

Der Aufsatz L'article

Gedanken zur Mehrpersonenhaftung im Baurecht

Dr. iur. Hannes Zehnder,
Rechtsanwalt, Pfäffikon SZ*

Les défauts d'un ouvrage (de même que d'autres dommages dus à des travaux de construction) ne sont souvent pas causés par une seule personne, mais par plusieurs. Les questions de responsabilité civile qui en résultent sont parmi les plus délicates du droit privé de la construction. Dans cet article, l'auteur discute les principes fondamentaux de la responsabilité civile (la solidarité imparfaite et le recours). De plus, il esquisse un nouveau système dogmatique d'ensemble qui pourrait aussi faire ses preuves dans le domaine du droit de la construction.

1. Typische Fälle
2. Aussenhaftung (unechte Solidarität)
3. Innenhaftung (Regress)
 - A. Grundsätzliches
 - B. Die Festlegung der einzelnen Haftungsanteile
4. Sonderproblem: Die Auswirkungen der fehlenden Regressmöglichkeit auf die Aussenhaftung

1. Typische Fälle

Baumängel, aber auch sonstige Schäden beim Bauen werden häufig von mehreren Personen gemeinsam verursacht. Zumeist resultieren sie aus einer Kombination von Planungs- und Unternehmerfehlern, indem etwa der Architekt (Ingenieur) eine mangelhafte Konstruktionsidee liefert und der Unternehmer seine diesbezügliche Abmahnungspflicht verletzt oder indem der Unternehmer sein Werk mangelhaft ausführt und der bauleitende Architekt (Ingenieur) dies wegen Vernachlässigung der Aufsichtspflicht nicht bemerkt. Möglich ist aber auch, dass die Ursache eines Baumangels im Fehlverhalten mehrerer Planer liegt oder dass zwei Unternehmer gemeinsam den gleichen Mangel- oder Schaden verursachen.¹

2. Aussenhaftung (unechte Solidarität)

1. Nach herrschender Praxis und Lehre haften mehrere Verantwortliche von Baumängeln und Schäden dem Bauherrn (oder allenfalls einem anderen Besteller von Bauleistungen, wie z. B. einem Totalunternehmer) nach Art. 51 OR² **unecht solidarisch**.³ Dieser Lehrsatz ist grundsätzlich richtig, doch er bedarf der Präzisierung in vierfacher Hinsicht:

– Es müssen bei allen «Haftungskandidaten» *sämtliche Haftungsvoraussetzungen* erfüllt sein.⁴ So kann etwa ein Unter-

nehmer, auch wenn er eine Mitursache für einen Baumangel gesetzt hat, vom Bauherrn nicht mehr belangt werden, sofern dieser der Rügeobliegenheit nicht (rechtzeitig) nachgekommen ist oder falls dessen Mängelrechte verjährt sind.⁵

– Die *solidarische Haftung* besteht *nur für gemeinsam verursachte Baumängel oder Schäden*. Im Hinblick auf das Adäquanzerfordernis ist für jeden der möglichen Verantwortlichen gesondert zu prüfen, welchen Mangel oder Schaden er durch seine Vertragsverletzung verursacht hat und ob dieser Mangel oder Schaden deckungsgleich mit jenem eines anderen Beteiligten ist. So hat ein Nachunternehmer (oder allenfalls der Bauleiter⁶), der seine allenfalls bestehende Hinweispflicht⁷ bezüglich eines mangelhaften Werks eines Vorunter-

* Dank schulde ich Herrn dipl. Architekt ETH/SIA Konrad Hepenstrick, Schadenexperte, Zürich, und Herrn Dr. iur. Hans Nigg, Rechtsanwalt, Winterthur, für die kritische Durchsicht des Manuskripts.

¹ Vgl. SOG 1991, S. 20 ff. = BR 1993, S. 47.

² Eigentlich regelt Art. 51 OR nur das Innenverhältnis mehrerer ausdrücklich, indem eine Rückgriffsordnung aufgestellt wird. Doch setzt diese Rückgriffsordnung eben auch Solidarität voraus (OFTINGER/STARK, Haftpflichtrecht I, § 10 N 13).

³ BGE 119 II 131; 115 II 45; 93 II 322; 93 II 313; NIGG, SVZ 1996, S. 60; REBER, Haftung mehrerer für Baumängel, BR 1981 (zit. Haftung mehrerer), S. 46; KOLLER, Nachbesserungsrecht, Nr. 536 ff.; SCHERRER, Nebenunternehmer beim Bauen, Diss. Freiburg 1994, Nr. 399; SCHUMACHER, Architektenrecht, Nr. 684. – Eine Ausnahme besteht da, wo mehrere einen Baumangel oder Schaden durch «bewusstes Zusammenwirken» verursacht haben, weshalb diese nach Art. 50 Abs. 1 OR haften (GAUCH, Werkvertrag, Nr. 2740). Dieser Fall tritt aber derart selten auf, dass er nicht weiter behandelt wird.

⁴ GAUCH, Werkvertrag, Nr. 2741; SCHUMACHER, Architektenrecht, Nr. 688.

⁵ Vgl. auch NIGG, SVZ 1996, S. 64.

⁶ Vgl. SCHUMACHER, Architektenrecht, Nr. 699.

