

**Alfred Koller**

**Solidarische Haftung von Architekt und  
Ingenieur mit anderen Baubeteiligten –  
Ausgewählte Fragen anhand ausgewählter  
Entscheide**

Sonderdruck aus:  
Alfred Koller (Hrsg.)  
Recht der Architekten und Ingenieure

Vereinigung für Baurecht V•BR  
Universität St.Gallen

# Solidarische Haftung von Architekt und Ingenieur mit anderen Baubeteiligten

Ausgewählte Fragen anhand ausgewählter Entscheide

ALFRED KOLLER

## INHALTSVERZEICHNIS

|   |   |
|---|---|
| <b>I. Der Entscheid des Kantonsgerichts Neuenburg vom 29. September 1997 (RJN 1998, S. 76 ff.)</b>          |   |
| Voraussetzungen der Solidarität nach Art. 51 OR <i>oder</i>   |   |
| Der Bauwesenversicherer als Solidarschuldner? .....   | 2 |
| 1. Der Entscheid .....  | 2 |
| 2. Bemerkungen .....  | 3 |
| <b>II. Der Entscheid des Bundesgerichts vom 18. März 1993 (BGE 119 II 127 ff.)</b>                          |   |
| Regressvoraussetzungen nach Art. 51 OR <i>oder</i>  |   |
| Der Regress nach Bereicherungsrecht .....   | 5 |
| 1. Der Entscheid .....  | 5 |
| 2. Bemerkungen zum Aussenverhältnis (Verhältnis der Bauherrin zu Bauunternehmerin und Ingenieurfirma) ..... | 6 |
| 3. Bemerkungen zum Innenverhältnis (Verhältnis Bauunternehmerin – Ingenieurfirma) .....                     | 8 |

## I. Der Entscheid des Kantonsgerichts Neuenburg vom 29. September 1997 (RJN 1998, S. 76 ff.)

### Voraussetzungen der Solidarität nach Art. 51 OR *oder* Der Bauwesenversicherer als Solidarschuldner?

#### 1. Der Entscheid

Die Gemeinde Cortaillod plante die Erstellung eines Bootshafens. U.a. musste ein Deich errichtet werden. Dieser stürzte während der Bauarbeiten mehrere Male nacheinander ein. Verantwortlich dafür waren der Architekt X. und der Ingenieur Y., die von der Gemeinde Cortaillod für diese Arbeiten beauftragt worden waren. Die Gemeinde erlitt einen erheblichen Schaden. Für diesen kam vorerst einmal – teilweise – die Versicherungsgesellschaft Z. auf, bei der die Gemeinde Cortaillod für Bauschäden versichert war. Die Zahlung erfolgte gestützt auf Art. 4 lit. a Ziff. 5 der AVB. Dort ist der Sache nach Folgendes vorgesehen:

Die Bauwesenversicherung hat nicht für Schäden aufzukommen, welche «durch den Haftpflichtversicherer eines am Bau des Werkes Beteiligten getragen werden müssen». Sie leistet jedoch einen Kostenvorschuss. Der Bauherr ist im Umfang des geleisteten Vorschusses verpflichtet, seine Forderung gegen den Haftpflichtigen abzutreten.

Die von Z. vorgenommene Zahlung war also als blosser Vorschuss auf die Leistungen der Haftpflichtversicherer des Architekten X. und des Ingenieurs Y. gedacht. In der Folge klagte die Versicherungsgesellschaft Z. gegen den Architekten und den Ingenieur auf Rückzahlung. Das Gericht hat die Klage gutgeheissen. Es nahm an, der Architekt und der Ingenieur einerseits und die Bauwesenversicherung andererseits würden der Gemeinde gegenüber gestützt auf Art. 51 OR solidarisch haften. Im Innenverhältnis habe die Versicherung ein Rückgriffsrecht auf Architekt und Ingenieur, da sie im Unterschied zu Architekt und Ingenieur kein Verschulden treffe. Subsidiär wurde das Rückgriffsrecht des Versicherers auch auf die erfolgte Zession abgestützt. Das Bundesgericht hat eine gegen den Entscheid gerichtete Berufung abgewiesen; mangels Publikation sind die Urteilsgründe nicht bekannt. M.E. ist dem Entscheid des Kantonsgerichts Neuenburg zwar im Ergebnis zuzustimmen, doch hätte der Regress nur auf die Zession abgestützt werden dürfen.

