



## Sachgewähr via Baukontrolle?

ARNOLD F. RUSCH\*

*Baumängel muss man meist innert kürzester Zeit rügen und die Gewährleistung sodann in teuren und langwierigen Verfahren einklagen. Gibt es Alternativen dazu? Der nachfolgende Artikel richtet den Fokus auf das öffentliche Recht, genauer auf die baupolizeiliche Anzeige, dass der Unternehmer die erteilte Baubewilligung nicht eingehalten habe. Diese hat das Potential, Gewährleistungs- und Erfüllungsansprüche kostenlos durchzusetzen. Aber aufgepasst: Dabei ist nicht immer sicher, dass sich die Baupolizei wunschgemäss an den Unternehmer und nicht an den Käufer, Besteller oder Eigentümer hält.*

*Il est pénible et coûteux de saisir le juge pour la garantie en raison des défauts. En plus, il faut vérifier l'immeuble, et s'il y a des défauts, il faut en aviser le vendeur ou l'entrepreneur sans délai. Existe-t-il des voies alternatives? Dans cet article, l'auteur analyse la possibilité d'une dénonciation des défauts de l'ouvrage à la police des constructions. Celle-ci fait initier un contrôle gratuit des travaux effectués selon les conditions du permis de construire. S'il y a des différences, elle ordonne la mise en conformité. En principe, cette voie fonctionne et exécute la garantie sans coûts et en vitesse – si l'autorité compétente s'adresse à l'entrepreneur. Il faut donc bien se garder de la possibilité que l'autorité compétente ne saisisse le propriétaire de l'immeuble!*

### Inhaltsübersicht

- I. Ausgangslage: Schwierige Durchsetzung der Sachgewähr bei Baumängeln
- II. Grundlagen der Baukontrolle als Alternative
  - A. Zuständigkeit
  - B. Störer als Adressat der Baukontrolle
- III. Diskussion der Anwendungsfälle
  - A. BGE 107 Ia 19 ff. – Wer ist Störer bei verletzter Baubewilligung?
  - B. BGE 1A.214/1999 – Fälle der Erfassung des Störers ohne Ermessen
  - C. BGE 122 II 65 ff. – Baukontrolle zur Mängelbeseitigung
- IV. Erkenntnis: Eignung des baukontrollrechtlichen Korrektivs
- V. Schlusswort

### I. Ausgangslage: Schwierige Durchsetzung der Sachgewähr bei Baumängeln

Wer bei einer bestellten oder gekauften Baute Mängelrechte durchsetzen will, kann sich auf etwas gefasst machen. Art. 201 und 370 OR verlangen eine Prüfung der Baute mitsamt Rüge innert wahnwitzig weniger Tage,<sup>1</sup>

gemäss Bundesgericht bei mangelhaften Plänen noch während der Bauphase.<sup>2</sup> Die gerichtliche Durchsetzung ist sodann teuer und mühsam. Die Gerichte verlangen gestützt auf die in Art. 98 ZPO enthaltene Kann-Vorschrift flächendeckend einen Vorschuss zur Deckung der mutmasslichen Gerichtskosten. Der eigene Anwalt verlangt meist auch einen Vorschuss und wenn es schlecht kommt, muss man sogar die Parteientschädigung des Gegners sicherstellen (Art. 99 ZPO). Hinzu kommen der schwierige Beweis des Mangels – vielleicht mit teuren Expertengutachten – und weitere materiellrechtliche Hürden. Oft muss man sich mit der unsäglich Konstruktion der wegbedungenen Gewährleistung bei gleichzeitiger Abtretung der Mängelrechte gegenüber den diversen Unternehmern auseinandersetzen.<sup>3</sup> Wäre es nicht viel leichter, einfach Vater Staat um Hilfe zu bitten – vielleicht sogar kostenlos? Tatsächlich könnte dies im Rahmen der öffentlich-rechtlichen Baukontrolle für diejenigen Mängel klappen, *die gleichzeitig die erteilte Baubewilligung verletzen*. Die nachfolgenden Überlegungen zeigen die Grundlagen und Aufgaben der Baukontrolle sowie die Problematik der Störerhaftung. Um es gleich vorwegzunehmen: Mit diesem Verfahren zeigt man sich als Besteller einer Baute unter Umständen gleich selber bei der Baupolizei an!

\* ARNOLD F. RUSCH, Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M., Universität Fribourg/smart living lab.

