

tur der Strassburger Organe zu entsprechenden konventionsrechtlichen Garantien orientiert. Das Günstigkeitsprinzip von Art. 60 EMRK gilt aber selbstverständlich in allen Signatarstaaten.

2. Das deutsche Bundesverwaltungsgericht kommt zur gleichen Beurteilung wie das schweizerische Bundesgericht: Der Staat muss in der Wahrnehmung seines mit Verfassungsrang (Art. 7 Abs. 1 GG) ausgestatteten Bildungs- und Erziehungsauftrages und speziell bei der Durchsetzung der allgemeinen Schulpflicht die – gleichrangigen – Grundrechte von Eltern und Schülern beachten. Wenn nun, wie im Fall abgeklärt, ernsthafte und gelebte religiöse Überzeugungen dem koedukativen Sportunterricht entgegenstehen, so hat eine Rechtsgüterabwägung stattzufinden. Sie führt zur Dispensation des klagenden Mädchens vom gemeinsamen Sportunterricht für Jungen und Mädchen. Das Bundesverwaltungsgericht legt dabei Wert auf die Feststellung, dass die Schule den Sportunterricht nach Geschlechtern getrennt erteilen könnte. Wenn die Schule dies aber nicht tut, kann sich der Staat nach Auffassung des Gerichts nicht auf den Vorrang seines Erziehungsauftrages berufen. Das Gericht verwirft auch den Einwand, die Klägerin könne aufgrund ihres Entschlusses, in Deutschland zu leben, auch ausserhalb des Sportunterrichts in vielerlei Situationen körperlichen Kontakt mit anderen Menschen sowie den Anblick leichtbekleideter Jungen und Männer nicht vermeiden, weshalb ihr dergleichen auch im schulischen Sportunterricht zumutbar sei. Im selbstbestimmten Privatleben, so das Gericht, könne solchen Situationen jedoch weitgehend ausgewichen werden, während dies aufgrund einer Pflicht zur Teilnahme am koedukativen Sportunterricht nicht möglich sei. Vor einem solchen Zwang und einem daraus entstehenden Glaubenskonflikt aber soll das Grundrecht der Religionsfreiheit gemäss Art. 4 Abs. 1 und 2 GG gerade schützen.

3. Man darf wohl festhalten, dass die Beurteilung solcher Fälle durch das schweizerische Bundesgericht und das deutsche Bundesverwaltungsgericht einem gemeineuropäischen Standard entspricht und auch von den Strassburger Instanzen geteilt würde.

Prof. Dr. Yvo Hangartner, St. Gallen

2.5. Schuldrecht / Droit des obligations

2.5.1. Allgemeiner Teil / Partie générale

(3) Regress. OR 50, 51.

Bundesgericht, I. Zivilabteilung, 18.3.1993, G. c. W. AG (BGE 119 II 127 ff.), Berufung.

Aus dem Sachverhalt:

"A. Für den Einbau eines Zwischengeschosses in einem bestehenden Gebäude ihres Verteilbetriebs in N. 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, oblagen 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 Neuherstellung des vor der Abnahme untergegangenen Werkes mit beträchtlichen, nicht durch eine zusätzliche Vergütung abgegoltenen Mehrkosten verbunden, für welche die Unternehmerin die Ingenieurfirma verantwortlich machte.

Die M. (Bauherrin) weigerte sich, ihre allfälligen Ansprüche aus mangelhafter Erfüllung des Ingenieurvertrags an die Unternehmerin abzutreten.

B. 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. Gegen das handelsgerichtliche Urteil vom 19. August 1992 führt die Beklagte erfolglos Berufung beim Bundesgericht."