## 2. Bemerkungen

1. Art. 51 OR ist in Verbindung mit Art. 50 OR zu lesen. Nach dieser Bestimmung haften mehrere Personen, die einen Schaden gemeinsam verschuldet haben, «sei es als Anstifter, Urheber oder Gehilfen, (...) dem Geschädigten solidarisch» (Abs. 1). Sie haften somit nicht anteilmässig, sondern können grundsätzlich je auf den ganzen Schadensbetrag belangt werden; leistet jedoch einer der Haftpflichtigen Schadenersatz, so werden auch die anderen befreit (Art. 144 Abs. 2 und 147 Abs. 1 OR). «Ob und in welchem Umfang die Beteiligten Rückgriff gegeneinander haben, wird durch richterliches Ermessen bestimmt» (Abs. 2 von Art. 50 OR). Art. 51 OR betrifft den Fall, da «mehrere Personen aus verschiedenen Rechtsgründen, sei es aus unerlaubter Handlung, aus Vertrag oder aus Gesetzesvorschrift», dem Geschädigten «für denselben Schaden» haftbar sind. Auch in diesem Fall besteht unter den mehreren Haftpflichtigen Solidarität. Das wird zwar in Art. 51 OR – anders als in Art. 50 OR – nicht ausdrücklich gesagt. Vielmehr stellt Art. 51 OR lediglich eine Rückgriffsordnung auf. «Diese setzt aber Solidarität voraus»<sup>1</sup>. Die Solidarität gemäss Art. 51 OR soll freilich – anders als diejenige nach Art. 50 OR – keine echte Solidarität im Sinne von Art. 143 ff. OR sein. Vielmehr handle es sich um sog. unechte Solidarität, für welche namentlich Art. 136 Abs. 2 OR nicht gelten soll (BGE 127 III 257 E. 6, m.w.Nw.)<sup>2</sup>. Im vorliegenden Zusammenhang interessiert dies jedoch nicht. Hier interessiert lediglich, ob die Bauwesenversicherung mit Architekt und Ingenieur solidarisch haftete. Trifft dies nämlich nicht zu, war auch für einen Rückgriff nach Art. 51 OR kein Raum.

2. Nach seinem Wortlaut kommt Art. 51 OR nur zur Anwendung, wo mehrere Personen aus *verschiedenen* Rechtsgründen haftbar sind. Doch erfasst die Bestimmung unstreitig auch Fälle, in denen mehrere Personen aus Vertrag und damit aus dem selben Rechtsgrund haften. Art. 51 OR wurde daher in dem zur Diskussion stehenden Fall nicht dadurch ausgeschlossen, dass sowohl die Versicherungsgesellschaft Z. wie auch der Architekt X. und der Ingenieur Y. aus Vertrag hafteten.

<sup>1</sup> OFTINGER/STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I, 5. Aufl., Zürich 1995, S. 492 Nr. 13; ferner etwa ALFRED KOLLER, Die Haftung für den Erfüllungsgehilfen, Diss. Freiburg/CH 1980, Nr. 442.

<sup>2</sup> Ferner findet nach bundesgerichtlicher Ansicht keine Subrogation gemäss Art. 149 Abs. 1 OR statt (BGE 115 II 47). Die Lehre steht der Unterscheidung in echte und unechte Solidarität seit Langem kritisch gegenüber: HEINRICH HONSELL, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 3. Aufl., Zürich 2000, § 11 Nr. 13; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl., Zürich 1998, Nr. 3882; SCHNYDER, BasK, N 2 f. zu Art. 50 OR.

Nach Wortlaut und systematischer Stellung findet sodann Art. 51 OR nur Anwendung, wenn mehrere Personen aus einem bestimmten Schadensereignis *schadenersatzpflichtig* sind<sup>3</sup>. Denn Art. 50 und 51 OR regeln nach ihrer Marginalie die «Haftung mehrerer», Haftung aber bedeutet hier wie im ganzen zweiten Abschnitt des OR («Die Entstehung [der Obligationen] durch unerlaubte Handlungen») Schadenersatzpflicht. Doch ist eine analoge Anwendung auf andere als Schadenersatzleistungen anerkanntermassen nicht ausgeschlossen. Immer aber ist vorausgesetzt, dass die verschiedenen Leistungen dasselbe wirtschaftliche Bedürfnis des Gläubigers befriedigen sollen (Identität des Gläubigerinteresses statt Leistungsidentität<sup>4</sup>). Analog anwendbar ist Art. 51 OR daher beispielsweise dort, wo aus einem bestimmten Schadensereignis neben einem vertraglichen Schadenersatzanspruch auch ein auf Schadensausgleich gerichteter Versicherungsanspruch besteht (vgl. etwa BGE 114 II 342 ff.). In einem solchen Fall kann somit der Haftpflichtige nicht geltend machen, wegen der Versicherungsleistung sei ein Schaden gar nicht entstanden, damit auch keine Schadenersatzpflicht, vielmehr kann der Geschädigte wählen, ob er die Versicherung oder den Haftpflichtigen belangt: Beide haften solidarisch. Ganz anders verhält es sich in dem hier zur Diskussion stehenden Fall: Der Architekt und der Ingenieur hatten den Schaden definitiv zu übernehmen, der Bauwesenversicherer hingegen nur vorübergehend. Die Leistung des Versicherers hatte gleichsam nur Kredit- und Überbrückungsfunktion, wogegen die Leistung von Architekt und Ingenieur dazu diente, einen Schaden ein für allemal auszugleichen. Von Solidarität konnte daher mangels Identität des Gläubigerinteresses keine Rede sein<sup>5</sup>. Demzufolge richtete sich auch der Regress nicht nach Art. 51 OR. Wer anders entscheidet, räumt dem Richter die Möglichkeit ein, nach seinem Ermessen den Bauwesenversicherer zur definitiven Schadenstragung zu verpflichten – eine Konsequenz, die dem Wesen des Kostenvorschusses diametral zuwiderläuft.

