

# Gefahrenabwehr nach Bauproduktengesetz

Pflichten, die viele treffen

**Walter Fellmann**, Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt in Meggen (LU), Professor an der Universität Luzern

**Yvonne Burger**, Rechtsanwältin und Notarin in Meggen (LU)

## I. Einleitung

Am 21. März 2014 wurde das Bundesgesetz über die Bauprodukte (BauPG; SR 933.0) erlassen. Nach Art. 2 Ziff. 1 BauPG versteht das Gesetz unter «Bauprodukt» «jedes Produkt, das hergestellt und in Verkehr gebracht wird, um dauerhaft in Bauwerke oder Teile davon eingebaut zu werden, und dessen Leistung sich auf die Leistung des Bauwerks im Hinblick auf die Grundanforderungen an Bauwerke auswirkt». Mit dem neuen Gesetz wollte der Gesetzgeber unter anderem das Produktesicherheitsrecht für Bauprodukte europakompatibel ausgestalten sowie zur Bauwerkssicherheit und Nachhaltigkeit einen wichtigen Beitrag leisten.<sup>1</sup> Zuvor hatte die EU die europäische Bauprodukterichtlinie 89/106/EWG durch die europäische Bauprodukteverordnung (CPR)<sup>2</sup> abgelöst. Damit war die Gleichwertigkeit der technischen Vorschriften der EU und der Schweiz nicht mehr gegeben. Nach Meinung des Bundesrats war diese Gleichwertigkeit jedoch die Voraussetzung für den Fortbestand des bilateralen Regelwerks in diesem Sektor. Die Revision des Bauproduktrechts des Bundes sollte daher eine europakompatible Anpassung an das neue europäische Bauproduktrecht gewährleisten.<sup>3</sup>

Das BauPG regelt auch die produktspezifischen Anforderungen an die Sicherheit von Bauprodukten. Es übernimmt u.a. den Grundsatz des Art. 3 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Produktesicherheit (PrSG; SR 930.11) und bestimmt, dass Bauprodukte nur in Verkehr gebracht oder auf dem Markt bereitgestellt werden dürfen, wenn sie im Sinne von Art. 3 Abs. 1 PrSG sicher sind und daher «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 Abs. 1 BauPG).<sup>4</sup>

## II. Massnahmen zur Gewährleistung der Sicherheit

Nach Art. 1 Abs. 4 BauPG sind die Bestimmungen des PrSG auf Bauprodukte grundsätzlich nicht anwendbar. Dies gilt auch für die Pflichten, die den Hersteller oder Importeur gemäss Art. 8 PrSG nach dem Inverkehrbringen eines Produkts treffen. Das BauPG und die Bauprodukteverordnung (BauPV; SR 933.01) sehen dafür jedoch eigenständige Regelungen vor, die sogar weit über Art. 8 PrSG hinausgehen, indem sie sich nicht auf Produkte beschränken, «die für Konsumentinnen und Konsumenten bestimmt sind oder unter vernünftigerweise vorhersehbaren Bedingungen auch von Konsumentinnen und Konsumenten benutzt werden könnten» (so Art. 8 Abs. 1 PrSG), sondern für alle Bauprodukte gelten.

Art. 10, 11 und 13 BauPV nehmen die Hersteller<sup>5</sup>, Importeure<sup>6</sup> und Händler<sup>7</sup> sogar schon vor dem Inverkehrbringen in die Pflicht. Nach Art. 10 Abs. 2 BauPV bringt die Herstellerin «nur Produkte in Verkehr oder stellt sie auf dem Markt bereit, wenn diese dem allgemeinen Sicherheitsgebot nach Art. 4 BauPG entsprechen». Gleiches gilt nach Art. 11 Abs. 1 BauPV für die Importeurin. Herstellerin und Importeurin treffen nach Art. 10 Abs. 8 ff. und Art. 11 Abs. 2 ff. BauPV in diesem Zusammenhang überdies spezifische Prüfungspflichten. Ähnliches gilt nach Art. 13, insbes. nach Art. 13 Abs. 4 BauPV für die Händler.