Zusammenfassung der Erwägungen:

Das Bundesgericht hat eine Haftung der Ingenieurfirma gestützt auf Art. 41 OR mangels Widerrechtlichkeit der Schädigung verneint. Widerrechtlich sei eine Schädigung, "wenn sie gegen eine allgemeine gesetzliche Pflicht verstösst, indem entweder ein absolutes Recht des Geschädigten beeinträchtigt (Erfolgsrecht) oder eine reine Vermögensschädigung durch Verstoss gegen eine einschlägige Schutznorm bewirkt wird (Verhaltensunrecht)". Eine Verletzung absoluter Güter verneint das Bundesgericht im vorliegenden Fall: Eine Eigentumsverletzung liege nicht vor, da die Klägerin am unvollendeten Bauwerk wegen des Akzessionsprinzips kein Eigentum erlangt habe. Zwar habe sie "daran unselbständigen, d. h. vom Besitz der Bauherrin abgeleiteten Besitz (Art. 920 Abs. 2 ZGB)" gehabt, aus Besitzesverletzungen könnten jedoch nur ausnahmsweise Schadenersatzansprüche abgeleitet werden, nämlich in den Fällen von Art. 927 Abs. 3 ZGB und Art. 928 Abs. 2 ZGB (das Bundesgericht zitiert irrtümlicherweise OR statt ZGB). Ein solcher Tatbestand sei vorliegend nicht gegeben. Es liege somit ein reiner Vermögensschaden vor. Der von der Vorinstanz als Schutznorm angerufene Art. 229 StGB bezwecke allein den Schutz des absoluten Rechts auf körperliche Integrität, nicht jedoch Vermögensschutz. Schliesslich könne die Widerrechtlichkeit auch nicht auf den Gefahrensatz abgestützt werden. Zusammenfassend gelangt das Bundesgericht zum Ergebnis, dass Art. 41 OR "als Anspruchsgrundlage für den eingeklagten Ersatz des Schadens, den die Klägerin als Folge der Neuherstellung des vor der Abnahme untergegangenen Werkes

erlitt", ausser Betracht falle. Es hat aber die Klage trotzdem gutgeheissen, indem es der Klägerin einen Regressanspruch gestützt auf Art. 51 OR gewährte. Die Begründung ist im wesentlichen die folgende:

Für das Schadensereignis (Einsturz des Zwischengeschosses) hafteten die Unternehmerin W. AG und die Bauingenieurfirma G. der Bauherrin solidarisch: "zwar nicht als echte, jedoch als unechte Solidarschuldner". Die Regeln der echten Solidarität würden in diesem Fall sinngemäss angewandt. "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 Mitverpflichteten zugelassen wird (Art. 51 Abs. 1 i. V. m. Art. 50 Abs. 2 OR; GAUCH, Der Werkvertrag, 521 ff. Rz 2030 ff.)." Vorliegend habe die Klägerin "die durch den Einsturz verursachten Mehrkosten bisher allein getragen" und sei "damit für einen höheren Schadensanteil aufgekommen, als sie im Verhältnis zur Beklagten hätte übernehmen müssen". Für den Mehrbetrag stehe ihr daher ein Regressanspruch gegen die Beklagte zu. "Da dieser zwingende Anspruch dem Einfluss des Gläubigers entzogen ist (BGE 115 II 25 E. 2a), besteht er unabhängig davon, dass sich die Bauherrin geweigert hat, ihre Forderungen gegen die Beklagte an die Klägerin abzutreten."

Ein solcher Regressanspruch war nach Auffassung des Bundesgerichts auch nicht dadurch ausgeschlossen, dass sich die Klägerin für die durch den Einsturz des Zwischengeschosses bzw. den Neuaufbau verursachte Mehrleistung bei der Bauherrin hätte schadlos halten können. Das Bundesgericht führt in diesem Zusammenhang aus: "Im Verhältnis zur Unternehmerin war indessen die Ingenieurfirma Hilfsperson der Bauherrin, die für das Verhalten dieser Hilfsperson einzustehen hatte (Art. 101 OR; GAUCH, Der Werkvertrag, 3. A., 363 Rz 1361, 520 Rz 2025 und 522 Rz 2033). Auf Grund von Art. 188 Abs. 5 SIA-Norm 118 hätte daher die Klägerin für das untergegangene Bauwerk insoweit Vergütung beanspruchen können, als der Untergang nicht auf die Schlechterfüllung des Werkvertrags, sondern auf die Mangelhaftigkeit der von der Bauherrin zu vertretenden Ingenieurarbeiten der Beklagten zurückzuführen war. (...) Dabei wäre die Bauherrin 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)." Nach Auffassung des Bundesgerichtes hatte die Unternehmerin "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".