Grosser Dank gebührt Prof. Dr. MARTIN BEYELER und den Rechtsanwälten NICOLAS FACINCANI, GREGOR MEISSER, ADRIAN WEBER und IRENE WIDMER für wertvolle Hinweise und Einschätzungen.

<sup>1</sup> Vgl. die Übersicht über die Rechtsprechung bei BSK OR I-HEINRICH HONSELL, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht I, 6. A., Basel 2015 (zit. BSK OR I-Verfasser), Art. 201 N 9, sowie BSK OR I-ZINDEL/PULVER/SCHOTT, Art. 367 N 20 und Art. 370 N 16.

<sup>2</sup> Vgl. BGE 4A\_53/2012, E. 5 und 6, sowie HUBERT STÖCKLI, Bauherrschaft und Baumängel, Gutachten zuhanden des Bundesamtes für Justiz, Internet: <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/publi-service/publikationen/berichte/gutachten-baumaengel-d.pdf> (Abruf 8.8.2016), N 14.

<sup>3</sup> STÖCKLI (FN 2), N 24.

## II. Grundlagen der Baukontrolle als Alternative

### A. Zuständigkeit

Die Baukontrolle bildet zwingend Teil der Verfügungskompetenz. Wenn eine Behörde verfügt, muss sie auch das Recht haben, die Einhaltung der Verfügung zu kontrollieren.<sup>4</sup> Die gesetzliche Grundlage der Baukontrolle ist im Kanton Zürich § 327 PBG. Die Behörde hat die Kontrolle von Amtes wegen vorzunehmen, von sich aus oder auf Anzeige hin.<sup>5</sup> Sie kann auch *nach erteilter Abnahme* erneute Kontrollen durchführen.<sup>6</sup> Das Zürcher PBG weist die Aufgabe der Baukontrolle der *örtlichen Baubehörde* zu (§ 327 Abs. 1 PBG). Normalerweise obliegt die Baukontrolle der Behörde, die auch die Baubewilligung erteilt. Gemäss Gemeindeordnung der Stadt Zürich nimmt eine Dreierdelegation des Stadtrates die Aufgaben der örtlichen Baubehörde wahr (Bausektion; § 49<sup>bis</sup> Abs. 2 Gemeindeordnung Stadt Zürich). Die Baukontrolle hat der Stadtrat dem Amt für Baubewilligungen delegiert.<sup>7</sup> Bestreitet das Amt für Baubewilligungen seine Zuständigkeit, so lässt sich dies mit Rekurs an das Baurekursgericht anfechten (§ 19 Abs. 1 lit. b VRG i.V.m. § 329 Abs. 1 PBG).<sup>8</sup> Dasselbe gilt für den Fall der informalen Rechtsverweigerung, bei dem die Behörde einfach untätig bleibt.<sup>9</sup>

### B. Störer als Adressat der Baukontrolle

Ergeben sich bei der Kontrolle Unstimmigkeiten, kann die Behörde die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands verlangen. Adressat der baukontrollrechtlichen Verfügung ist der *Störer*. Bauherren, Architekten und Bauunternehmer fallen als *Verhaltensstörer* unter den

Störerbegriff. Zu den Störern zählt allerdings auch der Hauseigentümer als *Zustandsstörer*.<sup>10</sup> Da die Baubewilligung sich auf das Grundstück bezieht, kann die Baukontrolle auch einen späteren Erwerber der fertigen Baute als Zustandsstörer erfassen.<sup>11</sup> Deswegen besteht die nicht nur theoretische Gefahr, dass man sich mit der Anzeige bei der Baukontrolle ins eigene Knie schießt. Im konkreten Fall eines *Baumangels* ist jedoch die primäre Erfassung des Verhaltensstörers vor dem unwissenden Bauherrn oder Eigentümer als Zustandsstörer gerechtfertigt.<sup>12</sup> Denn nur dann ist eine Sache mangelhaft, wenn der Erwerber davon bei Vertragsschluss keine Kenntnis hatte (Art. 200 Abs. 1 OR). Tatsächlich halten mehrere Urteile und Lehrmeinungen fest, dass sich in nicht dringlichen Fällen die Inanspruchnahme des greifbaren und zur Korrektur des Missstandes fähigen Verhaltensstörers vor dem Zustandsstörer gebietet.<sup>13</sup>

## III. Diskussion der Anwendungsfälle

Die nachfolgende Diskussion richtet sich auf die verschiedenen Störertypen und das Ermessen bei der Wahl des Störers (A.). Sie geht sodann der Frage nach, ob es Fälle gibt, in denen *nur die Erfassung des Bauunternehmers* als Verhaltensstörer durch die Baupolizei richtig ist (B.). Sodann widmen sich die Gedanken einem Sachverhalt, in dem die Durchsetzung von Mängeln via Baukontrolle geclückt ist (C.).