⁷ Dazu einlässlich GAUCH, Werkvertrag, Nr. 2039 ff.

nehmers verletzt, für diesen Mangel nicht einzustehen, da der Hinweis den Mangel nicht beseitigt hätte.⁸ Eine (solidarische) Haftung des Nachunternehmers zusammen mit dem Vorunternehmer käme höchstens für die Vergrößerung des bestehenden Mangels in Frage, die bei richtiger Information nicht eingetreten wäre.⁹ An den Vorunternehmer kann sich der Bauherr deshalb halten, weil die Vergrößerung des Mangels ein Mangelfolgeschaden ist, wofür der Vorunternehmer nach Art. 368 OR einzustehen hat.¹⁰

– Die verantwortlichen Personen unterliegen jeweils der für sie *spezifischen Vertragshaftung*. Gegen den Architekten (Ingenieur) hat der Bauherr von Gesetzes wegen regelmässig ein Schadenersatzrecht.¹¹ Anders gelagert sind jedoch seine Ansprüche gegen den Unternehmer, die sich bei Baumängeln – abgesehen vom Recht auf Ersatz des Mangelfolgeschadens – auf Wandelung, Minderung oder Nachbesserung (Art. 368 OR) richten.¹² Die unterschiedliche Natur dieser Ansprüche ändert aber nichts daran, dass Mängelhaftung des Unternehmers und Schadenersatzhaftung des Architekten (Ingenieurs) «gleichrangig» nebeneinander bestehen, ausser die Parteien hätten ausnahmsweise etwas anderes verabredet.¹³

– Schliesslich müssen die Haftbaren entgegen einer verbreiteten Auffassung *nicht immer für den «ganzen Schaden»* einstehen.¹⁴ Zunächst einmal bestehen nicht alle Ansprüche des Bauherrn gegenüber den Verantwortlichen von Baumängeln in einem Schadenersatzrecht, sondern allenfalls in der Wandelung, Minderung oder Nachbesserung. Soweit der Bauherr ein Nachbesserungsrecht gegenüber einem Unternehmer besitzt, steht ihm nicht einmal Geldersatz zu. Vor allem kann jeder Verantwortliche dem Schadenersatzanspruch des Bauherrn, aber auch dessen Mängelrechten die auf ihn persönlich zugeschnittenen Herabsetzungsgründe entgegensetzen.¹⁵ Dies ist vor allem da von Bedeutung, wo es um das in der Praxis doch recht häufige Zusammenfallen von Planungs- und Unternehmerfehlern geht. Soweit der Planer (etwa durch die Erteilung von Konstruktionsanweisungen) nämlich als Hilfsperson des Bauherrn (Art. 101 OR) handelt, hat sich der Bauherr dessen Verhalten als eigenes anzurechnen, was zumindest zu einer teilweisen Entlastung des Unternehmers führen kann.¹⁶ Als dann hat nur der Planer, nicht aber der Unternehmer für den «ganzen Schaden» einzustehen, und an den planenden Architekten (Ingenieur) wird sich der Bauherr denn auch regelmässig halten.¹⁷ Keine Entlastung eines Schädigers bewirkt hingegen der Umstand, dass noch ein Dritter für gleichen Schaden verantwortlich ist (das Drittverschulden)¹⁸, es sei denn, dessen Verhalten unterbreche «ausnahmsweise ... den rechts-erheblichen Kausalzusammenhang zwischen der Handlung des Belangten und dem Schaden».¹⁹

2. Bei gemeinsam verursachten Baumängeln oder Schäden besteht somit dem Gesagten zufolge eine **solidarische Mithaftung aller Verantwortlichen im Umfang der von jedem Haftbaren individuell geschuldeten Leistung**.²⁰ Diese wiederum kann geringer sein als der «ganze Schaden» des Bauherrn. Im Bereich dieser Haftungskonstellation, die häufig auch als «Anspruchskonkurrenz» bezeichnet wird²¹, steht es im Belieben des Bauherrn, ob er den einen oder den anderen Verantwortlichen oder gar mehrere miteinander belangen will.²² – Hervorzuheben bleibt:

– Hat der Bauherr den Baumangel oder einen Schaden über einen der Beteiligten ganz oder teilweise beseitigen können, so sind in sinngemässer Anwendung von Art. 147 Abs. 1 OR auch die anderen Mithaftenden im Umfang der Befriedigung des Bauherrn befreit. Die Schadenersatzpflicht des Architekten (Ingenieurs), aber auch die Mängelhaftung des Unternehmers erlischt somit trotz der unterschiedlichen Natur der Mängel- und Schadenshaftung insoweit, als der andere Mithaftende den Bauherrn «wertmässig» befriedigt hat, so etwa wenn der Unternehmer durch Nachbesserung einen Baumangel unentgeltlich behoben hat. Auch die Haftung mehrerer darf nicht zu einer Bereicherung des Bauherrn führen.²³

– Bei unechter Solidarität nach Art. 51 OR muss der Bauherr die Verjährung gegenüber allen Mithaftenden gesondert unterbrechen. Die Regel des Art. 136 Abs. 1 OR, wonach «die Unterbrechung der Verjährung gegen einen Solidarschuldner ... auch gegen die übrigen Mitschuldner» wirkt, gilt nur für Fälle der echten Solidarität nach Art. 50 Abs. 1 OR, dies zumindest nach herrschender Auffassung, die ich (wie noch aufzuzeigen sein wird) nicht teile.²⁴

– Selbstverständlich können die Parteien vereinbaren, dass die Beteiligten dem Bauherrn nur anteilmässig (nach Massgabe ihrer jeweiligen Verantwortlichkeit untereinander) haften. Eine solche *Abrede*, welche die *Solidarität ausschliesst*, kommt aber sehr selten vor. Namentlich wird – wie das Bundesgericht in einem neuen Entscheid zutreffend festgestellt hat – die solidarische Haftung auch durch Art. 1.7 der SIA-Ordnung 102 nicht wegbedungen: Diese Bestimmung, gemäss welcher der Architekt für die Leistungen «beizogener selbständiger Dritter» nicht haftet, ist nichts anderes «als eine blosser Wiederholung der gesetzlichen Regelung».²⁵

⁸ Ungenau: SOG 1991, S. 20 ff. = BR 1993, S. 102.