Bemerkungen:

1. Im folgenden wird nur auf die vom Bundesgericht behandelte Regressfrage eingegangen. Dazu sei vorab kurz die Ausgangslage in Erinnerung gerufen: Die M. liess ein Zwischengeschoss in einem bestehenden Gebäude erstel-

len. Zu diesem Zweck schloss sie mit der W. AG einen Werkvertrag, mit der Firma G. einen Ingenieurvertrag. Während die W. AG die Betonelemente herzustellen und zu montieren hatte, oblagen der Firma G. Projektierung und Bauleitung. Anlässlich der Montage der Betonelemente stürzte das Zwischengeschoss ein. Die W. AG baute das Zwischengeschoss erneut auf, ohne dass sie hierfür durch die Bauherrin zusätzlich entschädigt wurde. Für die entstandenen Mehrkosten (Fr. 210 469.65) wollte die W. AG auf die Firma G. regressieren. In dem von ihr angehobenen Prozess wurde eine Expertise eingeholt. Diese lastete den entstandenen Schaden zu 30 % der Klägerin, zu 70 % der Beklagten an. Im gleichen prozessualen Verhältnis wurde der Schaden auf die Prozessparteien verteilt, d. h. die Regressklage wurde im Betrage von Fr. 147 347.65 (= 70 % von Fr. 210 469.65) gutgeheissen. Während sich das Handelsgericht des Kantons Bern auf Art. 41 OR stützte, hat das Bundesgericht einen Regress gestützt auf diese Bestimmung mit zutreffender Begründung verneint und stattdessen Art. 51 OR analog herangezogen.

2. Art. 51 OR ist in Verbindung mit Art. 50 OR zu lesen. Nach der letztgenannten 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 andern befreit. "Ob und in welchem Umfang die Beteiligten Rückgriff gegeneinander haben, wird durch richterliches Ermessen bestimmt" (Art. 50 Abs. 2 OR). Art. 51 OR betrifft nach seinem Wortlaut 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 aber setzt Solidarität voraus" (KARL OFTINGER, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I, 4. A., Zürich 1975, 337; ALFRED KOLLER, Die Haftung für den Erfüllungsgehilfen, Diss. Freiburg 1980, Nr. 442). Die Solidarität gemäss Art. 51 OR soll freilich – anders als diejenige nach Art. 50 OR – keine echte Solidarität im Sinne der Art. 143 ff. OR sein. Vielmehr handle es sich um sog. unechte Solidarität, für welche insbesondere Art. 136 Abs. 2 OR nicht gelten soll (BGE 112 II 143 E. 4; weiteres bei OFTINGER, a.a.O., 338 ff.). Ob die Unterscheidung echte/unechte Solidarität gerechtfertigt ist, scheint angesichts des engen systematischen Zusammenhanges von Art. 50 und Art. 51 OR zweifelhaft, braucht aber für unsere Belange nicht weiter abgeklärt zu werden. Was die Rückgriffsordnung anbelangt, so gilt durch den Verweis in Art. 51 Abs. 1 OR ebenfalls Art. 50 Abs. 2 OR. Entscheidend ist somit das Ermessen des Richters. Für dessen Handhabung enthält jedoch Abs. 2 von Art. 51 eine Richt-

linie: In der Regel trägt "derjenige in erster Linie den Schaden, der ihn durch unerlaubte Handlung verschuldet hat, und in letzter Linie derjenige, der ohne eigene Schuld und ohne vertragliche Verpflichtung nach Gesetzesvorschrift haftbar ist".

Nicht geregelt ist in Art. 51 OR der Fall, da mehrere Personen aus *gleichartigen* Rechtsgründen haftbar sind. Doch ist anerkannt, dass auch in diesem Fall Solidarität Platz greift, und zwar unechte, soweit nicht Art. 50 OR zum Tragen kommt.

