

**BAURECHTSTAGUNG 1989/TAGUNGSUNTERLAGE I**

**Deliktshaftung der Baubeteiligten**

Prof. Dr. iur. Peter Gauch, Universität Freiburg

SEMINAR FÜR SCHWEIZERISCHES BAURECHT

BAURECHTSTAGUNG 1989/TAGUNGSUNTERLAGE I

# Deliktshaftung der Baubeteiligten

Prof. Dr. iur. Peter Gauch, Universität Freiburg

## Inhalt:

- I. Das Thema
- II. Probleme und neuere Tendenzen der Deliktshaftung (Allgemeiner Teil)
- III. Typische Haftungsfälle und Haftung mehrerer (Besonderer Teil)

## DELIKTSCHAFTUNG DER BAUBETEILIGTEN

### Inhalt

#### I. Das Thema (Einleitung)

#### II. Probleme und neuere Tendenzen der Deliktshaftung (Allgemeiner Teil)

1. Das vorausgesetzte Verschulden
2. Die Diskriminierung des reinen Vermögensschadens
3. Die Verzettelung des Deliktsrechts
4. Die Flucht aus dem Deliktsrecht
5. Die Wegbedingung der Haftung

#### III. Typische Haftungsfälle und Haftung mehrerer (Besonderer Teil)

1. Die Haftung des Bauherren
2. Die Haftung des Bauunternehmers
3. Die Haftung des Architekten/Ingenieurs
4. Die Haftung des Materiallieferanten
5. Die Haftung mehrerer

### Literatur:

*Brehm Roland*, Berner Kommentar zu Art. 41 - 48 OR. *Deschenaux Henri/Tercier Pierre*, La Responsabilité civile, deuxième édition, Bern 1982. *Gauch Peter*, Der Werkvertrag, 3. Auflage, Zürich 1985. *Gauch/Aeppli/Casanova*, OR Allgemeiner Teil, Rechtsprechung des Bundesgerichts, 2. Auflage, Zürich 1989. *Gauch Peter/Schluep Walter*, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2 Bände, 4. Auflage, Zürich 1987. *Gauch Peter/Sweet Justin*, Deliktshaftung für reinen Vermögensschaden, in Festschrift für *Max Keller*, Zürich, 1989. *Guhl/Merz/Kummer*, Das Schweizerische Obligationenrecht, 7. Auflage, Zürich 1980. *Jäggi Peter/Gauch Peter*, Zürcher Kommentar zu Art. 18 OR. *Keller Alfred*, Haftpflicht im Privatrecht, 3. Auflage Bern 1978. *Keller Alfred*, Haftpflicht im Privatrecht, Band II, Bern 1987 (zitiert: *Keller II*). *Keller Max/Gabi Sonja*, Das Schweizerische Schuldrecht, Band II, Haftpflichtrecht, 2. Auflage, Basel und Frankfurt am Main 1988. *Oftinger Karl*, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 1. Band, Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Zürich 1975. *Oftinger Karl/Stark Emil*, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Besonderer Teil, Band II/1, 4. Auflage, Zürich 1987. *Oftinger Karl*, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Besonderer Teil, Band II/2, 3. Auflage, Zürich 1972 (zitiert: *Oftinger II/2*). *Stark Emil*, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, Skriptum, 2. Auflage, Zürich 1988. *Tuor Peter/Schnyder Bernhard*, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 10. Auflage, Zürich 1986.

**Abkürzungen:** siehe das allgemeine Abkürzungsverzeichnis

1. An den bisherigen Baurechtstagungen stand, wenn es um Haftungsfragen ging, die Vertragshaftung im Vordergrund. Von der Deliktshaftung war (ab und zu) zwar auch die Rede; aber nie wurde das für heute Morgen ausgewählte Thema zusammenhängend behandelt. Dieses Thema betrifft die Baubeteiligten und befasst sich mit deren Haftung aus Delikt, wie sie in Art. 41 ff. OR<sup>1</sup> und anderen Gesetzesbestimmungen geregelt ist.

- a. **Die Baubeteiligten.** Zu ihnen gehören alle, die an der Vorbereitung, Planung und Ausführung eines Bauwerkes beteiligt sind. Das ist ein sehr grosser Kreis von Personen und Personenverbindungen, weshalb sich für die folgenden Ausführungen eine gewisse Einschränkung aufdrängt. *Berücksichtigt werden namentlich:* Der Bauherr, der Architekt/Ingenieur, die Bauunternehmer<sup>2</sup> und die Materiallieferanten.
- b. **Die Deliktshaftung.** Sie umfasst alle Haftungsfälle, in denen der Haftungsgrund nicht in einer Vertrags- oder Forderungsverletzung<sup>3</sup> besteht. Haftung bedeutet dabei *Einstehenmüssen* für den materiellen (Art. 42 OR) oder immateriellen Schaden<sup>4</sup> (Art. 47/49 OR), den ein anderer erlitten hat. Zur Sprache kommt die Deliktshaftung der Baubeteiligten unter sich und gegenüber Dritten.

2. Nicht besprochen wird dem Gesagten zufolge die **Deliktshaftung Dritter gegenüber den Baubeteiligten** (etwa die Haftung aus unbegründeter Baueinsprache<sup>5</sup>). Trotzdem bleibt das gewählte Thema "unerschöpflich", was zu einer **Beschränkung auf die wichtigsten Fragen** zwingt. In einem ersten ("allgemeinen") Teil werden "Probleme und neuere Tendenzen der Deliktshaftung" (also eher "grundsätzliche" Dinge) behandelt; in einem zweiten Teil kommen einzelne (typische) Haftungsfälle zur Sprache.

---

1 Die Art. 41 ff. OR handeln von der "Entstehung (der Obligationen) durch unerlaubte Handlungen".

2 Die Bauunternehmer kommen in verschiedenen Erscheinungsformen vor. Sie können sein: a) *Teilunternehmer, General- und Totalunternehmer* (Gauch, Der Werkvertrag, Nr. 178 ff.). b) *Hauptunternehmer und Subunternehmer* (Gauch, Der Werkvertrag, Nr. 121 ff.).

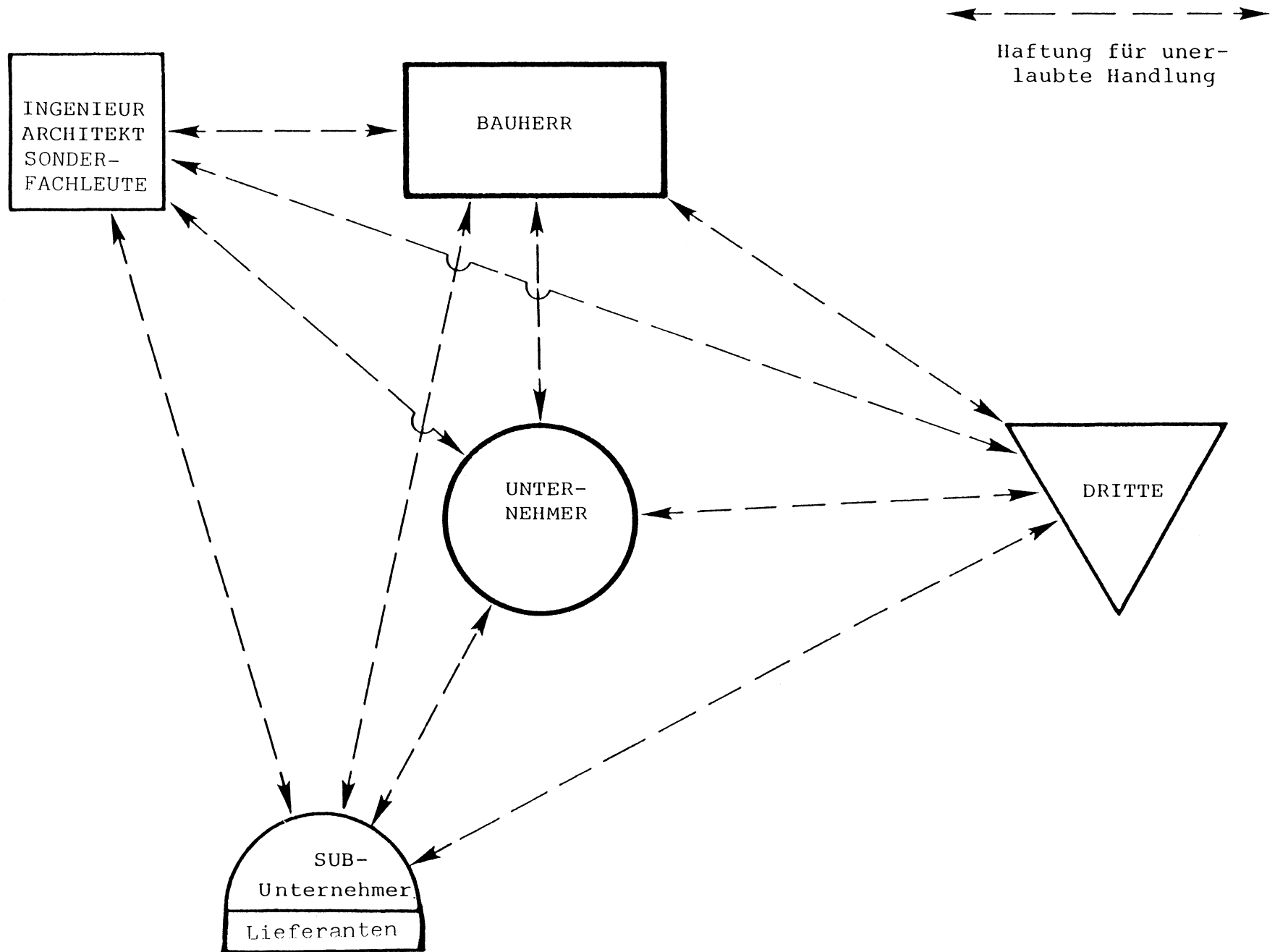
Von verschiedenen Teilunternehmern, ist nach der Ausdrucksweise der SIA-Norm 118 (Art. 30 Abs. 1) jeder Unternehmer ein *Nebenunternehmer* des andern. Mehrere Unternehmer können sich auch zu einer *Arbeitsgemeinschaft* (Konsortium) zusammenschliessen, um bestimmte Arbeiten gemeinsam (in Form einer einfachen Gesellschaft, Art. 530 OR) zu übernehmen (vgl. darüber das Referat Egli, Probleme von und mit Baukonsortien).

3 Die Vertrags- und Forderungsverletzungen werden in den Art. 97 ff. OR und in einschlägigen Bestimmungen des besondern Vertragsrechts (Art. 184 ff. OR) geregelt.