3. Im Ergebnis war freilich der Entscheid zutreffend, denn der Geschädigte hatte ja dem Versicherer seine Ansprüche gegen den Architekten und den Ingenieur abgetreten. Diese Abtretung war nach Art. 164 OR gültig und wirksam. Sie wäre hingegen unwirksam gewesen, wenn zwischen dem Versicherer einerseits, dem Architekten und dem Ingenieur andererseits tatsächlich Solidarität bestanden hätte. Denn die Regressordnung von Art. 51 OR ist unabänderlich und kann na-

<sup>3</sup> Die folgenden Ausführungen lehnen sich teilweise an das im «Nachbesserungsrecht» Gesagte an (ALFRED KOLLER, Das Nachbesserungsrecht im Werkvertrag, 2. Aufl., Zürich 1995, Nr. 537 ff.).

<sup>4</sup> S. für das deutsche Recht SILKE SCHOLZE-BECK, Gesamtschuldnerische Haftung für Baumängel, Frankfurt a.M. 2001, S. 16 ff.

<sup>5</sup> S. für das deutsche Recht SCHOLZE-BECK (zit. in Anm. 4), S. 18, m.w.Nw.

mentlich nicht durch eine Abtretung unterlaufen werden (BGE 80 II 252 f., bestätigt in BGE 119 II 131 f. vor E. 4c)<sup>6</sup>.

Ein Letztes: Solidarität unterstellt, hätten Architekt und Ingenieur gegenüber dem Versicherer nur anteilmässig gehaftet, denn im Regressverhältnis besteht keine Solidarität (BGE 103 II 139)<sup>7</sup>. In casu verhielt es sich aber anders: Durch die Abtretung trat der Versicherer in die Position des Geschädigten, der Gemeinde Cortaillod, ein und konnte daher belangen, wen er wollte, und zwar auf das Ganze.

## II. Der Entscheid des Bundesgerichts vom 18. März 1993 (BGE 119 II 127 ff.)

### Regressvoraussetzungen nach Art. 51 OR oder Der Regress nach Bereicherungsrecht

#### 1. Der Entscheid

Die Firma M. liess in einem bestehenden Gebäude ein Zwischengeschoss einbauen. Dafür schloss sie einerseits mit der W. AG einen Werkvertrag, andererseits mit der Bauingenieurfirma G. einen Ingenieurvertrag. Die W. AG, also die Bauunternehmerin, hatte die Betonelemente herzustellen und zu montieren. Der G. als Ingenieurfirma oblag die Projektierung und Bauleitung. Bei der Montage der Betonelemente stürzte das teilweise erstellte Zwischengeschoss ein. Die Bauherrin verlangte von der Bauunternehmerin die Neuerrichtung des Zwischengeschosses. Die W. AG kam diesem Ersuchen nach, ohne dass sie eine Zusatzvergütung erhielt. In der Folge wollte die W. AG für die nicht durch eine Zusatzvergütung abgeregten Mehrarbeiten auf die Ingenieurfirma Regress nehmen. Das Handelsgericht des Kantons Bern und das Bundesgericht haben die Regressklage – mit unterschiedlicher Begründung – im Grundsatz gutgeheissen.

<sup>6</sup> Aus der Lehre z.B. ALFRED KELLER, Haftpflicht im Privatrecht, Band II, 2. Aufl., Bern 1998, S. 184.

<sup>7</sup> Aus der Lehre z.B. VITO ROBERTO, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich 2002, Nr. 551; INGEBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Bern 2000, Nr. 88.36.

