

Alfred Koller

## Ausservertragliche Haftung für Werkmängel

Das Geschäftsführungsrecht als Mittel zur Überwälzung von Mängelbeseitigungskosten

---

Der nachstehende Beitrag befasst sich mit der Frage, ob der Besteller eines Bauwerks allfällige Mängel desselben unter Umständen auch dann auf Kosten des Unternehmers beseitigen kann, wenn ihm keine Gewährleistungsrechte (mehr) zustehen. Diese Möglichkeit wird von einzelnen generell abgelehnt. Andere gewähren ausnahmsweise einen Ersatzanspruch, teils gestützt auf Art. 41 OR, teils gestützt auf Art. 422 Abs. 1 OR. Der Schreibende selbst ist der Meinung, dass jedenfalls die letztere Anspruchsgrundlage in Betracht kommt.

---

Rechtsgebiet(e): Bau- und Raumplanungsrecht. Bodenrecht

Zitiervorschlag: Alfred Koller, Ausservertragliche Haftung für Werkmängel, in: Jusletter 7. September 2009

[Rz 1] Gegenstand der folgenden Ausführungen bildet der Fall, dass ein Unternehmer für einen Mangel des von ihm abgelieferten Bauwerks gewährleistungspflichtig ist, die Mängelrechte des Bestellers jedoch zufolge Verjährung oder Verwirkung nicht mehr durchsetzbar sind. Mit Bezug auf diesen Fall interessiert die Frage, ob der Besteller allenfalls auf anderer (nicht-werkvertraglicher) Anspruchsgrundlage die Beseitigung des Mangels oder – im Falle einer Ersatzvornahme – die Übernahme der Kosten durch den Unternehmer verlangen kann. Die Fragestellung sei an einem Beispielsfall – in Anlehnung an BGE 117 II 259 – illustriert:

[Rz 2] B ist Eigentümer einer Liegenschaft. Auf dieser lässt er durch U ein Einfamilienhaus erstellen. Diesem überträgt er auch die Sicherung des hinter dem Haus befindlichen, entlang der Grundstücksgrenze verlaufenden Steilhanges. Kaum ist die Fünfjahresfrist von Art. 371 Abs. 2 OR verstrichen, stellt B fest, dass der Hang rutscht. Anlässlich eines Gewitters lösen sich Steine und Erdschollen von der Böschung und stürzen über eine den Steilhang sichernde Mauer auf den Zugangsweg zum Einfamilienhaus. B holt hierauf ein Gutachten ein. Der Gutachter stellt fest, dass der Hang nach wie vor rutschgefährdet ist und eine Gefahr für das Haus von B darstellt. Ferner stellt er fest, dass die Sicherung des Steilhanges nicht den üblichen Standards entspricht und daher ein Werkmangel gegeben ist. B verlangt von U gestützt auf Art. 368 Abs. 2 OR die erneute Sicherung des Hanges bzw. die Beseitigung des Mangels. U erhebt die Verjährungseinrede.

[Rz 3] In Fällen wie dem geschilderten hat der Unternehmer regelmässig die Regeln der Baukunde verletzt und damit gegen Art. 229 StGB verstossen. Auch wenn man dies im Einzelfall verneinen sollte, ist jedenfalls von einem zivilrechtlich widerrechtlichen Verhalten auszugehen. Denn wer eine Gefahr für Leib und Leben und überhaupt für Rechtsgüter Dritter schafft, handelt vorbehaltlich besonderer, meist nicht gegebener Gründe widerrechtlich (sog. Gefahrensatz; vgl. Art. 59 Abs. 1 OR)<sup>1</sup>. U hat daher im Beispielsfall nicht nur seine vertraglichen Pflichten verletzt, sondern auch gegen ein allgemeines Gebot der Rechtsordnung verstossen. Ein solcher Verstoss kann bei Realisierung der in Frage stehenden Gefahr Haftungsfolgen zeitigen (Art. 41 OR), vorab aber begründet er die Pflicht, alles Nötige vorzukehren, um eine Realisierung der Gefahr und damit eine Schädigung Dritter zu verhindern (BGE 123 III 306 E. 4a)<sup>2</sup>. Wer beispielsweise einen Graben ausgehoben hat, muss bei Nacht für die nötige Beleuchtung sorgen<sup>3</sup>.

