 64 II 9 E. 2; BGer 4A_89/2017, 2.10.2017, E. 4; BGer 4A_514/2016, 6.4.2017, E. 3.1.1.; BGer 4C.300/2001, 27.2.2002, E. 2b; BGer 4C.60/2001, 28.6.2001, E. 2a. Als Werkvertrag gelten etwa auch das Ausarbeiten von Gutachten, das Erstellen von Protokollen, das Führen der Baubuchhaltung oder das Aufstellen der Schlussabrechnung.

³³ Art. 394 ff. OR.

³⁴ BSK OR I-ZINDEL/SCHOTT (FN 18), Art. 363 N 17; BK-FELLMANN (FN 32), Art. 394 OR N 181; BK-KOLLER (FN 32), Art. 363 OR N 69 und 196; GAUCH/MIDDENDORF (FN 14), Rz. 1.47, mit zahlreichen Nachweisen; LOCHER (FN 21), Rz. 10.25. GAUCH (FN 32), Nr. 55; BGE 134 III 361 E. 5; BGE 127 III 543 E. 2a; BGE 114 II 53 E. 2b; BGE 110 II 380 E. 2; BGE 109 II 462 E. 3b f.; BGer 4A_89/2017, 2.10.2017, E. 4; BGer 4A_514/2016, 6.4.2017, E. 3.1.1.; BGer 4C.300/2001, 27.2.2002, E. 2b; BGer 4C.60/2001, 28.6.2001, E. 2a. Auch die blosser Vergabe von Arbeiten, das Ausarbeiten von Kostenvoranschlägen, die Bauaufsicht, die Prüfung des Bauwerks, die Leitung von Nachbesserungsarbeiten gelten als einfache Aufträge i.S.v. Art. 394 ff. OR. Demgemäss ist kein Erfolg, sondern lediglich sorgfältiges Tätigwerden geschuldet.

³⁵ BSK OR I-ZINDEL/SCHOTT (FN 18), Art. 363 N 18; BK-KOLLER (FN 32), Art. 363 OR N 197; GAUCH/MIDDENDORF (FN 14), Rz. 1.49 ff.

³⁶ BGE 134 III 361 E. 5; 127 III 543 E. 2a; BGE 114 II 53 E. 2b; BGE 110 II 380 E. 2; BGE 109 II 462. BSK OR I-ZINDEL/SCHOTT (FN 18), Art. 363 N 18 f., m.Nw.; Kritik dazu bei GAUCH/MIDDENDORF (FN 14), Rz. 1.50 ff., welche dafür plädieren, den Gesamtvertrag ungeteilt dem Auftragsrecht zu unterstellen.

gemischtes Vertragsverhältnis zu beurteilen sein, wobei jedoch zu betonen ist, dass jeder Einzelfall individuell beurteilt werden muss.

5. Gewährleistung und Haftung des Planers

Aufgrund der vorstehend skizzierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist auf Planungsleistungen, die dem Werkvertragsrecht zuzuordnen sind, das werkvertragsrechtliche Gewährleistungsregime anzuwenden.³⁷ Sind also etwa Pläne mangelhaft (*Fehlplanung; Planfehler*), so hat die Auftraggeberin dies zu rügen und ihr stehen alsdann (vorbehältlich einer abweichenden vertraglichen Regelung) die gesetzlichen Mängelrechte Nachbesserung, Minderung und Wandlung zu, je in Kombination mit einem Anspruch auf Ersatz des Mangelfolgeschadens.³⁸ Ein Mangelfolgeschaden ist allerdings nur geschuldet, wenn ein Verschulden (persönliche Vorwerfbarkeit i.S.v. Fahrlässigkeit oder gar Vorsatz) oder eine Hilfspersonenhaftung (Art. 101 OR) vorliegt.³⁹ Entsteht aus dem Planmangel ein Mangel am ausgeführten Bauwerk, so ist dieser Bauwerkman- gel im Verhältnis zum Planmangel ein Mangelfolgeschaden und die Haftung daher nur bei Verschulden bzw. einer Hilfspersonenhaftung zu bejahen.⁴⁰ Auch im Zusammenhang mit der Wiederverwendung von Bauteilen sind Planfehler durchaus denkbar, zumal (fehleranfällige) Plananpassungen, Um- und Neu- planungen aufgrund erst während des Planungsprozesses beschaffter Bauteile häufig vorkommen.

Für die Verletzung vertraglicher Pflichten, die sich nicht unter das Gewährlei- stungsregime des Werkvertragsrechts subsumieren lassen, also etwa für die Sorgfaltspflicht bei der Erbringung von Leistungen im Zusammenhang mit der Beschaffung und Wiederverwendung von Bauteilen, haftet der Planer grundsätzlich nach Auftragsrecht.⁴¹ Geschuldet ist ein sorgfältiges Tätigwerden.

³⁷ Art. 367 ff. OR.

³⁸ Art. 368 OR. Der Ersatz des Mangelfolgeschadens setzt ein Verschulden des Pla- ners voraus. Allgemein zur Haftung des Planers infolge Fehlplanung: DENZLER/ HOCHSTRASSER (FN 14), Rz. 9.47 ff.

³⁹ GAUCH (FN 32), Nr. 1887 ff., 1893; STÖCKLI/MIDDENDORF/ANDRES (FN 20), Rz. 432 ff.

⁴⁰ GAUCH/MIDDENDORF (FN 14), Rz. 1.33.

⁴¹ Art. 398 Abs. 2 i.V.m. Art. 97 Abs. 1 OR, Verschuldenshaftung. Siehe dazu auch STÖCKLI/MIDDENDORF/ANDRES (FN 20), Rz. 417 ff.

Bezüglich des einzuhaltenden Sorgfaltsmassstabs ist ein objektiver Massstab anzulegen und ist ein «berufsspezifisches Durchschnittsverhalten» geschuldet.⁴² Verletzt der Planer seine Sorgfaltspflichten und führt dies adäquat kausal zu einem Schaden, kann er für diesen haftbar gemacht werden, wenn ihn auch ein Verschulden (persönliche Vorwerfbarkeit) trifft.

III. Erwerb von gebrauchten Bauteilen

1. Identifikation des Eigentümers und Verfügungsberechtigten

- 28 Oftmals stellt sich in der Praxis zunächst das Problem, den aktuellen Eigentümer der gewünschten Bauteile zu eruieren. Denn nur dieser kann dem Erwerber Eigentum an den Bauteilen verschaffen.⁴³ Prima vista ist der Eigentümer der Liegenschaft, in welche das gewünschte Bauteil eingebaut ist, auch dessen Eigentümer. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Grundeigentümer eigenes Material auf seinem Grundstück eingebaut hat, was den Regelfall darstellen dürfte.
- 29 Aber selbst wenn der Grundeigentümer ihm nicht gehörendes und somit fremdes Material eingebaut haben sollte, so wurde er aufgrund des sachenrechtlichen Akzessionsprinzips⁴⁴ dessen Eigentümer. Mittels Akzession geht das vormalige Eigentum des Materialeigners endgültig unter und kann auch durch spätere Trennung nicht wieder aufleben.⁴⁵ Dem vormaligen Eigentümer

⁴² LOCHER (FN 21), Rz. 10.37 und 10.39; BK-FELLMANN (FN 32), Art. 398 OR N 355.

⁴³ Grundsatz «*nemo plus iure transferre potest quam ipse habet*» (Niemand kann mehr Rechte übertragen, als er selber hat.)

⁴⁴ Art. 671 Abs. 1 ZGB. In rechtsformaler Hinsicht ist das Akzessionsprinzip der Grundsatz, wonach die Bestandteile einer Sache deren rechtliches Schicksal teilen. HEINZ REY, Die Grundlagen des Sachenrechts und des Eigentums, 3. A., Bern 2007, N 395.

⁴⁵ HEINZ REY/LORENZ STREBEL, in: Thomas Geiser/Stephan Wolf (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 6. A., Basel 2019 (zit. BSK ZGB II-VERFASSTER), Art. 671 N 11, m.Nw.; ARTHUR MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Eigentum Teilbd. 2, Das Sachenrecht Abt. 1 Teilbd. 2, 3. A., Bern

steht lediglich ein schuldrechtlicher Trennungs- und Herausgabe⁴⁶- oder ein Entschädigungsanspruch⁴⁷ gegen den Grundeigentümer oder dessen Universal sukzessor zu.⁴⁸ Wird das ursprünglich fremde Bauteil vom Grundstück getrennt und vom Grundeigentümer veräussert, so erwirbt der Käufer folglich, da er vom berechtigten Eigentümer erwirbt, Eigentum daran. Selbst wenn der Erwerber um die ursprüngliche Fremdheit des Bauteils wusste, ist er bezüglich des Herausgabe- oder Schadenersatzanspruches nicht passivlegitimiert.

Besondere Abklärungen betreffend Eigentum an den Bauteilen sind im Einzelfall dann nötig, wenn dieses Bestandteil einer im *Baurecht*⁴⁹ erstellten Bauteil ist oder Bestandteil einer Liegenschaft im Stockwerkeigentum. Das im Baurecht erstellte Bauwerk steht in Durchbrechung des sachenrechtlichen Akzessionsprinzips im Eigentum des Bauberechtigten und nicht im Eigentum des Grundeigentümers.⁵⁰ Entsprechend muss abgeklärt werden, ob das gewünschte Bauteil zur Baurechtsbauteil gehört oder zum baurechtsbelasteten Grundstück. Ist das Bauteil Bestandteil einer zu *Stockwerkeigentum* aufgeteilten Liegenschaft, so muss eruiert werden, ob es Bestandteil einer zu Sonderrecht⁵¹ ausgeschiedenen Stockwerkeigentumseinheit ist oder Bauteil des gemeinsamen Grundstücks. Je

30

1974 (zit. BK-MEIER-HAYOZ), Art. 671 N 16; REY (FN 44), N 481, mit Verweis auf BGE 81 II 431, 433.

⁴⁶ Art. 671 Abs. 2 ZGB.

⁴⁷ Art. 672 ZGB.

⁴⁸ BSK ZGB II-REY/STREBEL (FN 45), Art. 671 N 11; REY (FN 44), N 481. Gegenüber dem Einzelrechtsnachfolger (z.B. Käufer der Liegenschaft, in der fremdes Material verbaut wurde) kann der Trennungs- und Herausgabeanspruch nicht geltend gemacht werden. Unter gewissen Umständen kann jedoch gegenüber dem Einzelrechtsnachfolger ein Bereicherungsanspruch (Art. 62 ff. OR) erhoben werden (dazu BK-MEIER-HAYOZ [FN 45], Art. 671 N 20).

⁴⁹ Im Sinne von Art. 675 ZGB i.V.m. Art. 779 ff. ZGB.

⁵⁰ Durchbrechung des sachenrechtlichen Akzessionsprinzips, vgl. dazu BSK ZGB II-ISLER/GROSS (FN 45), Art. 779 N 9; BSK ZGB II-REY/STREBEL (FN 45), Art. 675 N 3 ff.

