

# Das Urteil

## Le jugement

Peter Gauch

Professor an der Universität Freiburg

Der Untergang eines  
Werkes, und wie  
die Unternehmerin sich  
an die Ingenieurfirma hielt  
BGE 119 II 127 ff.

*L'arrêt publié dans les ATF 119 II 127 ss traite du cas d'un ouvrage (étage intermédiaire en voie de construction) qui périt avant sa livraison. Cette décision est remarquable sous plusieurs aspects, notamment parce qu'elle admet l'action de l'entrepreneur contre l'ingénieur mandaté par le maître de l'ouvrage. L'auteur du présent article commente l'arrêt de manière critique et approfondie.*

Der in BGE 119 II 127 ff. publizierte Entscheid des Bundesgerichts hat zumindest in zweifacher Hinsicht Seltenheitswert. Erstens befasst er sich mit einem im Bau befindlichen Werk (einem Zwischengeschoss), das noch vor seiner Abnahme zugrundegeht. Und zweitens behandelt er einen Rechtsstreit, der infolge dieses Ereignisses zwischen der Bauunternehmerin und der von seiner Bauherrin beauftragten Ingenieurfirma ausbricht, was zu einer aussergewöhnlichen Streitkonstellation führt. Meine nachstehende Urteilsbesprechung beginnt mit dem Fall, der dem Entscheid zugrundeliegt, wobei ich mich an die Schilderung des Bundesgerichtes halte.

### I. Der Fall<sup>1</sup>

1. «Für den Einbau eines Zwischengeschosses in einem bestehenden Gebäude ihres Verteilbetriebs in Neuendorf schloss die M. einerseits mit der W. AG einen Werkvertrag nach SIA-Norm 118 und andererseits mit der Bauingenieurfirma G. einen Ingenieurvertrag nach SIA-Norm 103. Während die W. AG (Unternehmerin) die Betonelemente herzustellen und zu montieren hatte, oblag der G. Projektierung und Bauleitung.»

«Anlässlich der Montage der Betonelemente stürzte am 17. März 1988 das zu erstellende Zwischengeschoss ein. Dabei kamen weder Personen noch Eigentum der Unternehmerin zu Schaden. Hingegen war für sie die Neuerstellung des vor der Abnahme untergegangenen Werkes mit beträchtlichen, nicht durch eine zusätzliche Vergütung abgegoltenen Mehrkosten verbunden, für welche die Unternehmerin die Ingenieurfirma verantwortlich machte.»

2. «Am 10. Juli 1989 klagte die Unternehmerin beim Handelsgericht des Kantons Bern gegen die Ingenieurfirma auf Ersatz des auf Fr. 225 647.50 bezifferten Mehraufwandes. Aufgrund einer Expertise kam das Handelsgericht zum Schluss, dass beide Parteien zum Teil elementare Regeln der Baukunde verletzt und dadurch den Einsturz mitverursacht hätten. Den auf Fr. 210 496.65 festgesetzten Schaden lastete es zu 70% der Beklagten an und sprach der Klägerin, die mit der Beklagten nicht in Vertragsbeziehungen stand, gestützt auf Art. 41 ff. OR i. V. m. Art. 229 StGB Fr. 147 347.65 nebst Zins zu.»

### II. Der Entscheid des Bundesgerichts

Die betroffene und zu Schadenersatz verurteilte Ingenieurfirma war mit dem Urteil des Berner Handelsgerichts nicht einverstan-

den, weshalb sie die Sache via Berufung an das Bundesgericht in Lausanne weiterzog. Aber auch dort hatte sie kein Glück. Die Berufung wurde abgewiesen und das Urteil des Handelsgerichts bestätigt. Im Ergebnis blieb die Ingenieurfirma also verurteilt, der Bauunternehmerin «Fr. 147 347.65 nebst Zins» zu bezahlen, was das Bundesgericht im rapportierten Entscheid «zweistufig» begründet. Auf einer ersten Stufe widerspricht es zwar dem Handelsgericht, indem es einen Schadenersatzanspruch der Unternehmerin ablehnt. Auf der zweiten Stufe aber gelangt es zum gleichen Resultat wie das Handelsgericht, indem es der Unternehmerin einen äquivalenten Regressanspruch einräumt.