Mit dem Inverkehrbringen sind diese Wirtschaftsakteure<sup>8</sup> aber noch lange nicht frei. Nach Art. 10 und 11 BauPV müssen vielmehr Hersteller und Importeure von Bauprodukten, «die der Auffassung sind oder Grund zur Annahme haben, dass ein von ihnen in Verkehr gebrachtes<sup>9</sup> oder auf dem Markt bereitgestelltes<sup>10</sup> Bauprodukt der Leistungserklärung oder sonstigen Anforderungen des BauPG oder dieser Verordnung nicht entspricht, unverzüglich die erforderlichen Korrekturmassnahmen ergreifen, damit das Bauprodukt den Anforderungen entspricht, es zurücknehmen oder zurückkru-

<sup>5</sup> Nach Art. 2 Ziff. 20 BauPG ist «Herstellerin» «jede natürliche oder juristische Person, die ein Bauprodukt herstellt beziehungsweise entwickeln oder herstellen lässt und dieses Produkt unter ihrem eigenen Namen oder ihrer eigenen Marke in Verkehr bringt oder auf dem Markt bereitstellt».

<sup>6</sup> Nach Art. 2 Ziff. 21 BauPG ist «Importeurin» «jede im Inland ansässige natürliche oder juristische Person, die ein Bauprodukt aus dem Ausland in die Schweiz in Verkehr bringt».

<sup>7</sup> Nach Art. 2 Ziff. 22 BauPG ist «Händlerin» «jede natürliche oder juristische Person in der Lieferkette ausser der Herstellerin oder Importeurin, die ein Bauprodukt auf dem Markt bereitstellt».

<sup>8</sup> Nach Art. 2 Ziff. 19 BauPG ist «Wirtschaftsakteurin» die «Herstellerin, Importeurin, Händlerin oder Bevollmächtigte».

<sup>9</sup> Nach Art. 2 Ziff. 17 BauPG ist «Inverkehrbringen» «die erstmalige Bereitstellung eines Bauprodukts auf dem Markt».

<sup>10</sup> Nach Art. 2 Ziff. 18 BauPG ist «Bereitstellung auf dem Markt» «jede entgeltliche oder unentgeltliche Abgabe eines Bauprodukts zum Vertrieb oder zur Verwendung auf dem Markt im Rahmen einer Geschäftstätigkeit».

<sup>1</sup> Botschaft des Bundesrats zum Bundesgesetz über Bauprodukte vom 4. September 2013, BBl 2013, 7468.

<sup>2</sup> Verordnung (EU) Nr. 305/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. März 2011 zur Festlegung harmonisierter Bedingungen für die Vermarktung von Bauprodukten und zur Aufhebung der Richtlinie 89/106/EWG des Rates.

<sup>3</sup> Botschaft (Fn. 1), 7468; zum Ganzen vgl. auch: ANDREAS BOSSENMAYER/DIETER SUTER, Die revidierten Bauprodukteerlasse – relevant für alle Baubeteiligten! BR/DC 2015, 78 ff.

<sup>4</sup> BOSSENMAYER/SUTER (Fn. 3), 79.

fen» (Art. 10 Abs. 10 BauPV und Art. 11 Abs. 9 BauPV<sup>11</sup>). Für den Händler gelten diese Vorschriften sinngemäss (Art. 13 Abs. 4 BauPV). Dabei gilt als «Rücknahme» «jede Massnahme, mit der verhindert werden soll, dass ein in der Lieferkette befindliches Bauprodukt auf dem Markt bereitgestellt wird» (Art. 2 Ziff. 24 BauPG). Als «Rückruf» gilt «jede Massnahme, die darauf abzielt, dass die Endverwenderin oder der Endverwender ein bereits bereitgestelltes Bauprodukt zurückgibt» (Art. 2 Ziff. 25 BauPG).

Stellen die Herstellerin oder die Importeurin fest, dass mit ihrem Bauprodukt Risiken verbunden sind, so hat sie dem zuständigen Marktüberwachungsorgan<sup>12</sup> in einer Amtssprache oder in Englisch folgende Informationen zu übermitteln: (a) «alle Angaben, die eine genaue Identifizierung des Bauprodukts erlauben»; (b) «eine umfassende Beschreibung des Risikos, das mit dem Bauprodukt verbunden sein kann»; (c) «alle verfügbaren Angaben darüber, von wem sie das Bauprodukt bezogen hat, und, ausgenommen bei der direkten Abgabe an Verwenderinnen und Verwender, an wen sie es geliefert hat»; (d) «die Massnahmen, die zur Abwendung des Risikos getroffen worden sind, wie zum Beispiel Warnungen, Verkaufsstopp, Rücknahme oder Rückruf» (Art. 10 Abs. 11 BauPV und Art. 11 Abs. 9 BauPV). Nach Art. 13 Abs. 4 BauPV gelten diese Vorschriften für Händler<sup>13</sup> ebenfalls sinngemäss.