⁵¹ Gemäss Art. 712a Abs. 2 ZGB ist der Stockwerkeigentümer nicht nur in der Verwaltung und Benutzung, sondern auch in der baulichen Ausgestaltung seiner eigenen Räume frei, er darf jedoch keinem anderen Stockwerkeigentümer die Ausübung der gleichen Rechte erschweren und er darf gemeinsame Bauteile, Anlagen oder Einrichtungen in keiner Weise beschädigen oder in ihrer Funktion und äusseren Erscheinung beeinträchtigen.

nachdem ist mit dem einzelnen Stockwerkeigentümer ein Vertrag zu schliessen oder aber mit der Stockwerkeigentümergeinschaft.⁵²

- 31 Ist der Eigentümer eruiert, so stellt sich in der Praxis zudem häufig heraus,⁵³ dass dieser mit einem Abbruchunternehmen bereits einen Vertrag⁵⁴ über den Rückbau der Liegenschaft abgeschlossen hat. Zu prüfen ist in diesem Fall, ob die Parteien des Rückbauvertrags eine Abrede bezüglich des Eigentums am Rückbaumaterial nach seiner Trennung vom Grundstück getroffen haben. Fehlt eine konkrete Abrede, so verbleibt das Rückbaumaterial auch nach seiner Trennung im Eigentum des Grundeigentümers.⁵⁵ Dieser Grundsatz gilt auf jeden Fall, wenn die Parteien die SIA-Norm 118⁵⁶ zum Vertragsbestandteil erklärt haben.⁵⁷ Häufig vereinbaren die Parteien jedoch individualvertraglich,

⁵² Beispiel: Fenster bilden Teil der Fassade und gehören damit in aller Regel zu den gemeinsamen Teilen einer Stockwerkeigentumsliegenschaft. Sanitäre Einrichtungen in Küche oder Bad einer Stockwerkeigentumseinheit (wie etwa Waschbecken oder Einbauschränke) gehören hingegen zu der zu Sonderrecht ausgeschiedenen Einheit, über deren bauliche Veränderung der jeweilige Stockwerkeigentümer alleine bestimmen kann (Art. 712a Abs. 2 ZGB). Bezüglich Fenster wäre entsprechend mit der Stockwerkeigentümergeinschaft ein Vertrag abzuschliessen, sollen Waschbecken und Einbauschränke erworben werden, hingegen mit dem jeweiligen Stockwerkeigentümer.

⁵³ Bei der Suche nach geeigneten Bauteilen werden die Planer und deren Scouts meist aufgrund von Baugespannen oder aufgrund bereits sich im Gang befindenden Rückbauarbeiten fündig.

⁵⁴ Verträge über Umgestaltungs- oder Abbruch-/Rückbauarbeiten sind ebenfalls als Werkverträge i.S.v. Art. 363 ff. OR zu qualifizieren. Vgl. GAUCH (FN 32), Nr. 28; siehe auch Art. 1 Abs. 2 SIA Norm 118 (2013): «Werk ist auch das Ergebnis einer Ausbesserungs-, Umbau- oder Rückbauarbeit.»

⁵⁵ Ein Eigentumsübergang vom Besteller auf den Abbruchunternehmer muss ausdrücklich oder zumindest konkludent vereinbart sein und ist nicht etwa zu vermuten. Insbesondere gibt es keine gesetzliche Bestimmung analog zu Art. 671 ZGB, wonach derjenige, der im Auftrag des Grundeigentümers Material vom Grundstück trennt, Eigentümer dieses Materials wird.

⁵⁶ Die Bestimmungen der SIA-Norm 118 (2013) sind rechtstechnisch betrachtet Allgemeine Vertragsbedingungen (AVB), die nur Geltung erlangen, wenn die Vertragsparteien sie gültig einbeziehen und damit zum Vertragsbestandteil erklären.

⁵⁷ Art. 121 Abs. 1 (1. Satz) SIA-Norm 118 (2013). Die Bestimmung lautet wie folgt: «Aushub- und Rückbaumaterialien gehören, unter Vorbehalt der Rechte Dritter, dem Bauherrn.» Rechte Dritter im Sinne dieser Bestimmung liegen u.a. dann vor, wenn ein Dritter (und nicht die Bauherrin) Eigentümer des Baugrunds oder Abbruchobjekts ist. Vgl. PETER GAUCH/DURI PRADER/NADJA SCHWERY, in: Peter Gauch/

dass der Rückbauunternehmer das Werk nicht nur abrechen, sondern das Rückbaumaterial⁵⁸ auch wegschaffen soll.⁵⁹ Vereinbaren die Parteien dabei, dass der Abbruchunternehmer das Rückbaumaterial auf einem Platz seiner Wahl abladen soll, mithin frei darüber verfügen kann, so darf das dahingehend verstanden werden, dass der Unternehmer auch Eigentum am Rückbaumaterial erwerben soll und (rechtsgeschäftlich) darüber verfügen darf. Bei Geltung der SIA-Norm 118 greift denn auch die Vermutung,⁶⁰ dass das Eigentum mangels anderer Abrede entschädigungslos auf den Unternehmer übergeht,⁶¹ sofern die Parteien den Abtransport auf eine Deponie nach Wahl des Unternehmers vereinbart haben.

Wer Rückbaumaterial erwerben will, tut mithin gut daran, die bestehenden Eigentumsverhältnisse sorgfältig zu prüfen. Um das Risiko zu minimieren, von Nicht-Verfügungsberechtigten zu erwerben, ist zu empfehlen, sowohl das Einverständnis des Grundeigentümers wie auch des Rückbauunternehmers einzuholen.

32

2. Vertragsqualifikation

Es obliegt den Vertragsparteien, den konkreten Vertragsinhalt mit den gegenseitigen Rechten und Pflichten genau zu definieren. Der konkrete Inhalt des Vertrags bildet die Grundlage für seine rechtliche Qualifikation.⁶² Davon hängt wiederum ab, welche gesetzlichen Bestimmungen zur Anwendung kommen, wenn die Parteien eine konkrete Frage nicht in ihrem Vertrag geregelt haben.

33

Hubert Stöckli (Hrsg.), Kommentar zur SIA-Norm 118, 2. A., Zürich 2017, Art. 121 Rz. 3.1.

⁵⁸ Die Pflicht, das Rückbaumaterial wegzuschaffen (und zu entsorgen), muss speziell vereinbart werden, andernfalls der Rückbauunternehmer hierzu nicht verpflichtet ist. GAUCH/PRADER/SCHWERY (FN 57), Art. 121 Rz. 5.2 f.

⁵⁹ Zum Beispiel bei Stahl, Eisen, Kupfer oder sonstigen werthaltigen und für Recycling oder Wiederverwendung geeigneten Materialien. Dieser Materialerwerb durch den Unternehmer kann in die Kalkulation des Werkpreises mit einfließen. Art. 121 Abs. 1 (2. Satz) SIA-Norm 118 (2013).

⁶⁰ Der Eigentumsübergang erfolgt in einem solchen Fall im Moment der Lostrennung des Materials und nicht etwa erst mit Ablagerung auf dem Deponieplatz. So GAUCH/PRADER/SCHWERY (FN 57), Art. 121 Rz. 8.

⁶² BGE 144 III 43 E. 3.3.

Bei Verträgen über den Erwerb von Bauteilen hängt deren rechtliche Qualifikation ganz massgeblich davon ab, ob sich der Erwerber zur Bezahlung eines Preises, der genau bestimmt oder zumindest bestimmbar ist, verpflichtet hat.⁶³

- 34 In der Praxis sind diesbezüglich verschiedene Usanzen zu beobachten, wobei je nach Vertragspartner und -gegenstand grosse Unterschiede auszumachen sind: Der Grundeigentümer verlangt häufig kein Entgelt für die Bauteile, oftmals auch in Unkenntnis ihres Materialwerts. Selbst wenn Bauteile gratis abgegeben werden, hat der Erwerber jedoch in aller Regel die Rückbaukosten und Kosten des Abtransports zu bezahlen. Rückbauunternehmer bestehen demgegenüber häufig auf einem Entgelt für die Bauteile, insbesondere dann, wenn es sich um wertvolles Material handelt, für das der Abbruchunternehmer z.B. auf einer Altmetallbörse einen namhaften Preis erzielen könnte. So waren denn auch die Aluminiumfenster im vorliegenden Beispiel nicht gratis. Ihr Preis wurde vielmehr anhand des aktuellen Rohstoffpreises (Aluminium/Tonne) bestimmt.
- 35 Verpflichtet sich der Erwerber gegenüber dem Veräusserer zur Bezahlung einer Geldleistung⁶⁴, so liegt beim Vertrag über den Erwerb eines Bauteils ein Kaufvertrag⁶⁵ vor. Auch Bestandteile eines Grundstücks, die nach ihrer Lostrennung ins Eigentum des Erwerbers übergehen sollen, können Gegenstand eines Kaufvertrags über bewegliche Sachen sein.⁶⁶ Liegt ein Kaufvertrag vor, sind nament-

⁶³ Nach Anzahl (Stückpreis) oder Gewicht (z.B. wird bei Stahl oder Aluminium häufig der aktuelle Marktpreis pro Tonne) vereinbart.

⁶⁴ Beim Kaufvertrag ist die Leistungspflicht des Käufers begriffsnotwendig eine Geldschuld (Geldsummensschuld, vgl. BSK OR I-KOLLER (FN 18), Art. 184 N 19. Kein Kaufvertrag liegt vor, wenn die Leistung des Verkäufers nicht in Geld, sondern etwa mit einer Arbeitsleistung abzugelten ist (Bsp. bei BSK OR I-KOLLER [FN 18], Art. 184 N 20). Ebenso liegt nach der hier vertretenen Ansicht dann kein Kaufvertrag vor, wenn sich der Erwerber der Bauteile lediglich zur Übernahme der Kosten von Rückbau und Abtransport verpflichtet hat. Darin ist keine Kaufpreisschuld zu erblicken, die mit der Übergabe der Sache in einem unmittelbaren Austauschverhältnis steht.

⁶⁵ Art. 184 ff. OR.

⁶⁶ Art. 187 Abs. 2 OR. Die strengen Formvorschriften des Grundstückskaufvertrags (öffentliche Beurkundung, Art. 216 Abs. 1 OR) sind also auch etwa dann nicht einzuhalten, wenn das Bauteil im Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch nicht vom Grundstück losgetrennt und damit noch Bestandteil des Grundstücks ist.

lich die kaufrechtlichen Bestimmungen zur Rechts- und Sachgewährleistung⁶⁷ von Bedeutung.