⁹ SCHERRER, BR 1993, S. 102.

¹⁰ GAUCH, Werkvertrag, Nr. 2045; KOLLER, Nachbesserungsrecht, Nr. 579.

¹¹ Vgl. GAUCH, Werkvertrag, Nr. 2736 ff.

¹² GAUCH, Werkvertrag, Nr. 2745.

¹³ GAUCH, Werkvertrag, Nr. 2744.

¹⁴ BGE 93 II 322; KOLLER, Nachbesserungsrecht, Nr. 537; REBER, Haftung mehrerer, S. 47; SCHUMACHER, Architektenrecht, Nr. 684.

¹⁵ KELLER, Haftpflichtrecht II, S. 179; OFTINGER/STARK, Haftpflichtrecht I, § 10 N 33.

¹⁶ GAUCH, Werkvertrag, Nr. 2743; NIGG, SVZ 1996, S. 61; SCHUMACHER, Architektenrecht, Nr. 693.

¹⁷ GAUCH, Werkvertrag, Nr. 2751.

¹⁸ BGE 95 II 54; 93 II 322; OFTINGER/STARK, Haftpflichtrecht I, § 10 N 34.

¹⁹ BGE 93 II 322.

²⁰ GAUCH/SCHLUEP, OR Allgemeiner Teil, Nr. 3856; JANSEN, Das Zusammentreffen von Haftungsgründen bei einer Mehrheit von Ersatzpflichtigen, Diss. Freiburg, Bern 1973 (zit. JANSEN, Zusammentreffen von Haftungsgründen), S. 120; OFTINGER/STARK, Haftpflichtrecht, § 10 N 33.

²¹ BGE 93 II 322; GAUCH/SCHLUEP, OR Allgemeiner Teil, Nr. 3817; NIGG, SVZ 1996, S. 60.

²² GAUCH, Werkvertrag, Nr. 2741.

²³ GAUCH, Werkvertrag, Nr. 2746.

²⁴ BGE 115 II 48; 104 II 229 ff.; 55 II 313; weitere Nachweise bei GAUCH/SCHLUEP, OR Allgemeiner Teil, Nr. 3847.

²⁵ Urteil 4C.2/1995 vom 14. Oktober 1996, S. 8 f. mit Berufung auf SCHUMACHER, Architektenrecht, Nr. 711. – Zwar hat das Bundesgericht Art. 1.7 der SIA-Ordnung 102 grundsätzlich richtig ausgelegt. Doch scheidet eine Anwendung dieser Bestimmung schon deshalb aus, weil die solidarische Haftung des Architekten eine Haftung für eigenes Verhalten und keine «Haftung für Dritte» (so der Titel von Art. 1.7) ist.

3. Innenhaftung (Regress)

A. Grundsätzliches

1. Hat ein Haftpflichtiger einen Baumangel oder Schaden ganz oder teilweise beseitigt und damit die Ansprüche des Bauherrn befriedigt, so stellt sich die **Frage nach dem Regress**. Einschlägig ist Art. 51 Abs. 1 OR, der wiederum auf Art. 50 Abs. 2 OR verweist.²⁶ Danach beurteilt sich nach richterlichem Ermessen, «ob und in welchem Umfange die Beteiligten Rückgriff gegeneinander haben». Nicht weiter hilft in diesem Zusammenhang die in Art. 51 Abs. 2 OR aufgestellte Rangordnung für die Abwicklung des Regresses. Denn die allenfalls konkurrierende Mängelhaftung des Unternehmers und die vertragliche Schadenersatzhaftung des Architekten (Ingenieurs) sind auch in dieser Hinsicht gleichrangig.²⁷

2. Art. 51 OR setzt (ebenso wie Art. 50 Abs. 1 OR) das Bestehen eines Regressrechts als Selbstverständlichkeit voraus. Keine Antwort gibt die Bestimmung jedoch auf die Frage nach der **Grundlage der Regressforderung**. Fordert der Regressgläubiger aus eigenem Recht oder tritt er nach Art. 149 Abs. 1 OR in die Stellung des von ihm befriedigten ursprünglichen Gläubigers, des Bauherrn, ein (Subrogation)? Diese Frage, die bisher von der Lehre eher stiefmütterlich behandelt wurde und einen kleinen *Exkurs* rechtfertigt, ist vor allem für die Verjährung von Bedeutung: Bei Bejahung einer Subrogation würde auch für den Regressberechtigten der Verjährungsfrist des Verhältnisses zwischen dem Bauherrn und dem anderen Verantwortlichen, dem Regressverpflichteten, gelten.²⁸ Anderenfalls müsste hingegen die Verjährungsfrist richterlich (nach Art. 1 ZGB, also modo legislatoris) bestimmt werden.