### III. Pflicht zur Ergreifung von Korrekturmassnahmen

Das PrSG sieht nach Art. 8 Abs. 5 lit. d als Massnahmen, die zur Abwendung der Gefahr zu treffen sind und im Rahmen der Marktüberwachung von der zuständigen Behörde auch angeordnet werden können (Art. 10 Abs. 3 PrSG), nur «Warnungen, Verkaufsstopp, Rücknahme vom Markt oder Rückruf des Produkts» vor. Das BauPG und gestützt darauf die BauPV gehen in diesem Punkt, wie bereits erwähnt, viel weiter. Ist der Hersteller oder der Importeur der Auffassung oder hat er Grund zur Annahme, dass ein von ihm in Verkehr gebrachtes oder auf dem Markt bereitgestelltes Bauprodukt der Leistungserklärung oder sonstigen Anforderungen des BauPG oder der BauPV nicht entspricht, hat er es nicht bloss zurückzunehmen oder zurückzurufen, sondern vielmehr unverzüglich die erforderlichen Korrekturmassnahmen zu ergreifen, damit das Bauprodukt den Anforderungen entspricht (Art. 10 Abs. 10 und Art. 11 Abs. 9 BauPV).

Dazu kann er sogar behördlich verpflichtet werden. Kommt das Marktüberwachungsorgan nämlich im Verlauf seiner Untersuchung zur Annahme, dass das Bauprodukt die Anforderungen des BauPG nicht erfüllt, weil damit ein Risiko verbunden ist (Art. 22 Abs. 1 BauPG), muss es die be-

troffene Wirtschaftsakteurin<sup>14</sup> nach Art. 22 Abs. 3 BauPG unverzüglich auffordern, (a) «innerhalb einer der Art des Risikos angemessenen Frist alle geeigneten Massnahmen zu ergreifen, damit das Bauprodukt diese Anforderungen erfüllt, insbesondere damit die erklärten und die tatsächlichen Leistungen des Bauprodukts übereinstimmen»; (b) «das Bauprodukt zurückzunehmen oder das Bauprodukt zurückzurufen» oder (c) «anstelle von Korrekturmassnahmen [...] technische Kompensationsmassnahmen am Bauwerk vorzuschlagen, mit denen die festgestellten Risiken gemindert werden».<sup>15</sup>

Mit einem Risiko verbunden ist ein Produkt, «das öffentliche Interessen wie die Gesundheit und Sicherheit im Allgemeinen, die Gesundheit und Sicherheit am Arbeitsplatz, den Verbraucher- und Umweltschutz und die öffentliche Sicherheit stärker negativ beeinflussen kann, als bei normaler oder vernünftigerweise vorhersehbarer Verwendung als vertretbar gilt; dies schliesst auch die Gebrauchsdauer und gegebenenfalls die Inbetriebnahme, Installation und Wartungsanforderungen ein» (Art. 22 Abs. 2 BauPG).<sup>16</sup>

Das Marktüberwachungsorgan hat die Massnahmen, die zu ergreifen sind, damit das Bauprodukt die Anforderungen des Gesetzes erfüllt, nach Art. 25 Abs. 1 BauPG unter Einbezug der betroffenen Wirtschaftsakteurinnen<sup>17</sup> (insb. Herstellerin und Importeurin) zu bestimmen. Diese haben alsdann nach Art. 22 Abs. 5 BauPG sicherzustellen, dass sich alle geeigneten Korrekturmassnahmen, die sie ergreifen, auf sämtliche betroffenen Bauprodukte erstrecken, die sie auf dem Markt bereitgestellt haben.