#### A. Kein Schadenersatzanspruch der Unternehmerin

1. Zunächst also widerspricht das Bundesgericht dem Handelsgericht. Es stellt fest, dass der Unternehmerin kein Schadenersatzanspruch gegenüber der Ingenieurfirma zusteht. Da die Ingenieurfirma von der Bauherrin beauftragt, nicht aber Vertragspartnerin der Unternehmerin war, stand für das Bundesgericht (wie schon für das vorinstanzliche Handelsgericht) nur ein deliktischer (ausservertraglicher) Ersatzanspruch zur Debatte.<sup>2</sup> Ein deliktischer Anspruch auf Schadenersatz aber setzt grundsätzlich voraus, dass der geltend gemachte Schaden «widerrechtlich» zugefügt wurde (Art. 41 Abs. 1 OR)<sup>3</sup>. Exakt bei diesem heiklen Punkt hakt das Bundesgericht ein, indem es die Widerrechtlichkeit der Schädigung mit folgenden Erwägungen verneint (BGE 119 II 128 ff.):

a. «Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung und herrschender Lehre liegt der Haftungsnorm des Art. 41 OR die objektive Widerrechtlichkeitstheorie<sup>4</sup> zugrunde. Danach ist eine Schadenszufügung widerrechtlich, wenn sie gegen eine allgemeine gesetzliche Pflicht verstösst, indem entweder ein absolutes Recht des Geschädigten beeinträchtigt (Erfolgsunrecht) oder eine reine Ver-

<sup>1</sup> Fallschilderung gemäss BGE 119 II 128.

<sup>2</sup> Die Frage, ob und inwieweit sich zwischen dem Bauunternehmer und dem Ingenieur eines Bauherrn ein vertragsähnliches Treueverhältnis (mit vertragsähnlichen Schadenersatzpflichten) konstruieren liesse, soll hier nicht weiter untersucht werden.

<sup>3</sup> Hauptausnahme: Art. 41 Abs. 2 OR.

<sup>4</sup> Auszeichnungen in allen wörtlichen BGE-Zitaten vom Verfasser.

mögensschädigung durch Verstoss gegen eine einschlägige Schutznorm bewirkt wird (Verhaltensunrecht). Die im objektiven Normverstoss begründete Widerrechtlichkeit entfällt daher, wenn eine Schädigung reiner Vermögensrechte stattgefunden hat, dabei jedoch keine Verhaltensnorm verletzt worden ist, die nach ihrem Zweck vor derartigen Schädigungen schützen soll (BGE 116 Ib 373 E. 4b mit Hinweisen auf Lehre und Rechtsprechung).»

b. «Aufgrund der verbindlichen Tatsachenfeststellungen der Vorinstanz (Art. 63 Abs. 2 OG) hat auch das Bundesgericht davon auszugehen, dass der Klägerin zufolge des Einsturzes des in Konstruktion befindlichen Zwischengeschosses *weder Personenschaden noch Schaden an ihrem Eigentum* (z.B. an Werkzeugen und Maschinen) entstanden ist. Eigentum am unvollendeten Bauwerk konnte die Klägerin wegen des Akzessionsprinzips nicht gehabt haben (Art. 667 Abs. 2 ZGB)<sup>5</sup>. Zwar hatte sie daran unselbständigen, d.h. vom Besitz der Bauherrin abgeleiteten Besitz (Art. 920 Abs. 2 ZGB). An den Besitz als tatsächliches Herrschaftsverhältnis (Art. 919 Abs. 1 ZGB; BGE 85 II 280) knüpft das Gesetz aber nur in besonderen Fällen Rechtswirkungen. Die Möglichkeit, aus Besitzesverletzungen Schadenersatzansprüche abzuleiten, ist auf die besitzrechtlichen Spezialregelungen der Art. 927 Abs. 3 ZGB (Besitzesentziehung durch verbotene Eigenmacht) und 928 Abs. 2 ZGB (Besitzesstörung durch verbotene Eigenmacht) beschränkt, wo das Gesetz ausdrücklich Schadenersatz vorsieht<sup>6</sup>.