Nach herrschender Auffassung greife die in Art. 149 Abs. 1 OR vorgesehene Subrogation nur im Falle echter Solidarität Platz; der Regressberechtigte übe bei der unechten Solidarität sein Regressrecht aus eigenem Recht aus.²⁹ Gleichzeitig wird postuliert, dass der Regressverpflichtete nicht benachteiligt werden dürfe³⁰ und ihm gegen den Regressberechtigten sämtliche Einreden erhalten bleiben würden, die er gegen den geschädigten Bauherrn besitze.³¹ Folgt man nun diesem sicher richtigen Postulat, so gleicht die Stellung des Regressberechtigten stark jener des bei einer Subrogation Nachrückenden. Auch dieser übernimmt die Forderung vom ursprünglichen Gläubiger mit jenen Einreden, die dessen Verhältnis zum (Subrogations-)Schuldner belasten. Hinzu kommt ein zweites Element: Bei der unechten Solidarität befreit die Leistung eines Solidarschuldners an den ursprünglichen Gläubiger alle übrigen (im Umfang der Leistung). Diese Befreiungswirkung ist wiederum ein typisches Wesensmerkmal für das Vorliegen einer Subrogation.³² Deshalb ist es sachgerecht, auch bei der unechten Solidarität einen *Forderungserwerb des Regressberechtigten aus Subrogation nach Art. 149 Abs. 1 OR* anzunehmen.³³ Damit übernimmt dieser die Stellung des ursprünglichen Gläubigers, namentlich den für den Bauherrn (im Verhältnis zum Regressverpflichteten) geltenden Verjährungsfrist. Daran ändert entgegen der Ansicht einzelner Autoren auch Art. 148 Abs. 1 OR nichts.³⁴ Denn diese bei der unechten Solidarität anwendbare Bestimmung³⁵ statuiert nur das Prinzip des Ausgleichs unter den Solidarschuldnern als solches und legt dessen Umfang (zumindest dem Grundsatz nach) fest; sie regelt hingegen nicht die Art der Ausgleichsforderung und deren Modalitäten. Dafür dient eben Art. 149 Abs. 1 OR.³⁶ Dem Gesagten zufolge werden bei der unechten Solidarität

ebenso wie bei der echten Art. 147 Abs. 1, 148 Abs. 2 und insbesondere Art. 149 Abs. 1 OR angewendet. Allein schon dies rechtfertigt es, die *Unterscheidung zwischen unechter und echter Solidarität ganz aufzugeben* und alle Fälle der Solidarhaftung auch hinsichtlich der Unterbrechung der Verjährung einer einheitlichen Regel, jener von Art. 136 Abs. 1 OR, zu unterwerfen.³⁷

3. Wie schon gesagt, ergeben sich Bestand und Umfang der Regressforderung aus Art. 148 Abs. 2 OR. Entscheidend ist damit, ob der eine Verantwortliche im Verhältnis zum anderen mehr als «seinen Teil» an die gesamte gemeinsam begründete Schuld geleistet hat. Soweit dies der Fall ist, hat der Regressberechtigte einen **Anspruch auf finanziellen Ausgleich**, eine Forderung auf Geldersatz. Das gilt sogar dann, wenn zwischen Bauherrn und Unternehmer der Vorrang des Nachbesserungsrechts (und damit eine Naturalleistung) vereinbart wurde. Der Unternehmer muss in diesem Zusammenhang somit in Kauf nehmen, dass er um diesen «Vorrang gebracht» wird.³⁸ Denn:

Der vertraglich vorbehaltene Vorrang des Nachbesserungsrechts (z.B. nach SIA-Norm 118, Art. 169) regelt (ohne anderslautende Vereinbarung) nur das Verhältnis der einzelnen Mängelrechte zueinander, die dem Bauherrn gegenüber dem Unternehmer zustehen.³⁹ Nicht gerechtfertigt ist indessen (ohne entsprechende Abrede) eine Ausdehnung dieses Vorbehalts auch auf den anders gelagerten Fall, in dem nicht die einzelnen Mängelrechte miteinander konkurrieren, sondern mehrere Haftun-

²⁶ GAUCH, Werkvertrag, Nr. 2748; KOLLER, Nachbesserungsrecht, Nr. 552.

²⁷ BREHM, Berner Kommentar, N 88 zu Art. 51 OR; BRUNNER, Die Anwendung deliktsrechtlicher Regeln auf die Vertragshaftung (zit. BRUNNER, Anwendung deliktsrechtlicher Regeln), Diss. Freiburg 1991, Nr. 445.

²⁸ BREHM, Berner Kommentar, N 141 zu Art. 51 OR; GAUCH/SCHLUEP, OR Allgemeiner Teil, Nr. 2059.

²⁹ BGE 115 II 47; GAUCH/SCHLUEP, OR Allgemeiner Teil, Nr. 3881.

³⁰ KELLER, Haftpflichtrecht II, S. 184; KOLLER, Nachbesserungsrecht, Nr. 556.

³¹ GAUCH, BR 1990, S. 41; KOLLER, AJP 1996, S. 1248; vgl. auch BGE 115 II 50.

³² GAUCH/SCHLUEP, OR Allgemeiner Teil, Nr. 2057.