<sup>4</sup> MICHAEL HAGENBUCH, Kontrolle, Vollstreckung und Vollzug von Verfügungen im Baurecht, EGV-SZ 1998, 179 ff., 180.

<sup>5</sup> Zur Pflicht und zur Befugnis zum Einschreiten vgl. MAGDALENA RUOSS FIERZ, Massnahmen gegen illegales Bauen, Diss. Zürich 1999 = Zürcher Studien zum öffentlichen Recht, Band 126, 51–69.

<sup>6</sup> BGE 122 II 65 ff., 68; CHRISTOPH FRITZSCHE/PETER BÖSCH/THOMAS WIPE, Zürcher Planungs- und Baurecht, Band 1, Planungsrecht, Verfahren und Rechtsschutz, 5. A., Zürich 2011, 394; CHRISTOPH FRITZSCHE, Absturzsicherheit in Wohngebäuden, PBG 2005/2, 5 ff., 14.

<sup>7</sup> Art. 51 lit. e des Stadtratsbeschlusses vom 26. März 1997 (Nr. 543) mit Änderungen bis 2. Dezember 2015 (Nr. 1007) über die Departementsgliederung und -aufgaben (STRB DGA); vgl. RUOSS FIERZ (FN 5), 37.

<sup>8</sup> Vgl. VerwGer ZH, Urteil vom 23.8.2012, VB.2012.00337, I.D. und II.A.; vgl. BGer 1C\_527/2012, C.

<sup>9</sup> JÜRIG BOSSHART/MARTIN BERTSCH, in: Alain Griffel (Hrsg.), Kommentar VRG, 3. A., Zürich 2014, § 19 VRG N 40 ff., insb. 46.

<sup>10</sup> Vgl. RUOSS FIERZ (FN 5), 80 f., und ANDREAS BAUMANN, in: Andreas Baumann et al. (Hrsg.), Kommentar zum Baugesetz des Kantons Aargau, Bern 2013, § 159 N 11.

<sup>11</sup> BGer 1P.519/2004, E. 4.

<sup>12</sup> URS GUENG, Zur Haftungskonkurrenz im Polizeirecht, ZBl 1973, 257 ff., 270 f.; vgl. auch BEZ 1985, Nr. 42, E. 3a – es ging um einen Kamin, der die feuerpolizeilichen Vorschriften verletzte. Die Verfügung richtete sich an den Werkunternehmer und nicht an den Eigentümer des Kamins: «Vorliegend hat der Gemeinderat zutreffenderweise die Rekurrenten ins Recht gefasst, indem er erwog, «dass der mangelhafte Zustand weder durch den Eigentümer herbeigeführt noch durch die Zweckbestimmung der mit dem Rohr durchfahrenen Räume bedingt» sei und es «sich somit eigentlich lediglich um das Fehlen eines kaminzugehörigen Teiles» handle, «der von Anfang an hätte beigelegt werden müssen». Diese Störwahl war zum vornherein angezeigt, weil sie die Verhaltensstörer trifft, die wenn möglich vor den reinen Zustandsstörern in Anspruch zu nehmen sind. Die Wahl war aber auch deshalb zweckmässig, weil die Rekurrenten über die besonderen Fachkenntnisse verfügen, derer es zur Erfüllung der strittigen Verpflichtung bedarf. Ein Fall von besonderer Dringlichkeit lag und liegt schon insofern nicht vor, als der ordnungswidrige Zustand seit nunmehr einigen Jahren andauert (...).»

<sup>13</sup> Vgl. die Hinweise in FN 12, 15 und 16.