c. «Mangels Verletzung absoluter Rechte», ist der Unternehmerin somit «reiner Vermögensschaden entstanden»<sup>7</sup>. Infolgedessen stellt sich «die Frage nach der allenfalls verletzten Schutznorm. Das Handelsgericht erblickt sie in Art. 229 StGB. Dabei übersieht es, dass diese Vorschrift wie auch diejenige von Art. 227 StGB nur das absolute Recht auf körperliche Integrität schützen (BGE 117 II 270 E. 3<sup>8</sup>). Bezwecken die genannten Normen jedoch allein diesen Schutz und nicht den Schutz vor Vermögensschäden, so konnte die Zufügung eines solchen Schadens kein Normverstoss gewesen sein, der die von Art. 41 OR vorausgesetzte Widerrechtlichkeit begründet hätte<sup>9</sup>. Die Widerrechtlichkeit darf entgegen der Auffassung der Klägerin auch nicht dadurch begründet werden, dass im Widerspruch zur positivrechtlichen Haftungsordnung als Ersatz für die mangelnde Schutznorm der sogenannte Gefahrensatz<sup>10</sup> herangezogen wird.»<sup>11</sup>

2. Gestützt auf die vorstehenden Erwägungen kommt das Bundesgericht zum Schluss, Art. 41 OR entfalle «als Anspruchsgrundlage für den eingeklagten Ersatz des Schadens, den die Klägerin als Folge der Neuerstellung des vor der Abnahme untergegangenen Werkes erlitt» (BGE 119 II 130). Dieser Schluss hält auch einer **kritischen Würdigung** stand. Was hingegen die einschlägigen Erwägungen des Bundesgerichts angeht, ist zu unterscheiden:

a. Auf der Ebene der «Widerrechtlichkeit» verdienen die Erwägungen des Bundesgerichtes volle Zustimmung, wenn man die höchstrichterlichen Ausführungen an der herrschenden Widerrechtlichkeitstheorie misst. Diese Theorie wird im rapportierten Entscheid dem juristischen Publikum so eindringlich in Erinnerung gerufen, dass es nützlich erschien, die betreffenden Stellen wörtlich auch in die vorliegende Urteilsbesprechung aufzunehmen. Obwohl die herrschende Theorie nicht in jeglicher Hinsicht befriedigt<sup>12</sup>, verzichte ich vorliegend auf eine diesbezügliche Kritik<sup>13</sup>, da nicht jeder Entscheid, der das Element der Widerrechtlichkeit anspricht, Ausgangspunkt für eine grundsätzliche Beschäftigung mit diesem schwierigen Aspekt der deliktischen Haftung sein kann.

Dementsprechend begnüge ich mich mit der Feststellung, dass im Rahmen der herrschenden Lehre die Widerrechtlichkeit der behaupteten Schädigung zu Recht verneint wurde. Das gleiche wäre auch dann festzustellen, wenn es auf die Bestimmung des Art. 55 OR (über die deliktische Geschäftsherrenhaftung) angekommen wäre. Diese Bestimmung blieb im publizierten Teil des Bundesgerichtsentscheides unerwähnt, was darauf hinweist, dass ihr Tatbestand ohnehin nicht erfüllt war.

b. Auf einer anderen Ebene liegt nun aber die Frage, ob und in welchem Umfang die Unternehmerin durch den Einsturz des Zwischengeschosses überhaupt geschädigt wurde. Diese *Schadensfrage* erachte ich sogar als *die Hauptfrage*, da es ja ohne Schaden weder einen Ersatzanspruch noch das Problem der Widerrechtlichkeit gibt. Die korrekte Beantwortung der Frage macht es erforderlich, etwas weiter auszuholen:

– Im vorliegenden Fall ging das von der Unternehmerin begonnene Werk (das in Konstruktion befindliche Zwischengeschoss) vor seiner Abnahme unter. Die *Hauptursache des Untergangs* («70%») lag in den fehlerhaften Leistungen der Ingenieurfirma, wobei die Unternehmerin durch ihr unsorgfältiges Verhalten mit einem 30%igen Anteil zum Untergang beitrug.<sup>14</sup> Da die Ingenieurfirma als Hilfsperson (Art. 101 OR) der Bauherrin gehandelt hat, muss die Bauherrin deren fehlerhaftes Verhalten gegenüber der Unternehmerin vertreten (BGE 119 II 130<sup>15</sup>). Das aber bedeutet: Die durch den Untergang des Werkes entstandene Rechtslage beurteilt sich im Verhältnis Bauherrin/Unternehmerin nach Art. 188 Abs. 5<sup>16</sup> der werkvertraglich übernommenen SIA-Norm 118.