Ergreifen die betroffenen Wirtschaftsakteure innerhalb der vom Marktüberwachungsorgan angesetzten Frist keine angemessenen Korrekturmassnahmen, so kann dieses nach Art. 22 Abs. 6 BauPG (a) «alle geeigneten vorläufigen Massnahmen treffen, um die Bereitstellung des Bauprodukts auf dem Markt zu untersagen oder einzuschränken», (b) «die Rücknahme oder den Rückruf des Bauprodukts veranlassen» oder (c) «die Verwenderinnen und Verwender des Bauprodukts vor mit dem Produkt verbundenen Risiken warnen, um das Risiko einer Verletzung oder des Eintretens eines anderen Schadens zu verringern; in diesem Fall macht das Marktüberwachungsorgan die Informationen über die Gefährlichkeit des Bauprodukts und über die getroffenen Massnahmen öffentlich zugänglich».<sup>18</sup> Da solche Massnahmen die Reputation des betroffenen Unternehmens erheblich gefährden, übt Art. 22 Abs. 6 BauPG zumindest indirekt Druck auf den betroffenen Wirtschaftsakteur aus, die angeordneten Korrekturmassnahmen zu ergreifen.

<sup>11</sup> Vgl. Verordnung (EU) Nr. 305/2011 Art. 56 Absatz 1 Unterabsatz 2.

<sup>12</sup> Das Bundesamt für Bauten und Logistik (BBL) ist das zentrale Marktüberwachungsorgan für Bauprodukte in der Schweiz (Art. 29 Abs. 1 und 3 BauPG).

<sup>13</sup> Nach Art. 2 Ziff. 22 BauPG ist «Händlerin» «jede natürliche oder juristische Person in der Lieferkette ausser der Herstellerin oder Importeurin, die ein Bauprodukt auf dem Markt bereitstellt».

<sup>14</sup> Nach Art. 2 Ziff. 19 BauPG ist «Wirtschaftsakteurin» die «Herstellerin, Importeurin, Händlerin oder Bevollmächtigte».

<sup>15</sup> Vgl. Verordnung (EU) Nr. 305/2011 Art. 56 Absatz 1 Unterabsatz 2.

<sup>16</sup> Vgl. Verordnung (EU) Nr. 305/2011 Art. 58 Absatz 1.

<sup>17</sup> Nach Art. 2 Ziff. 19 BauPG ist «Wirtschaftsakteurin» die «Herstellerin, Importeurin, Händlerin oder Bevollmächtigte».

<sup>18</sup> Vgl. Verordnung (EU) Nr. 305/2011 Art. 56 Absatz 1 Unterabsatz 2 i.V.m. Absatz 4.

#### IV. Korrekturmassnahmen als öffentlich-rechtliche Nachbesserungspflichten

Die Massnahmen, die zu ergreifen sind, damit das Bauprodukt die Anforderungen des Gesetzes erfüllt, bezeichnet das BauPG als «Korrekturmassnahmen» (Art. 22 Abs. 5 BauPG). Nach Art. 10 Abs. 1 lit. e BauPG hätte der Bundesrat festlegen müssen, welche Korrekturmassnahmen eine Wirtschaftsakteurin zu ergreifen hat, «wenn Anforderungen nach diesem Gesetz nicht eingehalten werden oder mit dem Bauprodukt Risiken verbunden sein können». Dazu schweigt sich die Bauprodukteverordnung vom 27. August 2014 jedoch aus. Was genau unter «Korrekturmassnahmen» zu verstehen ist, bleibt also ungeklärt.

Art. 22 Abs. 2–6 BauPG zeigt indessen, dass es darum geht, allfällige Gefahren für «die Gesundheit und Sicherheit im Allgemeinen, die Gesundheit und Sicherheit am Arbeitsplatz, den Verbraucher- und Umweltschutz und die öffentliche Sicherheit» (Art. 22 Abs. 2 BauPG) zu beseitigen. Mit Blick auf Art. 4 Abs. 1 BauPG geht es bei den «Korrekturmassnahmen» also darum, die betroffenen Bauprodukte so nachzubessern, dass sie «sicher sind und daher bei normaler oder bei vernünftigerweise vorhersehbarer Verwendung die Sicherheit und die Gesundheit der Verwenderinnen und Verwender oder Dritter nicht [mehr] oder nur [noch] geringfügig gefährden».

Dies kann aufwändige und kostspielige Massnahmen erforderlich machen, nicht zuletzt, weil die betroffene Wirtschaftsakteurin nach Art. 22 Abs. 5 BauPG verpflichtet ist, sicherzustellen, «dass sich alle geeigneten Korrekturmassnahmen, die sie ergreift, auf sämtliche betroffenen Bauprodukte erstrecken, die sie auf dem Markt bereitgestellt», mithin im Rahmen ihrer Geschäftstätigkeit entgeltlich oder unentgeltlich zum Vertrieb oder zur Verwendung auf dem Markt abgegeben hat (Art. 2 Ziff. 18 BauPG).