### A. BGE 107 Ia 19 ff. – Wer ist Störer bei verletzter Baubewilligung?

Der Architekt Luigi Ferrari hat im Auftrag seiner Gattin Emilia Ferrari auf deren Grundstück ein Mehrfamilienhaus errichtet. Die Baupolizei hat später festgestellt, dass er dabei in Verletzung der Baubewilligung das Dachgeschoss in der Absicht eines späteren Ausbaus gestaltet hat. In der Folge teilte die Eigentümerin Emilia Ferrari die Liegenschaft in Stockwerkeigentum auf und veräusserte zwei Miteigentumsanteile. Die Baupolizei ordnete gegen den Architekten Luigi Ferrari die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands an. Das Bundesgericht hielt dazu fest: *«Als Störer und mögliche Adressaten der Beseitigungsverfügung fallen demnach im vorliegenden Fall sowohl Luigi und Emilia Ferrari, die den ordnungswidrigen Zustand als ausführender Architekt bzw. als Bauherrin verursacht haben, als auch die Stockwerkeigentümergemeinschaft in Betracht, welche die Rechtsnachfolge der früheren Alleineigentümerin Emilia Ferrari angetreten hat und der – jedenfalls was die gemeinschaftlichen Gebäudeteile anbelangt – die tatsächliche und rechtliche Verfügungsmacht über die rechtswidrig errichtete Baute zusteht.»*<sup>14</sup> Den Behörden stehe dabei ein grosses Ermessen zu, wen sie ins Recht fassen, und: *«Im konkreten Fall haben die Schwyzer Behörden die Eheleute Ferrari zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes angehalten. Diese Wahl ist jedenfalls im Ergebnis nicht willkürlich, da sie die Verhaltensstörer trifft, die wenn möglich vor den reinen Zustandsstörern in Anspruch zu nehmen sind.»*<sup>15</sup>

Was lässt sich aus diesem Urteil ableiten? Der Verwaltungszwang der Baukontrolle richtet sich nicht nur gegen den Bauherrn, sondern auch gegen den Architekten. Dieser Umstand macht die Baupolizei potentiell attraktiv zur Durchsetzung von Mängeln, die gleichzeitig eine Abweichung von der Baubewilligung darstellen. Gibt es aber auch Fälle, in denen die *pfllichtgemässe Ermessensausübung* einzig in der Erfassung des *Bauunternehmers* besteht? Darauf richtet sich der Fokus im folgenden Sachverhalt.

### B. BGer 1A.214/1999 – Fälle der Erfassung des Störers ohne Ermessen

Für vier Grundstücke der Z. AG bestand ein Altlastenverdacht, weil B. in den 50er-Jahren darauf eine Kiesgrube mit einer Deponie betrieben hatte. Die Behörde verpflichtete in der Folge B., eine Altlasten-Voruntersuchung durchführen zu lassen, unter gleichzeitig verfügter Duldungspflicht der Z. AG. Im Rechtsmittelverfahren gelang es B., die Verfügung umzustossen – diese richtete sich fortan gegen die Z. AG. Das Bundesgericht repetierte zuerst die Grundlagen der Störerhaftung und verwies auf den Grundsatz, primär den Verhaltensstörer ins Recht zu fassen, bei gleichzeitiger Betonung des behördlichen Ermessensspielraums. Dann aber spricht das Bundesgericht Klartext: *«Es sind Fälle denkbar, in denen nur die Heranziehung des Dritten ermessensfehlerfrei ist und somit aus der Kann-Vorschrift eine Verpflichtung der Behörde zur Heranziehung des Dritten [also des damaligen Betreibers der Kiesgrube] folgt. Eine derartige Konstellation ist z.B. denkbar, wenn die Verursachungssituation klar ist und bereits feststeht, dass der Dritte als hauptverantwortlicher Verursacher einer Altlast i.S.v. Art. 32d Abs. 2 Satz 2 USG sämtliche Kosten tragen muss (vorausgesetzt, er ist auch tatsächlich in der Lage, die entsprechenden Massnahmen durchzuführen bzw. durchführen zu lassen).»*<sup>16</sup>

Der konkrete Fall erfüllte die genannten Voraussetzungen nicht. Das Vorliegen einer von B. verursachten Altlast bestand nicht zweifelsfrei. Das Wirken des B auf dem Grundstück der Z AG lag überdies Jahrzehnte zurück. In klareren Sachverhalten drängt sich somit eine Erfassung derjenigen Person auf, die den Mangel tatsächlich verursacht hat. Nur in dringenden Fällen ist es angezeigt, den derzeitigen Eigentümer oder Besitzer in Anspruch zu nehmen, weil er zur Gefahrenabwehr besser fähig und geeignet scheint.<sup>17</sup> Bei Baumängeln liegen Eignung und Fähigkeit zur Beseitigung allerdings auch in dringlichen Fällen eher beim Unternehmer, so er noch existiert. Der Hauseigentümer kann nur selten einen Mangel selber beseitigen. Die Erwägungen des nachfolgenden Falles widmen sich dieser Problematik.

