

Zum Dritten – nochmals und letztmals zu BGE 119 II 127

Prof. Alfred Koller, Universität St. Gallen

729

Es ist gerade zehn Jahre her, seitdem der Titel-Entscheid ergangen ist. Der Entscheid ist kontrovers besprochen worden. GAUCH hat sich ablehnend geäußert (PETER GAUCH, Der Untergang eines Werkes, und wie die Unternehmerin sich an die Ingenieurfirma hielt BGE 119 II 127 ff., BR 1994, 42 ff.), der Schreibende zustimmend (ALFRED KOLLER, AJP/PJA 1994, 791 ff.). Anlässlich der fünften St. Galler Baurechtstagung habe ich eine in der Entscheidbesprechung noch ausgesparte Frage behandelt, nämlich die Frage, ob und inwieweit der Bauunternehmer auf die Ingenieurfirma Regress nehmen konnte. An den im Tagungsband schriftlich niedergelegten Ausführungen (Solidarische Haftung von Architekt und Ingenieur mit anderen Baubeteiligten – Ausgewählte Fragen anhand ausgewählter Entscheide, in: ALFRED KOLLER [Hrsg.], Recht der Architekten und Ingenieure, St. Gallen 2002, 8 ff.) halte ich im Wesentlichen fest. Doch zeigten sich bei Lesern des Aufsatzes Verständnisschwierigkeiten. Das ist sicher in meiner ungenügenden Problemdarstellung begründet, wohl aber auch in der Komplexität des Falles. Es besteht daher Anlass, mich ein drittes (und letztes!) Mal mit dem Entscheid zu befassen, diesmal hoffentlich mit der nötigen Klarheit. Dass sich gewisse Überschneidungen mit den früheren Besprechungen ergeben, liegt auf der Hand. Doch versuche ich, wo immer möglich, auf früher Gesagtes zu verweisen.

I. Der Entscheid

Die Firma M. liess in einem bestehenden Gebäude ein Zwischengeschoss einbauen. Dafür schloss sie einerseits mit der W. AG (Bauunternehmerin) einen Werkvertrag, andererseits mit der Firma G. (Ingenieurfirma) einen Ingenieurvertrag. Die W. AG hatte die Betonelemente herzustellen und zu montieren. Der Firma G. 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 abgegoltene Mehrarbeiten auf die Ingenieurfirma Regress nehmen. Das Handelsgericht des Kantons Bern und das Bundesgericht haben die Regressklage – mit unterschiedlicher Begründung – im Grundsatz gutgeheissen.

Das Bundesgericht hat angenommen, dass die Unternehmerfirma die Wiederherstellung des Zwischengeschosses schuldete, 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 Be-

klagten 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".