3. Art. 51 OR findet unmittelbar nur dort Anwendung, wo mehrere aus ein und demselben Schadensereignis *schadenersatzpflichtig* sind. Denn Art. 50 f. 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 anerkannt, dass Art. 51 OR in gewissen Fällen analoge Anwendung finden kann. So wird gestützt auf diese Bestimmung unechte Solidarität etwa dort bejaht, wo ein Arbeitnehmer verunfallt und einerseits der Arbeitgeber zur Lohnfortzahlung (Art. 324a OR) verpflichtet, andererseits ein Dritter schadenersatzpflichtig ist. In einem solchen Fall kann somit der Haftpflichtige nicht geltend machen, wegen der Lohnfortzahlungspflicht sei ein Schaden gar nicht entstanden, damit auch keine Schadenersatzpflicht. Vielmehr konkurrieren die beiden Ansprüche miteinander (vgl. etwa GUHL/MERZ/KOLLER, 8. A., Zürich 1991, 199). Entsprechend verhält es sich dort, wo aus einem Schadensereignis neben einem Schadenersatzanspruch ein auf Schadensausgleich gerichteter Versicherungsanspruch besteht (vgl. etwa BGE 114 II 342 ff.; für den Rückgriff ist neben Art. 51 OR Art. 72 VVG zu beachten, vgl. ALFRED KELLER, *Haftpflicht im Privatrecht*, Band II, Bern 1987, 176 ff.; vorbehalten ist Art. 96 VVG). Zu weiteren verwandten Tatbeständen s. GUHL/MERZ/KOLLER, 199.

In dem beurteilten Fall hat das Bundesgericht angenommen, es sei in Übereinstimmung mit der Vorinstanz "davon auszugehen, dass die Klägerin gegenüber der Bauherrin aufgrund des Werkvertrags und die Beklagte aus dem Ingenieurvertrag haftete". Im engen juristischen Sinne haftete jedoch nur die Beklagte. Diese hatte für den durch den Einsturz entstandenen Schaden der Bauherrin aus Vertragsverletzung einzustehen (s. unten Ziff. 5.2). Hingegen ging der Anspruch der Bauherrin gegen die Klägerin auf den Wiederaufbau des Zwischengeschosses, und zwar nicht im Sinne von realem Schadenersatz (Art. 43 Abs. 1 OR), sondern im Sinne des (ursprünglichen) vertraglichen Erfüllungsanspruchs (s. unten Ziff. 5.1). Art. 51 OR war nach dem Gesagten nicht unmittelbar anwendbar. Zu Recht hat jedoch das Bundesgericht die analoge Anwendung bejaht. Das bedeutete, dass die Ansprüche gegen die Klägerin (werkvertraglicher Erfüllungsanspruch) und die Beklagte (Schadenersatzanspruch) konkurrierten, bzw. die Klägerin und die Beklagte solidarisch hafteten. Die beklagte Ingenieurfirma konnte somit nicht geltend machen, ein Schaden sei angesichts des fortbestehenden Erfül-

lungsanspruchs gar nicht entstanden, damit auch kein Schadenersatzanspruch. Die Klägerin (Unternehmerin W. AG) konnte ihrerseits die Bauherrin nicht auf den Schadenersatzanspruch gegen die Beklagte verweisen.

4. Auf die unechte Solidarität im Sinne von Art. 51 OR finden grundsätzlich die Regeln über die echte Solidarität Anwendung. Es bestehen nur wenige Abweichungen (vgl. oben Ziff. 2: Nichtanwendung von Art. 136 Abs. 2 OR). Das gilt jedenfalls dort, wo Art. 51 OR unmittelbare Anwendung findet. Im Bereiche analoger Anwendung stellen sich hingegen Sonderprobleme, die auch einer gesonderten Betrachtung bedürfen (vgl. etwa HANS-ULRICH BRUNNER, *Die Anwendung deliktsrechtlicher Regeln auf die Vertragshaftung*, Diss. Freiburg 1991, Nr. 584 ff. betr. die Konkurrenz von Lohn- und Schadenersatzansprüchen), das insbesondere dort, wo ihrer Natur nach unterschiedliche Ansprüche konkurrieren, wie dies gerade im beurteilten BGE zutrifft (Wiederherstellungsanspruch einerseits, auf Geldausgleich gerichteter Schadenersatzanspruch andererseits). Eine umfassende Darstellung der Rechtslage würde den Rahmen dieser Urteilsanmerkung sprengen. Ich beschränke mich auf einige wenige wichtige Regeln, insbesondere solche, welche den Regress anbelangen:

4.1. *Grundsätzlich haftet jeder Solidarschuldner für das Ganze*, und das Verhalten des einen Schuldners wirkt sich auf die Schuld des andern nicht aus. Doch gibt es Ausnahmen. So hat das Bundesgericht hinsichtlich konkurrierender Schadenersatzansprüche entschieden, dass das Verschulden des einen Haftpflichtigen dasjenige des andern als gemindert erscheinen lassen könne und gegebenenfalls eine Haftungsreduktion bewirke (BGE 93 II 322, 89 II 122 E. 5). Wichtiger ist, dass das Verhalten eines Solidarschuldners dem Geschädigten nach Art. 101 OR anrechenbar sein kann, mit der Folge, dass die Haftung der übrigen Solidarschuldner beschränkt ist. So verhielt es sich auch vorliegend: Das Bundesgericht rechnete die Fehler der Ingenieurfirma der Bauherrin wie eigene Fehler an. Wären die betreffenden Fehler die alleinige Schadensursache gewesen, so wäre die Unternehmerin von ihrer Leistungspflicht befreit gewesen (JO KOLLER, *Der "Untergang des Werkes"* nach Art. 376 OR, Diss. Freiburg 1984, 78) und hätte für die geleisteten Arbeiten trotzdem die Vergütung nebst Schadenersatz beanspruchen können (Art. 376 Abs. 3 OR; vgl. unten Ziff. 5.1.). Da aber auch sie selbst ein Verschulden traf, war sie zur Wiederherstellung des Zwischengeschosses verpflichtet, immerhin nur gegen teilweise Vergütung der bereits geleisteten Arbeit und der im Werklohn nicht eingeschlossenen Auslagen (vgl. Art. 376 Abs. 3 OR; JO KOLLER, a.a.O., 38). Die Klägerin hätte somit den Wiederaufbau nur gegen Kostenbeteiligung der Bauherrin vornehmen müssen. Weshalb sie auf eine solche Kostenbeteiligung verzichtet hat, ist dem referierten Entscheid nicht zu entnehmen.

4.2. *Die Leistung des einen Solidarschuldners befreit auch die andern*. Dies jedenfalls dann, wenn der Geschädigte vollständige Befriedigung erlangt. Im vorliegenden Fall

ging mit der Wiederherstellung des Zwischengesosses die Schadenersatzforderung gegen die Ingenieurfirma (die Beklagte) unter. Anders hätte es sich dann verhalten, wenn die Klägerin, die nur gegen Kostenbeteiligung der Bauherrin zum Wiederaufbau verpflichtet war (s. eben Ziff. 4.1 a.E.), den Wiederaufbau tatsächlich vom Kostenersatz abhängig gemacht hätte. Diesfalls wäre der Schadenersatzanspruch gegen die Beklagte im Umfang des Kostenersatzes bestehen geblieben (letzter Satz des referierten BGE).

4.3. Hat ein Solidarschuldner den Gläubiger befriedigt, so stellt sich die *Regressfrage*. Diese beantwortet sich im Falle unechter Solidarität nach Art. 51 OR. Dieser Artikel ist freilich nur dort unmittelbar anwendbar, wo mehrere Haftpflichtige aus verschiedenen Rechtsgründen haften. Analog kommt er jedoch auch bei Haftpflicht aus gleichartigen Rechtsgründen zum Tragen. Doch spielt in diesem Fall Abs. 2 naturgemäss keine Rolle. Einschlägig ist vielmehr einzig Abs. 1, der – wie gesagt – auf Art. 50 OR verweist. Über den Regress bestimmt somit der Richter nach seinem Ermessen. Massgebliche Bedeutung kommt dabei dem Verschulden zu. Im vorliegenden Fall hat das Bundesgericht den Schaden anteilmässig nach dem Verschulden verteilt (30 % zu 70 %).