<sup>14</sup> BGE 107 Ia 19 ff., 23.

<sup>15</sup> BGE 107 Ia 19 ff., 25; vgl. KGer VS, Urteil vom 22.6.2012, ZWR 2014, 18 ff., 22 ff.; VerwGer BE, Urteil vom 19.2.2007, BVR 2007, 362 ff., 364, E. 4.1; vgl. ALDO ZAUGG/PETER LUDWIG, Baugesetz des Kantons Bern von 9. Juni 1985 – Kommentar Band I (Art. 152, öffentliches Baurecht), 4. A., Bern 2013, Art. 46 N 12; gescheitert ist die Inanspruchnahme des Verhaltensstörers in VerwGer TG, Urteil vom 4.4.2001, TVR 2001 Nr. 31, doch hätte sich die notwendige Mitwirkung des Eigentümers durch eine zusätzliche Duldungsverfügung erreichen lassen.

<sup>16</sup> BGer 1A.214/1999, E. 2h.

<sup>17</sup> RUOSS FIERZ (FN 5), 82; BGE 107 Ia 19 ff., 25; BGE 102 Ib 203 ff., 206 f.; BEZ 1985, Nr. 42, E. 3a; KGer VS, Urteil vom 22.6.2012, ZWR 2014, 18 ff., 23.

### C. BGE 122 II 65 ff. – Baukontrolle zur Mängelbeseitigung

Guldimann erhielt im Juli 1990 die Baubewilligung für die Errichtung eines Neubaus mit sechs Wohnungen. Die Bewilligung erfolgte unter der Auflage der Einhaltung des Schallschutzes gemäss SIA-Norm 181 (Art. 32 LSV). Nach Errichtung des Gebäudes verkaufte Guldimann vier der sechs Wohnungen im Stockwerkeigentum. Im Juni 1992 gelangte Neukomm, Käufer einer der Wohnungen, an die Baupolizei und äusserte Bedenken hinsichtlich des Schallschutzes im Innern des Hauses. Die Baupolizei gab die Liegenschaft dennoch zur Benutzung frei. Der Käufer Neukomm gelangte sodann an das Bundesamt für Umwelt, Wald und Landschaft (BUWAL). Dieses forderte im Oktober 1992 die Baupolizei auf, eine Prüfung vorzunehmen. Nach Lärmmessungen durch das Institut für Bauphysik liess Guldimann wegen festgestellter Mängel einige Sanierungen durchführen. 1994 verfügte die Baupolizei, Guldimann habe weitere Lärmmessungen nach einem vorgegebenen Programm durch ein fachlich anerkanntes Unternehmen durchführen zu lassen. Das Bundesgericht hielt fest, diese Verfügung richtete sich zu Recht an den Bauherrn und Veräusserer: *«Im Lichte der vorstehenden Ausführungen fällt hier als Adressat der Anordnung, es seien Lärmmessungen zu dulden, zunächst der Beschwerdeführer in Betracht, der den heutigen, höchstwahrscheinlich ordnungswidrigen Zustand als Bauherr verursacht hat und der zudem Stockwerkeigentümer ist (Verhaltens- und Zustandsstörer). Als Bauherr kommt ihm in bezug auf die durchzuführende Kontrolle eine Mitwirkungs-, insbesondere Auskunftspflicht zu. Als Eigentümer hat er die Kontrolltätigkeit zu dulden. Die weiteren Stockwerkeigentümer, die in bezug auf bestimmte Gebäudeteile die Rechtsnachfolge des früheren Alleineigentümers und Bauherrn angetreten haben und welchen die tatsächliche und rechtliche Verfügungsmacht über die betroffenen Wohnungen zusteht, sind ebenfalls zur Duldung der Lärmmessungen zu verpflichten. Soweit gemeinschaftliche Gebäudeteile betroffen sind, ist die Duldungspflicht auch der Stockwerkeigentümergeinschaft aufzuerlegen (...).»*<sup>18</sup>

Was lässt sich aus diesem Urteil ableiten? Im Ergebnis kam der Erwerber des Stockwerks in den Genuss einer Nachbesserung, ohne Geld für einen Zivilprozess in die Hand nehmen zu müssen, mitsamt einer garantierten Nachkontrolle der Nachbesserung. Eine Baute, die den