<sup>5</sup> Nach Art. 667 Abs. 2 ZGB umfasst das Eigentum an Grund und Boden «unter Vorbehalt der gesetzlichen Schranken» auch «alle Bauten», weshalb die Bauherrin das auf ihrem Grundstück begonnene Bauwerk ohne weiteres (durch «Akzession») zu Eigentum erworben hatte.

<sup>6</sup> Zitiert: OPTINGER, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 4 A., Bd. I, S. 130 und Fn 14; BREHM, N 35 zu Art. 41 OR; STARK, N 26 f. zu Art. 927 ZGB.

<sup>7</sup> Zitiert: BREHM, N 85 zu Art. 41 OR.

<sup>8</sup> Vgl. dazu BR 1992, S. 99 f., Nr. 166.

<sup>9</sup> Zitiert: GABRIEL, Die Widerrechtlichkeit in Art. 41 Abs. 1 OR, Diss. Freiburg 1987, S. 74 Rz 255 und S. 200 Rz 688; vgl. BGE 104 II 99 Nr. 17 zu Art. 222 StGB.

<sup>10</sup> Nach dem «Gefahrensatz» hat derjenige, der einen gefährlichen Zustand schafft oder unterhält, für die nötigen Schutzmassnahmen zu sorgen (BGE 116 Ia 169).

<sup>11</sup> Zitiert: BREHM, N 49 und 51 zu Art. 41 OR. Vgl. demgegenüber noch BGE 116 Ia 169; 98 II 48; 82 II 28.

<sup>12</sup> Vgl. z.B. GABRIEL, Die Widerrechtlichkeit in Art. 41 Abs. 1 OR, Diss. Freiburg 1987.

<sup>13</sup> Kritisch aber GAUCH/SWEET, Deliktshaftung für reinen Vermögensschaden, in: FS Max Keller, Zürich 1989, S. 117 ff.

<sup>14</sup> Der Verteilschlüssel (70%/30%), der schon vom Handelsgericht fixiert wurde, stützt sich wohl auf die gerichtliche Expertise.

<sup>15</sup> Zitiert: GAUCH, Der Werkvertrag, S. 363 RZ 1361, S. 520 RZ 2025 und S. 522 RZ 2033.

<sup>16</sup> Die Bestimmung lautet: «Beruht der Untergang sowohl auf einem Mangel gemäss Abs. 1 als auch auf einer Verletzung der Sorgfaltspflicht des Unternehmers bei Ausführung des Werkes, so kommen die vorstehenden Bestimmungen (Abs. 1–4) zur Anwendung; dies jedoch mit der Besonderheit, dass die Ansprüche des Unternehmers seinem Verschulden entsprechend herabgesetzt werden.»

Abs. 1 des Art. 188, auf den Art. 188 Abs. 5 verweist, handelt vom Fall, da das Werk vor seiner Abnahme «wegen eines Mangels des vom Bauherrn angewiesenen Baugrundes oder des von ihm gelieferten Materials oder der von ihm vorgeschriebenen Art der Ausführung zugrunde» geht. Der «Mangel», um den es vorliegend ging, betraf die «vorgeschriebene Art der Ausführung» (vgl. BGE 119 II 130).