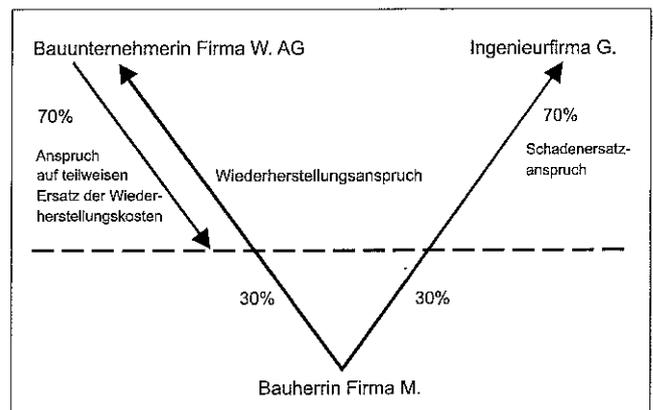
II. Der Kommentar

1. Solidarität im Aussenverhältnis

Das Bundesgericht hat angenommen, dass die Ingenieurfirma und die Bauunternehmerin solidarisch im Sinne von Art. 51 OR hafteten. Dem ist zuzustimmen: Die Bauunternehmerin haftete auf Wiederherstellung des Zwischengeschosses, die Ingenieurfirma auf Ersatz der Wiederherstellungskosten. Beide Leistungen dienten dem gleichen wirtschaftlichen Interesse der Bauherrin als Gläubigerin, nämlich dem Wiederaufbau des Zwischengeschosses. Es bestand somit zwar keine Leistungsidentität, immerhin aber Identität des Gläubigerinteresses. Das reichte für die Annahme von Solidarität i.S.v. Art. 51 OR aus (eingehender KOLLER in dem erwähnten Tagungsband auf Seite 6).

Allerdings hatte die Bauunternehmerin für den Untergang des Zwischengeschosses nur beschränkt einzustehen. Denn die Ingenieurfirma war Hilfsperson der Bauherrin, dieser war daher das Fehlverhalten der Ingenieurfirma wie eigenes Selbstverschulden zurechenbar. Das änderte zwar an der 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. 150000.–.

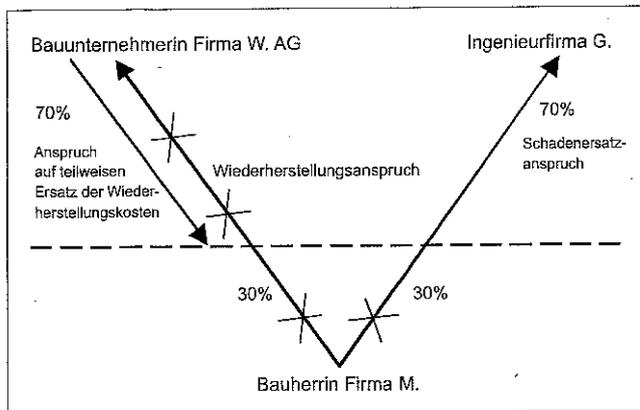
Im Unterschied zur Ingenieurfirma war die Bauunternehmerin nicht Hilfsperson der Bauherrin. Daher waren die von der Bauunternehmerin begangenen Fehler der Bauherrin nicht zurechenbar im Verhältnis zur Ingenieurfirma. Diese haftete dementsprechend voll und konnte somit auf Ersatz aller Wiederherstellungskosten in Anspruch genommen werden. Schematisch verhielt es sich also folgendermassen:



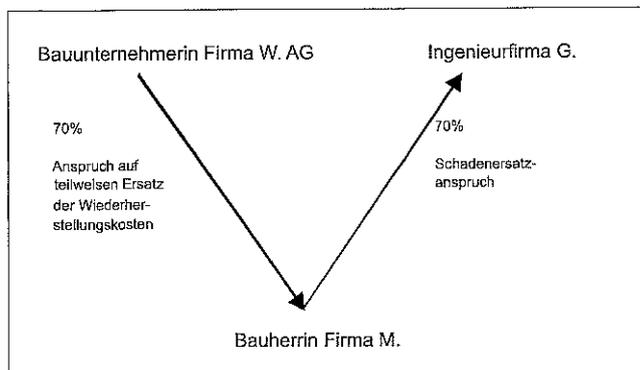
2. Regress im Innenverhältnis

Die Bauunternehmerin hat – wie bereits gesagt – darauf verzichtet, von der Bauherrin die Vergütung von 70 % der Wiederherstellungskosten zu verlangen. Stattdessen hat sie auf die Ingenieurfirma Regress genommen. Das Bundesgericht hat den Regress zugelassen, und zwar gestützt auf Art. 51 OR, den es freilich nur analog angewendet hat. GAUCH hat dem Bundesgericht widersprochen: Er spricht der Bauunternehmerin jedes Regressrecht ab. Nach meinem Dafürhalten hat das Bundesgericht im Ergebnis recht, doch handelte es sich bei der Regressforderung nicht um eine solche aus Art. 51 OR, sondern um einen Bereicherungsanspruch.