[Rz 4] Die aus dem Gefahrensatz fliessende (deliktsrechtliche) Gefahrabwendungspflicht ist nach herrschender

Ansicht nicht bzw. nur ausnahmsweise klagbar<sup>4</sup>. Ist kein Ausnahmetatbestand gegeben, so kann der Unternehmer nicht mit Erfolg auf Reparatur seines Werks bzw. Beseitigung der geschaffenen Gefahr verklagt werden. Eine andere Frage ist, ob der Gefährdete (im Beispielsfall B) die Reparatur selbst vornehmen und für die Kosten vom Unternehmer (im Beispielsfall U) Schadenersatz verlangen kann. Das wird in der Literatur teilweise bejaht – so etwa von GAUCH<sup>5</sup> –, vom Bundesgericht aber verneint (BGE 117 II 259 E. 3). Ob Aufwendungen zwecks Gefahrenabwehr auf anderer Anspruchsgrundlage ersatzfähig sind, ist damit noch nicht entschieden und war in BGE 117 II 259 nicht zu prüfen. Insbesondere hatte das Bundesgericht nicht zu klären, ob allenfalls ein Anspruch aus echter Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 422 Abs. 1 OR) besteht. Die neuere Lehre bejaht diese Möglichkeit<sup>6</sup>, m.E. zu Recht.

[Rz 5] Art. 422 Abs. 1 OR setzt voraus, dass eine vom Gefährdeten vorgenommene Gefahrenabwehr fremdnützig und im Interesse des Verpflichteten (im Beispielsfall U) geboten war:

- Fremdnützigkeit ist ohne weiteres zu bejahen, aus zwei Gründen: Zum einen, weil der Verpflichtete durch die Gefahrenabwehr seiner (unklagbaren) Gefahrabwendungspflicht enthoben ist, zum andern, weil seine potentielle Haftpflicht (Art. 41 OR) entfällt. Dass die Gefahrenabwehr auch eigennützig ist, also den Interessen des Gefährdeten dient, ändert nach zutreffender herrschender Ansicht nichts<sup>7</sup>.
- Geboten ist die Gefahrenabwehr vorab dann, wenn der Verpflichtete nicht selbst zum Rechten sehen, also die Gefahr nicht selbst abwenden konnte, z.B. wegen Abwesenheit oder in Fällen von Dringlichkeit. War er dazu – wie regelmässig – imstande, so ist die Geschäftsführung immer dann geboten, wenn der Gefährdete den Verpflichteten zur Gefahrabwehr aufgefordert hatte und dieser der Aufforderung nicht gefolgt ist. Zwar entspricht diesfalls die Geschäftsführung nicht dem Willen des Verpflichteten, doch ist dieser Wille «unzweifelhaft»<sup>8</sup> unbeachtlich<sup>9</sup>.

<sup>4</sup> THOMAS RÖTHLISBERGER, Zivilrechtliche Produktbeobachtungs-, Warn- und Rückrufpflichten der Hersteller, Diss. Basel, Zürich 2003, S. 181.

<sup>5</sup> PETER GAUCH, Grundbegriffe des ausservertraglichen Haftpflichtrechts, recht 1996, S. 225 ff., S. 233.

<sup>6</sup> S. insbesondere RÖTHLISBERGER (FN 4), S. 206 ff.; ferner in verwandtem Zusammenhang KOLLER (FN 3), § 32 Rn 30 f.