- Nach Art. 188 Abs. 5 der SIA-Norm 118<sup>17</sup> behielt die Unternehmerin ihren Anspruch auf vertragsgemässe Vergütung der bis zum Untergang erbrachten Leistungen<sup>18</sup>, wenn auch vermindert um einen Herabsetzungsbetrag, der ihrem Verschulden entspricht. Bewertet man nun die «Verschuldensquote» der Unternehmerin mit 30%, die von der Bauherrin zu vertretende Hauptursache dagegen mit 70%, so blieb der Vergütungsanspruch der Unternehmerin für die vom Untergang betroffenen Leistungen zu 70% erhalten.<sup>19</sup> Ausserdem erhielt die Unternehmerin einen Anspruch auf volle Vergütung des ganzen Werkes, weil sie das Werk nach dem Untergang wiederaufgebaut und vollendet hatte.<sup>20</sup> Insgesamt war die Bauherrin also verpflichtet, der Unternehmerin die volle Vertragsvergütung für das ganze Werk zu bezahlen, nebst 70% der vertraglichen Vergütung für die untergegangenen Leistungen. Diese Analyse scheint, wenn ich es richtig sehe, mit der Betrachtungsweise des Bundesgerichtes (BGE 119 II 130) zu harmonisieren. Wie aber verhält es sich mit dem Schaden der Unternehmerin?
- Aus der dargestellten Vergütungslage resultiert ein *Schaden* zu Lasten der Unternehmerin höchstens insoweit, als sie ihren Anspruch auf vertragsgemässe Vergütung der vom Untergang betroffenen Leistungen verloren hat. Bei diesem 30%-Verlust handelt es sich um einen Schaden im Rechtssinn, soweit der Verlust nicht durch einen konnexen Vermögensvorteil (insbesondere durch den Vorteil des entgeltlichen Wiederaufbaus) ausgeglichen wurde.<sup>21</sup> Ein daraus abgeleiteter Schadenersatzanspruch der Unternehmerin «entfällt» aber schon deshalb, weil sie den betreffenden Schaden «selbstverschuldet» hat.
- Anders verhält es sich, soweit die Unternehmerin ihren Anspruch auf Vergütung der untergegangenen Leistungen behalten hat. Im Umfang des zu 70% fortbestehenden Vergütungsanspruchs wurde sie durch den Untergang des Werkes *nicht geschädigt*, da eine fortbestehende Forderung im Vermögen des Forderungsberechtigten schlechterdings kein Schadensposten sein kann. Daran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass die Unternehmerin davon absah, «sich auf die von der Bauherrin zu vertretende Schlechterfüllung des Ingenieurvertrages zu berufen und eine Vergütung für das untergegangene Werk zu fordern» (BGE 119 II 131).
- Im letzten Punkt vertreten die mit dem Fall befassten Gerichte eine abweichende Meinung. Sogar das Bundesgericht geht stillschweigend davon aus, dass die Unternehmerin vor allem auch im Umfang ihres fortdauernden, aber nicht geltend gemachten Vergütungsanspruchs geschädigt worden sei. Diese Annahme äussert sich schon in der gerichtlich formulierten Umschreibung des Sachverhaltes, wo es missverständlich heisst, die Neuerstellung des Werkes sei für die Unternehmerin «mit beträchtlichen, nicht durch eine zusätzliche Vergütung abgegoltenen Mehrkosten» verbunden gewesen. Anders als dieser Satz glauben macht, hatte die Unternehmerin für die Neuerstellung des untergegangenen Werkes Anspruch auf volle Vergütung und behielt ausserdem 70% ihres Vergütungsanspruchs auf den untergegangenen Leistungen.
- c. Die vorstehende «Abhandlung» zeigt, dass ich in der *Verneinung des Schadenersatzanspruchs* mit der Lösung des Bundesgerichtes übereinstimme. Nach meiner Betrachtung der Dinge erledigt sich der geltend gemachte Anspruch allerdings schon auf der Ebene des Schadens. Der Schaden, den die Unternehmerin eingeklagt hat, war zum kleineren Teil zwar existent, aber selbstverschuldet. Zum grösseren Teil war der eingeklagte Schaden inexistent, was mich fast zur Bemerkung verleitet, das Bundesgericht

habe mit der objektiven Widerrechtlichkeitstheorie ein Phantom erlegt.