4 Immaterieller Schaden besthet in "Seelische Unbill". Er kann Genugtuungsansprüche auslösen, worauf in diesem Vortrag aber nicht eingetreten wird.

5 Vgl. darüber den Aufsatz von Casanova in BR 1986, S. 75 ff. und die kommentierten Entscheide in BR 1988, S. 44, Nr. 56 und BR 1986, S. 66 f., Nr. 92.

# SCHEMA : AUSSERVERTRAGLICHE HAFTUNG



## II. PROBLEME UND NEUERE TENDENZEN DER DELIKTSHAFTUNG (ALLGEMEINER TEIL)

Wer sich heutzutage mit der Deliktshaftung befasst, der stösst auf ein "Konglomerat" überkommener Probleme und neuerer Tendenzen. Von beidem soll nachfolgend die Rede sein.

### 1. Das vorausgesetzte Verschulden

1. Die Deliktshaftung ist grundsätzlich ("von Hause aus") eine Verschuldenshaftung (Art. 41 OR)<sup>6</sup>. Doch ist folgendes zu beachten:

a. Durch die Verobjektivierung des Fahrlässigkeitsbegriffs<sup>7</sup> wurde das vorausgesetzte Verschulden<sup>8</sup> im Laufe der Zeit "entpersönlicht". Für die Annahme eines fahrlässigen (und deshalb schuldhaften) Verhaltens kommt es jetzt nur noch darauf an, dass der Schädiger<sup>9</sup> (bei gegebener Urteilsfähigkeit<sup>10</sup>) die objektiv gebotene Sorgfalt ausser acht gelassen hat<sup>11</sup>. Das bedeutet zum Beispiel:

- Architekten (Ingenieure) und Bauunternehmer müssen zumindest diejenige *Sorgfalt* aufwenden, die von einem solchen *Baubeteiligten* (unter den gegebenen Umständen) *erwartet werden kann*. Lässt einer diese Sorgfalt ausser acht, so handelt er fahrlässig, auch wenn seine subjektiven Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrungen nicht ausreichen, um die ihm zur Last gelegte Unsorgfalt zu vermeiden.
- Die rechtlich erwartete Sorgfalt wird im Bauwesen häufig mitbestimmt durch die *Regeln der (Bau-) Technik*, die zur gegebenen Zeit (allgemein) anerkannt sind<sup>12</sup>. Solche Regeln können "geschrieben" oder "ungeschrieben", in öffentlichen Erlassen (z.B. als Unfallverhütungsvorschriften<sup>13</sup>), in Merkblättern und Richtlinien der

6 Die Verschuldenshaftung (Grundsatz) setzt voraus, dass der Schädiger urteilsfähig ist (Art. 16/18 ZGB) und den Schaden "mit Absicht" oder "aus Fahrlässigkeit" verursacht (Art. 41 OR).

Ein "leichtes" Verschulden genügt; vorbehalten bleibt allerdings *Art. 44 UVG*, insbesondere *das Haftungsprivileg des Art. 44 Abs. 2 UVG* (betreffend die Berufsunfälle von Arbeitnehmern: Haftung des Arbeitgebers oder Nebendarbeiters nur bei grobem Verschulden, soweit es um Schadensposten geht, denen gleichartige Leistungen des UVG-Versicherers gegenüberstehen). Zu Art. 44 Abs. 2 UVG (zu seiner Anwendung auf Arbeitsgemeinschaften usw.) vgl. im einzelnen *Geisseler*, BR 1986, S. 55 ff.

7 *Guhl/Merz/Kummer*, S. 174 f.; *Keller/Gabi*, S. 58 f.

8 Ueber das deliktsrechtliche Verschulden siehe jetzt die instruktive Dissertation von *Franz Werro*, *La capacité de discernement et la faute dans le droit suisse de la responsabilité*, Diss., Freiburg 1986.

9 Oder (bei juristischen Personen) ein Organ des Schädigers (Art. 55 ZGB). Organe "verpflichten die juristische Person sowohl durch den Abschluss von Rechtsgeschäften als auch *durch ihr sonstiges Verhalten*" (Art. 55 Abs. 2 ZGB).

10 Art. 16/18 ZGB.

11 Vgl. *Oftinger/Stark*, S. 127 f.; *Werro*, Nr. 383 ff. und Nr. 661 ff., *Deschenaux/Tercier*, S. 97, etc.

12 Zu den allgemein anerkannten Regeln der (Bau-) Technik vgl. *Gauch*, *Der Werkvertrag*, Nr. 591 ff., mit weiteren Verweisen; *Geisseler*, BR 1986, S. 28 f.

13 "Solche Vorschriften reglementieren einzelne Arbeitsabläufe (z.B. das Vorgehen beim Graben- und Schachtbau), umschreiben die sicherheitstechnischen Anforderungen an

SUVA<sup>14</sup>, Regelwerken privater Organisationen (z.B. technischen Normen des SIA<sup>15</sup>) oder sonstwo enthalten sein. Bei jeder "geschriebenen" Regel ist aber damit zu rechnen, dass sie (in Wirklichkeit) keine anerkannte Regel (mehr) darstellt.

Bedeutsam ist sodann auch *der allgemeine Gefahrensatz*, wonach (grundsätzlich) unsorgfältig handelt, wer für andere (z.B. durch Verwendung mangelhafter Bauinstallationen) eine Gefahr schafft, ohne die (nach dem Stand der Technik erforderlichen<sup>16</sup>) Schutzmassnahmen vorzusehen<sup>17</sup>. Fälle derartiger Unsorgfalt (Verletzung einer "Verkehrssicherungspflicht") sind gerade unter den Baubeteiligten häufig<sup>18</sup>. Doch ist zu beachten:

Nicht jede (noch so minime) Gefährdung ruft nach besondern Schutzvorkehrungen, da sonst das Bauen schlechterdings verunmöglicht würde<sup>19</sup>. Umgekehrt befreit die Berufung auf ein branchenübliches Vorgehen nicht von der Haftung, wenn das Uebliche gefährlich ist<sup>20</sup>.

- b. Im Laufe der Rechtsentwicklung wurde das Prinzip der Verschuldenshaftung immer mehr durchbrochen; die **Ausnahmefälle** (verschuldensunabhängige "**Kausalhaftung**"<sup>21</sup>) sind häufiger (und wichtiger) geworden. Sie finden sich zum grossen Teil in Spezialgesetzen geregelt.

Aber schon das *OR und ZGB* enthalten Kausalhaftungen, die für die Baubeteiligten von zentraler Bedeutung sind. Den Bauherrn kann zum Beispiel eine Werkeigentümer- (Art. 58 OR) oder Grundeigentümerhaftung (Art. 679 ZGB) treffen; und die übrigen Baubeteiligten, sind (soweit sie mit subordinierten Hilfspersonen arbeiten) der Geschäftsherrenhaftung des Art. 55 OR<sup>22</sup> unterworfen.

---

Materialien, Geräten und Installationen (z.B. an Gerüsten) und geben Anweisungen für sicherheitsgerechtes Verhalten (z.B. bei Arbeiten auf Dächern)" (*Geisseler*, BR 1986, S. 28, mit Hinweisen auf einschlägige Verordnungen des Bundes).

14 Vgl. *Geisseler*, BR 1986, S. 29, mit weiteren Verweisen.

15 Vgl. PKG 1974, Nr. 30.

16 BGE 79 II 69; über die Zumutbarkeit der Schutzmassnahmen von der Kostenseite her: BGE 93 II 236.

17 Einzelheiten bei *Brehm*, N 51 zu Art. 41 OR; *Geisseler*, BR 1986, S. 28; *Oftinger/Stark*, S. 11 ff.; *Gauch/Aeppli/Casanova*, Rechtsprechung zu Art. 41 OR; *Widmer*, Gefahren des Gefahrensatzes, ZBJV 106, 1970, S. 289 ff., *Deschenaux/Tercier*, S. 169 ff.

18 Eine Auswahl: Unternehmer unterlässt es, vor einem offenen Kellerhals eines unvollendeten Gebäudes eine Schutzvorrichtung anzubringen (BGE 95 II 96). Bauleiter lässt, ohne geeignete Schutzmassnahmen zu treffen, Aushubmaterial in einer Bachrinne ablagern, wodurch das fliessende Wasser gestaut, ein bisheriger Teich vergrössert und vertieft wird (BGE 93 II 92).

19 "Minime Gefährdungen (z.B. Bodenunebenheiten), mit denen auf Baustellen jedermann rechnet, die bei durchschnittlich vorsichtigem Verhalten erkennbar sind und die normalerweise zu keinen Schädigungen Anlass geben, erfordern keine besondern Vorkehrungen" (*Geisseler*, BR 1986, S. 28).

20 *Geisseler*, BR 1986, S. 28; SJ 1964, S. 374 f.

21 *Guhl/Merz/Kummer*, S. 179 ff.

22 Art. 55 Abs. 1 OR lautet: "Der Geschäftsherr haftet für den Schaden, den seine Arbeitnehmer oder andere Hilfspersonen in Ausübung ihrer dienstlichen oder geschäftlichen Verrichtungen verursacht haben, wenn er nicht nachweist, dass er alle nach den

- c. Die **Geschäftsherrenhaftung** des Art. 55 OR<sup>23</sup> spielt in der Baupraxis eine grosse Rolle, da viele Leistungsträger des Bauwesens Hilfspersonen einsetzen. Zwei Gesichtspunkte verdienen es, besonders hervorgehoben zu werden:
- Die Haftung nach Art. 55 OR setzt (unter anderem) voraus, dass die (schädigende) Hilfsperson dem Geschäftsherrn (der für den Schaden haften soll) subordiniert ist. Eine solche *Subordination*<sup>24</sup> besteht insbesondere zwischen dem Arbeitnehmer und seinem Arbeitgeber<sup>25</sup>.  
Nicht subordiniert sind dagegen: das eine Mitglied einer Arbeitsgemeinschaft dem andern; der Unternehmer dem bauleitenden Architekten (Ingenieur); der Architekt, der Ingenieur oder der Unternehmer dem Bauherrn<sup>26</sup>; der Materiallieferant dem Unternehmer; der Subunternehmer dem Unternehmer<sup>27</sup>.
  - Art. 55 OR gibt dem Geschäftsherrn zwar die *Möglichkeit eines Befreiungsbeweises*<sup>28</sup>, für den jedoch hohe Anforderungen gelten<sup>29</sup>, weshalb es sich um eine recht strenge Haftung handelt.  
Vom Bundesgericht wurde die Geschäftsherrenhaftung (über Sinn und Zweck des Art. 55 OR hinaus) sogar noch erheblich verschärft. Im berühmten "*Schachtrahmenfall*"<sup>30</sup> (= Beilage 1) hat das Gericht die Schadenersatzpflicht der Herstellerfirma deshalb bejaht, weil die Firma es unterlassen hatte, "entweder durch eine Nachkontrolle allfällige Fehler bei der Produktion aufzuspüren...oder eine sicherere Konstruktion zu wählen" (BGE 110 II 465).