Besonderer Erwähnung bedarf der Fall, da die Haftung eines Solidarschuldners (A) eingeschränkt ist, weil sich der Gläubiger das Verhalten eines andern Solidarschuldners (B) nach Art. 101 OR anrechnen lassen muss (oben Ziff. 4.1.). Wenn A seine eingeschränkte Schuldpflicht erfüllt, so soll ein Regress nach einem Teil der Lehre (PETER GAUCH, *Der Werkvertrag*, 3. A., Zürich 1985, Nr. 2033) a priori ausgeschlossen sein. Denn in diesem Fall werde im Aussenverhältnis nie für mehr als im Innenverhältnis haftet. Diese Ansicht lässt sich nicht auf Art. 50 f. OR abstützen. Sie verkennt, dass Haftungs- und Regressverhältnis prinzipiell auseinanderzuhalten sind. Das gilt auch dort, wo das Verhalten eines Solidarschuldners zu einer Haftungsbeschränkung eines andern Solidarschuldners führt.

4.4. *Eine wichtige Regressregel besagt, dass der Gläubiger die Rückgriffsordnung nicht abändern kann.* Daher kann er die nach Art. 51/50 OR gegebene Rückgriffsordnung nicht dadurch unterlaufen, dass er dem belangten Solidarschuldner die Forderung gegen den (die) anderen Solidarschuldner abtritt (BGE 80 II 252 f. und der hier referierte Entscheid, 131 E. 4 lit. b am Ende, unter Hinweis auf BGE 115 II 25).

4.5. "Dass ein Schuldner rückgriffsweise und nicht direkt in Anspruch genommen wird, darf ihn nicht benachteiligen" (KELLER, a.a.O., 161, unter Hinweis auf BGE 95 II 340). Diese für die echte Solidarität entwickelte Regel gilt auch im vorliegenden Zusammenhang. Daraus folgt beispielsweise: Wenn der Gläubiger einem Solidarschuldner die Schuld erlässt, so ist ein Regress auf diesen Solidarschuldner nicht mehr möglich. Hätte allerdings ohne Schuldverlass eine Regressmöglichkeit bestanden, so wird der Gläubiger dem benachteiligten Solidarschuldner dafür verantwortlich, dass er seine Regressmöglichkeiten einge-

schränkt hat (Art. 149 Abs. 2 OR). Die Verantwortlichkeit besteht darin, dass der Gläubiger dem benachteiligten Solidarschuldner im Umfang der Regressverkürzung schadenersatzpflichtig wird (OFTINGER, a.a.O., 347; abweichend z. B. BRUNNER, a.a.O., Nr. 347).

4.6. Die Regressforderung ist immer eine *Geldforderung* (vgl. GAUCH, a.a.O., Nr. 2034). Hätte im referierten Fall die Ingenieurfirma der Bauherrin Schadenersatz geleistet, so hätte sie gegenüber der Unternehmerin einen Ausgleichsanspruch in Geld gehabt. Die Unternehmerin hätte sich also gefallen lassen müssen, dass sich ihre Pflicht zur Wiederherstellung des Zwischengesosses in eine Geldschuld umwandelt. Darin liegt eine gewisse Einschränkung des eben in Ziff. 4.5. erwähnten Grundsatzes, wonach der Rückgriff nicht zu einer Schlechterstellung des regressbelasteten Schuldners führen darf.