Anders als das PrSG beschränkt das BauPG – im autonomen Nachvollzug der Verordnung (EU) Nr. 305/2011 – die gebotenen Massnahmen also nicht auf die unmittelbare Abwendung der Gefahr (durch Warnungen, Verkaufsstopp, Rücknahme vom Markt oder Rückruf des Produkts). Es weitet sie vielmehr auf alle Korrektur- oder Kompensationsmassnahmen aus, die erforderlich sind, damit das Bauprodukt die Anforderungen des BauPG hinsichtlich der gebotenen Sicherheit erfüllt. Damit zeitigt die Gefahrenabwehr des BauPG Folgen, welche die Korrekturmassnahmen namentlich in Bezug auf die damit verbundenen Kosten in die Nähe der dem Besteller werkvertraglich geschuldeten Nachbesserung rücken.

#### V. Zivilrechtliche Konsequenzen

Die Pflicht, nötigenfalls Korrekturmassnahmen zu ergreifen, hat für die betroffenen Unternehmen im Fall der Unterlassung nicht nur aufgrund der Kompetenzen des Marktüberwachungsorgans zur Abwendung oder Minderung von Risiken (es kann beispielsweise «die Rücknahme oder den

Rückruf des Bauprodukts veranlassen» [Art. 22 Abs. 6 lit. b BauPG] oder «die Verwenderinnen und Verwender des Bauprodukts vor mit dem Produkt verbundenen Risiken warnen» [Art. 22 Abs. 6 lit. c BauPG]) gravierende Konsequenzen. Auch die zivilrechtlichen Auswirkungen wiegen schwer. Mittlerweile ist nämlich anerkannt, dass sich die (öffentlich-rechtlichen) Pflichten zur Gewährleistung der Produktsicherheit gleichzeitig als zivilrechtlich relevante Schutzpflichten qualifizieren. Sie begründen eine Garantienstellung der betroffenen Wirtschaftsakteure. Die Verantwortlichen können sich mithin nach Art. 41 oder 55 OR haftbar machen, wenn sie gesetzlich vorgesehene Nachmarktpflichten<sup>19</sup> verletzen und dadurch Schaden entsteht.<sup>20</sup> Diese Folge wiegt besonders schwer, weil das BauPG für die Pflicht, Korrekturmassnahmen zu ergreifen, keine Verjährung vorsieht. Grundsätzlich kann das Marktüberwachungsorgan daher auch noch über zehn Jahre nach dem Inverkehrbringen eines Bauprodukts Korrekturmassnahmen anordnen, wenn das Risiko erst in diesem Zeitpunkt erkennbar wird. Der Beginn der Verjährung für allfällige zivilrechtliche Schadenersatzansprüche wegen Verletzung von Nachmarktpflichten wird alsdann auf diesen Zeitpunkt hinausgeschoben.

Dazu kommt, dass das Gesetz den Kreis der (öffentlichen) Interessen, welche die Korrekturmassnahmen absichern sollen, in Art. 22 Abs. 2 BauPG sehr weit zieht («Gesundheit und Sicherheit im Allgemeinen, die Gesundheit und Sicherheit am Arbeitsplatz, den Verbraucher- und Umweltschutz und die öffentliche Sicherheit»). Damit steckt es auch den zivilrechtlich relevanten Schutzzweck ab. Diese Interessen gefährden können nicht nur die Hersteller von Bauprodukten, sondern auch Bauunternehmen, die Bauprodukte im Ausland beziehen und in die Schweiz importieren (Art. 2 Ziff. 21 BauPG). Selbst Bauunternehmen, die ihre Bauprodukte in der Schweiz kaufen, können in den Fokus des BauPG geraten, weil gemäss Art. 13 Abs. 4 BauPV die Nachmarktpflichten des Herstellers nach Art. 10 Abs. 10 und 11 BauPV auch auf den Händler «sinngemäss» anwendbar sind. Nach Art. 2 Ziff. 22 BauPG gilt «jede natürliche oder juristische Person in der Lieferkette ausser der Herstellerin oder Importeurin, die ein Bauprodukt auf dem Markt bereitstellt» als «Händlerin». Dazu zählen daher auch Bauunternehmen, die Bauprodukte von Dritten beziehen, um sie in ein Bauwerk einzubauen.