---

Umständen gebotene Sorgfalt angewendet hat, um einen Schaden dieser Art zu verhüten, oder dass der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt eingetreten wäre".

- 23 Uebersicht über die Rechtsprechung des Bundesgerichts: *Gauch/Aepli/Casanova*, OR Allgemeiner Teil (Rechtsprechung zu Art. 55 OR) = Beilage 2.
- 24 Vgl. darüber *Oftinger/Stark*, S. 271 f.; *Deschenaux/Tercier*, S. 101 f., *Guhl/Merz/Kummer*, S. 169 f., *Keller/Gabi*, S. 181.
- 25 Werden allerdings "gemietete" Arbeitskräfte ("Adia Interim" etc.) eingesetzt, ist in der Regel Geschäftsherr, wer sie (als "Mieter") zum Einsatz bringt (vgl. *Geisseler*, BR 1986, S. 31, mit Verweisen und Differenzierungen).
- 26 Für den Unternehmer: BGE 99 II 134; 96 II 347.
- 27 Etwas anderes könnte allerdings gelten, wenn der Subunternehmer seine Leistungen - ähnlich einem Arbeitnehmer- unter der "persönlichen Leitung" des Unternehmers erbringt (leitungsintensiver SU-Vertrag; vgl. dazu *Gauch*, Der Werkvertrag, Nr. 442 und BGE 112 IV 6 f.).
- 28 Vgl. den Wortlaut des Art. 55 OR (Anm. 22). Zum Gelingen des Befreiungsbeweises ist vorausgesetzt (nicht aber genügend), dass der Geschäftsherr nachweist, er habe die gebotene Sorgfalt in der Auswahl, Instruktion und Ueberwachung der betreffenden Hilfsperson angewendet (oder der Schaden wäre auch bei Anwendung dieser Sorgfalt eingetreten).
- 29 *Nicht entlasten konnte sich z.B.:* Die Lieferfirma eines Krans, die ihrem Monteur keine besondere Weisungen erteilt hatte, was bei fehlerhaften Gegengewichten vorzukehren sei (BGE 96 II 32). Der Generalunternehmer, der seine Hilfsperson (einen erfahrenen Hochbautechniker) nicht darüber instruiert hatte, dass und auf welche Weise ein offener Treppenschacht in einem Neubau abzuschranken sei (BGE 95 II 98 ff.). Ein Bauschreiner, der es unterliess, seine Hilfspersonen anzuweisen, beim Transport von Wandschränken entweder auf die Mitwirkung Dritter zu verzichten oder dafür Sorge zu tragen, dass ein Dritter nicht verunfallt (BGE 95 II 108).
- 30 Die Aufhängeschlaufe des Schachtrahmens war bei der Montage gerissen und ein mit der Montage beschäftigter Arbeiter deshalb verunfallt (BGE 110 II 456 ff.).



Wäre der soeben zitierte Entscheid (BGE 110 II 456 ff.) richtig<sup>31</sup>, so gäbe es für den Hersteller von Baumaterial (aber auch für einen Bauunternehmer) kaum ein Entrinnen, wenn sein durch Hilfspersonen<sup>32</sup> hergestelltes Produkt "fehlerhaft" ist und ein Dritter einen Sach- oder Körperschaden erleidet<sup>33</sup>. Und: Man hätte eine eigentliche "Produktehaftung" in der Schweiz, noch bevor der Gesetzgeber sie eingeführt hat!

## 2. Die Diskriminierung des reinen Vermögensschadens<sup>34</sup>

1. Die Deliktshaftung setzt (grundsätzlich<sup>35</sup>) voraus, dass die Schädigung "widerrechtlich" ist, was in Art. 41 Abs. 1 OR ausdrücklich gesagt wird. Nach dem traditionellen ("objektiven") Verständnis<sup>36</sup> der Widerrechtlichkeit<sup>37</sup> begründen reine Vermögensschäden<sup>38</sup> (= Schäden ohne Verletzung absolut geschützter Rechtsgüter<sup>39</sup>) keine Deliktshaftung<sup>40</sup>, wenn nicht ausnahmsweise eine einschlägige Schutznorm<sup>41</sup> (insbesondere des Verwaltungs- oder Strafrechts<sup>42</sup>) verletzt wird.<sup>43</sup>

31 Kritisch: *Gauch*, BR 1986, S. 67 f., Anm. zu Nr. 93; *Merz*, ZBJV 1966, S. 157 ff.; *Widmer*, recht 1986, S. 50 ff.

32 Im Sinne des Art. 55 OR.

33 Und zwar auch dann nicht, wenn der betreffende Hersteller (oder Unternehmer) beweist, dass er bei der Auswahl, Instruktion und Ueberwachung der eingesetzten Hilfspersonen alle erdenkliche Sorgfalt aufgewendet hat.

34 Zum Folgenden vgl. *Gauch/Sweet*, S. 121 ff.

35 Vorbehalten bleibt die selten angewandte Sondervorschrift des Art. 41 Abs. 2 OR.

36 Z.B. *Tercier*, in Gedächtnisschrift *Peter Jäggi*, Freiburg 1979, S. 260 ff.; *Brehm*, N 33 ff. zu Art. 41 OR; *Oftinger/Stark*, S. 17; *Raschein*, Die Widerrechtlichkeit im System des Schweizerischen Haftpflichtrechts, Diss., Bern 1986; Kritisch: *Jäggi*, Ueber den Begriff der vertraglichen Schadenersatzforderung, in Festgabe *Wilhelm Schönenberger*, Freiburg 1968, S. 181 ff.; *Gabriel*, passim; *Perrig*, Ueber den Begriff der Widerrechtlichkeit, SJZ 55, 1959, S. 325 ff.; *Kramer*, recht 1984, S. 128 ff.

37 Danach handelt "widerrechtlich" nur, wer "gegen eine allgemeine...Pflicht" verstösst, insbesondere ein "absolutes Recht des Geschädigten wie das Eigentum oder das Persönlichkeitsrecht verletzt" (BGE 108 II 311). Das Vermögen an sich gehört nicht zu den geschützten Rechtsgütern (*Keller/Gabi*, S. 37; *Guhl/Merz/Kummer*, S. 165; *Oftinger/Stark*, S. 33). Ebenso wenig stellt die Verletzung eines nur relativen Rechts, namentlich einer blossen Vertragspflicht (BGE 74 II 26), eine "Widerrechtlichkeit" dar (*Deschenaux/Tercier*, S. 71).

38 *Keller/Gabi*, S. 13 f.

39 Wie Leib, Leben, Eigentum, Persönlichkeit.

40 Vgl. z.B. Rep. 117, 1984, S. 14 ff. (= BR 1985, S. 33, Nr. 17) : Kein Schadenersatzanspruch der Strassenbenützer, wenn eine Strasse infolge von benachbarten Bauarbeiten verschüttet und deshalb der Verkehr unterbrochen wird).

41 Gemeint ist eine geschriebene oder ungeschriebene Rechtsnorm, die dem Schutze des Betroffenen vor Schädigungen der eingetretenen Art und damit dem Schutze des Vermögens als solchem dient (statt vieler: *Stark*, Nr. 268).

42 Strafrechtliche Bestimmungen, die sich unmittelbar auf das Bauen beziehen, finden sich in Art. 227 und 229 StGB (Verursachung eines Einsturzes/Verletzung der Regeln der Baukunde). Indes schützen diese Bestimmungen nicht das Vermögen als solches, sondern Eigentum (Art. 227), Leib und Leben von Mitmenschen (Art. 227 und 229).

43 Zum Ganzen vgl. *Gauch/Sweet*, S. 118 ff. (vgl. Beilage 3)

2. Diese **Diskriminierung**<sup>44</sup> des reinen Vermögensschadens (wie sie auch im Ausland verbreitet ist) verhindert in vielen Fällen eine sachgerechte Lösung, weshalb eine neuere (weltweite<sup>45</sup>) Entwicklung darauf abzielt, das starre Dogma zu durchbrechen.

a. In der Schweiz hält man sich überwiegend und vordergründig zwar noch an das Dogma, findet aber (wenn es stossend wird) irgendwelche Auswege. Beispiele:

- **"Bruch einer Versorgungsleitung"**. Ein Abnehmer von Energie (Strom, Wasser usw.) erleidet reinen Vermögensschaden durch Betriebsausfall, weil ein *Bauunternehmer* (oder ein anderer Dritter) die Leitung des Versorgungsbetriebes (z.B. Elektrizitäts- oder Wasserwerk) unterbrochen hat<sup>46</sup>. Da dem geschädigten Abnehmer (nach herrschender Auffassung) nicht anders geholfen werden kann, greift das Bundesgericht (BGE 101 Ib 252 ff.<sup>47</sup> und 102 II 85 ff.<sup>48</sup>) aufs Strafrecht zurück und entwickelt aus Art. 239 StGB eine einschlägige Schutznorm<sup>49</sup>.
- **"Ausservertragliche Auskunftserteilung"**<sup>50</sup>. Ist die Auskunft unrichtig und erleidet derjenige, der sie erhalten hat, einen reinen Vermögensschaden, so steht er keineswegs schutzlos da. Denn erneut wird eine einschlägige (diesmal ungeschriebene) Schutznorm entwickelt<sup>51</sup>; und es wird gesagt, dass widerrechtlich handelt, wer absichtlich oder leichtfertig eine falsche Auskunft gibt oder (ihm bekannte) Tatsachen verschweigt, von denen er sich sagen muss, dass ihre Kenntnis den in Frage stehenden Entschluss beeinflussen kann (BGE 111 II 474; 80 III 54; 57 II 86).  
Die Baubeteiligten haben sich diese Rechtsprechung schon deshalb zu merken, weil sie sich z.B. auch auf *das Verhältnis zwischen Architekt (Ingenieur, Geologe) und Unternehmer* übertragen lässt. Der darin enthaltene Schutzgedanke öffnet (bei analoger Anwendung) den Weg zum Deliktsanspruch, wenn der Unternehmer reinen Vermögensschaden (z.B. Verzögerungsschaden) erleidet, weil Angaben oder Weisungen des Architekten (Ingenieurs, Geologen) unrichtig sind. Diese Konsequenz wurde jedoch, soweit ich sehe, bis anhin noch nicht gezogen<sup>52</sup>.
- **"Unvermeidliche Bauimmissionen"**. Sie bewirken häufig, dass benachbarte Geschäftsbetriebe Geschäftseinbussen erleiden. Die betroffenen Geschäftsinhaber müssen die unvermeidbaren Immissionen als "rechtmässig" dulden, da der Grundeigentümer sein Eigentum nicht überschreitet (Art. 679 ZGB). Nach der Rechtsprechung

44 Ausdruck von *Kramer*, recht 1984, S. 132.

45 Vgl. die Beispiele und Nachweise (namentlich auch zu den Vereinigten Staaten) bei *Gauch/Sweet*, S. 120 ff./129 ff.

46 Die Leitung gehört, wie hier vorausgesetzt wird, dem Versorgungsbetrieb (jedenfalls nicht dem Abnehmer); und der Betriebsausfall ist eine unmittelbare Folge des Unterbruchs, beruht also nicht darauf, dass z.B. Maschinen oder andere Einrichtungen des Abnehmers durch den Unterbruch beschädigt wurden.