Überlässt der Eigentümer die Bauteile unentgeltlich, so liegt eine Schenkung⁶⁸ vor, allenfalls auch eine gemischte Schenkung, und zwar dann, wenn die Gegenleistung des Erwerbers im Bewusstsein beider Parteien deutlich unter ihrem Wert liegt und eine teilweise unentgeltliche Zuwendung gewollt ist.⁶⁹ 36

3. Gewährleistung (Sach- und Rechtsgewährleistung)

a. Beim Kaufvertrag

Nach Gesetz hat der Verkäufer Gewähr dafür zu leisten, dass der Kaufgegenstand dem Käufer nicht von einem Dritten aus Gründen, die bereits zur Zeit des Vertragsabschlusses bestanden haben, entzogen wird (*Rechtsgewährleistung*⁷⁰). Bei vollständiger Entwehrung kann der Käufer u.a. die Erstattung des Kaufpreises sowie Schadenersatz verlangen.⁷¹ So hätte etwa der Abbruchunternehmer, der die Bauteile in der irrigen Annahme, sie würden ihm gehören, verkauft hat, den Kaufpreis zurückzuerstatten, wenn der Grundeigentümer die Bauteile vom Käufer wieder herausverlangt. 37

Sodann haftet der Verkäufer dem Käufer sowohl für die zugesicherten Eigenschaften (z.B. Schadstofffreiheit) als auch dafür, dass die Sache keine Mängel aufweist (*Sachgewährleistung*⁷²). Bei rechtzeitiger⁷³ Mängelrüge hätte der 38

⁶⁷ Art. 192 ff. OR.

⁶⁸ Art. 239 ff. OR.

⁶⁹ Zur *gemischten* Schenkung: BSK OR I-VOGT/VOGT (FN 18), Art. 239 N 5 ff. Beide Parteien müssen bei einer gemischten Schenkung das Leistungsmissverhältnis kennen und eine unentgeltliche Zuwendung wollen. Bei einer blossen Preisvergünstigung (Rabatt, «Freundschaftspreis») liegt keine gemischte Schenkung vor, sondern ein normaler Kaufvertrag.

⁷⁰ Art. 192 ff. OR.

⁷¹ Art. 195 OR.

⁷² Art. 197 ff. OR.

⁷³ Der Käufer (bzw. stellvertretend für ihn: der Planer) muss, sobald es nach dem üblichen Geschäftsgang tunlich ist, die Beschaffenheit der Bauteile prüfen und allfällige Mängel sofort rügen, wobei die Rügefrist mit einer Rüge nach 2–3 Werktagen seit Entdeckung des Mangels nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung

Verkäufer demnach für Mängel an Bauteilen, welche «ihren Wert oder ihre Tauglichkeit zu dem vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder erheblich mindern»,⁷⁴ einzustehen. Bezüglich der Mängelhaftung ist allerdings zu berücksichtigen, dass es sich beim Kaufgegenstand um gebrauchte Ware handelt, die ein gewisses Alter hat und entsprechend Gebrauchsspuren aufweist. So haftet der Verkäufer nicht für Mängel, die der Käufer zur Zeit des Kaufes gekannt hat.⁷⁵ Der Verkäufer hat folglich nicht für die Neuheit und Unversehrtheit einzustehen, sondern dafür, dass die Bauteile für den vorausgesetzten Gebrauch, nämlich ihre bestimmungsgemässe Wiederverwendung, taugen. Für Mängel, die der Käufer in Anwendung gewöhnlicher Aufmerksamkeit hätten kennen sollen, haftet der Verkäufer nur, wenn er deren Nichtvorhandensein zugesichert hat.⁷⁶ Der Käufer (bzw. sein Planer), der die Bauteile aussucht, kann sich bei Fehlen von Zusicherungen entsprechend nicht auf deren Mangelhaftigkeit (z.B. zerbrochene Scheibe) berufen, wenn er den Mangel bei gehöriger Sorgfalt hätten erkennen können.

- 39 Sowohl die Rechts- wie auch die Sachgewährleistung lassen sich, mit Ausnahme bezüglich absichtlich verschwiegener Mängel resp. Rechte Dritter,⁷⁷ vertraglich beschränken oder aufheben. Eine Freizeichnung kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen.⁷⁸ Ein ausdrücklicher Gewährleistungsausschluss oder zumindest eine Beschränkung sind in der Praxis regelmässig zu beobachten. Ein stillschweigender (konkludenter) Haftungsausschluss ist jedoch nicht leichtfertig anzunehmen. Der blosser Umstand, dass eine Sache gebraucht ist, rechtfertigt die Annahme eines stillschweigenden Gewährleistungsausschlusses regelmässig nicht.⁷⁹ Hingegen kann ein sehr günstiger Preis auf einen stillschweigenden Gewährleistungsausschluss hindeuten. Zwecks Rechtssicherheit ist zu empfehlen, eine allfällige Freizeichnung schriftlich zu regeln. Aus Sicht des Käufers ist ein Ausschluss der Rechtsgewährleistung allerdings wegen der vorstehend beschriebenen Unsicherheiten bezüglich der Eigentümerstellung

noch eingehalten ist (BGer 4D_4/2011, 1.4.2011; BGer 4A_367/2009, 2.11.2009; BSK OR I-HONSELL [FN 18], Art. 201 N 11).

⁷⁴ Art. 197 Abs. 1 OR.

⁷⁵ Art. 200 Abs. 1 OR.

⁷⁶ Art. 200 Abs. 2 OR.

⁷⁷ Art. 192 Abs. 3 OR und Art. 199 OR.

⁷⁸ BSK OR I-HONSELL (FN 18), Art. 199 N 1.

⁷⁹ BSK OR I-HONSELL (FN 18), Art. 199 N 1.

(vgl. vorstehend III.1) riskant. Vielmehr sollte sich der Käufer vom Verkäufer zusichern lassen, dass er zum Verkauf der Bauteile berechtigt ist. Sind sodann etwa die Schadstofffreiheit oder andere bestimmte Eigenschaften (z.B. Qualität von Stahl) für den Käufer wesentlich, so sollte er sich deren Vorhandensein ebenfalls zusichern lassen – oder aber die Ware vor dem Kauf entsprechend von Experten prüfen lassen.

b. Bei der Schenkung

Ist der Veräußerungsvertrag infolge Unentgeltlichkeit als Schenkung⁸⁰ zu qualifizieren, so richtet sich die Frage der Gewährleistung nach den schenkungsrechtlichen Bestimmungen⁸¹, soweit die Parteien die Frage nicht individualvertraglich geregelt haben. Nach der gesetzlichen Bestimmung hat der Schenker dem Beschenkten für die geschenkte Sache nur die Gewähr zu leisten, die er ihm versprochen hat. Hat sich der Schenker demnach jeglicher Versprechen und Zusicherungen enthalten, kann der Beschenkte keine Mängelrechte geltend machen. Entsteht dem Beschenkten ein Schaden, so ist der Schenker nur im Falle der absichtlichen oder grobfahrlässigen Schädigung verantwortlich.⁸² 40

Verschenkt der Schenker einen Fahrnisgegenstand, an dem er gar kein Eigentum hat, kommt kein gültiger Schenkungsvertrag zustande.⁸³ Der rechtmässige Eigentümer kann die Sache vom vermeintlich Beschenkten herausverlangen, da dieser kein Eigentum erworben hat. Hat dieser die fremde Sache jedoch bereits wieder in sein Grundstück eingebaut, so wurde er mittels Akzession⁸⁴ deren Eigentümer. 41

⁸⁰ Art. 239 OR.

⁸¹ Das heisst nach Art. 248 Abs. 2 OR. Art. 248 Abs. 2 OR behandelt eigentlich nur die Sachgewährleistung. Für Rechtsmängel gilt mutatis mutandis aber das Gleiche wie für Sachmängel. Siehe Alfred Koller, Einem geschenkten Gaul schaut man nicht ins Maul, in: Nedim Peter Vogt/Dieter Zobl (Hrsg.), Der Allgemeine Teil und das Ganze, Liber Amicorum für Hermann Schulin, Basel 2002, 97 ff., 101.

⁸² Art. 248 Abs. 1 OR.

⁸³ Wurde der Fahrnisgegenstand erst durch Trennung vom Grundeigentum zur beweglichen Sache und war diese vormals als fremde Sache eingebaut, so ging das Eigentum durch Einbau unter und lebte auch mit seiner Lostrennung nicht wieder auf (siehe vorstehend, Rz. 29 und FN 45. An solchen Bauteilen kann der Verschenker/Veräußerer somit Eigentum verschaffen.

⁸⁴ Art. 671 ZGB.

4. Übergang von Nutzen und Gefahr

- 42 Sofern nicht besondere Verhältnisse oder Verabredungen eine Ausnahme begründen, gehen Nutzen und Gefahr der Sache beim Kaufvertrag gemäss dispositiver Gesetzesbestimmung⁸⁵ bereits mit dem Abschluss des Vertrages auf den Erwerber über – und nicht erst mit Übergabe der Sache. Werden die Bauteile folglich nach Vertragsschluss beschädigt oder zerstört, so trifft diesen Schaden den Käufer und nicht den Verkäufer. Der Verkäufer hat demnach gleichwohl Anspruch auf den vollen Kaufpreis. Ob der Käufer seinen Schaden auf einen Dritten (bspw. das Abbruchunternehmen, das die Bauteile nicht mit der gehörigen Sorgfalt ausgebaut hat) abwälzen kann, ist je nach konkretem Einzelfall zu beurteilen. Soll die Gefahr, mithin das Risiko des zufälligen Untergangs, erst mit der Übergabe der Sache auf den Erwerber übergehen, so müssen das die Parteien des Kaufvertrags ausdrücklich in Abweichung der dispositiven Gesetzesbestimmung regeln.
- 43 Bei der Schenkung wird der Schenker von seiner Pflicht, die Sache zu übergeben, befreit, wenn sie durch Umstände, die er nicht zu verantworten hat, untergeht.⁸⁶ Der Beschenkte hat diesfalls keinen Anspruch auf Ersatz.

IV. Rückbau der wiederzuverwendenden Bauteile

1. Vertragsparteien

- 44 Wie das Beispiel der Aluminiumfenster zeigt, müssen die Bauteile nach deren Erwerb aus der bestehenden Bauteilbaugruppe ausgebaut werden.⁸⁷ Dabei wird ein spezialisiertes Rückbauunternehmen mit dem Ausbau der Bauteile beauftragt. Wer

⁸⁵ Art. 185 Abs. 1 OR.

⁸⁶ Objektive nachträgliche Unmöglichkeit i.S.v. Art. 119 Abs. 1 OR.

⁸⁷ Dies ist freilich nicht immer der Fall. Bauteile können auch erst erworben werden, wenn sie bereits zurückgebaut worden sind. So werden bspw. auf den Online-Börsen oder von Zwischenhändlern in der Regel nur bereits losgetrennte Bauteile veräussert.

Besteller und wer Unternehmer ist, ist in der Praxis je nach Konstellation und individueller Abrede unterschiedlich. Hat der Grundeigentümer bereits ein Rückbauunternehmen beauftragt, so führt dieses oft auch gleich den Rückbau der veräusserten Bauteile aus.⁸⁸ Bisweilen einigen sich Veräusserer und Erwerber jedoch auch darauf, dass der Erwerber selber ein Rückbauunternehmen beauftragen soll.