Das Bundesgericht hat angenommen, dass die Unternehmerfirma die Wiederherstellung des Zwischengeschosses schuldet, die Ingenieurfirma Schadenersatz in Höhe der Wiederherstellungskosten. Beide hafteten nach Art. 51 OR solidarisch. Sodann hat das Bundesgericht angenommen, die Ingenieurfirma sei im Verhältnis zur Bauunternehmerin, der W. AG, Hilfsperson der Bauherrin gewesen. Daher seien die von der Ingenieurfirma begangenen Fehler der Bauherrin nach Art. 101 OR wie eigene Fehler anzulasten. Demzufolge konnte die Bauunternehmerin von der Bauherrin insoweit eine Zusatzvergütung beanspruchen, «als der Untergang nicht auf die Schlechterfüllung des Werkvertrags, sondern auf die Mangelhaftigkeit der von der Bauherrin zu vertretenden Ingenieurarbeiten der Beklagten zurückzuführen war». Und weiter hatte die Unternehmerin nach Ansicht des Bundesgerichts «die Wahl, entweder diese Vergütung bei der Bauherrin (...) geltend zu machen oder aber analog Art. 51 OR gegen die Beklagte vorzugehen». Der Entscheid ist m.E. im Ergebnis zutreffend<sup>8</sup>, in der Begründung hingegen nur teilweise. Die Urteilsbesprechung hat beim Aussenverhältnis anzusetzen:

## 2. Bemerkungen zum Aussenverhältnis (Verhältnis der Bauherrin zu Bauunternehmerin und Ingenieurfirma)

1. Das Bundesgericht hat – wie gesagt – angenommen, die Ingenieurfirma und die Bauunternehmerin hafteten solidarisch im Sinne von Art. 51 OR. Die Bestimmung war freilich – was das Bundesgericht nicht verkannt hat – nur analog anwendbar. Denn es hafteten ja nicht beide auf Schadenersatz, vielmehr traf dies nur für die Ingenieurfirma zu, wogegen die Unternehmerfirma gestützt auf die primäre Leistungspflicht zur Wiederherstellung des Zwischengeschosses verpflichtet war. Die für eine unmittelbare Anwendung von Art. 51 OR nötige Leistungsidentität fehlte somit, wohl aber bestand die für eine analoge Anwendung erforderliche Identität des Gläubigerinteresses. Denn beide Leistungen – die Wiederherstellung wie der Schadenersatz – waren darauf gerichtet, dem Besteller das versprochene Werk (spricht: Zwischengeschoss) zu verschaffen. Die Anwendung von Art. 51 OR scheiterte auch nicht daran, dass Bauunternehmerin und Ingenieurfirma aus gleichem Rechtsgrund (Vertrag) hafteten, Art. 51 OR aber bei wörtlicher Interpretation Haftung aus verschiedenen Rechtsgründen voraussetzt. Denn es ist – wie erwähnt – allgemein anerkannt, dass die Bestimmung bei

<sup>8</sup> Gegenteilig PETER GAUCH, Der Untergang eines Werkes, und wie die Unternehmerin sich an die Ingenieurfirma hielt, BGE 119 II 127 ff., BR 1994, S. 42 ff. In meiner eigenen Urteilsbesprechung (AJP 1994, S. 791 ff.) stimmte ich dem Entscheid zu, thematisierte jedoch die Regressfrage nicht im Einzelnen. Das soll hier nachgeholt werden (unten 3.).

gleichartigen Rechtsgründen analog zur Anwendung gelangt. Zu Recht hat also das Bundesgericht Solidarität bejaht<sup>9</sup>.

2. «Solidarität bedeutet nur, dass die Mithaftung anderer die eigene Haftpflicht nicht schmälert», sie bedeutet aber nicht, «dass eine Person wegen der Mithaftung anderer mehr leisten muss als ohne diese»<sup>10</sup>. Solidarität ersetzt also Haftung nicht, sondern setzt Haftung im Gegenteil voraus (z.B. BGE 95 II 337). Art. 759 Abs. 1 OR bringt dies für die aktienrechtliche Verantwortlichkeit in die Worte, dass jede haftbare Person mit den anderen Haftpflichtigen nur insoweit solidarisch haftet, «als ihr der Schaden aufgrund eigenen Verschuldens und der Umstände persönlich zurechenbar ist». Solidarität bezieht sich daher nicht notwendig auf das Ganze, vielmehr ist jeweils zu prüfen, ob nicht eine der haftbaren Personen zufolge geringen Verschuldens (Art. 43 Abs. 1 OR)<sup>11</sup>, Selbstverschuldens des Geschädigten (Art. 44 Abs. 1 OR) oder aus anderen Gründen nur teilweise haftet.