<sup>7</sup> RÖTHLISBERGER (FN 4), S. 207; THEO GUHL/ANTON K. SCHNYDER, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. A., Zürich 2000, § 49 Rn 41; URS LISCHER, Die Geschäftsführung ohne Auftrag im schweizerischen Recht, Diss. Basel 1990, S. 58 f.; JÖRG SCHMID, Zürcher Kommentar, Teilband V 3a, 3. A., Zürich 1993, N 16 zu Art. 419 OR; DERS., Geschäftsführung ohne Auftrag, Habil. Freiburg 1992, Rn 217 ff.

<sup>8</sup> RÖTHLISBERGER (FN 4), S. 209; vgl. auch SCHMID, Habil. (FN 7), Rn 337, m.w.Nw.

<sup>9</sup> Die Unbeachtlichkeit ergibt sich aus der Rechts- bzw. Sittenwidrigkeit

<sup>1</sup> Vgl. statt aller HEINRICH HONSELL, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 4. A., Zürich 2005, § 4 Rn 31 ff.

<sup>2</sup> Ferner z.B. Pra 2008 Nr. 129 E. 2.1.

<sup>3</sup> ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. A., Bern 2009, § 2 Rn 114, mit Hinweis auf BGE 45 II 638 E. 3.

[Rz 6] Aus dem Gesagten folgt, dass der Bauherr in Fällen wie dem oben beispielshalber geschilderten vom Unternehmer verlangen kann, die durch den Werkmangel verursachte Gefahr zu beseitigen. Weigert sich der Unternehmer, seiner Gefahrabwendungspflicht nachzukommen, kann der Bauherr selbst die nötigen Vorkehren treffen und die Kosten nach Massgabe von Art. 422 Abs. 1 OR auf den Unternehmer abwälzen. Zu ersetzen sind gegebenenfalls (nach Art. 422 Abs. 1 OR) alle «Verwendungen, die notwendig oder nützlich und den Verhältnissen angemessen waren». Welche Verwendungen im Einzelfall ersatzfähig sind, hängt von den konkreten Umständen ab und sei hier nicht näher geprüft.

[Rz 7] Umstritten ist, welcher Verjährungsordnung die aus Art. 422 Abs. 1 OR abgeleiteten Ansprüche auf Verwendungsersatz unterliegen. Herrschend ist die Auffassung, wonach solche Ansprüche zehn Jahre (Art. 127 Abs. 1 OR) nach Fälligkeit (Art. 130 Abs. 1 OR) verjähren, mithin zehn Jahre ab «der Vornahme der Verwendung»<sup>10</sup>. Nach einer von SPIRO begründeten Gegenauffassung rechtfertigt sich die Anwendung der ordentlichen Verjährungsordnung (Art. 127 ff. OR) erst mit einer allfälligen Genehmigung der Geschäftsführung durch den Geschäftsherrn; ohne Genehmigung komme Art. 67 OR zum Tragen<sup>11</sup>. Nach HOFSTETTER ist SPIROS Lösung zumindest de lege ferenda vorzuziehen, selbst nach erfolgter Genehmigung<sup>12</sup>. M.E. ist die von SPIRO vertretene Lösung schon de lege lata die zutreffende. Zwar gelten die Art. 127 ff. OR generell, soweit das Bundeszivilrecht nicht etwas anderes bestimmt<sup>13</sup>. Indes ist nicht erforderlich, dass *ausdrücklich* etwas anderes bestimmt ist. Eine ungeschriebene, durch Gesetzesergänzung (Art. 1 Abs. 2 ZGB), hier durch analoge Anwendung von Art. 67 OR gewonnene Regel genügt<sup>14</sup>. Folgt man der herrschenden Ansicht, wird man sich fragen müssen, ob sich der Verjährungsbeginn in den hier interessierenden Fällen nicht nach Art. 130 Abs. 2 (statt Abs. 1) OR richtet. Die Zehnjahresfrist würde bei Bejahung der Frage nicht mit Vornahme der Verwendung, sondern in dem Zeitpunkt beginnen, in dem der Berechtigte (B im eingangs geschilderten Beispielfall) zur Vornahme der Verwendung berechtigt ist<sup>15</sup>.