4.7. Im vorliegenden Fall hätte die Klägerin – wie gesagt (Ziff. 4.1. a.E.) – die Wiederherstellung des Zwischengesosses nur gegen Kostenbeteiligung der Bauherrin (teilweise Vergütung der bereits geleisteten Arbeiten) vornehmen müssen. Statt von der Bauherrin Kostenbeteiligung zu verlangen, regressierte sie gegen die Beklagte: "Sie hatte ... 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" (referierter Entscheid, 131 unten lit. c). Die beiden Ansprüche konkurrierten im Sinne unechter Solidarität.

5. Das Bundesgericht hat im referierten Entscheid eine Haftung der Prozessparteien im Aussenverhältnis (gegenüber der Bauherrin) angenommen, ohne sie im einzelnen zu begründen. Der Vollständigkeit halber sei hier auf diese Frage kurz eingegangen.

5.1. *Zur Haftung der Klägerin.* Die Frage, ob bei Untergang des Werks vor dessen Ablieferung eine Pflicht zur Wiederherstellung besteht, ist im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt. Insbesondere betrifft Art. 376 OR bei wörtlicher Interpretation nur die Frage, ob der Unternehmer für das untergegangene Werk Ansprüche hat ("Lohn für seine Arbeit" bzw. "Vergütung seiner Auslagen"). Zieht man jedoch in Betracht, dass sich der Artikel in den Bestimmungen über die "Beendigung" des Werkvertrages findet (Marginalie zu Art. 375 ff. OR), so ist zu schliessen, dass er mittelbar auch die Frage betrifft, ob mit dem Untergang des Werks die Leistungspflicht des Unternehmers und damit der Vertrag dahinfällt. Einzelheiten lassen sich freilich der Bestimmung nicht entnehmen. Es gilt: Grundsätzlich ist der Unternehmer zur Wiederherstellung des untergegangenen Werks verpflichtet (JO KOLLER, a.a.O., 75). Es sind jedoch verschiedene Ausnahmen anzuerkennen, z. B. die folgenden: Keine Wiederherstellungspflicht besteht (selbstverständlich) bei Unmöglichkeit der Wiederherstellung (Art. 119 Abs. 1 OR; JO KOLLER, a.a.O., 80), ferner dann, wenn der Besteller den Untergang selbst verschuldet hat (JO KOLLER, a.a.O., 78). Trifft den Besteller ein blosses Mitverschulden, so ist der Unternehmer zum Wie-

deraufbau verpflichtet, jedoch nur gegen Kostenbeteiligung (so unser Fall).

5.2. *Zur Haftung der beklagten Ingenieurfirma.* Die Haftung des Ingenieurs kann nicht über einen Leisten geschlagen werden. Vielmehr ist die Haftungsgrundlage je nach dem Typ des Ingenieurvertrages verschieden. Handelt es sich um einen reinen Projektierungsvertrag, so kommt Werkvertragsrecht zur Anwendung (vgl. BGE 109 II 465 ff., 110 II 382). Auf den Bauleitungsvertrag ist demgegenüber Auftragsrecht anwendbar. Letzteres gilt nach der hier vertretenen Ansicht auch beim Gesamtvertrag, der sowohl Projektierung wie auch Bauleitung umfasst (so GAUCH, a.a.O., Nr. 56; anders die bundesgerichtliche Rechtsprechung [seit BGE 109 II 466]: gemischtes Vertragsverhältnis). Unabhängig von der Haftungsgrundlage ist immer eine schuldhaftige Vertragsverletzung vorausgesetzt. Das versteht sich von selbst, wo Auftragsrecht Anwendung findet, da der Beauftragte immer nur für Verschulden haftet. Doch gilt Gleiches auch beim reinen Projektierungsvertrag, der – wie gesagt – Werkvertragsrecht unterliegt. Denn hat ein Projektierungsfehler einen Mangel des vom Unternehmer gelieferten Werks zur Folge, so stellt dieser Mangel – bezogen auf den Projektierungsvertrag – Mangelfolgeschaden dar. Die Haftung für solchen Schaden ist aber auch beim Werkvertrag verschuldensabhängig (Art. 368 OR).