47 Bruch einer Wasserleitung.

48 Bruch eines Stromkabels.

49 Art. 239 StGB pönalisiert zwar die Behinderung, Störung oder Gefährdung des Betriebes "einer zur allgemeinen Versorgung mit Wasser, Licht, Kraft oder Wärme dienenden Anstalt oder Anlage". Ob diese Strafbestimmung aber auch dazu dienen soll, die Vermögensinteressen der Abnehmer zu schützen (wie das Bundesgericht zur Begründung der Schutznorm annimmt), ist fraglich (zu Recht kritisch: *Kramer*, recht 1984, S. 133 und die dort Zitierten; *Tercier*, zit. in Anm. 36, S. 263).

50 Vgl. darüber *Kuhn*, Die Haftung aus falscher Auskunft und falscher Raterteilung, SJZ 82, 1986, S. 353.

51 *Oftinger/Stark*, S. 42 ff.

52 Vgl. aber immerhin schon die Anregung bei *Gauch/Sweet*, S. 138.

des Bundesgerichts (BGE 91 II 100 ff.; Semjud 1987, S. 145 ff.<sup>53</sup>) können die Geschädigten den bauenden Grundeigentümer aber dennoch auf Schadenersatz belangen<sup>54</sup>, wenn die Einwirkungen ihrer Art, Stärke und Dauer nach aussergewöhnlich sind (BGE 113 Ia 357 = Beilage 4). Damit wird vom Erfordernis der (traditionell verstandenen) Widerrechtlichkeit einfach abgesehen, was wohl der radikalste Ausweg ist.

- b. **Im Ausland** besteht eine immer stärker werdende Tendenz das Deliktsrecht für den reinen Vermögensschaden ("purly economic loss") zu öffnen, indem der Deliktsanspruch "fallweise" (und zumeist ohne lange Suche nach Schutznormen) bejaht wird<sup>55</sup>.

Beispiele: *Leitungsbruch-Fälle* in den neueren Entscheiden des niederländischen "Hooge Raad"<sup>56</sup> und im australischen Pipeline-Entscheid (Caltex Oil and The Dredge Willemstadt)<sup>57</sup>. *Subunternehmer-Entscheid* (Junior Books and Veitschi) des englischen House of Lords<sup>58</sup>. *Zahlreiche Kalifornische Baufälle*, in denen deliktische Ansprüche auf Ersatz von reinem Vermögensschadens zugestanden wurden<sup>59</sup>.

In diesen Zusammenhang gehört auch die *deutsche Entdeckung des "weiterfressenden Mangels"*<sup>60</sup>, die den deliktischen Schadenersatzanspruch aber durch eine "konstruierte" Eigentumsverletzung zu rechtfertigen sucht.

- 
- 53 Beachte darüber die eingehende Urteilsbesprechung von *Tercier* ("La protection contre les nuisances liées à des travaux de construction"), in BR 1987, S. 82 ff.
- 54 Vgl. auch *Desax*, Haftung für erlaubte Eingriffe, Diss., Freiburg 1977.
- 55 Vgl. etwa die Uebersicht bei *Wallace*, Construction Contracts, London 1986, S. 13 ff.
- 56 *Staat v. Meyerinik* (Beschädigung einer Hochspannungsleitung); *Van Hees v. Esbeek* (Beschädigung einer Erdgasleitung) = Nederlands Jurisprudentie 1961, S. 570/1978, S. 84.
- 57 Durch die Beschädigung und Unterbrechung einer Oel-Pipeline wurde Caltex, Eigentümerin des "Terminals", gezwungen, vorübergehend eine Ersatzleitung einzurichten, um ihr Oel zum Terminal zu transportieren. Obwohl die beschädigte Pipeline nicht ihr (sondern einer andern Gesellschaft) gehörte, klagte sie auf Ersatz der dadurch entstandenen Kosten. Das Gericht entschied, dass es sich hiebei um "purely economic loss" handle, sprach aber die Klage gut. (1976), II A.L.R. 227 = The Commonwealth Law Reports, 136, 1976-1977, 529.
- 58 Deliktsklage des Bauherrn gegen Subunternehmer wegen mangelhafter Arbeitsausführung und dadurch entstandener Verbesserungskosten und Gewinnverluste gutgeheissen (*Junior Books and Veitschi*; House of Lords, 1983, Appeal Cases 520).
- 59 U.S. v. Rogers & Rogers und Mille v. Dames & Moore (*Deliktsklage des Unternehmers gegen den Architekten*); Gilbert Financial Corp. v. Steel Form Contracting Co. (*Deliktsklage des Bauherrn gegen den Subunternehmer*); J'Aire Corp. v. Gregory (*Deliktsklage eines beim Bauherrn eingemieteten Restaurateurs, gerichtet gegen den Bauunternehmer, der die Arbeiten verzögert und dadurch einen Betriebsausfall verursacht hat*). Nachweise und weitere Fälle bei *Gauch/Sweet*, S. 129 ff. und *Werro/Hürlimann*, Die Verantwortlichkeit des Architekten im amerikanischen Haftpflichtrecht - Neuere Entwicklungen und Tendenzen, BR 1988, S. 77 f.
- 60 Die Entdeckung betrifft den Fall, da innerhalb des vom Unternehmer hergestellten Werkes, das jetzt im Eigentum des Bauherrn steht, ein Werkmangel sich vergrössert und in diesem Sinne "weiterfrisst". Dieser "weiterfressende" Mangel wird (unter bestimmten Voraussetzungen) als deliktsbegründende Eigentumsverletzung gewertet (vgl. BauR 1985, S. 595 ff.; *Kaiser*, Das Mängelhaftungsrecht der VOB, 5. Auflage, Heidelberg 1986, S. 434 ff.; *Schlechtriem*, JA 1983, S. 255 ff.; *Schwenzer*, Juristen-Zeitung 1988, S. 527 ff.), was es erlaubt, die Einschränkungen der vertraglichen Mängelhaftung zu umgehen (kritisch: *Gauch*, Der Werkvertrag, Nr. 1708).

### 3. Die Verzettelung des Deliktsrechts

1. Das Deliktsrecht ist nicht systematisch und in einem einzigen Gesetz zusammengefasst, was die Uebersicht und oft auch das Verständnis erschwert. Die Basis findet sich zwar im Allgemeinen Teil des Obligationenrechts (Art. 41 ff. OR). Weitere Haftungsvorschriften (etwa über die Haftung des Grundeigentümers) sind im ZGB enthalten. Darüber hinaus gibt es eine ganze Reihe haftpfllichrechtlicher Sondergesetze<sup>61</sup>, von denen viele (nicht nur das SVG mit der Haftung für Motorfahrzeughalter) auch auf die Baubeteiligten zutreffen. Zur Demonstration einige Beispiele:

- a. **Eisenbahnhaftpflicht.** Bundesgesetz betreffend die Haftpflicht der Eisenbahn- und Dampfschiffahrtsunternehmungen und der Post (vom 28. 3. 1905; SR 221.112.742).

*Art. 1 Abs. 1: "Wenn beim Bau oder Betrieb einer Eisenbahn oder bei Hilfsarbeiten, mit denen die besondere Gefahr des Eisenbahnbetriebes verbunden ist, ein Mensch getötet oder körperlich verletzt wird, so haftet der Inhaber der Eisenbahnunternehmung für den daraus entstandenen Schaden, sofern er nicht beweist, dass der Unfall durch höhere Gewalt, durch Verschulden Dritter oder durch das Verschulden des Getöteten oder Verletzten verursacht ist". Art. 24: "Das ..Gesetz findet entsprechende Anwendung: 1. auf den Betrieb der Dampfschiffahrtsunternehmungen, 2. auf den Postbetrieb".*

- b. **Rohrleitungshaftpflicht.** Bundesgesetz über Rohrleitungsanlagen zur Beförderung flüssiger oder gasförmiger Brenn- oder Treibstoffe (vom 4. 10 1963; SR 746.1)<sup>62</sup>.

*Art. 33: "Wird durch den Betrieb einer Rohrleitungsanlage oder durch einen Mangel oder die fehlerhafte Behandlung einer nicht in Betrieb stehenden Anlage ein Mensch getötet oder in seiner Gesundheit geschädigt oder Sachschaden verursacht, so haftet der Inhaber der Anlage für den Schaden. Steht die Anlage nicht im Eigentum des Inhabers, so haftet mit ihm der Eigentümer solidarisch" (Abs. 1). "Der Inhaber oder Eigentümer wird von der Haftpflicht befreit, wenn er beweist, dass der Schaden durch ausserordentliche Naturvorgänge, durch kriegerische Ereignisse oder durch grobes Verschulden des Geschädigten verursacht wurde, ohne dass ihn selbst oder eine Person, für die er verantwortlich ist, ein Verschulden trifft" (Abs. 2). "Die Haftung für Schäden am Transportgut richtet sich nach dem Obligationenrecht" (Abs. 3).*

---

61 Vgl. den Ueberblick in der OR-Textausgabe von *Schönenberger/Gauch*, 37. Auflage, Zürich 1988, Anhang III.

62 Der Anwendungsbereich des Gesetzes ist in Art. 11 (mit Art. 4 f. der Rohrleitungsverordnung) umschrieben (vgl. aber auch Art. 1 Abs. 4 und Art. 6 der Rohrleitungsverordnung).

- c. **Gewässerhaftpflicht.** Bundesgesetz über den Schutz der Gewässer gegen Verunreinigung (vom 8. 10. 1971; SR 814.20; in Revision<sup>63</sup>).