Hat ein Importeur oder ein Händler aufgrund der Verletzung von Nachmarktpflichten nach Art. 41 oder 55 OR oder aus Vertrag zivilrechtlich für einen Schaden aufzukommen, kann er nach Art. 51 OR auf den Hersteller oder den Importeur regressieren, der seinem Lieferanten das Bauprodukt

<sup>19</sup> Zu den Nachmarktpflichten nach dem PrSG siehe etwa WALTER FELLMANN/ANDREA KOTTMANN, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. 1, Bern 2012, N 1255 ff.

<sup>20</sup> WALTER FELLMANN, Haftungsrisiken im PrSG, in: Walter Fellmann/Andreas Furrer (Hrsg.), Produktesicherheit und Produktheftung – Die Schonzeit für Hersteller, Importeure und Händler ist vorbei, Bern 2012, 111 ff.; PETER HAAS/SARAH LEUTWILER, Nachmarktpflichten im Fokus internationaler Produktrückrufe, HAVE 2018, 452 ff.; für Bauprodukte: WALTER FELLMANN, Produktesicherheitsgesetz – neue Pflichten der Baubeteiligten, in: Schweizerische Baurechtstagung 2013, Freiburg 2013, 109.

verkauft hat. Allenfalls stehen ihm auch kaufvertragliche Ansprüche offen, wenn die Klage auf Gewährleistung gegenüber seinem Lieferanten noch nicht verjährt ist (Art. 210 OR).

Anders verhält es sich, wenn kein Schaden entstanden ist, vielleicht gerade weil der Importeur oder Händler rechtzeitig Korrekturmassnahmen getroffen hat. Die Erfolgchancen, die Kosten für diese Korrekturmassnahmen auf den eigenen Lieferanten abzuwälzen, schwinden, sobald die kaufrechtlichen Gewährleistungsansprüche verjährt oder – mangels rechtzeitiger Mängelrüge – verwirkt sind. Nach Meinung von ROLAND BREHM bildet Art. 41 OR selbst nämlich keine genügende Grundlage, um die Kosten von Aufwendungen auf einen Dritten abzuwälzen, wenn der durch die Handlung dieses Dritten direkt Bedrohte Kosten zur Beseitigung der Gefahr aufwende. Der Anspruch müsse sich in einem solchen Fall entweder auf eine besondere Gesetzesbestimmung stützen, oder es müsse nachgewiesen werden, dass die Bedrohung selbst bereits als schädliche widerrechtliche Handlung zu qualifizieren sei.<sup>21</sup> Folgt man dieser Auffassung, können selbst nicht bedrohte Dritte, die im Rahmen ihrer Nachmarktpflichten Korrekturmassnahmen veranlassen, die damit verbundenen Kosten gegenüber dem verantwortlichen Hersteller oder ihrem Lieferanten erst recht nicht auf Art. 41 oder 55 OR stützen.

Daran würde sich kaum etwas ändern, wenn man der Meinung von KARL OFTINGER und EMIL W. STARK folgen wollte. Sie führen dazu zwar aus, dass – abgesehen von behördlichen Anordnungen und Empfehlungen – eine Gefährdung als solche nach den herkömmlichen Grundsätzen des Haftpflichtrechts vorerst irrelevant sei, weil sie noch nicht zu einem Schaden geführt habe. Wenn der Gefährdete Massnahmen zu seinem eigenen Schutz, d.h. zur Abwehr der Gefährdung, ergreife, aber trotzdem widerrechtlich geschädigt werde, könne er die Kosten dieser Massnahmen in seine Schadensberechnung aufnehmen, soweit sie wirklich geboten gewesen seien. Wenn dem Gefährdeten aber – dank seiner Schutzmassnahmen oder aus anderen Gründen – kein Schaden erwachse, liege keine Rechtsgutverletzung, sondern nur eine Rechtsgefährdung vor. Diese müsse aber auch als widerrechtlich betrachtet werden, obschon die Kosten der Schutzmassnahmen sogenannten weiteren Schaden – ohne Rechtsgutverletzung – darstellten und unter Umständen keine Verhaltensnorm verletzt sei. Es komme darauf an, ob die Schutzmassnahmen objektiv gesehen geboten gewesen seien. Treffe dies zu, sei die Ersatzpflicht zu bejahen. Dies gelte auch, wenn ohne die Schutzmassnahmen – aufgrund irgendwelcher, dem Gefährdeten nicht bekannten Umstände – kein Schaden eingetreten wäre oder wenn die gebotenen Massnahmen erfolglos geblieben wären. Die Begründung dieser Auffassung ergebe sich aus dem Umstand, dass die Unterlassung gebotener Schutzmassnahmen dem Geschädigten als Selbstverschulden angerechnet werde; ein solches könne auch vor Eintritt des Schadens vorliegen. Dies führe dazu,