³³ So auch JANSSEN, Zusammentreffen von Haftungsgründen, S. 110 f.; KELLER/SCHÖBI, Schuldrecht IV, S. 21; OPTINGER, Haftpflichtrecht I, S. 339 f. und 347. – Anders: BGE 115 II 47; KOLLER, Nachbesserungsrecht, Nr. 554 (beide aber ohne Begründung).

³⁴ So z.B. von THUR/ESCHER, OR Allgemeiner Teil, S. 317, wonach der Solidarschuldner aus dem Subrogationsrecht des Art. 149 Abs. 1 OR «einen mit seinem Regress nach Art. 148 Abs. 1 OR (richtiger wohl Art. 149 Abs. 2 OR) konkurrierenden Anspruch» erwerben würde. – Scheinbar liegt auch GAUCH/SCHLUEP, OR Allgemeiner Teil, Nr. 3871, diese Konzeption zugrunde; nach ihrer Auffassung beginnt daher die Verjährungsfrist für die Rückgriffsforderung in jenem Zeitpunkt zu laufen, da der Regressberechtigte von seiner Regressmöglichkeit Kenntnis erhält; für die Rückgriffsforderung soll alsdann die gleiche Verjährungsfrist gelten wie für die Solidarschuld selbst (sic!).

³⁵ KOLLER, Nachbesserung, Nr. 551; vgl. auch BGE 119 II 131; GAUCH, Werkvertrag, Nr. 2748.

³⁶ KELLER/SCHÖBI, Schuldrecht IV, S. 22.

³⁷ So z.B. auch KELLER/SCHÖBI, Schuldrecht IV, 157; OPTINGER/STARK, Haftpflichtrecht I, § 10 N 14 und 18 (mit vielen Verweisen), und neuestens FISCHER, Die Verjährung von Haftpflichtansprüchen, in: Tagungsunterlagen zur Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung St. Gallen 1997, S. 117 f.

³⁸ GAUCH, Werkvertrag, Nr. 2752.

³⁹ GAUCH, Werkvertrag, Nr. 2501.

gen gegenüber verschiedenen Personen. Dies gilt um so mehr, als nicht leichthin ein Verzicht des Bauherrn auf die Vorteile anzunehmen ist, die sich für ihn aus der solidarischen Haftung ergeben. «Solidarität bedeutet in jeder Form Stärkung der Stellung des Gläubigers..., wobei er in der Auswahl des Prozessgegners freie Hand hat.»⁴⁰

Die Feststellung, dass der vereinbarte Vorrang des Nachbesserungsrechts nicht auf den Fall der Mehrpersonenhaftung übergreift, ist noch in zweiter Hinsicht von Bedeutung: Wird der Architekt (Ingenieur) zur Schadenersatzzahlung im Umfang der Drittkosten der Mängelbeseitigung verpflichtet⁴¹ und will er alsdann auf den Unternehmer regressieren, so kann ihm dieser nicht entgegenhalten, er hätte die Mängelbeseitigung billiger ausführen können. Vielmehr bemisst sich die Regressforderung – mangels eines Anspruchs des Unternehmers auf Durchführung der Nachbesserung – nach dem vom Architekten (Ingenieur) effektiv bezahlten Ersatz. Umgekehrt gilt ja schliesslich auch, dass sich der Regressanspruch des Unternehmers, der einen Mangel auf eigene Kosten beseitigt hat, an den Kosten orientiert, die ein Dritter bei pflichtgemäsem Ermessen für diese Arbeit hätte aufwenden müssen.⁴² Wer – wie Alfred KOLLER – eine andere Ansicht vertritt⁴³, nimmt nicht bloss inakzeptable Unbilligkeiten in Kauf, sondern müsste einen Regress des Architekten (Ingenieurs) hinsichtlich der von ihm ersetzten Kosten einer Mängelbeseitigung wegen Missachtung des Vorrangs des Nachbesserungsrechts des Unternehmers gerade ganz ablehnen.⁴⁴

B. Die Festlegung der einzelnen Haftungsanteile

1. Wer im Innenverhältnis zwischen den einzelnen Verantwortlichen wieviel an die Beseitigung eines Baumangels oder Schadens zu bezahlen hat, beurteilt sich – wie schon gesagt – nach richterlichem Ermessen (Art. 51 Abs. 1 OR in Verbindung mit Art. 50 Abs. 2 OR), somit «nach Recht und Billigkeit» (Art. 4 ZGB).⁴⁵ Bei seinem **Ermessensentscheid** hat der Richter auf die konkreten Verhältnisse des Einzelfalles abzustellen, indem er die verschiedenen Ursachen des Baumangels oder Schadens, namentlich die Fehler der Verantwortlichen, «gegeneinander abwägt und gewichtet».⁴⁶ Eine Schranke ist dem richterlichen Ermessen aber darin gesetzt, dass ein Beteiligter nur soweit Regress nehmen kann, als er tatsächlich «mehr als seinen Teil» an die Solidarschuld geleistet hat (Art. 148 Abs. 2 OR). Zudem besteht das Regressrecht – eigentlich selbstverständlich, aber trotzdem immer wieder (z.B. auch in BGE 119 II 127 ff.⁴⁷) verkannt – nur bei gemeinsamer Haftung. Das wiederum setzt – wie bei der Aussenhaftung schon einlässlich dargelegt wurde – zumindest (aber nicht bloss) die gemeinsame Verursachung des gleichen Baumangels oder Schadens voraus.