In dem zur Diskussion stehenden Fall hat das Bundesgericht angenommen, der Ingenieurfirma seien grobe Fehler unterlaufen und diese seien der Bauherrin wie eigenes (Selbst-)Verschulden zurechenbar. Denn die Ingenieurfirma sei im Verhältnis zur Bauunternehmerin Hilfsperson der Bauherrin gewesen und ihr Fehlverhalten sei dieser nach Art. 101 OR zurechenbar<sup>12</sup>. Das änderte zwar an der

<sup>9</sup> Gleich verhält es sich auch in den praktisch viel bedeutsameren Fällen, in denen für einen Werkmangel sowohl ein Bauunternehmer als auch der Architekt oder ein Ingenieur verantwortlich sind. Diesfalls konkurriert mit dem Nachbesserungsanspruch gegen den Unternehmer der Schadenersatzanspruch gegen den Architekten oder Ingenieur. Das ist in Lehre und Rechtsprechung heute allgemein anerkannt (z.B. KOLLER, Nachbesserungsrecht [zit. in Anm. 3], Nr. 546 ff.; grundlegend für das deutsche Recht BGHZ 43, S. 227, wo der Bundesgerichtshof seine frühere gegenteilige Rechtsprechung änderte), u.a. auch von GAUCH (Der Werkvertrag, 4. Aufl., Zürich 1996, Nr. 2745). Hingegen lehnt GAUCH im hier besprochenen Fall die Solidarität ab (BR 1994, S. 42 ff.).

<sup>10</sup> KELLER (zit. in Anm. 6), S. 179.

<sup>11</sup> Eine Haftungsreduktion zufolge geringen Verschuldens kommt allerdings selten in Betracht, generell und insbesondere im Rahmen solidarischer Haftung (BGE 127 III 257 E. 6b).

<sup>12</sup> Die Bestimmung kann freilich nur analog angewendet werden (vgl. KOLLER, zit. in Anm. 3, Nr. 519). Zur Frage, inwieweit das Fehlverhalten eines Baubeteiligten dem Bauherrn im Verhältnis zu einem anderen Baubeteiligten zurechenbar ist, s. neustens BGE 125 III 223 und den Aufsatz von FRANZ SCHENKER im vorliegenden Tagungsband, ferner HERIBERT TRACHSEL, Die Verantwortlichkeit des Bestellers bei Werkmängeln, Diss. St. Gallen, Bern/Stuttgart/Wien 2000, Nr. 227 ff.; IRENE WELSER, Die Allein- und Mitverantwortlichkeit des Bauherrn für Baumängel, in: ALFRED KOLLER (Hrsg.), Haftung für

Wiederherstellungspflicht der Bauunternehmerin als solcher nichts, denn die Wiederherstellung war eine unteilbare, nicht reduzierbare Leistung. Hingegen hatte das Verschulden der Ingenieurfirma zur Folge, dass die Bauunternehmerin die Wiederherstellung nicht unentgeltlich vornehmen musste. Die von der Bauherrin geschuldete (Zusatz-)Vergütung bestimmte das Bundesgericht nach dem Verschuldensanteil von Ingenieurfirma (70 %) und Bauunternehmerin (30 %). Es gelangte so zu einem Anspruch von knapp Fr. 150'000.-.

### 3. Bemerkungen zum Innenverhältnis (Verhältnis Bauunternehmerin – Ingenieurfirma)

Das Bundesgericht hat – wie gesagt – angenommen, die Bauunternehmerin sei berechtigt gewesen, von der Bauherrin eine Zusatzvergütung für die Wiedererichtung des Zwischengeschosses zu verlangen. Stattdessen habe ihr aber auch die Möglichkeit offen gestanden, in Höhe der Zusatzvergütung auf die Ingenieurfirma zu regressieren, und zwar gestützt auf Art. 51 OR. Dies hat Gauch kritisiert<sup>13</sup>. Er verneint den Regressanspruch. Meines Erachtens war ein Regress zwar nicht nach Art. 51 OR, wohl aber auf der Grundlage von Art. 62 OR zulässig. Im Ergebnis verdient daher der Entscheid Zustimmung:

1. Der Regress nach Art. 51 OR setzt Haftung im Aussenverhältnis voraus. Hat ein Solidarschuldner mehr geleistet, als er hätte leisten müssen, so bleibt Art. 51 OR insoweit aus dem Spiel. Angenommen, ein Unternehmer und ein Architekt haften solidarisch für einen Mangelfolgeschaden des Bauherrn im Betrage von Fr. 100'000.-. Beide trifft ein etwa gleich grosses Verschulden, so dass sich im Innenverhältnis eine hälftige Schadensteilung rechtfertigt. Im Aussenverhältnis haftet der Architekt hingegen voll, wogegen der Unternehmer wiederum nur hälftig haftet, weil das Verhalten des Architekten dem Bauherrn analog Art. 101 OR wie eigenes Verhalten zurechenbar ist<sup>14</sup>. Zahlt der Unternehmer die geschul-

Werkmängel, St. Gallen 1998, S. 68 ff. lit. c-f. Eingehend aus deutscher Sicht SCHOLZE-BECK (zit. in Anm. 4), S. 61 ff.

