

Hans Rudolf Spiess dipl. Bauing. ETH und lic. iur.
Marie-Theres Huser lic. iur., Rechtsanwältin
Mitarbeiter:
Xavier Borghi Dr. Bauing. und lic. iur.

8034 Zürich, Postfach, Höschgasse 66
Telefon 044 421 44 44, Telefax 044 421 44 40
www.baurecht.ch, buero@baurecht.ch

8. Kolloquium "Baurecht heute" vom 28. Januar 2010
im UBS Konferenzgebäude "Grünenhof", Zürich

"... jemand muss doch haften!"

Einige Details zur Mehrpersonenhaftung im Baurecht

Referat von Marie-Theres Huser, lic. iur. Rechtsanwältin

1. Einleitung

Fragen zur Haftung für Mängel und Schlecht- oder Nichterfüllung des Vertrages sind unser "täglich Brot". Die Schwierigkeit bei der Bearbeitung solcher Fragen bildet meist die Tatsache, dass Baumängel oft von mehreren Beteiligten gemeinsam verursacht worden sind und eine Kombination von Planungs- und Unternehmerfehlern darstellen. Naturgemäss gestaltet sich bereits die Suche nach dem oder den Verursachern eines Mangels oder Schadens äusserst schwierig. Gleichzeitig sieht sich der Bauherr aber weiteren wichtigen Fragen gegenübergestellt, wie beispielsweise:

- Handelt es sich um eine werkvertragliche oder auftragsrechtliche, allenfalls delikts- oder strafrechtliche Haftung?
- Welche verjährungsrechtlichen Eckwerte sind zu beachten?
- Wer trägt die Beweislast für gerügte Mängel oder Schäden aus Schlechterfüllung von Architektur- und Ingenieurverträgen und damit allenfalls die Hauptlast des Prozessrisikos?

und schliesslich ist die Frage zu klären:

- Wem stehen gegenüber welchen weiteren Beteiligten allenfalls Regressansprüche zu?

Nach herrschender Praxis und Lehre wird bei der Mehrpersonenhaftung zwischen Aussen- und Innenverhältnis unterschieden.

8. Kolloquium "Baurecht heute" vom 28. Januar 2010

2. Aussenhaftung und unechte Solidarität

Mehrere Verantwortliche für Baumängel und Schäden haften gestützt auf Art. 51 OR gegenüber dem Bauherrn unecht solidarisch.¹

Für das Vorhandensein der unechten Solidarität müssen folgende Voraussetzungen vorliegen:

- Sämtliche Verantwortliche müssen die Haftungsvoraussetzungen² erfüllen. Hat der Bauherr also zum Beispiel den Mangel gegenüber einem Mitverursacher nicht oder verspätet gerügt oder seine Mängelrechte verjähren lassen, entfällt für diesen Unternehmer die Haftung – zumindest gegenüber dem Bauherrn.
- Als weitere Voraussetzung nennt Art. 50 OR, dass diese solidarische Haftung nur für diejenigen Mängel gilt, welche von den Beteiligten gemeinsam verschuldet worden sind. Es ist somit für jeden einzelnen Beteiligten abzuklären, welchen Mangel oder Schaden er verursacht hat und ob dieser Schaden mit demjenigen, den die übrigen Beteiligten verursachten, identisch ist.
- Jeder Verantwortliche haftet nach Massgabe seines Vertrages mit dem Bauherrn, allenfalls ausservertraglich, aus unerlaubter Handlung (Art. 41 OR). Dies führt dazu, dass die Ansprüche des Bauherrn gegenüber Architekten und Ingenieuren grundsätzlich auf Schadenersatz lauten, währenddem sich beispielsweise ein Unternehmer Gewährleistungsansprüchen, wie Nachbesserung, Minderung oder Wandlung, gegenüber sieht. Zudem kann selbstverständlich jeder Verantwortliche seine ihm ganz speziell aus Vertrag zustehenden Einreden (Herabsetzungsgründe) erheben. Beim Unternehmer speziell von Bedeutung ist eine gültig erfolgte Abmahnung oder beim Architekten oder Ingenieur der Nachweis der gehörigen Sorgfalt oder des fehlenden Kausalzusammenhangs zwischen Vertragserfüllung und Schaden.

Dem Bauherrn steht es frei, ob er die solidarisch Haftenden alle gemeinsam, mehrere Einzelne oder auch nur den einen oder andern belangen will. Dabei ist zu beachten, dass der Bauherr, sofern er von einem oder mehreren Beteiligten entschädigt wurde, übrige Beteiligte nur noch im Umfang der Differenz zum effektiven Schaden belangen kann. Die anderen Mithaftenden jedenfalls sind im Sinne von Art. 147 Abs. 1 OR im Umfang der bereits erfolgten Entschädigung befreit. Der Sinn dieser Regelung besteht darin, dass der Bauherr sich auch im Falle einer Haftung mehrerer Beteiligter nicht bereichern darf.³

¹ Zwar regelt Art. 51 OR nur das Innenverhältnis unter den Haftpflichtigen ausdrücklich, geht aber damit stillschweigend von der Solidarität zwischen den Haftpflichtigen aus (Art. 50 Abs. 2 OR).