Erfordernissen des Schallschutzes nicht entspricht, weist einen Mangel im Sinne des Art. 368 OR auf. Die Sachgewährleistung hätte somit das naheliegende Korrektiv des Missstands gebildet. Da es aber in diesem Bereich keinen Vorrang des Zivilrechts oder des Zivilprozessrechts gibt, war seine Wahl zulässig.<sup>19</sup> In einem vergleichbaren Fall – bei dem das *zivile Nachbarrecht* auf der Hand gelegen hätte – argumentiert eine Gemeinde, *«sie sei für zivilrechtliche Streitigkeiten nicht zuständig»*. Der Eigentümer gelangte mit Rekurs ans Verwaltungsgericht, es sei die Gemeinde anzuweisen, sie solle in der Nachbarbaute für die Einhaltung der Lärmbestimmungen gemäss erteilter Baubewilligung sorgen. Das Verwaltungsgericht des Kantons Waadt hob den Gemeindeentscheid auf und verpflichtete die Gemeinde, die Baubewilligung mittels einer gegen die Nachbarn verfügten Lärmsanierung durchzusetzen. Die erfassten Nachbarn zählten zu den Verhaltensstörern – es waren *nota bene* nur diejenigen Nachbarn, die tatsächlich gebaut hatten, nicht aber diejenigen, die bereits die fertigen Bauten von diesen erworben hatten.<sup>20</sup>

### IV. Erkenntnis: Eignung des baukontrollrechtlichen Korrektivs

Das baukontrollrechtliche Korrektiv eignet sich für diejenigen Mängel des Werks oder der Kaufsache, die auch die Baubewilligung verletzen. Zielführend ist dies indes nur, wenn die Abweichungen keiner nachträglichen Baubewilligung zugänglich sind. Die Baubewilligung muss den Mangel nicht unbedingt explizit ansprechen: Die anerkannten Regeln der Baukunde gemäss § 239 PBG ZH erfassen sicherheitsrelevante Aspekte des Bauens und bilden Teil der Baubewilligung.<sup>21</sup> Für die Mängel muss dabei keine zivilrechtliche Haftung bestehen. Die Baukontrolle als Teil des nicht verhandelbaren öffentlichen Rechts überwindet Freizeichnung (Art. 199 OR), Verjährung (Art. 210 OR) und Verwirkung, beispielsweise durch unterlassene Prüfung oder Rüge (Art. 201 OR). Denkbar ist

<sup>19</sup> Ein ebenfalls geglücktes Beispiel beschreibt BEZ 1985, Nr. 42 (vgl. die Beschreibung mit Zitat in FN 12).

<sup>20</sup> Cour de droit administratif et public du Tribunal Cantonal, Canton de Vaud, AC.2014.0124, 28.8.2014, E. 2b und AC.0058.2012, 19.8.2013, E. 7; zur Überprüfung der Übereinstimmung der Lärmsituation mit der Baubewilligung bei einem Rebbaubetrieb mit Degustationslokal vgl. BGer 1C\_527/2012, C; zum Vorrang des öffentlichen Gewässerschutzrechts vor dem Nachbarrecht vgl. BEZ 2003 Nr. 40, 27 ff., 28 f.

<sup>21</sup> Vgl. CHRISTOPH FRITZSCHE/PETER BÖSCH/THOMAS WIPF, Zürcher Planungs- und Baurecht, Band 2, Planungsrecht, Verfahren und Rechtsschutz, 5. A., Zürich 2011, 689 f.; FRITZSCHE (FN 6), 7 f.; VerwGer ZH, Urteil vom 22.10.2015, VB.2015.00046, E. 7.2.

<sup>18</sup> BGE 122 II 65 ff., 70 f.; vgl. auch RUOSS FIERZ (FN 5), 85 ff., zur Zweckmässigkeit und Notwendigkeit des Erlasses einer Duldungsverfügung gegenüber den am Grundstück berechtigten Personen.

auch der Fall, dass zivilrechtlich gar kein Mangel vorliegt, weil der relevante Vertrag keine diesbezüglichen Zusicherungen enthält: Baubewilligung und Vertrag könnten unterschiedliche Massstäbe aufweisen. Liegen die Voraussetzungen der Sachgewährleistung vor, empfiehlt sich angesichts der Unwägbarkeiten der Baukontrolle dennoch die Einhaltung der Prüfungs- und Rügeobliegenheit.