## B. Aber ein Regressanspruch!

1. Im Ergebnis teile ich also die Meinung des Bundesgerichts, wonach die Unternehmerin im Verhältnis zur eingeklagten Ingenieurfirma über keinen Schadenersatzanspruch verfügte. Damit aber ist die Sache noch nicht erledigt. Denn auf der zweiten Stufe seiner Urteilsbegründung fand **das Bundesgericht** einen Weg, um die von der Unternehmerin erhobene Forderung gegenüber der beklagten Ingenieurfirma dennoch gutzuheissen. Der gefundene Weg verlief über Art. 51 OR, dem das Bundesgericht einen passenden Regressanspruch entnahm, und zwar mit den folgenden Erwägungen:

a. «Für den durch die Schlechterfüllung des Werk- bzw. Ingenieurvertrags verursachten Schaden hafteten die Parteien der Bauherrin gegenüber ... als unechte Solidarschuldner (BGE 115 II 45 E. 1b<sup>22</sup>; 93 II 322 E. 2e<sup>23</sup>). Die Regeln der Solidarität werden in diesem Fall sinngemäss angewandt<sup>24</sup>. Dazu gehört die Bestimmung, dass derjenige Solidarschuldner, der gegenüber dem Gläubiger mehr geleistet hat, als er im internen Verhältnis unter den Solidarschuldnern hätte leisten müssen, nach richterlichem Ermessen zum Regress gegen die Mitverpflichtete

<sup>17</sup> Vgl. dazu GAUCH, Kommentar zur SIA-Norm 118 Artikel 157–190, Zürich 1991, Anmerkungen 32 f. zu Art. 188.

<sup>18</sup> Das ergibt sich aus Art. 188 Abs. 2 der Norm, auf den Art. 188 Abs. 5 SIA-Norm 118 verweist. Nach Art. 188 Abs. 3 entfällt zwar der Vergütungsanspruch für die untergegangenen Leistungen (Art. 188 Abs. 2), wenn der Unternehmer «eine entsprechende Anzeigepflicht (Art. 25) verletzt hat». Diese Bestimmung gilt jedoch (erstens) nur für den Fall, da den Bauherrn kein Verschulden trifft, weil bei Verschulden des Bauherrn die Anzeigepflichtverletzung des Unternehmers in Art. 188 Abs. 5 (als Sorgfaltsverletzung) aufgeht (GAUCH, zit. in Anm. 17, Anmerkungen 26, 32 und 33 zu Art. 188). Und was (zweitens) den vorliegenden Fall angeht, so meint das Bundesgericht, «die Bauherrin» wäre «vom Einwand der fehlenden Abmahnung durch die Unternehmerin ausgeschlossen gewesen, da sie sich auch die Fachkunde der Beklagten hätte zurechnen lassen müssen (BGE 116 II 309 E. 2cc)». Das letztere bedarf insofern einer «Korrektur», als es auch bei vorhandenem Sachverstand auf Seiten des Bauherrn Gefahren gibt, die der Unternehmer anzeigen muss, weil er sie tatsächlich erkannt hat oder nach den konkreten Umständen hätte erkennen müssen (vgl. sinngemäss BGE 116 II 456 = BR 1991, S. 97, Nr. 154).

<sup>19</sup> Nach der Formulierung des Bundesgerichts, die sich ebenfalls auf Art. 188 Abs. 5 SIA-Norm 118 bezieht, «hätte... die Klägerin für das untergegangene Bauwerk insoweit Vergütung beanspruchen können, als der Untergang nicht auf die Schlechterfüllung des Werkvertrages, sondern auf die Mangelhaftigkeit der von der Bauherrin zu vertretenden Ingenieurarbeiten... zurückzuführen war» (BGE 119 II 130).

<sup>20</sup> Vgl. GAUCH, zit. in Anm. 17, Anmerkung 18 zu Art. 188.

<sup>21</sup> Zur Anrechnung von Vorteilen siehe BRUNNER, Die Anwendung delikt-rechtlicher Regeln auf die Vertragshaftung, Diss. Freiburg 1991, S. 71 ff. Der hier besprochene Entscheid lässt die Frage einer Vorteilsausgleichung wohl deshalb undiskutiert, weil sie nicht zum eingebrachten Prozessstoff gehört.

<sup>22</sup> Kritisch zu BGE 115 II 42 ff.: GAUCH, BR 1990, S. 41 f., Anmerkung zu Nr. 40.

<sup>23</sup> Der Fall, auf den sich diese Zitatstelle bezieht, ist nicht identisch mit dem vorliegenden.