² Vgl. Gauch Peter, Werkvertrag, N 2741.

³ Gauch Peter, Werkvertrag, N 2746.

8. Kolloquium "Baurecht heute" vom 28. Januar 2010

Währenddem bei der echten Solidarität (einfache Gesellschaft) die Unterbrechung der Verjährung gegen einen einzigen Solidarschuldner die Verjährung gegenüber allen anderen auch unterbricht, hat der Bauherr bei der unechten Solidarität die Verjährung gegenüber allen Mithaftenden gesondert zu unterbrechen. Hier stellte sich in einem neueren Bundesgerichtsentscheid⁴ die Frage, ob ein Mitschuldner, den der Geschädigte (Bauherr) unbehelligt gelassen hat, dem Regressanspruch eines anderen Mitschuldners, welcher dem Geschädigten Schadenersatz leisten musste, die Verjährung seiner eigenen Schuld entgegen halten könne. Ich komme zu dieser Frage unter 3. Innenverhältnis später zurück.

Exkurs:

Die Bestimmung der Ordnung SIA 102, wonach der Architekt für die Leistungen "beigezogener Dritter" nicht hafte, schliesst die unechte Solidarität zwischen den Baubeteiligten nicht aus, weil die solidarische Haftung des Architekten eine Haftung für eigenes, vertragsverletzendes Verhalten darstellt und keine Haftung für Dritte.⁵

3. Innenhaftung und Regress

Art. 50 Abs. 2 OR und Art. 51 OR überlassen die Frage, "ob und in welchem Umfang die Beteiligten Rückgriff gegeneinander haben", dem richterlichen Ermessen. Hat ein Einzelner den Bauherrn für seinen Schaden entschädigt, so hat er im Umfang des seinen Anteil übersteigenden Betrags eine Geldforderung gegenüber den den Schaden mitverursachenden Beteiligten. Das Festhalten an der Unterscheidung zwischen echter und unechter Solidarität hat in Lehre und Rechtsprechung in Bezug auf einige Detailfragen zu ausführlichen Erörterungen und Hilfskonstruktionen geführt. Ein neueres Beispiel ist der Entscheid des Bundesgerichts, BGE 133 III 6, zur Frage der Gültigkeit der Verjährungseinrede eines Mitverursachers im Regressfalle. In dieser neuen Entscheid hält das Bundesgericht folgende Grundsätze zur Verjährung von Regressansprüchen fest:

1. Das Rückgriffsrecht desjenigen Schuldners, welcher dem Geschädigten Schadenersatz leistet, ist ein selbständiges. Dieses Rückgriffsrecht verjähre ein Jahr seit dem Tag, an welchem der Geschädigte den Schadenersatz tatsächlich erhalten hat und dem Leistenden der andere Haftpflichtige bekannt geworden ist. In jedem Falle verjährt jedoch das Rückgriffsrecht 10 Jahre nach Eintritt der Schädigung.
2. Die Verjährung der Ansprüche des Geschädigten gegen eine von mehreren Haftpflichtigen hindert denjenigen Solidarschuldner, der den Geschädigten befriedigt hat, nicht daran, seine Regressforderung gegen diesen Solidarschuldner geltend zu machen, vorausgesetzt, dass er ihm sobald wie möglich angezeigt hat, dass er ihn für mithaftpflichtig hält.⁶

⁴ BGE 133 III 6.

⁵ Bundesgerichtsurteil 4c.2/1995 vom 14. Oktober 1996.

⁶ BGE 133 III 6, E 5.4.

Damit äussert sich das Bundesgericht erstmals zur Frage der Verjährung bei der unechten Solidarität und hält gleichzeitig an der Unterscheidung echte-unechte Solidarität fest. Das Bundesgericht bemüht sich hier um eine ausgewogene Lösung in diesen Fragen. Bisher vertrat das Bundesgericht⁷ den Standpunkt, dass der Unternehmer, dessen Gewährleistungspflicht gegenüber dem Bauherrn verjährt ist, die Verjährung auch dem regressierenden Architekten entgegen halten kann. Es hat dann aber zum Ausgleich dem Architekten im Forderungsprozess mit dem Bauherrn das Recht zugestanden, die eingetretene Verjährung der Ansprüche gegenüber dem Unternehmer dem Bauherrn entgegenzuhalten. Zwar macht das Bundesgericht in seinem neuen Entscheid den Verweis auf Art. 371 Abs. 2 OR, ohne jedoch klarzustellen, ob die neuen Grundsätze auch für das Verhältnis zwischen Architekt und Unternehmer gelten. Ebenso wenig äussert es sich zur Frage, was gelten soll, wenn die Ansprüche des Geschädigten (Bauherr) gegenüber einem Regressschuldner nicht verjährt, sondern verwirkt sind. Eine ganze Anzahl solcher Fälle nennt das Bundesgericht in seinem Entscheid 130 III 62 "situations délicates", ohne sich zur Lösung dieser heiklen Situationen näher zu äussern.