2. Vertrag über den Rückbau von wiederzuverwendenden Bauteilen

Der Vertrag über den entgeltlichen Abbruch oder Rückbau einer Baute ist als *Werkvertrag* zu qualifizieren.⁸⁹ Das gilt auch, wenn der Vertrag nur auf den Rückbau einzelner Bauteile beschränkt ist. Auch die SIA-Norm 118⁹⁰ hält fest, dass ein Werk im Sinne von Art. 363 OR auch das Ergebnis einer Ausbesserungs-, Umbau- oder Rückbauarbeit⁹¹ sein kann. 45

Speziell am Werkvertrag über den Rückbau von wiederzuverwendenden Bauteilen ist, dass der geschuldete Erfolg, mithin das Werk, nicht bloss in der Entfernung der Bauteile bestehen soll, sondern diese so schonungsvoll entfernt werden sollen, dass sie auch tatsächlich wiederverwendet werden können. Sie sollten folglich beim Rückbau nicht zerstört oder beschädigt werden. Diese 46

⁸⁸ Schuldner der Rückbauvergütung (Werklohn) ist folglich der Veräusserer der Bauteile. In der Praxis wird allerdings meist vereinbart, dass der Erwerber diese Kosten dem Eigentümer zu erstatten hat.

⁸⁹ Art. 363 ff. OR. GAUCH (FN 32), Nr. 28 f., Nr. 120; ALFRED KOLLER, Schweizerisches Werkvertragsrecht, Zürich 2015, Rz. 68. Gemäss KOLLER, Rz. 68 (unter Verweis auf RGZ 62, 135), liegt hingegen ein Kaufvertrag vor, wenn sich jemand den Abbruch zwecks Gewinnung von Altmaterial gegen Zahlung eines Entgelts ausbedingt (Abbruchkauf). Eine Mischung aus beidem liegt schliesslich vor, wenn ein Abbruchwilliger für die Vornahme des Abbruchs ein Entgelt zu zahlen hat, der Abbrechende seinerseits ein Entgelt für das Abbruchmaterial. Am Vertragscharakter (Kauf mit werkvertraglicher Abbruchverpflichtung) ändert sich nichts, wenn ein Nettoentgelt abgemacht ist, also die beiden Entgelte «verrechnet» werden, so KOLLER, Rz. 68.

⁹⁰ Art. 1 Abs. 2 SIA-Norm 118.

⁹¹ Seit der Revision 2013 werden in der SIA-Norm 118 nicht mehr die Begriffe «Abbruch» oder «Abbrucharbeiten» verwendet, sondern es ist nunmehr von «Rückbau» und «Rückbauarbeiten» die Rede.

vertraglich geforderte Eigenschaft des Werks ist von den Parteien klar zu vereinbaren.⁹² Dies erlaubt es dem Rückbauunternehmen auch, eine geeignete Rückbaumethode zu wählen und die entsprechenden Kosten zu eruieren.

3. Gewährleistung

- 47 Der Rückbauunternehmer schuldet dem Besteller ein mängelfreies Werk. Bei Vorliegen von Mängeln am Werk hat der Unternehmer einzustehen.⁹³ Da der Unternehmer unter Umständen nicht nur für einen mängelfreien Rückbau also solchen einzustehen hat, sondern je nach individualvertraglich definierten Werkeigenschaften eben auch dafür, dass die Bauteile beim Rückbau nicht beschädigt oder gar zerstört wurden, liegt ein mängelfreies Werk nur dann vor, wenn die ausgebauten Bauteile keine Rückbauschäden aufweisen.
- 48 Ein Werkmangel ist ein vertragswidriger Zustand des Werks, der darin besteht, dass dem Werk eine vertraglich geforderte Eigenschaft fehlt.⁹⁴ Er kann im Fehlen einer vereinbarten oder zugesicherten Eigenschaft oder im Fehlen einer für den Gebrauch und die Tauglichkeit vorausgesetzten Eigenschaft bestehen. Wurden Bauteile beim Rückbau etwa beschädigt oder gar zerstört, obwohl der Unternehmer verpflichtet war, sie in unversehrtem Zustand abzuliefern, so liegt ein Mangel vor. Diesen hat der Besteller⁹⁵ sofort nach Entdeckung zu rügen, andernfalls das Werk trotz des Mangels als genehmigt gilt. Bei einem rechtzeitig gerügten Mangel kann der Besteller Wandlung (Vertragsrücktritt),

⁹² Ob und welche Werkeigenschaften vereinbart sind, ist im Einzelfall durch Vertragsauslegung zu ermitteln; vgl. GAUCH (FN 32), Nr. 1366. Im Werkvertragsrecht besteht die Zusicherung in einer vertraglich bindenden Erklärung des Unternehmers, dass sein versprochenes Werk eine bestimmte Eigenschaft aufweisen werde. Siehe dazu GAUCH (FN 32), Nr. 1372.

⁹³ Art. 367 ff. OR. Bei Geltung der SIA-Norm 118 (2013) richtet sich die Gewährleistung nach den Art. 157 ff.

⁹⁴ GAUCH (FN 32), Nr. 1356.

⁹⁵ Bei Geltung der SIA-Norm 118 (2013) kann der Mangel innerhalb von zwei Jahren seit Abnahme des Werkes jederzeit gerügt werden (Art. 172 Abs. 1 und 173 Abs. 1 SIA-Norm 118). Innerhalb dieser 2-Jahres-Frist ist der Besteller mithin von der Sofort-Rüge entbunden.

Minderung oder Nachbesserung verlangen.⁹⁶ Überdies kann er bei Verschulden des Bestellers den Mangelfolgeschaden geltend machen.

Wurde die Unversehrtheit der auszubauenden Bauteile zugesichert, beim Rückbau aber bspw. eine Fensterscheibe zerbrochen, kann der Besteller folglich vom Unternehmer den unentgeltlichen Ersatz der Scheibe verlangen. Wurde das ganze Fenster zerstört und dadurch unbrauchbar, so kann der Besteller vom Vertrag betreffend dieses eine Fenster zurücktreten und eine Vergütung für den Rückbau des einen Fensters verweigern.⁹⁷ 49

Die gesetzlichen Bestimmungen zur Mängelhaftung sind dispositiv. Sie gelten nur, wenn die Parteien nicht individualvertraglich davon abgewichen sind.⁹⁸ Ist der Rückbauunternehmer im konkreten Einzelfall etwa nicht bereit, vollumfänglich für die Unversehrtheit der Bauteile oder den mängelfreien Rückbau als solchen zu garantieren, so hat er seine Mängelhaftung diesbezüglich vertraglich auszuschliessen. 50

V. Zwischenlagerung und Transport von Bauteilen

Im Idealfall können die Bauteile unmittelbar nach ihrem Erwerb und Rückbau im neuen Bauwerk eingebaut werden. Das gelingt aber eher selten. Vielmehr vergeht zwischen dem Rückbau und der Wiederverwendung aufgrund der vorstehend beschriebenen Beschaffungsproblematik oft eine geraume Zeitspanne. Während dieser müssen die Bauteile zwischengelagert werden. Dies bedeutet weitere Kosten und zusätzliche logistische Herausforderungen. Verfügt die Bauherrin, in deren Eigentum die Bauteile nun stehen, nicht selber über einen 51

⁹⁶ Art. 368 OR. Gemäss Art. 169 SIA-Norm 118 (2013) kann der Besteller zunächst einzig Nachbesserung verlangen.

⁹⁷ Die Wandlung (als Vertragsrücktritt) beschlägt zwar grundsätzlich das Werk als Ganzes und damit den ganzen Werkvertrag. Ausnahmsweise ist jedoch in analoger Anwendung von Art. 209 Abs. 1 OR ein Teilrücktritt mit Bezug auf das mangelhafte Werkteil zulässig. Siehe dazu GAUCH (FN 32), Nr. 1547.

⁹⁸ GAUCH (FN 32), Nr. 2463, m.Nw.

geeigneten Lagerplatz⁹⁹, so müssen entweder geeignete Flächen oder Räume gemietet und entsprechend ein *Mietvertrag*¹⁰⁰ abgeschlossen werden oder die Bauteile werden bei einem Lagerhalter hinterlegt. Mit Letzterem muss die Bauherrin entsprechend einen *Hinterlegungs-/Lagervertrag*¹⁰¹ abschliessen.

- 52 Bei Abschluss eines Mietvertrags stellt der Vermieter lediglich Räume oder Flächen bereit. Für die sorgfältige und damit fachgerechte Einlagerung ist deshalb allein die Mieterin, mithin die Eigentümerin der Bauteile, verantwortlich. Allfällige Schäden an den Bauteilen infolge falscher Lagerung treffen die Eigentümerin, ohne dass sie den Vermieter dafür haftbar machen kann.¹⁰² Überträgt die Eigentümerin die Pflicht der fachgerechten Einlagerung gemäss Planervertrag aber ihrem Planer, so muss dieser dafür sorgen, dass die Bauteile sorgfältig verwahrt werden. Je nach Beschaffenheit der Bauteile ist dem Planer zu empfehlen, hierfür einen Spezialisten beizuziehen, der ihn im Einzelfall berät.
- 53 In der Praxis ist zudem häufig zu beobachten, dass auf Re-use spezialisierte Planer selber nicht nur über einen gewissen Stock an Bauteilen, sondern auch über Lagerfläche verfügen. Diese Lagerflächen stellen sie ihrer Auftraggeberin im Rahmen eines konkreten Projekts zur Verfügung. Der Planer wird damit auch zum Vermieter, der, je nach individueller Abrede gemäss Planervertrag, auch für die fachgerechte Einlagerung verantwortlich ist. Die verschiedenen Rollen des Planers sind voneinander abzugrenzen und es empfiehlt sich, die konkreten Pflichten des Planers im Zusammenhang mit der Einlagerung der Bauteile im Planervertrag genau zu definieren.
- 54 Vertraut die Bauherrin die Bauteile hingegen einem *Lagerhalter* an, so ist dieser für die sorgfältige Aufbewahrung verantwortlich.¹⁰³ Verletzt der Lagerhalter seine Sorgfaltspflichten und nehmen die Bauteile Schäden, so ist der Lagerhal-

⁹⁹ Verfügt die Bauherrin selber über einen Lagerplatz, so ist sie auch selber für die fachgerechte Einlagerung verantwortlich.

¹⁰⁰ Art. 257 ff. OR.

¹⁰¹ Art. 472 ff. OR.

¹⁰² Dies gilt selbstredend nicht, wenn die Schäden auf Mängel an der Mietsache zurückzuführen sind. Dringt etwa durch das Dach der Lagerhalle Regenwasser und werden die eingelagerten Bauteile dadurch beschädigt, dürfte der Vermieter dafür haften müssen.

¹⁰³ Art. 472 Abs. 1 OR.

ter der Bauherrin dafür haftbar, es sei denn, er hätte seine Haftung vertraglich eingeschränkt oder wegbedungen.

Die zwischenzulagernden Bauteile müssen an den jeweiligen Aufbewahrungsort transportiert werden. Die Bauherrin muss entsprechend einen *Fracht- oder Speditionsvertrag*¹⁰⁴ abschliessen. In der Regel dürfte der Planer diese Verträge ebenfalls als Vertreter im Namen und auf Rechnung der Bauherrin abschliessen.

55

VI. Wiederverwendung von gebrauchten Bauteilen

1. Stofflieferung durch den Besteller

Die erworbenen Bauteile, im vorliegenden Beispiel also die Aluminiumfenster, sollen schliesslich beim neuen Bauvorhaben wiederverwendet werden. Die Bauherrin schliesst entsprechend mit einem Unternehmer (Fensterbauer) einen *Werkvertrag* ab. Die Parteien des Werkvertrags haben neben der Vergütung (Werklohn) auch den konkreten Leistungsgegenstand und -umfang zu definieren, idealerweise mittels eines genauen Leistungsverzeichnisses.