<sup>24</sup> Zitiert: GAUCH, Der Werkvertrag, S. 520 Rz 2027. Die zitierte Stelle betrifft jedoch die Mängelhaftung, für die verschiedene Regeln gelten als für den Untergang des Werkes.

ten zugelassen wird (Art. 51 Abs. 1 i.V. m. Art. 50 Abs. 2 OR)<sup>25</sup>»

«Vorliegend» hat nun die klagende Unternehmerin «die durch den Einsturz verursachten Mehrkosten bisher allein getragen und ist damit für einen höheren Schadensanteil aufgekommen, als sie im Verhältnis zur Beklagten hätte übernehmen müssen. In entsprechender Anwendung von Art. 51 OR steht ihr für den Mehrbetrag ein Regressanspruch gegen die Beklagte zu» (BGE 119 II 131).

b. «Kann sich die Klägerin für ihre Mehrleistung bei der Beklagten schadlos halten, erwächst ihr kein Nachteil daraus, dass sie es unterlassen hat, von der Bauherrin eine Vergütung für das untergegangene Bauwerk zu fordern. Sie hatte vielmehr die Wahl, entweder diese Vergütung bei der Bauherrin, die nach Art. 101 OR für das Verhalten der Beklagten einzustehen hatte, geltend zu machen oder aber analog Art. 51 OR gegen die Beklagte vorzugehen. Die Beklagte wird dadurch nicht schlechtergestellt. Denn wäre die Bauherrin in Anspruch genommen worden, hätte diese Regress gegen die ihr aus dem Ingenieurvertrag haftende Beklagte nehmen können» (BGE 119 II 131 f.).

2. Eine **kritische Würdigung** des vom Bundesgericht eingeschlagenen Weges hat bei der gesetzlichen Bestimmung des Art. 51 OR einzusetzen:

a. Der erste Absatz des Art. 51 OR lautet: «Haften mehrere Personen aus verschiedenen Rechtsgründen... dem Verletzten für denselben Schaden, so wird die Bestimmung über den Rückgriff unter Personen, die einen Schaden gemeinsam verschuldet haben, entsprechend auf sie angewendet.» Das heisst, dass der Richter nach seinem Ermessen bestimmt, «ob und in welchem Umfange die Beteiligten Rückgriff gegeneinander haben» (Art. 50 Abs. 2 OR). Richtlinien für diesen Ermessensentscheid finden sich in Art. 51 Abs. 2 OR.

b. Auf den *vorliegenden Fall* wäre Art. 51 OR zweifellos anwendbar, wenn die Ingenieurfirma (einerseits) und die Unternehmerin (andererseits) der betroffenen Bauherrin «aus verschiedenen Rechtsgründen für denselben Schaden» haften würden. Genau das trifft aber nicht zu. Denn:

- Wie bereits gesagt, beruht die Zerstörung des Werkes (der Einsturz des Zwischengeschosses) zur Hauptsache auf einem Fehlverhalten der bauseits beauftragten Ingenieurfirma, was die Bauherrin gegenüber der Unternehmerin nach Art. 101 OR zu vertreten hat. Deshalb blieb die Bauherrin nach Art. 188 Abs. 5 der übernommenen SIA-Norm 118 verpflichtet, der Unternehmerin auf die untergegangenen Leistungen 70% der vertragsgemässen Vergütung zu bezahlen. Im Umfang der fortbestehenden Vergütungspflicht wurde die Bauherrin zwar geschädigt. Für diesen Schaden aber gab es nur *eine* Haftpflichtige, die Ingenieurfirma, die ihren Ingenieurvertrag schlecht erfüllt hat. Die Unternehmerin haftet dagegen nicht, was auf der Hand liegt, da ein Vergütungsanspruch kein Grund sein kann, der den Anspruchsberechtigten gegenüber dem Vergütungspflichtigen haftbar macht. Somit fehlt es für die Anwendung des Art. 51 OR schon an der Grundvoraussetzung, wonach dem Verletzten für denselben Schaden «*mehrere Personen*» haften müssen. Art. 51 OR und die darin enthaltene Regressordnung bleiben also aus dem Spiel, soweit die Bauherrin durch die fortdauernde Vergütungspflicht geschädigt ist.
- Da die Unternehmerin durch ihre eigene Unsorgfalt zum Untergang des Werkes beigetragen hat, muss sie auf den untergegangenen Leistungen eine Vergütungsreduktion von 30% hinneh-