6. *Schlussbemerkung.* Einen Kernpunkt des referierten Entscheids bildet die bundesgerichtliche Feststellung, dass der Wiederherstellungsanspruch gegen die Unternehmerin mit dem Schadenersatzanspruch gegen die Ingenieurfirma konkurrierte. Konkurrieren unterschiedliche Ansprüche dieser Art, so ergeben sich diverse Sonderprobleme. Die sich dem Bundesgericht stellenden Probleme wurden im referierten Entscheid pragmatisch und m. E. richtig gelöst. Auffallend ist, dass sich der Entscheid kaum auf Literatur abstützt. Das dürfte damit zusammenhängen, dass sich die Lehre mit den fraglichen Problemen nicht in allgemeiner Weise, sondern nur in speziellen Zusammenhängen befasst (vgl. etwa GAUCH, a.a.O., Nr. 2017 betr. Konkurrenz von Mängelrechten und Schadenersatzansprüchen). Eine umfassende Abhandlung aber fehlt, damit auch eine dogmatisch saubere Erfassung der Problematik.

Prof. Dr. iur. Alfred Koller, St. Gallen

4. Internationales Privat- und Verfahrensrecht / Droit international privé et droit international de procédure civile

4.2. Internationales Verfahrens-, Vollstreckungs- und Konkursrecht, internationale Schiedsgerichtsbarkeit / Droit international de procédure civile, exécution forcée internationale et droit international de la faillite, juridiction arbitrale internationale

(4) Ist der "Ausländerarrest" (SchKG 271 Abs. 1 Ziff. 4) gegenüber Personen, die in einem Lugano-Konventionsstaat Wohnsitz bzw. Sitz haben, nicht mehr zulässig?

Europäischer Gerichtshof, Sechste Kammer, 10.2.1994, Mund & Fester c. Hatrex Internationaal Transport (Rechtsache C-398/92), Vorabentscheidung.

Zusammenfassung des Sachverhaltes und des Entscheides:

Die Hatrex Internationaal Transport hatte Haselnüsse von der Türkei nach Hamburg transportiert. Während der Fahrt wurden die Nüsse infolge einer Undichtigkeit des Lastwagens durch Nässe beschädigt. Die Fa. Mund & Fester verlangte aus Zession Schadenersatz und stellte beim Landgericht Hamburg den Antrag auf dinglichen Arrest gemäss § 917 der deutschen ZPO; Objekt war der von der Hatrex Internationaal Transport für den Transport eingesetzte Lastwagen, der sich in diesem Zeitpunkt noch in Deutschland befand.

Das Landgericht Hamburg lehnte den beantragten Arrest gleichentags ab. Seiner Ansicht nach lag ein Arrestgrund im Sinne des § 917 Abs. 2 ZPO nicht vor, da es sich um die Vollstreckung eines Urteils in einem Staat handle, der dem Brüsseler Übereinkommen angehört. Gegen diesen Beschluss legte die Fa. Mund & Fester beim Hanseatischen Oberlandesgericht Beschwerde ein. Dieses setzte das Verfahren aus und legte dem Europäischen Gerichtshof folgende Frage zur Vorabentscheidung vor: "Ist die Notwendigkeit, einen Arrest im Ausland zu vollstrecken (§ 917 Abs. 2 ZPO) auch dann ein Arrestgrund, wenn es um die Vollstreckung in einem Land geht, das dem EWG-Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (EuGVÜ) vom 27. September 1968 beigetreten ist?"

Auf ähnlich lautende Schlussanträge des Generalanwaltes Giuseppe Tesauro vom 16.12.1993 hin hat der Europäische Gerichtshof am 10.2.1994 wie folgt erkannt: "Artikel 7 EWG-Vertrag in Verbindung mit Artikel 220 EWG-Vertrag und dem Brüsseler Übereinkommen vom 27. September 1968 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen steht einer nationalen Zivilprozessordnung entgegen, die bei einem Urteil, das im Inland vollstreckt werden müsste, den Arrest nur zulässt, wenn ohne dessen Verhängung die Vollstreckung wahrscheinlich vereitelt oder wesentlich erschwert werden würde, während sie bei einem Urteil, das in einem anderen Mitglied-