Art. 36: "Wer<sup>64</sup> durch seinen Betrieb, seine Anlagen oder durch seine Handlungen und Unterlassungen ein Gewässer verunreinigt, haftet für den dadurch entstandenen Schaden" (Abs. 1)<sup>65</sup>. "Der Schadenverursacher wird von der Haftpflicht befreit, wenn er beweist, dass der Schaden durch höhere Gewalt oder grobes Verschulden des Geschädigten oder eines Dritter eingetreten ist" (Abs. 2).

- d. **Sprengstoffhaftpflicht.**<sup>66</sup> Bundesgesetz über explosionsgefährliche Stoffe (Sprengstoffgesetz vom 25. 3. 1977; SR 941.44).

Art. 27: "Der Inhaber<sup>67</sup> eines Betriebes oder einer Anlage, in denen Sprengmittel oder pyrotechnische Gegenstände<sup>68</sup> hergestellt, gelagert oder verwendet werden, haftet für den Schaden, der durch die Explosion<sup>69</sup> solcher Mittel oder Gegenstände verursacht wird..." (Abs. 1). "Von der Haftpflicht wird befreit, wer beweist, dass der Schaden durch höhere Gewalt oder durch grobes Verschulden des Geschädigten oder eines Dritten verursacht worden ist" (Abs. 2).

2. Besonders hervorzuheben ist auch die **Haftpflichtbestimmung des UWG** (Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19. 12. 1986<sup>70</sup>).

- a. Die Bedingung lautet: "Wer durch unlauteren Wettbewerb in seiner Kundschaft, seinem Kredit oder beruflichen Ansehen, in seinem Geschäftsbetrieb oder sonst in seinen wirtschaftlichen Interessen bedroht oder verletzt wird" (Art. 9 Abs. 1), kann "nach Massgabe des Obligationenrechts auf *Schadenersatz und Genugtuung ... klagen*" (Art. 9 Abs. 3).
- b. *Unlauterer Wettbewerb*, der solche Schadenersatzansprüche auszulösen vermag, ist "jedes täuschende oder in anderer Weise gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossende Verhalten oder Geschäftsgebaren, welches das Verhältnis zwischen Mitbewerbern

---

63 Vorgeschlagene Neufassung (Art.69): "Der Inhaber eines Betriebes oder einer ortsfesten oder beweglichen Anlage, mit denen besondere Gefahren für die Gewässer verbunden sind, haftet für den Schaden, der durch entsprechende Einwirkungen entsteht" (Abs. 1). "Er wird von der Haftpflicht befreit, wenn er beweist, dass der Schaden durch höhere Gewalt oder durch grobes Verschulden des Geschädigten oder eines Dritten verursacht worden ist" (Abs. 2).

64 Auch Bund, Kantone oder Gemeinden (Abs. 4).

65 Nach dieser weitgefaste Bestimmung genügt es für die Haftpflicht des Schädigers, dass er ein Gewässer verunreinigt, ohne dass es darauf ankommt, wie die Verunreinigung geschieht. Zur Problematik der Widerrechtlichkeit siehe *Oftinger/Stark*, S. 514 ff., mit weiteren Hinweisen.

66 Vgl. darüber *Tercier*, SJZ 76, 1980, 341 ff.

67 Auch Bund, Kantone oder Gemeinden (Abs. 3). Für Armee und Militärverwaltung vgl. aber Art. 27 Abs. 3.

68 Gemeint sind Sprengmittel und pyrotechnische Gegenstände im Sinne des Sprengstoffgesetzes (Art. 4 und 7; *Deschenaux/Tercier*, S. 188).

69 Keine "Explosion" sind z.B. giftige und ätzende Wirkungen (*Keller*, S. 277).

70 Vgl. darüber *Brem*, Die Revision des UWG und ihre Bedeutung für das Bauwesen, BR 1988, S. 27 ff.

oder zwischen Anbietern und Abnehmern beeinflusst" (Art. 2). Unlauter handelt zum Beispiel:

- "Wer sich oder einem andern Vorteile zu verschaffen sucht, indem er Arbeitnehmern, Beauftragten oder andern Hilfspersonen eines Dritten Vergünstigungen" (z.B. Architektenrabatte<sup>71</sup>) "gewährt oder anbietet, die diesen rechtmässig nicht zustehen und die geeignet sind, diese Personen zu pflichtwidrigem Verhalten bei ihren dienstlichen oder geschäftlichen Verrichtungen zu verleiten" (Art. 4 lit. b.).
- Wer das Arbeitsergebnis eines andern (wie Offerten, Berechnungen oder Pläne), das ihm anvertraut oder (wie er wissen muss) unbefugterweise überlassen (oder zugänglich gemacht) worden ist, unbefugt verwertet (Art. 5 lit. a und b)<sup>72</sup>. Dieser Sachverhalt kann zugleich eine Urheberrechtsverletzung und schon als solche haftungsbegründend sein<sup>73</sup>. Von Bedeutung ist Art. 5 unter anderem auch für das Submissionswesen, indem er etwa die Erschleichung von Leistungen durch Scheinausschreibungen erfasst<sup>74</sup>.
- "Wer Arbeitsbedingungen nicht einhält, die durch Rechtssatz oder Vertrag auch dem Mitbewerber auferlegt, oder berufs- oder ortsüblich sind" (Art. 7).
- Wer "missbräuchliche Geschäftsbedingungen" verwendet (Art. 8)<sup>75</sup>.

#### 4. Die Flucht aus dem Deliktsrecht

1. Der gesetzliche Deliktsanspruch unterliegt gewissen Modalitäten, die für den Geschädigten "ungünstig" sein können<sup>76</sup>. Das veranlasst Rechtsprechung und Doktrin, nach rechtlichen "**Konstruktionen**" zu suchen, um aus dem Deliktsrecht auszubrechen und den Geschädigten günstiger zu stellen. Bekannte Konstruktionen sind zum Beispiel die Culpa in contrahendo und die Drittschutzwirkung von Verträgen.

2. Die Culpa in contrahendo begründet bei treuwidrigem Verhalten eines Verhandlungspartners eine "*Haftung zwischen Vertrag und Delikt*"<sup>77</sup>. Praktisch bedeutet dies zum Beispiel, dass sich die Haftung des Verhandlungspartners (z.B. eines Bauherrn) für das Verhalten sei-

71 Darüber: *Gauch*, Der Werkvertrag, Nr. 851.

72 Zur Anwendung auf das Bauwesen: *Brem*, a.a.O., S. 31 f.

73 Vgl. Bundesgesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und Kunst, SR 231.1, Art. 42. Beachte in diesem Zusammenhang BR 1987, S. 65, Nr. 70.

74 *Brem*, a.a.O., S. 28.

75 Art. 8 UWG lautet: "*Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen*. Unlauter handelt insbesondere, wer vorformulierte allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, die in irreführender Weise zum Nachteil einer Vertragspartei: a. von der unmittelbar oder sinngemäss anwendbaren gesetzlichen Ordnung erheblich abweichen oder b. eine der Vertragsnatur erheblich widersprechende Verteilung von Rechten und Pflichten vorsehen". Vgl. darüber *Gauch*, Die Verwendung "missbräuchlicher Geschäftsbedingungen" - Unlauterer Wettbewerb nach Art. 8 des revidierten UWG, BR 1987, S. 51 ff.

76 Vorausgesetzte Widerrechtlichkeit, Beweislast des Geschädigten für das Verschulden, eingeschränkte Hilfspersonenhaftung, kurze Verjährung.

77 BGE 68 II 303. Vgl. *Gauch/Schluep*, Nr. 720 ff.(= Beilage 5) und dort Zitierte.

nes Abschlussgehilfen (z.B. eines Architekten) nicht nach Art. 55 OR, sondern nach Art. 101 OR beurteilt<sup>78</sup>.

Da die Verträge des Bauwesens in aller Regel "verhandlungsintensiv" sind, eröffnen sich hier viele Möglichkeiten für eine Culpa-Haftung<sup>79</sup>. Hervorzuheben sind etwa die Fälle, in dem der Ausschreiber (Submissionar) nicht ernsthaft verhandelt<sup>80</sup>, die Arbeiten in Verletzung der geltenden Vergaberegeln vergibt<sup>81</sup> oder eine eingereichte Variante missbraucht<sup>82</sup>.

**3. Die Drittschutzwirkung von Verträgen**, die darauf abzielt, Dritten, die durch das vertragswidrige Verhalten eines Vertragspartners geschädigt werden, einen vertraglichen Schadenersatzanspruch zu geben<sup>83</sup>. Vorausgesetzt ist, dass der Dritte "in Leistungsnähe des Vertrages" steht und der Gläubiger ein Interesse an seinem Schutze hat.

In der Schweiz hat sich diese (in Deutschland ausgedachte) "Konstruktion" (trotz prominenter Befürworter) noch nicht durchgesetzt (was man nicht bedauern sollte). Die baurechtlichen Verträge ergäben, wenn man die Drittschutzwirkung anerkennen wollte, ein recht grosses Exerzierfeld.

## 5. Die Wegbedingung der Haftung

1. Die Haftung für Schäden, auch die Deliktshaftung, kann in den Schranken des Gesetzes (Art. 19 Abs. 1 OR) -ganz oder teilweise- wegbedungen werden. Wichtig (auch für das Deliktsrecht<sup>84</sup>) ist die Schranke des Art. 100 Abs. 1 OR, wonach man die Haftung für "rechtswidrige Absicht oder grobe Fahrlässigkeit" nicht ausschliessen (oder beschränken) kann. Auch verstösst die Wegbedingung der Haftung für Körperschäden grundsätzlich gegen das Persönlichkeitsrecht (Art. 27 Abs. 2 ZGB) und ist deshalb nichtig (Art. 20 OR)<sup>85</sup>.

2. Eine Wegbedingung der Haftung wirkt zwischen den Parteien, die sie vereinbart haben. Vertragliche Freizeichnungsklauseln sind aber häufig so formuliert, dass sie nicht ausdrücklich sagen, ob sie sich bloss auf die Vertragshaftung des Schuldners oder auch auf dessen Deliktshaftung beziehen. Kommt es hierüber zum Streit, so muss die Frage durch richterliche Vertragsauslegung entschieden werden, wobei folgendes zu beachten ist:

Lehre und Rechtsprechung vertreten mehrheitlich die Meinung, eine vertragliche Wegbedingung der Haftung erstrecke sich "in der Regel" auch auf die Deliktshaftung<sup>86</sup>. Diese "Regel"

<sup>78</sup> BGE 108 II 422; *Gauch/Schluep*, Nr. 720 - 726a, mit weiteren Verweisen.

<sup>79</sup> Hinsichtlich des Bauwerkvertrages vgl. *Gauch*, Der Werkvertrag, Nr. 318 ff. = Beilage 6.