56

Beim Re-use von Bauteilen werden diese, wie auch das Beispiel der Aluminiumfenster zeigt, von der Bauherrin beschafft und für die Erstellung des Werkes zur Verfügung gestellt. Der Werkstoff wird mithin vom Besteller geliefert. Es liegt somit ein schlichter Werkvertrag vor.¹⁰⁵ Beim Bauwerkvertrag entspricht die Stofflieferung durch den Besteller allerdings im Allgemeinen nicht der Übung. Vielmehr ist es im Bauwesen in aller Regel so, dass der Unternehmer die für die Werkerstellung benötigten Materialien und Baustoffe beibringt.¹⁰⁶

57

¹⁰⁴ Art. 440 OR (Frachtvertrag) und Art. 439 OR (Speditionsvertrag). Beim Frachtvertrag führt der Frachtführer den Transport selber aus. Der Spediteur hingegen verpflichtet sich lediglich dazu, als indirekter Stellvertreter einen Transport zu organisieren und einen Frachtvertrag abzuschliessen.

¹⁰⁵ Im Gegensatz zum *Werklieferungsvertrag*, bei welchem der Unternehmer den Stoff liefert, vgl. BSK OR I-ZINDEL/SCHOTT (FN 18), Art. 365 N 1.

¹⁰⁶ Verankert ist diese Übung, wonach der Werkstoff beim Bauwerkvertrag normalerweise vom Unternehmer geliefert wird, in Art. 10 Abs. 1 SIA-Norm 118 (2013).

- 58 Bei der im Bauwesen unüblichen Stofflieferung¹⁰⁷ durch den Besteller ergeben sich einige werkvertragliche Besonderheiten, die es zu beachten gilt. Zum einen hat der Unternehmer den vom Besteller gelieferten Stoff mit aller Sorgfalt zu behandeln, über dessen Verwendung Rechenschaft abzuliefern und einen allfälligen Rest dem Besteller zurückzugeben.¹⁰⁸ Die *Sorgfaltspflicht* verlangt vom Unternehmer den sachgerechten und schonungsvollen Umgang mit dem Werkstoff sowie im Einzelfall die Ergreifung von Massnahmen, um die anvertrauten Materialien von Dritteinflüssen zu sichern.¹⁰⁹
- 59 Der vom Besteller gelieferte Stoff muss geeignet sein, ein Werk mit den vertraglich geforderten Eigenschaften herzustellen.¹¹⁰ Bei der Wiederverwendung von Bauteilen schuldet der Unternehmer naturgemäss keine Neuwertigkeit und entsprechend müssen die vom Besteller bereitgestellten Bauteile denn auch nicht neuwertig sein, sie müssen grundsätzlich aber so beschaffen sein,

Art. 10 Abs. 3 SIA-Norm 118 (2013) bestimmt in diesem Zusammenhang, dass die Baustofflieferung durch den Besteller im Leistungsverzeichnis zu vermerken ist und in den Ausschreibungsunterlagen anzugeben ist, wie und gegebenenfalls zu welchem Preis er dem Unternehmer geliefert wird. Auch im Zusammenhang mit Re-use von Bauteilen ist es freilich nicht zwingend, dass diese vom Besteller bereitgestellt werden. So kann es durchaus auch sein, dass der Unternehmer die wiederzuverwendenden Bauteile selber beschafft.

¹⁰⁷ Die Lieferung erfolgt normalerweise durch unmittelbare Übergabe vom Besteller an den Unternehmer, kann aber auch durch Lieferung eines Dritten erfolgen, der entweder als Stellvertreter des Bestellers handelt oder vom Unternehmer im Namen und auf Rechnung des Bestellers beauftragt worden ist. Vgl. BSK OR I-ZINDEL/SCHOTT (FN 18), Art. 365 N 11; GAUCH (FN 32), Nr. 77. Da die Gefahr des zufälligen Untergangs des Werkstoffes mangels anderer Abrede mit Übergabe der Sache vom Besteller auf den Unternehmer übergeht, dürfte der Unternehmer im Normalfall darauf bestehen, dass ihm die Bauteile erst kurz vor dem Einbau geliefert werden.

¹⁰⁸ Art. 365 Abs. 2 OR.

¹⁰⁹ Vorbehältlich anderer Abrede ist die Versicherung des Werkstoffes im Normalfall Sache des Bestellers.

¹¹⁰ Verlangt die Bauherrin bezüglich einzelner Gewerke etwa die Einhaltung gewisser technischer Normen (z.B. betreffend Schallschutz, Brandschutz etc.), so müssen die von ihr gelieferten Bauteile diese Normen einhalten können. Was die Qualität der vom Besteller gelieferten Baustoffe anbelangt, so bestimmt Art. 136 Abs. 3 SIA-Norm 118, dass diese den gleichen Qualitätsbedingungen entsprechen müssen, die bei der Lieferung durch den Unternehmer gelten würden. Auf Verlangen des Unternehmers hat der Besteller durch Qualitätsuntersuchungen zu belegen, dass der Werkstoff den Qualitätsanforderungen genügt.

dass sie zum vorausgesetzten Gebrauch taugen und mit ihnen das geschuldete Werk grundsätzlich mängelfrei erstellt werden kann.

2. Gewährleistung

Der Unternehmer ist verpflichtet, ein mängelfreies Werk abzuliefern. Für Mängel¹¹¹ am Werk hat er, vorbehaltlich anderer Abrede, einzustehen (Gewährleistung¹¹²). Werkmängel, die ihre Ursache im vom Besteller gelieferten Stoff haben, sind grundsätzlich vom Besteller selbst verschuldet und sie begründen daher keine Haftung des Unternehmers.¹¹³ Davon gibt es aber gewichtige Ausnahmen:

Stellt der Unternehmer vor oder bei der Ausführung des Werkes Mängel an dem vom Besteller gelieferten Stoff fest, so hat der Unternehmer dem Besteller ohne Verzug davon Anzeige zu machen (*Abmahnpflicht*), andernfalls die nachteiligen Folgen ihm selbst zur Last fallen.¹¹⁴ Anzuzeigen sind Mängel, die der Unternehmer erkannt hat oder bei pflichtgemäßer Prüfung des Stoffes hätte erkennen können. Der Einwand, er hätte die Mängel nicht erkannt, ist dem Unternehmer daher dann verwehrt, wenn er die Mängel (früher) hätte erkennen müssen, weil sie offensichtlich oder bei einer vom Unternehmer vorzunehmenden Prüfung mit dem bei ihm vorhandenen oder nach den Umständen zu erwartenden Sachverstand erkennbar waren.¹¹⁵ Sind also etwa einzelne der gelieferten Aluminiumfenster defekt, lassen sie sich nicht öffnen, klemmen Scharniere oder sind Dichtungen porös, muss der Unternehmer dies erkennen und entsprechend abmahnen.

¹¹¹ Zum Mangelbegriff siehe vorstehend, Rz. 48.

¹¹² Art. 367 ff. OR. Bei Geltung der SIA-Norm 118 (2013) richtet sich die Gewährleistung vorbehaltlich anderer individualvertraglicher Abreden nach den Art. 157 ff.

¹¹³ GAUCH (FN 32), Nr. 1979.

¹¹⁴ Art. 365 Abs. 3 OR. Siehe auch Art. 136 Abs. 3 SIA-Norm 118 (2013).

¹¹⁵ GAUCH (FN 32), Nr. 831. Wurde die SIA-Norm 118 2 (2013) vereinbart, so ist der Unternehmer nach Art. 136 Abs. 3 von einer Prüfpflicht befreit, soweit es um Qualitätsmängel geht. Die Prüfung des Baustoffes obliegt vielmehr dem Besteller, der den Baustoff bereitstellt. Hat der Unternehmer jedoch begründeten Verdacht bezüglich Mängel am Baustoff, so hat er den Besteller zum Qualitätsnachweis aufzufordern; siehe GAUCH (FN 32), Nr. 2006. Ebenso hat er ihn auf offensichtliche Mängel hinzuweisen, die auch ohne Prüfung erkennbar sind.

- 62 Hat der Unternehmer den Besteller auf die Mangelhaftigkeit des Baumaterials hingewiesen, besteht der Besteller allerdings gleichwohl auf der Verwendung des von ihm gelieferten Baumaterials, so verliert er seine Mängelrechte.¹¹⁶ Ebenso ist der Unternehmer von der Haftung befreit, wenn die Mängel am Baustoff nur mit einer unzumutbaren (sprich: aufwendigen und teuren) Prüfung des Baustoffes hätten entdeckt werden können.¹¹⁷
- 63 Die gesetzlichen Bestimmungen zur Gewährleistung des Unternehmers für Werkmängel sind dispositiver Natur. Eine abweichende vertragliche Regelung ist folglich möglich. Diese kann bis zum umfassenden Ausschluss der Gewährleistung des Unternehmers reichen. Der Unternehmer, der dem vom Besteller gelieferten gebrauchten Baumaterial nicht traut, etwa weil der Besteller die Qualität nicht belegen kann, dürfte auf einem Gewährleistungsausschluss bestehen. Ohne abweichende vertragliche Vereinbarung greift allerdings das für den Unternehmer strenge, weil verschuldensunabhängige, gesetzliche Gewährleistungsregime.

3. Vorzeitige Vertragsbeendigung

- 64 Der Werkvertrag wird vorzeitig beendet, wenn das Werk vor seiner Ablieferung untergeht.¹¹⁸ Das Risiko des zufälligen Untergangs des Werkes trägt der Unternehmer. Er verliert seinen Vergütungsanspruch und trägt mithin die Vergütungsgefahr, es sei denn, der Besteller war mit der Annahme des Werkes in Verzug.¹¹⁹ Liegt der Grund für den Untergang des Werkes allerdings in dem vom Besteller gelieferten Stoff, so hat der Unternehmer bei rechtzeitiger Abmahnung gleichwohl Anspruch auf Vergütung seiner bis dahin geleisteten Arbeit und der Auslagen. Der Unternehmer kann überdies Schadenersatz fordern, wenn den Besteller ein Verschulden trifft.¹²⁰

¹¹⁶ Art. 369 OR.

¹¹⁷ GAUCH (FN 32), Nr. 2000.

¹¹⁸ Art. 376 OR.

¹¹⁹ Art. 367 Abs. 1 OR.

¹²⁰ Art. 367 Abs. 3 OR.