---

einer entsprechenden Anweisung des Verpflichteten. Solche Anweisungen lösen nicht nur keine Zufallshaftung i.S.v. Art. 420 Abs. 3 OR aus, sie sind vielmehr gänzlich unbeachtlich; vgl. GEORG GAUTSCHI, Berner Kommentar, Band VI, 2. Abt., Teilband 5, 2. A., Bern 1964, N 26c, N 27b vor Art. 419 ff. OR; SCHMID, Zürcher Kommentar (FN 7), N 57 zu Art. 420 OR; DERS., Habil. (FN 7), Rn 383.

<sup>10</sup> SCHMID, Zürcher Kommentar (FN 7), N 47 zu Art. 422 OR.

<sup>11</sup> KARL SPIRO, Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatalefristen, Band 1, Bern 1975, S. 729; gleich im Ergebnis, aber unter zusätzlicher Heranziehung von Art. 60 OR, LISCHER (FN 7), S. 118.

<sup>12</sup> JOSEF HOFSTETTER, Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag, SPR VII/6, Basel/Genf/München 2000, S. 254.

<sup>13</sup> So ausdrücklich Art. 127 OR hinsichtlich der Verjährungsfrist.

<sup>14</sup> S.z.B. KOLLER (FN 3), § 67 Rn 44, m.Nw.

<sup>15</sup> Eingehend zu Art. 130 Abs. 2 OR KOLLER (FN 3), § 68 Rn 10 ff.

[Rz 8] Nachgetragen sei, dass Art. 422 Abs. 1 OR nicht nur im Verhältnis zum Unternehmer, der ein mangelhaftes Werk abgeliefert hat, zum Tragen kommt, sondern auch gegenüber allen anderen, welche für die Mangelhaftigkeit einzustehen haben, also z.B. gegenüber einem Architekten, welcher den Mangel durch Verletzung seiner Bauleitungspflicht mitverursacht hat. Nachgetragen sei ferner, dass zugunsten des die Gefahr beseitigenden Bauherrn auch ein Anspruch aus Art. 423 Abs. 2 OR in Frage kommt, dies insbesondere dann, wenn jener zur Selbsthilfe schreitet, ohne dem präsumtiven Ersatzpflichtigen die Gelegenheit gegeben zu haben, selbst die nötigen Vorkehrungen zu treffen. Ein Letztes: Im Ergebnis wäre es geradezu stossend, wenn der Gefährdete in Fällen wie dem einleitend geschilderten nicht die Möglichkeit hätte, die Gefahr auf Kosten desjenigen, der die Gefahr geschaffen hat, zu beseitigen. Denn er wäre dann vor die Wahl gestellt, «entweder den drohenden Schäden auf eigene Rechnung abzuwehren oder sich im Falle des Schadenseintritts eine Minderung des Ersatzanspruchs nach Art. 44 OR gefallen zu lassen»<sup>16</sup>. Fraglich kann daher nur sein, auf welcher Anspruchsgrundlage Kostenersatz zugesprochen werden kann. Aus den dargelegten Gründen kommt insoweit jedenfalls Art. 422 Abs. 1 OR in Betracht. Offen bleibe hier, ob auch die von GAUCH<sup>17</sup> befürwortete Schadenersatzlösung (Haftung aus Art. 41 OR) gesetzeskonform ist.

---

Prof. Dr. Alfred Koller ist Ordinarius für Privat- und Handelsrecht an der Universität St. Gallen.

---

\* \* \*

---

<sup>16</sup> GAUCH (FN 5), S. 233.

<sup>17</sup> GAUCH (FN 5), S. 233.