2. Angesichts der Vielzahl der möglichen Ursachen von Baumängeln und sonstigen Schäden im Zusammenhang mit dem Bauen lassen sich die einzelnen Haftungsanteile zwar nicht schematisch festlegen. Doch mag als «Orientierungshilfe» für die **Haftungsverteilung** dienen, dass der Architekt (Ingenieur) oder Unternehmer, der einen Baumangel oder Schaden durch fehlerhafte Planung oder Ausführung (ursprünglich) verursacht hat, stärker in die Verantwortung zu nehmen ist als derjenige, der den Mangel oder Schaden (nachher) bei gehöriger Aufsicht hätte vermeiden helfen können, sei dies durch Beachtung der gebotenen Prüfungs- und Informationspflichten (Unternehmer) oder durch hinreichende Beaufsichtigung während der Ausführung (Architekt/Ingenieur).⁴⁸

Die deutsche Praxis geht bei einer Kombination eines Planungsfehlers des Architekten (Ingenieurs) und einer Verletzung der Prüfungspflicht des Unternehmers in der Regel von einer Haftungsquote von 70% zulasten des Architekten (Ingenieurs) und 30% zulasten des Unternehmers aus.⁴⁹ Dies kann durchaus als Faustregel für gleichartige schweizerische Fälle übernommen werden. Eine Haftungsaufteilung von 70%:30% erscheint mir aber auch angezeigt, soweit bei einem Baumangel die Haftung des Unternehmers wegen nicht fachmännischer Ausführung mit jener des Bauleiters aus unsorgfältiger Beaufsichtigung der Arbeiten kollidiert. Das gleiche gilt für das Zusammentreffen von Planerhaftungen, wobei der Fehler des einen Planers «nur» in der fehlenden Kontrolle der Angaben des anderen (z.B. des Spezialisten) liegt (soweit eine solche Kontrolle überhaupt geboten war). Immerhin erscheint mir eine Abweichung von diesem Verteilschlüssel – und zwar in die Nähe einer «Fifty-Fifty-Haftung» – angezeigt, falls vom Architekten (Ingenieur) bei der Überwachung der Bauausführung erhöhte Aufmerksamkeit verlangt war, weil eine komplizierte technische Konstruktion (z.B. wegen einer speziellen gestalterischen Idee des Architekten) auszuführen war, es sich um einen besonders schadenanfälligen Bauteil handelte⁵⁰ oder sich Anhaltspunkte für Mängel ergaben.⁵¹

In der Praxis kommt es recht häufig vor, dass ein Baumangel oder Schaden durch *Verletzung der Abmahnungspflicht des Unternehmers* mitverursacht wird.⁵² Alsdann ist zu differenzieren:

- Soweit die Abmahnung überhaupt unterblieb, weil der Unternehmer den Planungsfehler schlicht nicht erkannte, so dürfte sich sein Haftungsanteil – wie schon oben dargelegt – in der Grössenordnung von 30% bewegen. Gemindert wird die Haftung des Unternehmers allenfalls dann, wenn er beim Architekten (Ingenieur) zwar Bedenken gegen die in den Plänen vorgesehene Konstruktion vorbrachte, diese es jedoch an der erforderlichen Klarheit fehlen liessen.⁵³ Diesfalls gereicht es dem Architekten (Ingenieur) zur «zusätzlichen» Verantwortlichkeit, dass er nicht für eine Klärung der Situation sorgte.
- Vielfach liegt die Verletzung der Abmahnungspflicht darin, dass der Unternehmer nicht den Bauherrn, sondern nur den Architekten (Ingenieur) oder dessen Angestellten auf den Planmangel hinweist, obschon sich dieser den Bedenken des Unternehmers verschliesst.⁵⁴ In diesem Fall könnte es bei Ab-

⁴⁰ BGE 93 II 322.

⁴¹ Vgl. SCHUMACHER, Architektenrecht, Nr. 541.

⁴² Vgl. GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1809.

⁴³ KOLLER, Nachbesserungsrecht, Nr. 568.

⁴⁴ Vgl. dazu GAUCH, Werkvertrag, Nr. 2502.

⁴⁵ BGE 93 II 353; GAUCH, Werkvertrag, Nr. 2748.

⁴⁶ GAUCH, Werkvertrag, Nr. 2749.

⁴⁷ Vgl. dazu GAUCH, BR 1994, S. 45, und NIGG, SVZ 1996, S. 64.

⁴⁸ GAUCH, Werkvertrag, Nr. 2749; WERNER/PASTOR, Bauprozess, Nr. 1993.

⁴⁹ SOERGEL, Die quotenmässige Mangelverantwortlichkeit der Bauvertragsparteien. in: Festschrift Heiermann, Wiesbaden und Berlin 1995, S. 314.

⁵⁰ BauR 1991, S. 355.

⁵¹ GAUCH, Werkvertrag, Nr. 2749.

⁵² Zur Abmahnungspflicht im allgemeinen: GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1937 ff.

⁵³ Die Abmahnung muss «bestimmt, klar und deutlich» sein (BGE 95 II 50).

⁵⁴ GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1942 und 1944.

wägung des gegenseitigen Verschuldens von Architekt (Ingenieur) und Unternehmer gerechtfertigt sein, den Architekten (Ingenieur) im internen Verhältnis die volle Haftung tragen zu lassen. Hervorzuheben bleibt die Besonderheit, dass bei dieser Konstellation trotzdem eine externe Verantwortlichkeit des Unternehmers gegenüber dem Bauherrn besteht (allerdings nur in beschränktem Umfang⁵⁵). Der adäquate Kausalzusammenhang zwischen dem Verhalten des Unternehmers (Missachtung der gebotenen Direktinformation des Bauherrn) und dem Baumangel oder Schaden ist hier eben noch nicht unterbrochen.