VII. Exkurs: Bauteile als Produkte i.S.d. Produktesicherheits- und Produkthaftpflichtgesetzes

1. Überblick über die Produktesicherheitserlasse

Wiederzuverwendende Bauteile sind Produkte. Wer mit wiederzuverwenden Bauteilen zu tun hat, muss entsprechend die Regeln der Produktesicherheitserlasse kennen und beachten. Das Produktesicherheitsgesetz (PrSG)¹²¹ bezweckt die Gewährleistung der Sicherheit von Produkten. Geschützt werden soll jede natürliche Person, gleichgültig, ob sie das Produkt für den «persönlichen, familiären» oder für den gewerblichen Gebrauch erworben hat, benutzt oder anwendet.¹²² Daneben bestehen zahlreiche sektorielle Produktesicherheitserlasse,¹²³ die denselben Zweck verfolgen. Einer davon ist das Bauproduktegesetz (BauPG)¹²⁴ samt dazugehöriger Verordnung.¹²⁵ Das Produktesicherheitsgesetz (PrSG) und die Bauprodukteerlasse sind Gesetze des öffentlichen Rechts, die die Sicherheit von (Bau-)Produkten gewährleisten sollen und den beteiligten Wirtschaftsakteuren verschiedene vorsorgliche Pflichten auferlegen. Die Gesetze enthalten jedoch keine materiellen Haftungsbestimmungen.¹²⁶ Gleichwohl können bei Pflichtverletzungen zivilrechtliche Haftungsfolgen resultieren (siehe dazu nachfolgend, Rz. 71). Die Haftung für

65

¹²¹ Bundesgesetz über die Produktesicherheit (PrSG) vom 12. Juni 2009, SR 930.11, in Kraft seit 1. Juli 2010.

¹²² HANS-JOACHIM HESS, Produktesicherheitsgesetz (PrSG), Stämpflis Handkommentar (SHK), Bern 2010, Art. 1 PrSG N 2. Es sollen daher auch diejenigen Personen geschützt werden, die in keinerlei Beziehung zum gefährlichen Produkt stehen, es weder besitzen noch damit umgehen, aber dennoch durch das Produkt einen Schaden erleiden.

¹²³ So zum Beispiel: Maschinenverordnung (MaschV, SR 819.14).

¹²⁴ Bundesgesetz über Bauprodukte (Bauproduktegesetz, BauPG) vom 21. März 2014, SR 933.0, in Kraft seit 1. Oktober 2014.

¹²⁵ Verordnung über Bauprodukte (Bauprodukteverordnung, BauPV) vom 27. August 2014, SR 933.01.

¹²⁶ ROLAND SPICHER/DAN OTZ, Produktesicherheit und Produkthaftpflicht aus versicherungsrechtlicher Sicht, HAVE 2018, 462 ff., 464.

Schäden aus fehlerhaften Produkten ist im Übrigen auch im Produkthaftpflichtgesetz (PrHG)¹²⁷ geregelt.

- 66 Das Verhältnis zwischen dem allgemeinen Produktesicherheitsgesetz und dem speziellen Bauproduktegesetz ist seit der Totalrevision und dem Inkrafttreten des neuen Bauproduktegesetzes im Jahr 2014 weitgehend geklärt. Das Bauproduktegesetz geht dem Produktesicherheitsgesetz grundsätzlich vor,¹²⁸ weshalb nachfolgend nur noch auf das Bauproduktegesetz eingegangen wird. Ein Vorbehalt ist jedoch anzubringen: Gewisse Bauprodukte qualifizieren nicht nur als Bauprodukte, sondern müssen allenfalls zusätzlich anderen Sektorvorschriften entsprechen, um in Verkehr gebracht oder auf dem Markt bereitgestellt werden zu dürfen.¹²⁹

2. Bauproduktegesetz

a. Terminologie, Adressaten

- 67 Als *Bauprodukt* gilt jedes Produkt, das hergestellt und in Verkehr gebracht wird, um dauerhaft in Bauwerke oder Teile davon eingebaut zu werden, und dessen

¹²⁷ Bundesgesetz über die Produkthaftpflicht (Produkthaftpflichtgesetz, PrHG) vom 18. Juni 1993, SR 221.112.944, in Kraft seit 1. Januar 1994. Das Produkthaftpflichtgesetz ist ein *Konsumentenschutzgesetz*. Es sieht im Sinne einer milden Kausalhaftung eine Haftung für Personenschäden vor (Art. 1 Abs. 1 lit. a PrHG) sowie für Sachschäden, wenn diese Sachen nach ihrer Art gewöhnlich zum privaten Gebrauch oder Verbrauch bestimmt und vom Geschädigten hauptsächlich privat verwendet worden ist (Art. 1 Abs. 1 lit. b PrHG).

¹²⁸ Art. 1 Abs. 3 PrSG; Art. 1 Abs. 4 BauPG. WALTER FELLMANN/YVONNE BURGER, Gefahrenabwehr nach Bauproduktegesetz, BR 2019, 267 ff., 267. Nur in den drei in Art. 1 Abs. 4 BauPG statuierten Ausnahmefällen bleibt das PrSG anwendbar. Siehe dazu auch die Botschaft des Bundesrats vom 4. September 2013 zum neuen Bauproduktegesetz, BBl. 2013, 7467 ff., 7495 ff.

¹²⁹ So gilt eine motorisierte Schiebetüre zwar als Bauprodukt nach BauPG. Soweit die Funktion dieser motorisierten Schiebetüre als in Verkehr zu bringende Maschine betroffen ist, sind ausserdem die Maschinenverordnung (SR 819.14) und das Produktesicherheitsgesetz (SR 930.11) sowie allenfalls weitere Erlasse für das Inverkehrbringen bzw. die Bereitstellung auf dem Schweizer Markt anzuwenden (vgl. <https://www.bbl.admin.ch/bbl/de/home/themen/fachbereich-bauprodukte/inverkehrbringen-und-bereitstellen-von-bauprodukten.html>, zuletzt besucht am 26.12.2020).

Leistung sich auf die Leistung des Bauwerks im Hinblick auf die Grundanforderungen an Bauwerke auswirkt.¹³⁰ Das Gesetz unterscheidet nicht danach, ob ein Bauprodukt neu oder gebraucht ist, erstmalig verwendet oder im Sinne eines Re-use wiederverwendet wird. Als Bauprodukte im Sinne des Bauproduktgesetzes gelten demnach auch bereits gebrauchte und zur Wiederverwendung vorgesehene Bauteile.¹³¹

Das Bauproduktgesetz regelt das *Inverkehrbringen* von Bauprodukten und ihre *Bereitstellung im Markt*.¹³² Als Akteure und damit Adressaten des Bauproduktgesetzes unterscheidet dieses primär zwischen der Herstellerin, der Importeurin und der Händlerin. Eine Händlerin ist jede natürliche oder juristische Person in der Lieferkette ausser der Herstellerin oder der Importeurin, die ein Bauprodukt auf dem Markt bereitstellt.¹³³ Als Händlerin ist demnach etwa auch der Eigentümer oder Abbruchunternehmer zu qualifizieren, der Bauteile einer Abbruchliegenschaft verkauft oder verschenkt.¹³⁴ Ebenso gilt der Unternehmer, der (gebrauchte) Bauprodukte von Dritten bezieht, um sie in ein Bauwerk einzubauen, als Händler im Sinne des Bauproduktgesetzes.¹³⁵ Und

68

¹³⁰ Art. 2 Ziff. 1 BauPG. Die Grundanforderungen an Bauwerke sind: [1.] Mechanische Festigkeit und Standsicherheit; [2.] Brandschutz; [3.] Hygiene, Gesundheit und Umweltschutz; [4.] Sicherheit und Barrierefreiheit bei der Nutzung; [5.] Schallschutz; [6.] Energieeinsparung und Wärmeschutz; [7.] Nachhaltige Nutzung der natürlichen Ressourcen (vgl. Art. 3 Abs. 2 BauPG und Anhang I BauPV).

¹³¹ Auch der Produktebegriff des PrSG erfasst alle verwendungsbereiten beweglichen Produkte, und zwar unabhängig davon, ob sie neu, gebraucht, wiederaufbereitet oder wesentlich verändert worden sind (vgl. Art. 2 Abs. 3 PrSG; SPICHER/OTZ [FN 126], 463). Das Gesetz sieht allerdings eine Ausnahme vor für Antiquitäten und reparaturbedürftige Produkte, auf deren Reparaturbedürftigkeit der Abnehmer ausdrücklich hingewiesen wurde (Art. 1 Abs. 4 PrSG). Einzelheiten dazu bei ALEXANDER R. GERSTER, Bundesgesetz über die Produktesicherheit (PrSG) – Grundlagen, Pflichten und Folgen einer Pflichtverletzung unter besonderer Berücksichtigung des zivilrechtlichen Haftungsrechts, Diss. Zürich 2017, Zürich 2018, Rz. 40 f.; HESS (FN 122), Art. 1 PrSG N 9 ff.

¹³² Art. 1 Abs. 1 BauPG. Mit *Inverkehrbringen* ist die erstmalige Bereitstellung eines Bauprodukts auf dem Markt gemeint (Art. 2 Ziff. 17 BauPG). Die *Bereitstellung auf dem Markt* bedeutet demgegenüber jede entgeltliche oder unentgeltliche Abgabe eines Bauprodukts zum Vertrieb oder zur Verwendung auf dem Markt im Rahmen einer Geschäftstätigkeit (Art. 2 Ziff. 18 BauPG).

¹³³ Art. 2 Ziff. 22 BauPG.

¹³⁴ Siehe dazu vorstehend, Rz. 28 ff.

¹³⁵ FELLMANN/BURGER (FN 128), 269.

schliesslich können die Pflichten des Bauproduktgesetzes auch den auf die Wiederverwendung von Bauteilen spezialisierten Planer treffen, der Bauteile auf Vorrat ankauft, um diese einer künftigen Bauherrin zwecks Wiederverwendung weiterverkaufen.

b. Pflichten nach dem Bauproduktgesetz

- 69 Bauprodukte (und damit auch zur Wiederverwendung vorgesehene Bauteile) dürfen vom Hersteller, der Importeurin oder der Händlerin nur in Verkehr gebracht oder auf dem Markt bereitgestellt werden, wenn sie bei normaler oder bei vernünftigerweise vorhersehbarer Verwendung die Sicherheit und die Gesundheit der Verwenderinnen und Verwender oder Dritter nicht oder nur geringfügig gefährden.¹³⁶ Der für die Beurteilung der Sicherheit anzuwendende Massstab ist im Gesetz näher geregelt.¹³⁷ Für Bauprodukte, die sie auf den Markt bringt, muss die Herstellerin eine Leistungserklärung erstellen und dem Produkt beilegen. Nach der Inverkehrbringung müssen Händler und Importeure sodann in der Lage sein, nicht anforderungskonforme Bauprodukte zurückzunehmen oder zurückzurufen sowie Korrekturmassnahmen¹³⁸ zu ergreifen. Die Identifizierbarkeit und Rückverfolgbarkeit möglicherweise sicherheitsbedenklicher Bauprodukte muss mithin gewährleistet sein.
- 70 Die mit der Inverkehrbringung und der Nachmarktüberwachung einhergehenden Pflichten treffen primär die Herstellerin und die Importeurin von Bauprodukten. Aber auch die Händlerin hat sich etwa zu vergewissern, dass dem Pro-

¹³⁶ Art. 4 Abs. 1 BauPG. Es gibt kein Produkt ohne Risiken. Daher müssen die Anforderungen an das durch das Gesetz stipulierte hohe Schutzniveau relativiert werden. Wie schon aus den allgemeinen sektoriellen Erlassen bekannt, werden Restgefahren durchaus auch im Rahmen gesetzlich verankerter sicherheitstechnischer Standards akzeptiert (HESS [FN 122], Art. 3 PrSG N 8).