<sup>13</sup> S. den in Anm. 8 zitierten Aufsatz.

<sup>14</sup> Vgl. SCHOLZE-BECK (zit. in Anm. 4), S. 140 oben. Ist dem Bauherrn nur im Verhältnis zum Unternehmer ein Selbstverschulden anrechenbar, so entspricht die Aussenhaftung des Unternehmers (50 % bzw. im BGE 30 %) der Innenhaftung. Anders, wenn dem Bauherrn gegenüber Unternehmer und Architekt ein Selbstverschulden zurechenbar ist. Diesfalls stimmen Aussen- und Innenhaftung nicht (notwendig) überein (SOERGEL/WOLF, Komm. zum BGB, N 33 zu § 426, dessen Ausführungen ich im Folgenden wörtlich wiedergebe): «Ist neben mehreren Schädigern auch der Geschädigte selbst für den Schaden

deten Fr. 50'000.-, so erlischt damit nebst seiner eigenen Schuld (Art. 68 OR) zur Hälfte auch die Schuld des Architekten (Art. 147 Abs. 1 OR). Ein Regress auf den Architekten steht dem Unternehmer nicht zu, denn er hat nicht mehr geleistet, als er im Innenverhältnis zu leisten hat. Die Regressfrage stellt sich hingegen dann, wenn der Unternehmer den ganzen Schaden deckt, also Fr. 50'000.- zuviel bezahlt. Ein Regress nach Art. 51 OR scheidet in einem solchen Fall aus, denn hinsichtlich der zuviel bezahlten Fr. 50'000.- lag eben keine Solidarität vor. Hingegen fragt sich, ob ein Regress auf anderer Grundlage in Betracht kommt. Das ist vorab dann zu bejahen, wenn der Unternehmer bei der Zahlung erklärt hat, er tilge nicht nur seine eigene Schuld, sondern gerade auch noch diejenige des Architekten. Eine solche *Drittleistung* ist zulässig und hat schuldtilgende Wirkung (Art. 68 OR, nicht Art. 147 Abs. 1 OR)<sup>15</sup>. Der Architekt wird somit von seiner Schuld befreit, während umgekehrt der Bauherr seine gegen ihn bestehende Forderung (im Umfang von Fr. 50'000.-) verliert. Der Unternehmer hat in einem solchen Fall als unechter Geschäftsführer ohne Auftrag gehandelt. Als solcher hat er Anspruch auf Abschöpfung der beim Architekten eingetretenen Bereicherung (Art. 423 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 62 OR; vgl. BGE 86 II 18 E. 4)<sup>16</sup>. Diese ist grundsätzlich identisch mit der Schuld, von welcher der Architekt befreit wurde. Anders verhält es sich, wenn der Unternehmer nur seine eigene Schuld tilgen wollte; z.B. weil er vom Verschulden des Architekten noch keine Kenntnis hatte und daher angenommen hat, er hafte im Aussenverhältnis in vollem Umfang. Eine solche *Eigenleistung* tilgt die Schuld des Architekten bzw. die Forderung

verantwortlich, so hat neben der Einzelabwägung zwischen dem Geschädigten und jedem einzelnen Schädiger auch eine Gesamtabwägung stattzufinden. Ist zB der Geschädigte in gleicher Weise wie zwei Schädiger für den Schaden verantwortlich, so hat der Geschädigte bei der Einzelabwägung gegenüber jedem einzelnen Schädiger für die Hälfte des Schadens einzustehen. Bei der Gesamtabwägung hat er endgültig jedoch nur ein Drittel des Schadens zu tragen. Eine Gesamtschuldnerschaft der beiden Schädiger besteht nur insoweit, als sich ihre Haftung deckt, also in Höhe der Hälfte des Schadens. Wird ein Schädiger in Höhe der Hälfte des Schadens in Anspruch genommen, so kann der Geschädigte vom anderen Schädiger nur noch die Differenz bis zum Zweidrittelschaden verlangen. Im Innenverhältnis zwischen den beiden Schädigern ist jedoch für die Ausgleichung der Schadensbetrag in Höhe von zwei Dritteln zugrunde zu legen, obwohl die Gesamtschuld nur in Höhe des halben Schadensbetrags besteht. Der zur Hälfte in Anspruch genommene Schädiger kann deshalb vom anderen Schädiger nicht nur ein Viertel des Schadens ersetzt verlangen, sondern ein Drittel.»