*Ist es denkbar, dass der polizeilich zur Nachbesserung verpflichtete Unternehmer als Verhaltensstörer einen Anspruch auf Aufwendungsersatz gegen den zustandsstörenden Besteller hat, sofern keine zivilrechtliche Gewährleistungspflicht diesem gegenüber mehr besteht?* Diese Situation könnte durch Verjährung der Sachgewähr eintreten. Ein Anspruch auf Auslagenersatz aus echter berechtigter Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 422 Abs. 1 OR) bedarf stets eines zumindest auch-fremden Geschäfts. Hat die Baupolizei indes den Zustandsstörer nicht ins Recht gefasst, lässt sich gemäss deutscher Rechtsprechung keine Fremdgeschäftsführung für diesen konstruieren.<sup>22</sup> Bejaht man ein auch-fremdes Geschäft, weil die baupolizeilich angeordnete, aber zivilrechtlich nicht mehr geschuldete Nachbesserung durch den Unternehmer die *potentielle Erfassung des Bestellers als Zustandsstörer beseitigt*,<sup>23</sup> wird es schwieriger. In Deutschland verneint der BGH im umgekehrten Fall – der öffentlichrechtlich zur Sanierung verpflichtete Eigentümer als Zustandsstörer wollte Auslagenersatz vom verhaltensstörenden Verkäufer des Grundstücks – einen Anspruch, weil Gewährleistungsansprüche aufgrund der Verjährung nicht mehr zur Verfügung standen: Die Verjährung der Gewährleistungspflicht überlagert somit den Auslagenersatz aus Geschäftsführung ohne Auftrag.<sup>24</sup> Im vorliegend interessierenden Fall könnte man folglich *e contrario* argumentieren, dass ein Anspruch auf Auslagenersatz besteht, wenn der von der Baupolizei ins Recht gefasste Verhaltensstörer die Nachbesserung vornimmt, auf die der Zustandsstörer als Besteller aufgrund der Verjährung keinen Anspruch mehr hätte. Doch man muss differenzieren. Der *verjährte* Gewährleistungsanspruch

existiert weiter. Es fehlt ihm lediglich die Erzwingbarkeit.<sup>25</sup> Folglich kommt der nachbessernde Unternehmer seiner öffentlichrechtlichen Pflicht nach *und erfüllt damit gleichzeitig die eigene naturalobligatorische Gewährleistungsschuld*. Ein Anspruch auf Auslagenersatz kommt in dieser vertraglich geregelten Konstellation nicht in Frage. Ist der Gewährleistungsanspruch demgegenüber verwirkt – wegen fehlender Rüge beispielsweise – wäre der Ausgleichsanspruch wieder denkbar. Dann müsste man aber die *Gebotenheit der Geschäftsführung* diskutieren. Die Baupolizei richtet sich gegen den Verhaltensstörer insbesondere in den nicht dringenden Fällen. Gerade in diesen Fällen müsste der Geschäftsführer den Geschäftsherrn folglich zuerst fragen, ob er mit der Geschäftsführung einverstanden ist, was zu den baukontrollrechtlichen Abläufen nicht passt. Es scheint undenkbar, dass sich der von der Baupolizei ins Recht gefasste Verhaltensstörer zuerst an den Zustandsstörer wendet und ihm die Chance gibt, die Baute selbst zu reparieren: Die Hilfsbedürftigkeit des zustandsstörenden Geschäftsherrn und die Dringlichkeit der Geschäftsführung als Elemente der echten, berechtigten GoA fehlen.<sup>26</sup> Mehr verspricht der Rückgriff gestützt auf die Regeln der Solidarschuld (Art. 143, 149 OR), doch fehlt beim nicht ins Recht gefassten Störer wiederum die solidarische Verpflichtung.<sup>27</sup> Das Bundesgericht hat bei der *Ersatzvornahme* die Kosten auf die einzelnen Störer *gemäss Art. 51 OR analog* aufgeteilt.<sup>28</sup> Die in Art. 51 Abs. 2 OR vorgesehene Kaskade führt indes genauso zu einer primären Haftung des verschuldet verhaltensstörenden Unternehmers.<sup>29</sup> Diese Aufteilungs-Überlegungen sprechen aber in der Tendenz dennoch für einen Ausgleich. Angesichts dieser Unsicherheiten zeigt sich, dass die Einhaltung der Voraussetzungen der zivilrechtlichen Sachgewähr auch bei der Wahl des baupolizeirechtlichen Korrektivs empfehlenswert bleibt.