<sup>80</sup> Vgl. *Gauch*, Der Werkvertrag, Nr. 360/363.

<sup>81</sup> Vgl. *Gauch*, Der Werkvertrag, Nr. 361/363.

<sup>82</sup> Vgl. *Gauch*, Der Werkvertrag, Nr. 367. Zur Anwendung kommt auch Art. 5 lit. a des UWG (vgl. oben im Text).

<sup>83</sup> Vgl. darüber *Gauch/Schluep*, Nr. 2580 ff. mit weiteren Hinweisen.

<sup>84</sup> *Oftinger*, S. 465.

<sup>85</sup> *Gauch*, Der Werkvertrag, Nr. 1883; *Tercier*, Festschrift Assista, Genf 1979, S. 266 f.; *Semjud* 1981, S. 433 ff.

<sup>86</sup> Vgl. BGE 107 II 168 = BR 1982, S. 19, Nr. 18; *Gauch*, Der Werkvertrag, Nr. 1878, mit weiteren Zitaten.

greift jedoch nur in Zweifelsfällen Platz und ist auch hier bloss mit Zurückhaltung anzuwenden<sup>87</sup>. Jedenfalls hat sie der "Unklarheitsregel"<sup>88</sup> zu weichen, wenn die unklare Bestimmung von demjenigen verfasst (oder in den Vertrag eingebracht wurde), der sich darauf beruft.

### III. TYPISCHE HAFTUNGSFÄLLE UND HAFTUNG MEHRERER (BESONDERER TEIL)

Die möglichen Fälle, in denen ein Baubeteiligter deliktisch haftbar wird, sind kaum überblickbar. Doch gibt es für jeden Baubeteiligten (den Bauherrn, den Unternehmer usw.) typische Haftungsfälle. Von diesen Fällen will ich die wichtigsten behandeln, bevor ich abschliessend (wenn auch nur kurz) über die Haftung mehrerer spreche.

#### 1. Haftung des Bauherrn

1. Typische sind Fälle, in denen der Bauherr als Werk- oder Grundeigentümer haftet. Zunächst befasse ich mich mit der **Werkeigentümerhaftung**, die in Art. 58 OR geregelt ist. Die Bestimmung des Art. 58 Abs. 1 OR verpflichtet den Eigentümer eines Gebäudes oder anderen Werkes<sup>89</sup>, den Schaden zu ersetzen, den das Werk infolge eines Mangels verursacht<sup>90</sup>. Sie wirft zahlreiche (zum Teil komplizierte) Fragen auf<sup>91</sup>. Im vorliegenden (baurechtlichen) Zusammenhang sind folgende Sätze von Bedeutung:

- a. Die Begriffe "*Werk*" und "*Mangel*" haben im Kontext des Art. 58 OR einen anderen Sinn als im Werkvertragsrecht (Art. 363/ 367 ff. OR).
  - "*Werke*" (nach Art. 58 OR) sind Bauwerke (Gebäude) oder sonstige stabile, mit der Erde verbundene, künstlich hergestellte oder angeordnete Gegenstände<sup>92</sup>.
  - "*Mangelhaft*" (im Sinne des Art. 58 OR) ist ein Werk wenn (und soweit) es von den Sicherheitsanforderungen abweicht, denen es nach Massgabe der konkreten Um-

<sup>87</sup> Denn sie kollidiert mit der andern Regel, wonach Freizeichnungsklauseln im Zweifel eng auszulegen sind (*Jäggi/Gauch*, N 440 zu Art. 18 OR; *Gauch*, Der Werkvertrag, Nr. 1868, mit weiteren Zitaten).

<sup>88</sup> "Im Zweifel gegen den Verfasser"! BGE 110 II 146; *Jäggi/Gauch*, N 451 ff. zu Art. 18 OR.

<sup>89</sup> Die Werkeigentümerhaftung gilt auch für öffentliche Werke, namentlich für öffentliche Strassen.

<sup>90</sup> Art. 58 OR lautet: "Der Eigentümer eines Gebäudes oder eines andern Werkes hat den Schaden zu ersetzen, den diese infolge von fehlerhafter Anlage oder Herstellung oder von mangelhafter Unterhaltung verursachen" (Abs. 1). "Vorbehalten bleibt ihm der Rückgriff auf andere, die ihm hiefür verantwortlich sind" (Abs. 2).

<sup>91</sup> Siehe *Deschenaux/Tercier*, S. 119 ff.; *Gauch/Aeppli/Casanova*, Rechtsprechung zu Art. 58 OR; *Oftinger/Stark*, S. 184 ff.

<sup>92</sup> *Oftinger/Stark*, S. 188. "Werk" im Sinne des Werkvertragsrechts ist demgegenüber jedes Arbeitsergebnis, das ein Werkunternehmer schuldet. Im weiteren *Guhl/Merz/Kummer*, S. 184 f., *Keller/Gabi*, S. 183 f.



stände genügen muss<sup>93</sup>. Ob dies zutrifft, beurteilt sich nach den Verhältnissen des Einzelfalls, namentlich nach dem Zweck des Werkes<sup>94</sup>, der Zumutbarkeit von Sicherheitsmassnahmen und der Sorgfalt, die man vom Benutzer vernünftigerweise erwarten kann<sup>95</sup>. Merke:

Die Nichteinhaltung von polizeilichen Vorschriften, die der Gefahrenverhütung dienen, bildet (nur, aber immerhin) ein Indiz für das Vorliegen eines Mangels. Umgekehrt aber kann ein Werk durchaus mangelhaft sein, obwohl es den einschlägigen Vorschriften entspricht, polizeilich geprüft und genehmigt worden ist<sup>96</sup>.

- b. Ein Gebäude, eine Strasse oder ein anderes Werk ist nach gängiger Meinung nicht schon deshalb mangelhaft, weil es sich *im Bau* (*Neubau, Umbau, Reparatur oder Abbruch*) befindet<sup>97</sup>. Die dadurch bedingte (vorübergehende) Unvollkommenheit des Werkes bildet jedoch einen haftungsbegründenden Mangel, wenn das Werk (z.B. eine Strasse) trotzdem und ohne genügende Sicherungsmassnahmen zum normalen Gebrauch offen steht<sup>98</sup>. Das alles ist richtig, bedarf aber der Ergänzung:

Ob ein Werk, das sich im Bau befindet, einen Mangel (im Sinne des Art. 58 OR) aufweist, beurteilt sich ganz generell *nach den berechtigten Sicherheitserwartungen jener Personen, für die es in einem gegebenen Moment geöffnet ist*. Für diese Personen (z.B. auch Architekten, Bauarbeiter, Beamte, Baustellenbesucher) muss das Werk die nach den Umständen<sup>99</sup> erforderliche Sicherheit bieten. Jeder Zustand, wodurch das Werk hinter dem erwähnten Sicherheitserfordernis zurückbleibt, stellt einen Mangel dar, auf den sich die jeweiligen Personen berufen können<sup>100</sup>.

93 Der "Mangel" im Sinne des Werkvertragsrechts (Art. 367 ff. OR) besteht demgegenüber in einer Vertragsabweichung des vom Unternehmer hergestellten Werkes (*Gauch*, Der Werkvertrag, Nr. 912 ff.).

94 Dass es nur auf den *bestimmungsgemässen* Gebrauch des Werkes ankommt, wie das Bundesgericht zu formulieren pflegt (z.B. BGE 106 II 210), ist zwar als Grundsatz richtig. "Hingegen sind die Gefahren, die sich aus dem bestimmungsgemässen Gebrauch eines Werks ergeben, nicht die einzigen, auf die es Bedacht zu nehmen gilt, sondern es ist auch noch an diejenigen zu denken, die das Werk sonst in sich birgt, z.B. für den, der mit ihm zufällig in Berührung kommt, oder gar den, der sich zu bestimmungswidrigem Gebrauche verleiten lässt. Solches wird vor allem bei Kindern der Fall sein" (*Keller*, S. 149).

95 Vgl. *Keller*, S. 148.

96 BGE 91 II 208.

97 Vgl. BGE 108 II 187 f.; *Oftinger/Stark*, S. 210 f.; *Geisseler*, BR 1986, S. 53, unter Hinweis auf BR 1985, S. 33, Nr. 16.

98 BGE 108 II 186 (= *Beilage 7*); *Oftinger/Stark*, S. 210 f., mit weiteren Verweisen. Zum *Beispiel* haftet der Strasseneigentümer aus Art. 58 OR, wenn eine Strasse für den öffentlichen Verkehr offen steht, obwohl sie noch gebaut oder repariert wird und deshalb die für den betreffenden Gebrauch erforderliche Sicherheit nicht zu gewährleisten vermag (BGE 108 II 186; vgl. z.B. BR 1988, S. 45, Nr. 59). Allfällige Hindernisse müssen wirksam signalisiert werden (JdT 1986 I, S. 386 ff. = BR 1988, S. 45, Nr. 61).

99 Zu den "Umständen" gehört namentlich auch die Aufmerksamkeit, die von den betreffenden Personen erwartet werden darf. Nach dieser Aufmerksamkeit bestimmt sich der Umfang der erforderlichen Sicherungsmassnahmen. Das bedeutet, dass sich zum Schutze von Baustellenbesuchern allenfalls strengere Massnahmen aufdrängen als zum Schutze jener Personen, die mit den üblichen Gefahren und Gegebenheiten einer Baustelle vertraut sind (vgl. *BauR* 1985, S. 237 ff.).

100 Aus dem Gesagten ergibt sich negativ, dass *Personen, die eine Baustelle "unbefugt" betreten*, den Schutz des Art. 58 OR nicht geniessen. Das gilt allerdings nicht ausnahmslos, sondern nur insoweit, als die Baustelle gegen den Zutritt Unbefugter ge-

- c. Die Werkeigentümerhaftung wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass *ein anderer Bauteiliger* (z.B. der Unternehmer oder Architekt) für den eingetretenen Schaden ebenfalls haftet<sup>101</sup>. Auch hat der Werkeigentümer, wenn ein anderer (z.B. der Unternehmer) für den Mangel des Werkes verantwortlich ist, keinen Befreiungsbeweis nach dem Muster des Art. 55 OR<sup>102</sup>.