- Anders verhält es sich, wenn der Unternehmer einen Planungsfehler des Architekten (Ingenieurs) zwar klar erkennt, ihn aber trotzdem nicht anzeigt (um etwa dem Architekten/Ingenieur «eins auszuwischen»). Eine derart schwere Verfehlung des Unternehmers kann sogar den rechtserheblichen Kausalzusammenhang zwischen dem Planungsfehler und dem Baumangel unterbrechen⁵⁶, was zur Folge hat, dass der Unternehmer allein für den verursachten Mangel einzustehen hat und eine solidarische Haftung mit dem Architekten (Ingenieur) nicht mehr besteht.⁵⁷

4. Sonderproblem: Die Auswirkungen der fehlenden Regressmöglichkeit auf die Aussenhaftung

Ich bin in den bisherigen Ausführungen immer davon ausgegangen, dass der vom Bauherrn (primär) in Anspruch genommene Architekt (Ingenieur) oder Unternehmer ein Regressrecht gegenüber dem Mitverursacher des Baumangels oder Schadens hat. Nun ist es aber auch möglich, dass (z.B. wegen Wegbedingung der Gewährleistung oder Verjährungseintritt) keine Haftung des Mitverursachers gegenüber dem Bauherrn besteht, weshalb auch der vom Bauherrn belangte Architekt (Ingenieur) oder Unternehmer nicht auf ihn (den Mitverursacher) regressieren kann.⁵⁸ Durch die «Hintertür» des Regresses soll ja keine Haftung eines Nichtersatzpflichtigen eingeführt werden. Als dann ist dieser Architekt (Ingenieur) oder Unternehmer trotz der Verursachung des Mangels oder Schadens durch Mehrere «Alleinhalter», und es stellt sich die Frage, ob und inwieweit sich die fehlende Regressmöglichkeit auf seine Aussenhaftung auswirkt. Die Antwort darauf gibt meines Erachtens Art. 149 Abs. 2 OR. Nach dieser Bestimmung ist der «Gläubiger dafür verantwortlich, dass er die rechtliche Lage des einen Solidarschuldners nicht zum Schaden der übrigen besserstelle».⁵⁹ Im Grunde genommen ist diese Bestimmung nichts anderes als (geschriebener) Ausdruck des im Vertragsrecht ganz allgemein geltenden Schutzprinzips «neminem laedere» (niemanden schädigen)⁶⁰, das nicht nur den Architekten (Ingenieur) oder Unternehmer, sondern auch den Bauherrn trifft.⁶¹ Bei einer Verletzung dieses in Art. 149 Abs. 2 OR formulierten Schutzprinzips entsteht – wie bei jeder anderen Vertragsverletzung auch – ein Schadenersatzanspruch des Architekten (Ingenieurs) oder Unternehmers gegen den Bauherrn, und zwar insoweit, als ihm dieser sein Regressrecht verkürzt hat.⁶² Der belangte Architekt (Ingenieur) oder Unternehmer kann alsdann diesen Schadenersatzanspruch mit den Forderungen des Bauherrn (z.B. auf Ersatz der Kosten einer Mängelbehebung) verrechnen.⁶³ Soweit gar ein Regress durch das Verhalten des Bauherrn völlig verunmöglicht wurde, bestehen dessen Ansprüche im Ergebnis nur noch in jenem Umfang, in welchem der von ihm belangte Ar-

chitekt (Ingenieur) oder Unternehmer auch im Innenverhältnis (im Verhältnis zum anderen Beteiligten) haften würde.⁶⁴

Immer aber ist für eine solche Kürzung (wie bei anderen vertraglichen Haftungstatbeständen auch) vorauszusetzen, dass sich der Bauherr mit Bezug auf die Schmälerung des Regresses ein Verschulden nach Art. 97 OR oder eine Verantwortlichkeit aus Hilfspersonenhaftung nach Art. 101 OR entgegenhalten lassen muss⁶⁵:

- *Schuldhaft handelt der Bauherr etwa, wenn er seine Ansprüche gegenüber einem Beteiligten verjähren lässt⁶⁶ oder sie ihm teilweise, allenfalls sogar ganz erlässt, obschon er weiss oder bei gehöriger Aufmerksamkeit wissen müsste, dass die unterlassene Rechtswahrung die Regressrechte anderer Beteiligter beeinträchtigen könnte. Das setzt wiederum voraus, dass der Bauherr die Möglichkeit einer Mehrpersonenhaftung erkennt oder erkennen muss. Solange dies nicht der Fall ist, kann dem Bauherrn auch kein Vorwurf gemacht werden, wenn er keine rechtswahrenden Massnahmen (z.B. zur Verhinderung des Verjährungseintritts) ergreift.*

- Möglich ist auch, dass der Architekt (Ingenieur) oder Unternehmer sein Regressrecht überhaupt nicht oder nicht in vollem Umfang ausüben kann, weil die Haftung des anderen Verantwortlichen von allem Anfang an durch Vereinbarung mit dem Bauherrn vertraglich eingeschränkt wurde (und die Freizeichnung im konkreten Fall gültig ist). Dies hat der belangte Architekt (Ingenieur) oder Unternehmer hinzunehmen, und er haftet dem Bauherrn gegenüber voll. Denn der Bauherr kann sich in guten Treuen darauf verlassen, dass die am Bau-

⁵⁵ Weil der Planungsfehler des Architekten (Ingenieurs) dem Bauherrn nach Art. 101 OR als Selbstverschulden anzurechnen ist.