dass die Kosten geeigneter Schutzmassnahmen dem potenziellen Schädiger, der einen Haftungsgrund zu vertreten habe, auch dann aufgebürdet würden, wenn kein Schaden eintrete.<sup>22</sup> Nachdem die Wirtschaftsakteure, die das BauPG mit seinen Nachmarktpflichten in den Fokus nimmt, selbst weder unmittelbar Bedrohte noch potenziell durch das Bauprodukt Geschädigte sind, werden sie die Kosten der gebotenen Schutzmassnahmen auch unter Berufung auf OFTINGER/STARK kaum auf den Hersteller, den Importeur oder ihren Lieferanten abwälzen können, wenn keine vertraglichen (Regress-)Ansprüche (mehr) bestehen.

## VI. Zusammenfassung

Das BauPG regelt u.a. die produktspezifischen Anforderungen an die Sicherheit von Bauprodukten. Es übernimmt den Grundsatz des Art. 3 Abs. 1 PrSG und bestimmt, dass Bauprodukte nur in Verkehr gebracht oder auf dem Markt bereitgestellt werden dürfen, wenn sie im Sinne von Art. 3 Abs. 1 PrSG sicher sind (Art. 4 Abs. 1 BauPG). Die Nachmarktpflichten des BauPG gehen aber wesentlich weiter als jene des PrSG. Zum einen gelten sie nicht nur für Konsumgüter und zugunsten von Konsumenten, sondern für alle Bauprodukte. Zum andern sieht das Gesetz nicht nur Massnahmen zur unmittelbaren Abwehr von Gefahren wie Warnungen, Verkaufsstopp, Rücknahme vom Markt oder Rückruf des Produkts vor. Hersteller, Importeur und Händler müssen vielmehr nötigenfalls Korrekturmassnahmen ergreifen. Dabei geht es darum, die betroffenen Bauprodukte so nachzubessern, dass sie sicher sind und daher bei normaler oder bei vernünftigerweise vorhersehbarer Verwendung die Sicherheit und die Gesundheit der Verwenderinnen und Verwender oder Dritter nicht (mehr) oder nur (noch) geringfügig gefährden. Damit bringt das BauPG die Gefahrenabwehr in ihren Auswirkungen letztlich in die Nähe der werkvertraglich geschuldeten Nachbesserung.

Die Tragweite dieser Vorschriften des BauPG ist gross, weil diese Vorschriften Schutzpflichten begründen, deren Missachtung Hersteller, Importeur und Händler (dazu zählt u.U. auch das Bauunternehmen, das die Bauprodukte verbaut) nach Art. 41 oder 55 OR auch gegenüber Dritten zivilrechtlich schadenersatzpflichtig macht. Erschwerend kommt hinzu, dass sich die Kosten von Korrektur- oder Kompensationsmassnahmen in vielen Fällen nicht auf die Verantwortlichen abwälzen lassen und das BauPG für die entsprechende Pflicht keine Verjährung vorsieht. Den Wirtschaftsakteuren ist daher zu empfehlen, ein Produktbeobachtungs- und Rückrufkonzept zu erarbeiten, das bei begründetem Verdacht eines Sicherheitsrisikos eine schnelle Reaktion ermöglicht. Damit lassen sich letztlich auch Kosten sparen.

<sup>21</sup> ROLAND BREHM, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41–61 OR, 4. Aufl., Bern 2013, Art. 41 N 94a unter Verweis auf BGE 117 II 259, 269 f. und ZWR/RVJ 2004, 161.

<sup>22</sup> KARL OFTINGER/EMIL W. STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band II: Besonderer Teil, 3. Teilband: Übrige Gefährdungshaftungen, 4. Aufl., Zürich 1991, § 29 N 269 ff.