2. Von der Werkeigentümerhaftung des Art. 58 OR zu unterscheiden ist die (verschuldensunabhängige) **Haftung des Grundeigentümers** (Art. 679 ZGB)<sup>103</sup>. Sie greift dann ein, wenn der Eigentümer die gesetzlichen Schranken seines Eigentumsrechts (namentlich jene des Nachbarrechts) tatsächlich überschreitet<sup>104</sup> und dadurch einen andern<sup>105</sup> (z.B. den Eigentümer oder Mieter eines Nachbargrundstückes<sup>106</sup>) schädigt<sup>107</sup>. Bedeutsam sind folgende Sätze:

- a. Art. 679 ZGB (Grundeigentümerhaftung) kann mit Art. 58 OR (Werkeigentümerhaftung) konkurrieren<sup>108</sup>. Obwohl Art. 679 ZGB vom "Eigentümer" spricht, findet er *Anwendung* auch auf den Inhaber beschränkter dinglicher Rechte, ja sogar auf obligatorisch Berechtigte (z.B. auf Mieter oder Pächter<sup>109</sup>), welche die Herrschaft über das Grundstück ausüben<sup>110</sup>.

---

nügend gesichert ist. An diese Sicherung sind keine strengen Anforderungen zu stellen. Denn abgesehen von Sonderfällen, in denen sich (z.B. zum Schutze spielender Kinder) gesteigerte Sicherheitsmassnahmen (z.B. eine eigentliche Absperrung) aufdrängen, genügt es, dass Unbefugte vor dem Zutritt gewarnt werden (etwa durch eine Hinweistafel, die den unbefugten Zutritt verbietet).

- 101 Ungenau: KGr. VS ZWR 1982, S. 228 ff. = BR 1985, S. 33, Nr. 16, mit Anmerkung *Tercier*. Richtig dagegen TC VD JdT 1986 I, S. 388 ff.: Solidarische Haftung von Eigentümer (Art. 58 OR) und Unternehmer (Art. 41/55 OR) = BR 1988, S. 45, Nr. 59, mit Anmerkung *Tercier*.
- 102 Ungenau: TC NE RJN 1980-81, S. 63 ff. = BR 1984, S. 17, Nr. 13, mit Anmerkung *Tercier*.
- 103 Siehe darüber *Tuor/Schnyder*, S. 661 ff.; *Schnyder*, Der Bauherr und sein Nachbar, Baurechtstagung 1985, Band I, S. 25 ff.
- 104 Die "Ueberschreitung" muss mit der Bewirtschaftung oder sonstigen Benutzung des Grundstücks (gerade auch zu Bauzwecken) zusammenhängen (BGE 104 II 20).
- 105 Art. 679 ZGB spricht von "*jemandem*", der geschädigt wird, ist also so formuliert, wie wenn der darin vorgesehene Schadenersatzanspruch "*jedermann*" zustehen könnte. Die Rechtsprechung ist jedoch zurückhaltend (z.B. Rep. 117, 1984, S. 14 ff.: Kein Schadenersatzanspruch der Strassenbenützer, wenn eine Strasse infolge von benachbarten Bauarbeiten verschüttet und deshalb der Verkehr unterbrochen wird; vgl. dazu BR 1985, S. 33, Nr. 17, mit kritischer Anmerkung von *Tercier*).
- 106 Der geschädigte "Nachbar" braucht nicht notwendigerweise ein Angrenzer zu sein. "Nachbargrundstücke", die durch Ferneinwirkung betroffen werden, können auch in einem weiteren Umkreis liegen (BGE 109 II 309).
- 107 Zur erlaubten Beeinträchtigung von Nachbarn durch unvermeidbare Bauimmissionen vgl. oben II 2.2.a.
- 108 BGE 91 II 475: Der Werkeigentümer haftet nach Art. 58 OR auch für eine Schädigung benachbarter Grundstücke. Diese Haftung kann neben eine Haftung aus Art. 679 ZGB treten oder für sich allein bestehen.
- 109 BGE 104 II 20 f.
- 110 *Tuor/Schnyder*, S. 661, mit Nachweisen aus der Rechtsprechung.

- b. Art. 679 ZGB sanktioniert die *ungerechtfertigte (übermässige) Einwirkung auf Nachbargrundstücke* (z.B. schädliche Immissionen durch Rauch, lästige Dünste, Lärm oder Erschütterungen), die Art. 684 ZGB<sup>111</sup> verbietet<sup>112</sup>.
- Inbesondere findet Art. 679 ZGB aber auch Anwendung, wenn "der Eigentümer" "bei Grabungen und Bauten" "die nachbarlichen Grundstücke" dadurch schädigt, "dass er ihr Erdreich in Bewegung bringt oder gefährdet oder vorhandene Einrichtungen beeinträchtigt" (Art. 685 ZGB)<sup>113</sup>.
- c. Mit der Schadenersatzklage des Art. 679 ZGB, die nach Art. 60 OR verjährt<sup>114</sup>, kann ein geschädigter Nachbar nicht nur Geldersatz, sondern auch *Naturalersatz* durch Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes<sup>115</sup> verlangen; die Klage "auf Beseitigung der Schädigung" (Art. 679 ZGB), die unverjährbar ist<sup>116</sup>, richtet sich dagegen auf Beseitigung der Schadensursache (z.B. auf Einstellung der Bauarbeiten) auf dem Ausgangsgrundstück.<sup>117</sup>

## 2. Die Haftung des Bauunternehmers

1. Die Ursache eines Schadens liegt häufig darin, dass der Unternehmer ein Werk herstellt und abgeliefert, das einen *Werkmangel* aufweist (Art. 368 OR), weil ihm eine vertraglich geschuldete Eigenschaft fehlt. Ob der dadurch Geschädigte einen Deliktsanspruch gegen den betreffenden Unternehmer hat, beurteilt sich nach den allgemeinen Regeln der Art. 41 ff. OR. Dabei macht es grundsätzlich keinen Unterschied, ob es sich beim Geschädigten um den

---

111 Nach Art. 684 Abs. 1 ZGB ist "jedermann...verpflichtet, bei der Ausübung seines Eigentums, wie namentlich bei dem Betrieb eines Gewerbes auf seinem Grundstück, sich aller übermässigen Einwirkungen auf das Eigentum der Nachbarn zu enthalten". "Verboten" sind nach Art. 684 Abs. 2 ZGB "insbesondere alle schädlichen und nach Lage und Beschaffenheit der Grundstücke oder nach Ortsgebrauch nicht gerechtfertigte Einwirkungen durch Rauch oder Russ, lästige Dünste, Lärm oder Erschütterung".

Für den Bauenden ergeben sich aus Art. 684 ZGB vor allem zwei Gebote. Erstens "hat er eine Lagebeurteilung vorzunehmen für den Zeitpunkt, da die Baute steht und sachgemäss ausgenützt bzw. betrieben wird". Und zweitens hat er "übermässige Immissionen" schon "beim Bauen zu unterlassen" (*Schnyder*, a.a.O., S. 33).

112 Ob die Bestimmung des Art. 684 ZGB auch "negative" Immissionen (Entzug von Luft, Licht, Aussicht) erfasst, ist umstritten (verneint: BGE 97 I 357; 106 Ib 383; offengelassen: BGE 106 Ib 237; zum Ganzen: *Schnyder*, a.a.O., S. 33).

113 Beispiele: Durch Aushubarbeiten wird eine Hangrutschung auf dem Nachbargrundstück ausgelöst (BGE 107 II 134 ff. = BR 1982, S. 19, Nr. 20). Der Aushub einer Baugrube und die durch das Bauen ausgelösten Bodenerschütterungen bewirken, dass Nachbarhäuser "absacken".

114 Zur Anwendung des Art. 60 OR und die damit zusammenhängenden Rechtsfragen vgl. BGE 109 II 418 ff. = BR 1986, S. 19, Nr. 17, mit Anmerkung *Zobl*.

115 Z.B. die Neuherstellung einer Grenzmauer oder die Ausgleichung einer auf dem betroffenen Grundstück eingetretenen Geländeänderungen (BGE 108 Ia 55 ff. = BR 1983, S. 17, Nr. 10, mit Anmerkung *Zobl*).

116 BGE 109 II 420; 81 II 446 f.

117 Zum Ganzen: BGE 107 II 134 ff. = BR 1982, S. 19, Nr. 20.

Vertragspartner des Unternehmers (den Besteller) oder um einen Dritten (z.B. den Mieter<sup>118</sup> oder Erwerber des mangelhaften Werkes) handelt. Im einzelnen sind zwei Punkte bemerkenswert:

- a. Der *Deliktsanspruch des Bestellers* (Art. 41 ff. OR) kann konkurrieren mit seinem vertraglichen Anspruch auf Ersatz des Mangelfolgeschadens<sup>119</sup> (Art. 368 OR).

Zweifelhaft (und umstritten) ist jedoch die Frage, ob die werkvertraglichen Vorschriften über die Genehmigung des Werkes (Art. 370 OR) und die Verjährung der Mängelrechte (Art. 371 OR) auf den Deliktsanspruch übergreifen, so dass der Deliktsanspruch des Bestellers den vertraglichen Bestimmungen untersteht<sup>120</sup>.

- b. Die Diskriminierung des reinen Vermögensschadens<sup>121</sup> bewirkt, dass *der blosser Minderwert des Werkes und die Kosten einer erforderlichen Verbesserung* keinen Deliktsanspruch begründen<sup>122</sup>.

Das soeben Gesagte gilt vor allem auch im Verhältnis *zwischen Bauherrn und Subunternehmer*<sup>123</sup>. Deshalb aktualisiert sich diesbezüglich die Frage, ob der Subunternehmervertrag eine Drittschutzwirkung zugunsten des Bauherrn entfaltet. Die Frage ist zu verneinen<sup>124</sup>, was aber nicht ausschliesst, dass ein konkreter Subunternehmervertrag als echter Vertrag zugunsten des Bauherrn (Art. 112 Abs. 2 OR) ausgestaltet wird und den Subunternehmer aus diesem Grund eine Vertragshaftung auch gegenüber dem Bauherrn trifft<sup>125</sup>.

2. Wie oben erwähnt, besteht eine häufige Schadensursache in der Herstellung und Ablieferung eines mangelhaften Werkes. Viele Schäden, für die ein Unternehmer einstehen muss, haben damit aber nichts zu tun, sondern ereignen sich **unabhängig von Werkmängeln**, meist schon während der Bauausführung<sup>126</sup>.

- a. Besonders hervorzuheben sind die Schadensereignisse (namentlich Unfallschäden), die ihre Ursache in den vom Haupt- oder Subunternehmer verwendeten *Baustelleneinrich-*

---

118 Zum Fall, da der Mieter und dessen Angehörige Körperschaden erleiden, nachdem ein Gasinstallateur beim Einbau einer Gastherme Montagefehler begangen hat, vgl. BauR 1987, S. 231.