Man darf gespannt sein, ob das Bundesgericht die jetzt neu entwickelten Grundsätze auch für diejenigen Fälle anwenden wird, wo der Bauherr einen einzelnen Beteiligten von seiner Haftung (vertraglich) freizeichnet, einen festgestellten Mangel nicht rechtzeitig rügt und damit die Mängelrechte verwirken lässt, oder eben wie beschrieben, die Verjährung gegenüber einzelnen Beteiligten nicht unterbricht.

4. Haftung des Bauherrn bzw. seiner Hilfspersonen

Hat ein Unternehmer aufgrund eines Planungsfehlers einen Mangel (mit)verursacht, hat der Bauherr eine entsprechende Ermässigung der Ersatzpflicht des Unternehmers zu eigenen Lasten durch den Richter zu akzeptieren. Gemäss Art. 101 OR hat sich der Bauherr das Verhalten seiner Hilfspersonen als eigenes anrechnen zu lassen, und es kann dem Unternehmer nicht verwehrt werden, zu seiner Entlastung auf die Abmahnung zu verweisen und die Nichtbeachtung als Selbstverschulden des Geschädigten anrechnen zu lassen.

5. Haftung für reinen Vermögensschaden

Ausservertraglich haftet ein Dritter grundsätzlich nur gestützt auf Art. 41 OR, welcher Widerrechtlichkeit, d.h. die Verletzung einer Verhaltensnorm, verlangt. Die Tatsache, dass der Geschädigte mangels Widerrechtlichkeit und konkreter Verhaltensnorm in vielen Fällen reinen Vermögensschaden selbst tragen müsste, und dies oft unbillig erscheint, hat Lehre und Rechtsprechung dazu bewogen, diverse Brücken und Krücken zur Überwindung dieses Dilemmas zu suchen und zu finden. Diese Situation befriedigt seit langem nicht und wird von verschiedenen Autoren⁸ kritisiert, die für eine Öffnung und ein Absehen vom Erfordernis der

⁷ Vgl. beispielsweise BGE 116 II 650, E 7b/eb.

⁸ Vgl. Gauch/Sweet, Deliktshaftung für einen Vermögensschaden, in: Festschrift Max Keller, Zürich 1989.

8. Kolloquium "Baurecht heute" vom 28. Januar 2010

Widerrechtlichkeit plädieren. In einleuchtenden Beispielen, wie der Bruch einer Versorgungsleitung,⁹ ausservertraglicher Auskunftserteilung¹⁰ und unvermeidlicher Bauimmissionen¹¹, wird das Bemühen des Bundesgerichts gezeigt, trotz fehlender Voraussetzung der Widerrechtlichkeit, einer für den Geschädigten adäquaten Lösung zum Durchbruch zu verhelfen.

Die Öffnungstendenzen im nachbarlichen Ausland (Deutschland, Holland) lassen zumindest hoffen, dass die Schweiz, die sich immer wieder gerne über die Gesetzgebung der Nachbarländer inspirieren lässt, diese Öffnung ebenfalls in Angriff nehmen wird und damit der Diskriminierung des reinen Vermögensschadens ein Ende setzt.

6. Forderungen de lege ferenda

- 6.1 Die Norm SIA 118 statuiert für die Dauer der Garantiefrist von zwei Jahren eine Umkehr der Beweislast bei Mängeln, sodass grundsätzlich der Unternehmer die vertragsgemässe Erfüllung zu beweisen hätte. In der Praxis kommt es leider oft vor, dass sich ein Unternehmer oder auch allenfalls beteiligte Planer untätig zeigen und es meist am Bauherrn liegt, über ein Gesuch um vorsorgliche Beweisabnahme den Ist- resp. Soll-Zustand durch einen Experten feststellen zu lassen, um nach erfolgter Ersatzvornahme nicht ohne Beweise dazustehen. Die Kosten einer solchen vorsorglichen Beweisaufnahme werden regelmässig dem Gesuchsteller auferlegt, was in Einzelfällen ausserordentlich stossend sein kann. Diese Situation ist unbefriedigend und sollte sowohl privat- wie prozessrechtlich geändert werden.
- 6.2 Wie oben ausgeführt, erachte ich die Öffnung der Haftung für reinen Vermögensschaden über den Rahmen von Art. 41 OR hinaus als angezeigt.
- 6.3 Die uneinheitlichen und für einen Laien nicht durchschaubaren Regeln in Kauf- und Werkverträgen bezüglich Gewährleistung, Rügeobliegenheiten und -fristen, Verjährungsfristen und die verjährungsunterbrechenden Rechtshandlungen sind zu vereinheitlichen.

⁹ BGE 101 Ib 252 ff.; BGE 102 II 85 ff.

¹⁰ BGE 111 II 474.

¹¹ BGE 91 II 100 ff.