1. Regress nach Art. 51 OR? Mit der Wiederherstellung des Zwischengeschosses durch die Bauunternehmerin ist einerseits der Wiederherstellungsanspruch der Bauherrin gegen die Bauunternehmerin dahingefallen, andererseits aber auch der Schadenersatzanspruch gegen die Ingenieurfirma G., dies freilich nur im Rahmen der solidarischen Haftung, also im Umfang von 30 % der Wiederherstellungskosten. Die Situation präsentierte sich nun schematisch so:



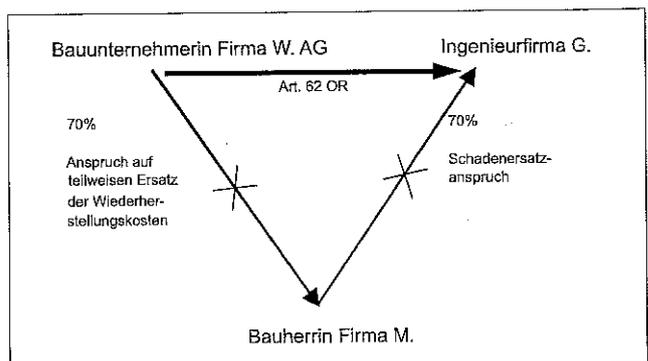
Oder "bereinigt" so:



Die Bauherrin war also dem Zusatzanspruch der Bauunternehmerin in Höhe von 70 % der Wiederherstellungskosten ausgesetzt, sie hatte aber ihrerseits gegenüber der Ingenieurfirma einen Anspruch in gleicher Höhe. In dieser Situation

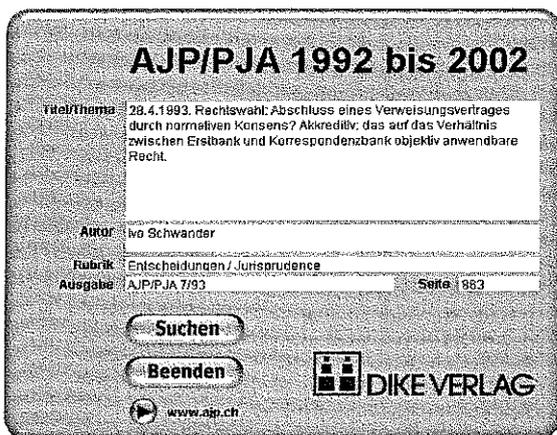
schied ein Regress nach Art. 51 OR aus. Denn hinsichtlich der 70 % Wiederherstellungskosten, um die es im Regress ging, bestand ja keine Solidarität, damit aber fehlte es an der zentralen Regressvoraussetzung von Art. 51 OR.