¹³⁷ Art. 4 Abs. 2 BauPG. Dabei wird zwischen Bauprodukten unterschieden, die von einer bezeichneten harmonisierten technischen Norm erfasst werden oder für die eine ETB (Europäische Technische Bewertung) ausgestellt wurde, und Produkten, die weder von einer harmonisierten technischen Norm erfasst wurden noch eine ETB erhalten haben. Solche Produkte müssen mindestens die Sicherheit aufweisen, die von Verwenderinnen und Verwendern vernünftigerweise erwartet werden kann.

¹³⁸ Zu den zu ergreifenden Korrekturmassnahmen siehe FELLMANN/BURGER (FN 128), 269.

dukt die erforderlichen Unterlagen (z.B. Leistungserklärung) beigefügt sind¹³⁹ und sie muss prüfen, ob das Bauprodukt identifizierbar und rückverfolgbar ist.¹⁴⁰ Die Händlerin muss sich insbesondere auch an allfälligen Korrekturmassnahmen beteiligen oder diese veranlassen¹⁴¹ und mit den Marktüberwachungsbehörden kooperieren.¹⁴²

c. *Rechtsfolgen bei Pflichtverletzungen*

1) **Zivilrechtliche Folgen**

Die Pflichten zur Gewährleistung der Produktesicherheit werden als zivilrechtlich relevante Schutzpflichten qualifiziert, die eine Garantenstellung begründen.¹⁴³ Das bedeutet, dass die betroffenen Akteure auch ausservertraglich haftbar gemacht werden können, wenn sie Pflichten verletzen und dadurch ein Schaden entsteht.¹⁴⁴ Da im Zusammenhang mit Re-use wie gesehen auch die Bauherrin, deren Planer sowie die Unternehmer, welche die gebrauchten Bauteile verwenden, als Händlerinnen i.S.d. Bauproduktgesetzes qualifiziert werden können, haben diese die sie treffenden Pflichten unbedingt im Auge zu behalten. Zwecks Förderung von Re-use wäre es wünschenswert, die Akteure von solchen Pflichten zu befreien. Dies darf natürlich nicht zulasten der Allgemeinheit und der Nutzerinnen und Nutzer von Bauten geschehen, welche erwarten dürfen, dass Bauten sicher sind.

71

2) **Strafrechtliche Folgen**

Aber auch strafrechtliche Konsequenzen drohen. Wer nämlich vorsätzlich ein Bauprodukt in Verkehr bringt oder auf dem Markt bereitstellt, das die Anforderungen des Gesetzes nicht erfüllt, und dadurch die Sicherheit oder Gesundheit

72

¹³⁹ Art. 13 Abs. 1 BauPV. BauPG/BauPV traten erst am 1. Oktober 2014 in Kraft. Gemäss Art. 37 BauPG (Übergangsbestimmung) durften Bauprodukte bis zum 30. Juni 2015 noch nach bisherigem Recht in Verkehr gebracht werden.

¹⁴⁰ Art. 13 Absatz 1 BauPV.

¹⁴¹ Art. 13 Absätze 2 und 4 BauPV.

¹⁴² Art. 13 Absätze 3 und 4 BauPV.

¹⁴³ FELLMANN/BURGER (FN 128), 269. Siehe auch WALTER FELLMANN, Produktesicherheitsgesetz – neue Pflichten der Baubeteiligten, BRT 2013, 104 ff., 104 und 109.

¹⁴⁴ Deliktische Haftung nach Art. 41 oder Art. 55 OR.

von Personen gefährdet, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft.¹⁴⁵ Bei gewerbsmässigem Handeln kann eine Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder eine Geldstrafe verhängt werden.¹⁴⁶ Handelt der Täter lediglich fahrlässig, so ist die Strafe eine Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen.¹⁴⁷

3. Haftung für Personen- und Konsumentenschäden nach dem Produkthaftungspflichtgesetz

- 73 Gebrauchte Bauteile sind auch Produkte im Sinne des Produkthaftungspflichtgesetzes (PrHG).¹⁴⁸ Das Produkthaftungspflichtgesetz regelt die Haftungsfolgen bei Schäden, die dadurch entstehen, dass ein *fehlerhaftes Produkt*¹⁴⁹ dazu führt, dass eine Person getötet oder verletzt wird (Personenschäden) oder eine Sache beschädigt oder zerstört wird, die nach ihrer Art gewöhnlich zum privaten Gebrauch oder Verbrauch bestimmt und vom Geschädigten hauptsächlich privat verwendet worden ist.¹⁵⁰ Bezüglich Sachschäden schützt das PrHG folglich nur Konsumenten.¹⁵¹ Für den Schaden am fehlerhaften Produkt selbst besteht keine Haftpflicht.¹⁵²

¹⁴⁵ Art. 26 BauPG.

¹⁴⁶ Art. 26 Abs. 2 BauPG.

¹⁴⁷ Art. 26 Abs. 3 BauPG.

¹⁴⁸ «Eine gebrauchte Sache, die weiterveräussert wird (Occasion), bleibt ein Produkt.» HESS (FN 122), Art. 3 PrSG N 22, m.Nw.

¹⁴⁹ Fehlerhaft ist ein Produkt, wenn es nicht die Sicherheit bietet, die man unter Berücksichtigung aller Umstände zu erwarten berechtigt ist (Art. 4 Abs. 1 PrHG). Als Auslegungshilfe kann Art. 3 Abs. 3–5 PrSG herangezogen werden (HANS-JOACHIM HESS, Produkthaftungspflichtgesetz [PrHG], Stämpflis Handkommentar [SHK], 3. A., Bern 2016, Art. 4 N 5).

¹⁵⁰ Art. 1 Abs. 1 PrHG.

¹⁵¹ HESS (FN 149), Art. 1 PrHG N 81. Nach dem PrHG ist der Schadenersatz bei Sachbeschädigung auf Sachen beschränkt, die privat genutzt werden. Unter dem Begriff «privater» Gebrauch ist der persönliche oder familiäre Gebrauch zu verstehen, der im Gegensatz zum beruflichen oder gewerblichen Gebrauch steht. Die Abgrenzung zum beruflich-gewerblichen Gebrauch ist nicht immer einfach.

¹⁵² Art. 1 Abs. 2 PrHG.

Die Produkthaftpflicht trifft primär die Herstellerin¹⁵³ des fehlerhaften Produkts sowie die Importeurin¹⁵⁴ des Produkts. Lässt sich jedoch nicht (mehr) feststellen, wer Herstellerin ist, so gilt jede Person als Herstellerin, welche das Produkt geliefert hat, sofern sie dem Geschädigten nach einer entsprechenden Aufforderung nicht innerhalb einer angemessenen Frist die Herstellerin oder die Person nennt, die ihr das Produkt geliefert hat.¹⁵⁵ Unter Umständen haftet also wiederum auch die Händlerin, mithin die Grundeigentümerin oder der Abbruchunternehmer, der die Bauteile verkauft. Diese Haftung lässt sich nicht beschränken oder ausschliessen.¹⁵⁶

74

VIII. Würdigung

Die bestehende Bausubstanz wird zunehmend als Rohstoffmine genutzt. Während sich rund um das Recycling von Bauschutt eine Kreislaufwirtschaft etabliert hat, wurde die Gewinnung von wiederverwendbaren Bauteilen noch nicht nach ökonomischen Prinzipien optimiert. Obwohl das Angebot theoretisch schier unerschöpflich gross ist, gestalten sich Suche und Erwerb der richtigen Bauteile noch oft als grosse Herausforderung. Das erhöht die Transaktionskosten und Risiken, die eine auf Nachhaltigkeit bedachte Bauherrin einzugehen gewillt sein muss.

75

Re-use verändert die gewohnten Prozesse beim Planen und Bauen. Von den verschiedenen am Bauprozess Beteiligten wird die Erbringung neuer Aufgaben erwartet. Eine klare Definition der neu abzusteckenden Mitwirkungspflichten und Aufgaben und damit des erweiterten Leistungsumfangs der verschiedenen Akteure ist vor diesem Hintergrund zentral. Meist laufen die Fäden in der Hand des Planers zusammen, der im Auftrag seiner Bauherrin Bauteile aufspürt, prüft, erwirbt, zwischenlagert und vom Unternehmer schliesslich aufbereiten und wiederverwenden lässt. Dies bedingt den Abschluss zahlreicher privatrechtlicher Verträge mit einigen Besonderheiten, namentlich bezüglich der

76

¹⁵³ Vgl. Art. 1 und 2 PrHG.

¹⁵⁴ Art. 2 Abs. 1 lit. c PrHG.

¹⁵⁵ Art. 2 Abs. 2 PrHG.

¹⁵⁶ Art. 8 PrHG.

Gewährleistung. Wer gebrauchte Bauteile verkauft, besteht meist auf einer Freizeichnung von der gesetzlich vorgesehenen Gewährleistungspflicht; ebenso wenig ist der Unternehmer, dem von der Bauherrin/Bestellerin gebrauchte Bauteile als Werkstoff zur Verfügung gestellt werden, bereit, wie üblich für die Mängelfreiheit seines Werkes Gewähr zu leisten. Die von der Bauherrschaft zu tragenden Risiken erhöhen sich dadurch. Umso wichtiger ist im Einzelfall eine eingehende Prüfung und Analyse der Bauteile, bevor sie erworben und wiederverwendet werden. Diese Risikoverteilung dürfte sich in Zukunft dann allmählich zugunsten der Bauherrschaft verändern, wenn sich für gebrauchte Bauteile spezialisierte Zwischenhändler etablieren, die gegen entsprechende Vergütung bereit sind, Risiken zu übernehmen und eine Garantie für die von ihnen angebotenen Bauteile zu leisten.

- 77 Erschwerend können für die Akteure beim Re-use die Sicherheitsvorschriften der Bauproduktgesetzgebung hinzukommen. Bei gebrauchten Bauteilen fehlen möglicherweise Unterlagen und Informationen des ursprünglichen Herstellers oder Importeurs; die Pflichten und Risiken verlagern sich damit auf die Bauherrschaft, die gebrauchte Bauteile erwirbt und damit genauso wie der Veräusserer als Händler betrachtet werden kann, sowie den Unternehmer, der gebrauchte Bauteile einbaut. Je nach Bauteil und den möglichen Sicherheitsrisiken, die damit verbunden sein könnten, sind entsprechend sorgfältige Abklärungen zu tätigen. Bei alten Granitplatten für einen Gartensitzplatz dürften solche zwar kaum nötig sein, umso mehr aber, wenn Brandschutztüren oder Stahlträger für eine neue Tragkonstruktion wiederverwendet werden sollen.
- 78 Obwohl beim Re-use noch vieles am Anfang steht: Die Bauwirtschaft als eine der grössten Erzeugerinnen von Abfall hat die Zeichen der Zeit erkannt. Re-use bietet zahlreiche Vorteile und liegt im Trend. Das Wissen um mögliche Risiken, entsprechende Sorgfalt und eine umsichtige Vertragsredaktion können verhindern, dass die Wiederverwendung von Bauteilen zur haftungsrechtlichen Stolperfalle wird.