Darüber hinaus erfasst die Baukontrolle auch Sachverhalte, die zivilrechtlich unter den *Schadenersatzanspruch* fallen.<sup>30</sup> Im Unterschied zur zivilrechtlichen Variante sieht das öffentlichrechtliche Korrektiv kein Verschul-

<sup>22</sup> BGH, Urteil vom 10.7.2014 – III ZR 441/13, NJW 2014, 2730 ff., 2731, N 11; BGH, Urteil vom 26.9.2006 – VI ZR 166/05, NJW 2006, 3628 ff., 3631, N 29; BGH, Urteil vom 11.6.1981 – III ZR 39/80, NJW 1981, 2457 f.; OLG Stuttgart, Urteil vom 10.8.1994 – 4 U 75/94, NJW-RR 1996, 850 ff., 850 f.

<sup>23</sup> Zu diesem Ansatz RÜDIGER HARMS, Die Erstattungsfähigkeit von Sanierungskosten für den Käufer eines kontaminierten Grundstücks, NJW 1999, 3668 ff., 3670; vgl. BGH, Urteil vom 18.9.1986 – III ZR 227/84, NJW 1987, 187 ff., 188. Dieser Ansatz steht m.E. nur in den Fällen offen, bei denen ein Ermessen in der Wahl des Störers besteht.

<sup>24</sup> BGH, Urteil vom 18.9.1986 – III ZR 227/84, NJW 1987, 187 ff., 189.

<sup>25</sup> Vgl. BSK OR I-HONSELL (FN 1), Art. 210 N 3, m.w.H. und BSK OR I-DÄPPEN (FN 1), Art. 142 N 1.

<sup>26</sup> Vgl. BSK OR I-WEBER (FN 1), Art. 419 N 13.

<sup>27</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 10.7.2014 – III ZR 441/13, NJW 2014, 2730 ff., 2731, N 14, m.w.H. auf abweichende Lehrmeinungen.

<sup>28</sup> BGE 131 II 743 E. 3.1; vgl. ZBI 1996, 128 ff., 132 f.

<sup>29</sup> BGE 102 Ib 203 ff., 210 f.

<sup>30</sup> BGer 1A.214/1999 (vgl. oben III.B.; es ging um die Durchführung einer Altlasten-Voruntersuchung; die Kosten der Sanierung der *Altlasten an sich* könnten unter die Minderung fallen, denn gemäss BGE 116 II 305 ff., 313 f. besteht eine Vermutung, wonach der Minderwert den Kosten der Mängelbehebung entspreche).

denserfordernis<sup>31</sup> vor. Lässt sich eine Schädigung auf eine versäumte Baukontrolle zurückführen, kann dies sogar zu einer Staatshaftung führen.<sup>32</sup> Denkbar sind auch Bereiche, die zivilrechtlich nicht zur Gewährleistung, sondern zum *Erfüllungsanspruch* gehören. So könnte beispielsweise ein einzelner Stockwerkeigentümer verlangen, dass die Überbauung den bewilligten und vertraglich versprochenen, aber in Vergessenheit geratenen Kinderspielplatz tatsächlich errichtet. Auch kann er alleine der Baukontrolle die Tatsache anzeigen, dass ein Teil der Baubewilligung keine Beachtung gefunden habe.

## V. Schlusswort

Ist es in Ordnung, für Fälle der Gewährleistung den Staat in Anspruch zu nehmen? Vom Bauchgefühl her eigentlich nicht. Die Akteure wählen dieses Korrektiv indes nicht aus Geiz oder Faulheit, sondern weil das Gerichtswesen nur teure und wenig effiziente Instrumente anbietet. Bis die Justiz soweit ist, einen effizienten und wohlfeilen Schutz anzubieten, verspricht dieser Weg trotz der vielen Unsicherheiten eine im Interesse des Klienten erwägenswerte Lösung.

<sup>31</sup> Vgl. Art. 208 Abs. 2, 3 OR (Kaufvertrag; zur Unterscheidung zwischen Abs. 2 und 3 siehe BGE 133 III 257 ff.) sowie Art. 368 OR (Werkvertrag).

<sup>32</sup> PETER HÄNNI/RAPHAËL MAHAİM, Baupolizeiliche Aufsichtspflichten und Staatshaftung – der Fall Adelboden und die Folgen, BR 2011, 144 ff. – auch wenn der Werkeigentümer der unmittelbare Verursacher der Gefahr war (a.a.O., 150 f.); vgl. auch FRITZSCHE (FN 6), 18.