<sup>15</sup> Im deutschen Recht ist dies ausdrücklich vorgesehen, § 267 BGB.

<sup>16</sup> Allerdings geht es dem Unternehmer ausschliesslich oder doch in erster Linie um die Förderung eigener Interessen, nämlich der Schaffung eines Regressanspruchs. Die Anwendung von Art. 423 Abs. 2 OR wird daher von Einzelnen in Frage gestellt (vgl. DIETER MEDICUS, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 4. Aufl., München 2002, S. 138 f. zu Fall 159). Im Ergebnis ändert sich jedoch nichts, wenn man Geschäftsführungsrecht aus dem Spiele lässt. So oder anders steht dem Unternehmer ein Bereicherungsanspruch (sog. Rückgriffskondiktion) zu (so auch MEDICUS, a.a.O.).

des Bauherrn gegen diesen nicht. Daher ist bei dieser Variante nicht der Architekt, wohl aber der Bauherr bereichert. Dieser ist nach Art. 62 Abs. 1 OR zur Rückerstattung der vom Unternehmer zuviel erhaltenen Fr. 50'000.- verpflichtet. Bleibt die Frage, ob der Unternehmer eine Eigenleistung nachträglich in eine Drittleistung umwandeln und sich so den Regress auf den Architekten sichern kann. Kann er mit anderen Worten im Nachhinein erklären, er wolle seine Zuvielzahlung dem Architekten zuhalten und dessen Schuld tilgen? Die Frage ist in der Schweiz kaum diskutiert, in Deutschland umstritten<sup>17</sup>. M.E. ist sie jedenfalls in Fällen wie dem geschilderten zu bejahen (vgl. BGE 70 II 271)<sup>18</sup>. Es geschieht dadurch niemandem Unrecht: Der Bauherr hat bekommen, was er bekommen sollte, nämlich Fr. 100'000.-, der Architekt aber hat kein legitimes Interesse, seine Regresspflicht zu bestreiten. Für ihn ändert sich bloss der Gläubiger. Damit aber musste er ohnehin rechnen, weil es ja dem Bauherrn freistand, den gegen ihn gerichteten Schadenersatzanspruch – vorbehaltlich anderslautender Vereinbarung (Art. 164 Abs. 2 OR) – an den Unternehmer abzutreten. Gegenläufige Dritinteressen sind ebenfalls nicht zu erkennen. Haben freilich Gläubiger des Unternehmers dessen Rückerstattungsanspruch gegen den Bauherrn gepfändet oder ist der Unternehmer in Konkurs gefallen, so ist eine Umwandlung der Eigen- in eine Drittleistung ausgeschlossen.

In dem bereits erwähnten BGE 70 II 271 ging es um einen Bürgen, der aufgrund einer formnichtigen Bürgschaftsschuld, die er für gültig hielt, Zahlung geleistet hatte und nun gegen den Hauptschuldner Rückgriff nehmen wollte. Das Bundesgericht hat den Regressanspruch bejaht. Zwar sei der Bürge primär zur Kondiktion gegenüber dem Gläubiger berechtigt (E. 4), es stehe ihm jedoch frei, statt des Gläubigers den Hauptschuldner zu belangen (E. 5). Die Regressnahme setze allerdings den Verzicht auf die gegenüber dem Gläubiger bestehende Bereicherungsforderung voraus. Denn solange dieser Anspruch bestehe, bestehe auch der Anspruch des Gläubigers gegen den Hauptschuldner. Dieser müsse daher befürchten, von jenem belangt zu werden, und könne deshalb nicht zusätzlich dem Regress des Bürgen ausgesetzt sein. Das ändere sich mit dem Verzicht des Bürgen auf die Bereicherungsforderung gegen den Gläubiger. Damit werde der Gelderwerb des Gläubigers «zum endgültigen», die Hauptschuld falle dahin und der Hauptschuldner

<sup>17</sup> Zum Meinungsstand JAUERNIG/SCHLECHTRIEM, Komm. zum BGB, 9. Aufl., München 1999, N 75 zu § 812, Bem. III/2/d. Die herrschende Lehre bejaht die Frage, mit Einschränkungen auch die Rechtsprechung.