⁵⁶ Vgl. dazu OFTINGER/STARK, Haftpflichtrecht I, § 3 N 152.

⁵⁷ Anders: GAUCH, Werkvertrag, Nr. 2749, wonach der Unternehmer nur im Innenverhältnis die volle Haftung trage.

⁵⁸ GAUCH, BR 1990, S. 41; KELLER, Haftpflichtrecht II, S. 184; KOLLER, Nachbesserungsrecht, Nr. 556 und 566.

⁵⁹ KOLLER, Nachbesserungsrecht, Nr. 557; in diesem Sinne schon OFTINGER, Haftpflichtrecht I, S. 347, Anm. 71, der zu Recht auf die Kongruenz von Art. 149 Abs. 2 OR mit Art. 72 Abs. 2 VVG («Der Anspruchsberechtigte ist für jede Handlung, durch die er dieses Recht» – das Regressrecht des Versicherers – «verkürzt, verantwortlich») hinweist. Diese Kongruenz besteht um so mehr, als sowohl das Rückgriffsrecht des vom Bauherrn in Anspruch genommenen Architekten (Ingenieur) oder Unternehmers als auch jenes des Versicherers ihren Rechtsgrund in einer Subrogation (nach Art. 149 Abs. 1 OR resp. Art. 72 Abs. 1 VVG) haben.

⁶⁰ GAUCH/SCHLUEP, OR Allgemeiner Teil, Nr. 2608.

⁶¹ GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1320 ff.

⁶² KOLLER, Nachbesserungsrecht, Nr. 557; OFTINGER, Haftpflichtrecht I, S. 347.

⁶³ Sofern der Anspruch des Bauherrn gegen einen Unternehmer in einem Nachbesserungsrecht besteht, ist eine Verrechnung zwar nicht möglich, da keine «gleichartigen» Leistungen vorliegen (vgl. Art. 120 Abs. 1 OR). Doch kann der Unternehmer eine Beteiligung des Bauherrn an den Kosten der Nachbesserung verlangen (vgl. GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1738).

⁶⁴ BRUNNER, Anwendung deliktsrechtlicher Regeln, Nr. 347; GAUCH, Werkvertrag, Nr. 2754; KOLLER, Nachbesserungsrecht, Nr. 557; WERNER/PASTOR, Bauprozess, Nr. 2011.

⁶⁵ Vgl. die hier wiederum sinngemäss geltenden Ausführungen von OFTINGER, Haftpflichtrecht I, S. 386, zu Art. 72 Abs. 2 VVG.

⁶⁶ Anders KOLLER, Nachbesserungsrecht, Nr. 558, wonach gerade in diesem Fall Art. 149 Abs. 2 OR keine Anwendung finden soll, was mir nicht einleuchtend erscheint.

werk Beteiligten ihre Arbeiten fachgerecht und mängelfrei verrichten und sich kein Solidarhaftungsfall verwirklicht. Die Vereinbarung einer solchen Haftungsbeschränkung mit einem Beteiligten allein begründet somit keine Verantwortlichkeit des Bauherrn mit Bezug auf die Regressverkürzung des andern.

Diese differenzierte Lösung ist meines Erachtens der Ansicht von GAUCH und BRUNNER vorzuziehen, die in sinngemässer Anwendung von Art. 147 Abs. 2 OR die Forderung des Bauherrn bei fehlender (rechtlicher⁶⁷) Regressmöglichkeit immer kürzen wollen (auf den Betrag, den der Belange im Innenverhältnis zu tragen hätte).⁶⁸ Zunächst erscheint schon fraglich, ob sich Art. 147 Abs. 2 OR überhaupt in diesem Zusammenhang analog anwenden lässt. Vor allem ist für mich eine analoge Anwendung der Bestimmung hier nicht statthaft, weil das Gesetz in Art. 149 Abs. 2 OR für den betreffenden Punkt eine Regelung vorsieht.⁶⁹ Zudem ist nicht einzusehen, wieso der Bauherr auch beim Feh-

len eines (eigenen) Verschuldens das Risiko der fehlenden Regressmöglichkeit des für einen Baumangel oder Schaden verantwortlichen Architekten (Ingenieurs) oder Unternehmers auf sich nehmen muss, womit der fehlbare Architekt (Ingenieur) oder Unternehmer gar mehr Schutz genießt als der geschädigte Bauherr. Im Zweifelsfall verdient der Geschädigte doch viel eher Schutz als der Schädiger!

⁶⁷ Ich nehme an, dass auch diese Autoren das Risiko der fehlenden tatsächlichen Regressmöglichkeit (z.B. bei einem Konkurs eines Mitverantwortlichen) nicht dem Bauherrn, sondern dem haftbaren Architekten (Ingenieur) oder Unternehmer überbinden wollen.

⁶⁸ BRUNNER, Anwendung deliktsrechtlicher Regeln, Nr. 348; GAUCH, Werkvertrag, Nr. 2755.

⁶⁹ TUOR/SCHNYDER/SCHMID, ZGB, S. 19.