2. Regress nach Art. 62 OR. Die Bauunternehmerin hat auf den Anspruch auf Zusatzvergütung, den sie gegenüber der Bauherrin hatte, verzichtet. Durch den Verzicht war die Bauherrin nicht mehr der Gefahr ausgesetzt, von der Bauunternehmerin belangt zu werden. Dahingefallen war damit auch das Bedürfnis, nötigenfalls auf die Ingenieurfirma regressieren zu können, bzw. dieser gegenüber den Anspruch auf Ersatz von 70 % der Wiederherstellungskosten geltend zu machen. Vielmehr war sie vollständig befriedigt: Sie hatte, was sie wollte, nämlich ein Zwischengeschoss, ohne dass sie dafür eine Zusatzvergütung bezahlen musste. Für einen Schadenersatzanspruch gegenüber der Ingenieurfirma bestand unter diesen Umständen kein Raum mehr. Vielmehr war dieser Anspruch mit dem Verzicht der Bauunternehmerin auf die Zusatzvergütung dahingefallen. Anders gesagt, war die Ingenieurfirma von ihrer Schuld gegenüber der Bauherrin befreit. Die Befreiung war allerdings ohne Rechtsgrund erfolgt. Die Ingenieurfirma war daher ungerechtfertigt bereichert, und zwar zu Lasten der Bauunternehmerin, welche durch ihren Forderungsverzicht den Dahinfall der Schuld bewirkt hatte. Die Unternehmerin hatte daher einen Anspruch auf Bereicherungsausgleich, und zwar im Umfang von 70 % der Wiederherstellungskosten. Regressgrundlage war also Art. 62 OR. Für eine genauere dogmatisch-theoretische Erfassung dieser Problemlösung verweise ich auf die Ausführungen, die ich im erwähnten Tagungsband der St. Galler Baurechtstagung gemacht habe. Beigefügt sei nur Folgendes: Nach schweizerischem Recht ist es zulässig, dass ein Dritter eine fremde Schuld tilgt, sofern der Schuldner keine persönliche Erfüllung schuldet (so ausdrücklich § 267 Abs. 1 BGB). Eine solche Drittleistung verschafft dem zahlenden Dritten einen Bereicherungsanspruch gegen den Schuldner (sog. Rückgriffskondition). Im vorliegenden Fall kann von einer eigentlichen Drittleistung nicht gesprochen werden. Hingegen musste der Bauunternehmerin die Möglichkeit offenstehen, durch Wiederherstellung des Zwischengeschosses unter Verzicht auf eine Zusatzvergütung die Schadenersatzpflicht der Ingenieurfirma zu tilgen. Damit war aber auch der Weg für den Bereicherungsausgleich geebnet.



Hervorzuheben ist, dass in Fällen wie dem besprochenen der Bauunternehmer den Ingenieur erst belangen kann, nachdem er auf seinen Anspruch gegen den Bauherrn verzichtet hat. Zuvor steht nur ein Vorgehen gegen diesen offen. Für den Forderungsverzicht gilt an sich das Vertragserfordernis (Art. 115 OR). Der Bauherr hat jedoch in Fällen der hier interessierenden Art kein legitimes Interesse, sich dem Forderungsverzicht zu widersetzen, und würde daher rechtsmissbräuchlich handeln, wollte er den Verzicht ablehnen (Art. 2 Abs. 2 ZGB). Praktisch steht daher dem Ingenieur der einseitige Verzicht offen. Allerdings dürfte es sich im Allgemeinen empfehlen, einen Erlassvertrag abzuschliessen. Ein einseitiger Verzicht sollte nur ins Auge gefasst werden, wenn der Bauherr mit dem Schulderlass nicht einverstanden ist.

Elektronisches Inhaltsverzeichnis (FileMaker Pro) AJP/PJA auf CD-Rom 1992-2002



Um das Suchen von Beiträgen oder Autoren zu vereinfachen, bieten wir Ihnen die Möglichkeit, den gewünschten Datensatz auf elektronischem Weg innert Sekunden zu finden.

Im FileMaker Pro können Sie den Datensatz zum Beispiel nach Ausgabe, Rubrik, Autor oder Textinhalt im Bereich Titel/Thema suchen.

Beschrieb:
Programm: FileMaker Pro, Runtime Version

Vorteil:
– schneller und einfacher Zugriff
– Sie benötigen kein vollständiges FileMaker Pro Programm (läuft unter Windows 98/2000/XP)

Ich bestelle die CD-Rom (Inhaltsverzeichnis 1992-2002) zum Preis von Fr. 79.-

Ich bestelle das Up Date (habe die Version 1992-2002) und bekomme dieses jedes Jahr automatisch zugestellt für Fr. 19.-

Bestellung an: Dike Verlag AG, Postfach 301, 8853 Lachen, Tel. 055 442 68 80, Fax 055 442 68 81, bestellung@dike.ch

Bitte liefern Sie an folgende Adresse:

Name _____ Vorname _____

Strasse _____ PLZ/Ort _____

Telefon _____ Datum/Unterschrift _____