<sup>18</sup> Die Frage ist vor allem dann von zentraler Bedeutung, wenn der Bereicherungsanspruch gegen den Bauherrn an tatsächlichen oder rechtlichen Gegebenheiten scheitert, etwa an der Zahlungsunfähigkeit des Bauherrn oder daran, dass der Unternehmer *bewusst* eine seine Schuld übersteigende Zahlung vorgenommen hat (Art. 63 Abs. 1 OR). S. ferner BGH, NJW 1978, S. 2393 (nachträgliche Änderung der Tilgungsbestimmung in einem Fall, in dem der Leistungsempfänger die Zahlung behalten durfte, weil die Rechtskraft eines [unrichtigen] Urteils die Rückforderung ausschloss; zustimmend JAUERNIG/SCHLECHTRIEM, wie Anm. 17).

sei nun rechtsgrundlos bereichert. Das Bundesgericht scheint davon auszugehen, der Regressanspruch sei immer ein Bereicherungsanspruch<sup>19</sup>. Wo jedoch der Bürge – wie regelmässig – zur Eingehung der Bürgschaft beauftragt war, muss ihm ein vertraglicher Anspruch auf Aufwendungsersatz (Art. 402 Abs. 1 OR) zugestanden werden. Denn der Auftrag wird durch die Nichtigkeit der Bürgschaft nicht berührt und die Befreiung von der Hauptschuld geschieht durch auftragsgemässes Handeln des Bürgen<sup>20</sup>. Es verhält sich insoweit anders als bei Solidarschulden, wo die Zahlung des einen typischerweise ohne Auftrag des (der) andern erfolgt.

2. Der vom Bundesgericht in BGE 119 II 127 ff. entschiedene Fall ist mit dem geschilderten Beispielsfall nicht in jeder Hinsicht identisch. Insbesondere kann man in jenem Fall nicht sagen, die Bauunternehmerin habe eine nicht geschuldete Leistung erbracht. Denn die Wiederherstellung des Zwischengeschosses war ja vollumfänglich, wenn auch gegen Bezahlung einer Zusatzvergütung, geschuldet. Damit ist aber auch gesagt, dass die Bauunternehmerin die Wiederherstellung *wirtschaftlich* gesehen nur *teilweise* schuldete. Es drängt sich daher auf, die beiden Fälle rechtlich mutatis mutandis gleich zu behandeln. Das bedeutet:

Die Bauunternehmerin konnte auf den Anspruch auf Zusatzvergütung verzichten, um damit die Schadenersatzforderung der Bauherrin gegen die Ingenieurfirma zum Erlöschen zu bringen (Fremdtilgungswille) und sich so den Weg zum Regress gegen die Letztere zu öffnen. Dass sie Verzichts- bzw. Fremdtilgungswille ausdrücklich geäußert hätte, lässt sich dem Urteil nicht entnehmen. Zumindest konkludent hat sie dies jedoch getan. Im Ergebnis hat das Bundesgericht daher den Regressanspruch zu Recht bejaht. Dabei handelte es sich nicht um den «umgeleiteten» Anspruch auf Zusatzvergütung, sondern um einen Bereicherungsanspruch in gleicher Höhe. Ob man nebst Art. 62 Abs. 1 OR auch noch Art. 423 Abs. 1 OR als Anspruchsgrundlage heranzieht, ist ohne praktische Konsequenzen<sup>21</sup> und von daher lediglich eine Frage des juristischen Geschmacks (s. Anm. 16).

Der Forderungsverzicht der Bauunternehmerin stellt der Sache nach einen einseitigen Schuldverzicht dar. Das grundsätzliche Vertragserfordernis (Art. 115 OR) ist hier im Interesse der Bauunternehmerin beseitigt. Die nähere Begründung hat bei Art. 2 Abs. 2 ZGB

<sup>19</sup> Ebenso ERNST VON CAEMMERER, Irrtümliche Zahlung fremder Schulden, Festschrift für Hans Döle, Band I, Tübingen 1963, S. 149 ff. (Bereicherung «in sonstiger Weise»).

<sup>20</sup> Ausser Betracht fällt freilich angesichts der Nichtigkeit der Bürgschaft ein bürgschaftsrechtlicher Regress (Art. 507 OR).

<sup>21</sup> Insbesondere richtet sich die Verjährung in jedem Fall nach Art. 67 OR (vgl. BGE 126 III 382 E. 4b betr. Art. 423 Abs. 1 OR [Nichtanwendung von Art. 127 OR]).

anzusetzen: Die Bauherr hat in Fällen der hier interessierenden Art kein legitimes Interesse, sich dem Forderungsverzicht zu widersetzen, und würde daher rechtsmissbräuchlich handeln, wollte er den Verzicht ablehnen. Dies gilt nicht nur im Einzelfall, sondern generell. Die sog. Durchgangsfunktion des Rechtsmissbrauchsverbots führt daher zur ungeschriebenen allgemeinen Regel, dass eine Eigenleistung nachträglich in eine Dritteistung umgewandelt werden darf.