Der Bauprozess als Brücke

Eine Synthese der rechtswissenschaftlichen Sondierungen zur Wiederverwendung von Bauteilen

Oliver Streiff*

Die Wiederverwendung von Bauteilen befindet sich in einem Experimentierstadium. Risikobereite Akteure aus der Planungs- und Baupraxis erproben gemeinsam mit innovationsoffenen Bauherrschaften einen ressourcenschonenden Umgang mit Bestehendem. Dieser Ansatz findet seinen Niederschlag nicht zuletzt in einer veränderten Ästhetik und neuen Aufgaben in der Planung. Diese Herangehensweise kann sich nur dann vom Experiment zu einer etablierten Praxis entwickeln, wenn die damit einhergehenden spezifischen Risiken lokalisierbar werden. Darüber hinausgehend muss ein rechtliches Instrumentarium zur Verfügung stehen, um diese Risiken zwischen den Akteuren zu verteilen respektive zu kompensieren. Nur dann werden sie als tragbar erachtet. An diesem Punkt setzen die rechtswissenschaftlichen Sondierungen in diesem Band an. 1

In der Zusammenschau der Beiträge zeigt sich zunächst, dass die Wiederverwendung von Bauteilen ein rechtlich bisher wenig bearbeitetes Phänomen darstellt. Ebenso wird deutlich, dass die innovative Wiederverwendung mit hergebrachten Ansätzen und Normen in Konflikt geraten kann. Aus dieser Differenz ergibt sich die Notwendigkeit weitergehender Forschung. Weiter führen die Sondierungen plastisch vor Augen, dass sich die Wiederverwendung von Bauteilen in rechtlicher Hinsicht einer strikten Trennung zwischen privatem und öffentlichem Recht entzieht. Öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Aspekte des Problems sind in gleicher Weise relevant und teilweise eng miteinander verknüpft. Die Sicherheit eines wiederverwendeten Bauteils berührt 2

* Dr. iur., dipl. Arch. ETH, Dozent an der ZHAW School of Management and Law und Lehrbeauftragter an der ETH Zürich, Konsulent bei AA+K Abegg Anwälte und Konsulenten, Zürich.

die Bewilligungsfähigkeit eines Bauprojekts genauso wie das Haftungsrisiko der Bauherrschaft, der Planer oder der Unternehmer. Auch ist sie nicht zu trennen von der Frage, wie die einschlägige Sicherheitsnorm überhaupt gesetzt wurde. Durch die Wiederverwendung von Bauteilen wird damit über die rechtlichen Subdisziplinen hinweg ein funktionales Feld aufgespannt.

- 3 Konturen eines verfassungsrechtlichen Dachs über dem Wiederverwendungsansatz ergeben sich aus dem Nachhaltigkeitsprinzip und dem umweltrechtlichen Vorsorgeprinzip. Weitere Anknüpfungspunkte sind aber denkbar. So bleibt zu erforschen, inwieweit die Wiederverwendung nicht auch als kultureller Akt oder als Gegenstand einer innovativ verstandenen Steuerung der räumlichen Transformation – mit überkommener Bezeichnung als Gegenstand des Heimatschutzes – betrachtet werden kann. Damit würden sich Zuständigkeiten und Fördermöglichkeiten erweitern, gerade auch in Bereichen, die dem Denkmalschutz in vielen Fällen entzogen sind. Ein Schwingflügel Fenster, ein Beleuchtungskörper oder eine Armatur ohne herausragenden Wert können durch die Wiederverwendungspraxis dem Entsorgungsstrom entzogen und in neuem Kontext durchaus Zeugen einer vergangenen Zeit werden.
- 4 Das verfassungsrechtliche Dach mit seinen Konkretisierungen im Bauprodukte- und Umweltrecht wird hauptsächlich den Grundsatzentscheid für eine Wiederverwendung sowie den Markt von wiederverwendbaren Bauteilen beeinflussen. Die Sondierungen führen jedoch vor Augen, dass die dem Einbau von Bauteilen vorgelagerte Baubewilligung als eigentliches Nadelöhr fungiert. Im Rahmen des Baubewilligungsverfahrens werden unterschiedliche Teilaspekte des Bauvorhabens auf ihre Rechtmässigkeit hin überprüft, wobei nicht nur raumplanungs- und baurechtliche, sondern beispielsweise auch gewässerschutz- oder denkmalrechtliche Aspekte eine Rolle spielen. Über Generalklauseln oder Verweise erlangen dabei die technischen Normen, beispielsweise Brandschutznormen oder andere Sicherheitsnormen, eine eminente Bedeutung. Vielfach handelt es sich dabei um Bestimmungen, die von privaten Fachverbänden erarbeitet und aktualisiert werden. Sie unterliegen damit nicht den rechtsstaatlichen und demokratischen Sicherungen, aber auch nicht den Restriktionen oder Nivellierungen, die dem Gesetzgebungsverfahren inhärent sind. Diese rechtsetzungstechnischen Besonderheiten können im Hinblick auf die Wiederverwendung als Chance und Risiko zugleich betrachtet werden.

Jedenfalls aber sind die neueren Erkenntnisse zur Selbstregulierung im Recht der technischen Risiken in die weiteren Forschungsbemühungen zu integrieren.

Ob Fragen der Wiederverwendung im Bewilligungsverfahren aber überhaupt aufgeworfen werden, hängt hauptsächlich von der Bestellung der Bauherrschaft und damit von vertraglichen Vereinbarungen zwischen der Bauherrschaft und den Planern ab. Der privatrechtliche Untersuchungsstrang zeigt eindrücklich, dass die Wiederverwendung von Bauteilen zu einer massgeblichen Erweiterung des vertraglich zu vereinbarenden Leistungsspektrums der Planer führt. Die Planungsverantwortlichen müssen sich beispielsweise auf Bauteilsuche begeben, Materialprüfungen vornehmen oder neuartige Vertretungspflichten gegenüber Dritten, etwa Transport- oder Lagerspezialisten, übernehmen. Solche Verschiebungen können nicht ohne Auswirkungen auf die ohnehin komplexe Organisation des Planungsteams und seine Honorierung bleiben, denn ein durchschnittliches Architekturbüro wird durch solche Aufgaben regelmässig überfordert sein. Die Wiederverwendung führt auch zu neuartigen Haftungsrisiken, die quer zum eingespielten Rollenverständnis im Dreieck zwischen Bauherrschaft, Planern und Unternehmern stehen. Diese Risiken werden insbesondere auch zu anders gearteten Versicherungsbedürfnissen aller Beteiligten führen. Dafür müssen neue Versicherungsmodelle entwickelt werden.

Die bisherigen Untersuchungen zeigen weiter, dass die Wiederverwendung von Bauteilen auch die bauwerkvertragliche Seite der Realisierung betrifft. In den Verträgen mit den Rückbauunternehmen, besonders aber mit den Unternehmen, die gebrauchte Bauteile einbauen, sind besondere Gewährleistungsvereinbarungen zu treffen. Diese werden von den in der Bauwirtschaft üblichen Klauseln und dem dispositiven Gesetzesrecht abweichen. In die Überlegungen einzubeziehen sind dabei auch das Produktesicherheitsrecht und die Spezialnormen im Bauproduktrecht. Im Zusammenhang der Wiederverwendung steht dabei weniger der Abbau von Handelshemmnissen im Vordergrund. Zentral ist vielmehr der Schutz von Gebäudenutzerinnen und -nutzern.

Insgesamt ist von einer Zunahme von Risiken für die beteiligten Akteure auszugehen. Solche Risiken werden nur dann eingegangen, wenn im Bauprozess zur richtigen Zeit die richtigen Fragen aufgeworfen werden, für alle Beteiligten ein geeigneter Werkzeugkasten zur Verfügung steht und die Wiederverwendung

von Bauteilen auch wirtschaftlich ist. In den Fokus rücken damit aus öffentlich-rechtlicher Sicht Instrumente, die über das Polizeirecht hinausgehen, insbesondere die Beratung, die Information und unter Umständen auch die Förderung. Die bisherigen Untersuchungen erlauben die These, dass der Bauprozess mit seinen klar strukturierten und auch in Verbandsnormen verankerten Phasen das geeignete Objekt darstellt, an dem die rechtlichen Instrumente ausgerichtet werden können. Die Ausrichtung an dieser Leitgrösse ermöglicht die in der Praxis notwendige Integration von weitergehenden Forschungsergebnissen. Sie erleichtert auch die Auffindbarkeit der Ergebnisse für die Vielfalt der Akteure, von der Bauherrschaft bis hin zum Abbruchunternehmen. Der Bauprozess, der unter Umständen durch weitergehende Forschungsergebnisse gerade auch selbst Veränderungen unterworfen sein wird, dient damit als Brücke, die zwischen den unterschiedlichen Disziplinen vermittelt und eine Kommunikation überhaupt ermöglicht.

- 8 Für weitergehende Forschungen ist ein Forschungsdesign zu wählen, das der Wiederverwendung die Position eines epistemischen Objekts einräumt. Von solchen Objekten wird dann gesprochen, wenn unterschiedliche, wissenschaftlich oder praktisch tätige Akteure gemeinsam ein Forschungsproblem formulieren und dieses dann von unterschiedlichen Perspektiven her untersuchen. Das Forschungsdesign muss es dabei konzeptuell ermöglichen, die wissenschaftlichen und praktischen Aspekte des Themas einzeln und disziplinar aufzugreifen, gleichzeitig aber die Ergebnisse im Hinblick auf das praktische Problem der Wiederverwendung zu integrieren.
- 9 Aus den bisherigen Arbeiten ergibt sich die Einsicht, dass das Problem der Wiederverwendung von Bauteilen in unterschiedlicher Hinsicht einen grossen Neuigkeitsgehalt aufweist. Weitergehende Forschungsbemühungen sind angesichts des vielfältigen ökologischen und architektonischen Potenzials der Wiederverwendung sinnvoll und von grossem Nutzen. Aufgrund der Lage des Problemfelds am Übergang zwischen unterschiedlichen wissenschaftlichen Disziplinen und praktisch tätigen Akteuren ist der konzeptionellen Gestaltung von weiterführenden Projekten allerdings grosse Beachtung zu schenken.

Die Wiederverwendung von Bauteilen befindet sich im Stadium des Experiments. Ob Abbruchbeton zu Granulat zerkleinert und als Grundlage für Recyclingbeton verwendet wird oder ob ganze Fenster einem Abbruchobjekt entnommen und in ein anderes Gebäude eingebaut werden, macht aus verschiedener Perspektive einen grossen Unterschied. Im vorliegenden Sammelband werden diese unterschiedlichen Perspektiven aufgenommen und sowohl das öffentlich-rechtliche als auch das privatrechtliche Gerüst für die Wiederverwendung von Bauteilen herausgearbeitet. Dabei werden auch offene Fragen und weiterer Forschungsbedarf deutlich. Die Ergebnisse vermitteln nicht nur Juristen, sondern auch Bauherrschaften und Planern einen an der Praxis orientierten Überblick über die Thematik.

ISBN 978-3-03891-308-5



9 783038 913085