men. Für eine Anwendung des Art. 51 OR fehlt es aber auch diesbezüglich an der vorausgesetzten «Mehrpersonenhaftung». Auf Seiten der Unternehmerin könnte man zwar von einer «Reduktionshaftung» sprechen. Die Ingenieurfirma hingegen trifft weder eine Schadenersatz- noch eine andere Haftung, soweit die Bauherrin von ihrer Vergütungspflicht befreit wurde. Also bleibt Art. 51 OR wiederum aus dem Spiel, weil der Sachverhalt des Art. 51 OR weder direkt noch sinngemäss erfüllt ist. Wäre dem anders, so würde ein Regressanspruch der Unternehmerin jedenfalls daran scheitern, dass die Reduktion ihres Vergütungsanspruches finanziell nicht *mehr* ausmacht, als sie im Verhältnis zur Ingenieurfirma tragen müsste. Auch das Bundesgericht nimmt diesen Teil vom Regressanspruch aus.

c. Auf Grund der vorstehenden Überlegungen vermag mich die Regresslösung des Bundesgerichts weder von ihrer Begründung noch vom Ergebnis her zu überzeugen. Vielmehr bin ich der Auffassung, ein *Regressanspruch der Unternehmerin sei überhaupt zu verneinen*, und zwar unbekümmert darum, dass die Unternehmerin es unterliess, ihren fortbestehenden Vergütungsanspruch gegenüber der Bauherrin zu realisieren. Der Standpunkt des Bundesgerichts, wonach die klagende Unternehmerin die Wahl hatte, entweder diesen Vergütungsanspruch bei der Bauherrin geltend zu machen oder analog zu Art. 51 OR gegen die beklagte Ingenieurfirma vorzugehen, entbehrt der rechtlichen Grundlage. Auch bei entsprechender Anwendung lässt sich der Bestimmung des Art. 51 OR kein Regressanspruch der Unternehmerin entnehmen, geschweige denn ein Recht der Unternehmerin, nach ihrer Wahl entweder die geschuldete Vergütung einzufordern oder die Ingenieurfirma zu belangen. Mit einem derartigen Wahlrecht rückt das Bundesgericht die Bauherrin und die Ingenieurfirma in die Nähe von Solidarschuldnern der Unternehmerin, was einem weiteren Paradigmenwechsel gleichkommt.

### III. Fazit

1. Obwohl es schwierig ist, gerade zwei renommierten Gerichten zu widersprechen, behaupte ich, *dass der Klageanspruch der Unternehmerin in Wirklichkeit überhaupt nicht bestand*. Weder hatte die Unternehmerin einen Schadenersatzanspruch, noch überzeugt mich die Regresslösung des Bundesgerichts. Wie kompliziert allerdings die rechtlichen Verhältnisse sind, zeigt auch meine eigene Besprechung. Die Nicht-Juristen werden sich über den juristischen Aufwand wundern, der da getrieben wird, um scheinbar einfache Fragen zu beantworten. Die Juristen umgekehrt wundern sich über das Verhalten der Unternehmerin.

2. Warum, so fragt man sich, hat die Unternehmerin es vorgezogen, die Ingenieurfirma zu belangen, statt ihren fortbestehenden Vergütungsanspruch gegenüber der Bauherrin geltend zu machen? Auf diese Frage geben die Erwägungen des Bundesgerichts keine Antwort. Nahe liegt die Vermutung, dass der schonende Umgang mit der Bauherrin durch die Hoffnung auf neue Aufträge oder *kommerzielle Überlegungen* anderer Art motiviert war. Diese Vermutung ist besonders stark, wenn es sich bei der Bauherrin um eine Person mit ausgeprägter Nachfragemacht gehandelt hat. Ob das letztere zutrifft, bleibt jedoch im Verborgenen, da der kommentierte Entscheid des Bundesgerichtes die Namen der beteiligten Parteien geheimhält.

<sup>25</sup> Zitiert: GAUCH, Der Werkvertrag, S. 521 ff. Rz 2030 ff. Die zitierten Stellen betreffen jedoch die Mängelhaftung.