119 Zum Begriff des Mangelfolgeschadens: *Gauch*, Der Werkvertrag, Nr. 1306 ff.

120 Zu dieser Frage: *Gauch*, Der Werkvertrag, Nr. 1710 ff.

121 Vgl. oben II. 2.

122 Zur Figur des "weiterfressenden" Mangels siehe oben II. 2. 2. b.

123 Beachte aber die neueren Entwicklungen im Ausland, die darauf tendieren, den reinen Vermögensschaden des Bauherrn deliktsrechtlich zu decken (Anm. 55 - 59).

124 *Gauch*, Der Werkvertrag, Nr. 140; zweifelnd auch hinsichtlich einer "Drittsschadensliquidation" (Nr. 141).

125 *Gauch*, Werkvertrag, Nr. 138 ff.

126 Die Beispiele, in denen z.B. eine Verschuldens- oder Geschäftsherrenhaftung (Art. 41/55 OR) eingreifen kann, sind ungezählt. Durch Schweissarbeiten, die ein Unternehmer für seinen Bauherrn ausführt, entstehen Schäden am Hause eines Dritten (vgl. BauR 1984, S. 80). Die Ware eines Dritten wird verstaubt, weil der Unternehmer Zementsäcke unmittelbar vor dem Geschäft des Geschädigten ausschütten lässt (vgl. BauR 1986, S. 608).

tungen<sup>127</sup> haben. Möglicher Haftungsgrund für den Unternehmer kann vorab eine Verschuldens- (Art. 41 OR)<sup>128</sup> oder Geschäftsherrenhaftung (Art. 55 OR)<sup>129</sup> sein<sup>130</sup>. Darüber hinaus aber ist zu beachten:

- b. Stehen die Baustelleneinrichtungen im Eigentum eines bestimmten Unternehmers und qualifizieren sie sich als Werke im Sinne des Art. 58 OR, so kann den betreffenden Unternehmer auch eine *Werkeigentümerhaftung* treffen<sup>131</sup>. Vorausgesetzt ist, dass es sich um eine stabile, mit dem Erdboden (direkt oder indirekt) verbundene Einrichtung<sup>132</sup> handelt (= Werkbegriff des Art. 58 OR<sup>133</sup>) und der Schaden durch einen Mangel der Einrichtung verursacht wird. Ob der Eigentümer die Einrichtung selber (allenfalls durch seine Hilfspersonen) benützt oder ob ein anderer (z.B. ein Neben- oder Subunternehmer) sie verwendet, macht für die Werkeigentümerhaftung keinen Unterschied.
- c. Arbeitsmaschinen, die sich ohne Schienen durch Eigenantrieb auf dem Boden fortbewegen können (z.B. ein Raupentrax, eine Strassenwalze oder ein Autokran), sind *Motorfahrzeuge* im Sinne des Art. 7 Abs. 1 SVG<sup>134</sup>. Ist der Unternehmer Halter einer solchen Maschine, so haftet er für Personen- und Sachschäden, die durch deren Betrieb<sup>135</sup> ent-

---

127 Baustelleneinrichtungen sind jene "Einrichtungen, die der Unternehmer für die vertragsgemässe Durchführung seiner Arbeit benötigt, wie z.B. Fahrnisbauten, Gerüste, Einwandungen, Abschränkungen, Maschinen, Fahrzeuge, Geräte (ohne Handwerkzeug), Zufahrten und Plätze, provisorische Verbindungswege, Leitungen aller Art" (SIA-Norm 118, Art. 123).

128 Zum Beispiel deswegen, weil er eine gefährliche Maschine in Einsatz bringt, ohne die notwendigen Schutzvorkehrungen zu treffen (Gefahrensatz); weil Baugerüste, die er errichtet hat, nicht genügend gesichert sind, um die berechtigten Benutzer (z.B. auch einen Folgeunternehmer, dem die Gerüste zur Weiterverwendung überlassen werden), gegen Schaden zu sichern (Gefahrensatz); oder weil er (der Unternehmer) die Bedienung einer Maschine (etwa eines Krans) einem hierzu ungeeigneten (unausgebildeten) Arbeiter überlässt.

129 Beispiel: Haftung eines kantonalen Bauamtes für den Schaden, den seine Arbeiter dadurch verursachten, dass sie mit einer unbeleuchteten Strassenwalze durch den Axentunnel fuhren. Misslungener Befreiungsbeweis, weil das Amt es unterlassen hatte, die Arbeiter auf die Notwendigkeit der Beleuchtung aufmerksam zu machen (BGE 88 II 135).

130 Z.B. dann, wenn der Bauherr auf einem unsachgemäss errichteten Gerüst des Unternehmers verunfallt. Aus dem Gefahrensatz ergibt sich die Pflicht des Unternehmers, "Baugerüste so zu errichten und zu sichern, dass der Bauherr bei der ihm zustehenden Kontrolle der Bauarbeiten nicht zu Schaden kommt" (BauR 1985, S. 709).

131 *Geisseler*, BR 1986, S. 52 ff., vgl. z.B. TC NE RJN 1973-1977 I, S. 603 = BR 1981, S. 59, Nr. 69 (Werkeigentümerhaftung des Unternehmers bei Sturz eines Arbeiters vom Baugerüst. Gerüst war mangelhaft, weil in Widerspruch zu einschlägigen Unfallvorschriften. Daran vermochte auch der Umstand nichts zu ändern, dass das Gerüst behördlich geprüft und abgenommen worden war).

132 Das kann zum Beispiel der Fall sein für Baugerüste (BGE 96 II 359; 33 II 152 f. ; 22, 1154 f.), Schwebebahnen (BGE 60 II 219); Verschalungen, Abschränkungen (anders: SJZ 1946, S. 239 ff.), Betonmischanlagen oder Krane. Vgl. *Geisseler*, BR 1986, S. 52 und die dortigen Differenzierungen hinsichtlich der Krane.

133 Vgl. dazu (namentlich auch zum Erfordernis der Stabilität) *Oftinger/Stark*, S. 188; *Deschenaux/Tercier*, S. 124.

134 *Geisseler*, BR 1986, S. 54.

135 Das setzt voraus, dass sich *eine dem Betrieb eines Motorfahrzeuges typische Gefahr* (namentlich die Gefahr der motorisierten Fortbewegung) auswirkt. Zu dieser Voraussetzung und ihrer schwierigen (umstrittenen) Anwendung auf Arbeitsmaschinen, vgl. *Geisseler*, BR 1986, S. 55 und den dort wiedergegebenen Meinungsstand.

Die Meinungen (*Geisseler*, a.a.O.) gehen auseinander. Beispiele: Kein Betrieb, wenn ein Trax sich nur zur Arbeitsverrichtung bewegt (*Schaer*). Jeder Unfall, den eine fahrende

stehen, nach Art. 58 Abs. 1 SVG. Diese (streng kausale) *Motorfahrzeughaftung* greift auch dann ein, wenn der Motor der betreffenden Maschine nur nebenbei der Fortbewegung (primär also dem übrigen Betrieb) dient. Unerheblich ist, ob sich der Schaden auf einer öffentlichen Strasse oder abseits davon (z.B. in einer privaten Baugrube) ereignet<sup>136</sup>.

### 3. Die Haftung des Architekten/Ingenieurs

1. Schäden des Bauherrn, anderer Baubeteiligter oder Dritter sind oft die Folge von **Planungs-, Ueberwachungs- oder Koordinationsfehlern**. Ein Architekt (oder Ingenieur), dem ein solcher Fehler unterläuft, haftet für den dadurch (mit-) verursachten Schaden nach Massgabe der anwendbaren Haftungsbestimmungen (namentlich Art. 41/55 OR). Eine Haftung des Architekten (Ingenieurs) aus unerlaubter Handlung (Art. 41 OR) kommt z.B. in Frage, wenn (infolge des Fehlers) ein Bauarbeiter, Bauunternehmer oder ein anderer Baubeteiligter verunglückt<sup>137</sup> oder wenn benachbarte Gebäude Schaden leiden. Zwei Punkte sind speziell hervorzuheben:

a. Den Architekten (Ingenieur) trifft nicht nur eine vertragliche *Sorgfaltspflicht* (gegenüber seinem Auftraggeber). Vielmehr ist er (nach Massgabe seiner beruflichen Zuständigkeit) auch unter dem Gesichtspunkt der deliktischen Verschuldenshaftung (Art. 41 OR) gehalten, etwaigen Gefahren, die (für Leib, Leben und Eigentum anderer) vom Bauwerk ausgehen, im Rahmen des Zumutbaren vorzubeugen und sie gegebenenfalls abzuwehren<sup>138</sup>.

Diese "Verkehrssicherungspflicht", die sich aus dem Gefahrensatz ergibt, besteht gegenüber allen, die mit dem Bauwerk bestimmungsgemäss in Berührung kommen. Ihre Verletzung kann eine Verschuldenshaftung begründen, wenn Dritte z.B. infolge fehlerhaft konstruierter Treppen verunfallen, durch das Herabstürzen mangelhaft erstellter Decken an Körper oder Sachen geschädigt werden oder wenn die späteren Mieter des Bauwerkes an eingebrachten Sachen Feuchtigkeitsschäden erleiden<sup>139</sup>.

---

Arbeitsmaschine verursacht, untersteht dem SVG (*Keller*). Kein Betrieb, solange motorische Kraft ausschliesslich zur Arbeitsleitung (nicht zur Fortbewegung) gebraucht wird (*KGr. SG*). Haftung nach SVG, wenn Schädigung wegen oder anlässlich der Fortbewegung einer Arbeitsmaschine oder einer damit zusammenhängenden Erscheinung (z.B. Erschütterung) eintritt (*Geisseler*).

Wie schwierig die Abrenzung ist, zeigt auch der unveröffentlichte Kreiselmäher-Entscheid des Bundesgerichts (NZZ, 15. 11. 1988). Von einer traktor-gezogenen Mähmaschine hatten sich zwei Mähmesser gelöst, was zu Sachbeschädigungen führte. Das Gericht verneinte die Haftung, weil der Schaden nur aus dem Arbeitsvorgang des Mähgerätes hervorgegangen sei.

136 Zutreffend: *Geisseler*, BR 1986, S. 54. Anders *Oftinger II/2*, S. 467 f. In BGE 104 II 259 (Baustellenunfall mit einer Strassenwalze) offengelassen (vgl. dazu BR 1982, S. 42, Nr. 42, mit Anmerkung *Tercier*).

137 Beispiel: Deliktshaftung des Architekten gegenüber Unternehmer, der dessen Hilfspolier einen Auftrag zur Veränderung eines von einem Fachunternehmen erstellten Gerüst erteilte (BauR 1984, S. 77).

138 BGH BauR 1987, S. 117.

139 Vgl. BauR 1987, S. 116 ff.: Deliktshaftung des Architekten, weil die Feuchtigkeitsschäden auf Baumängel zurückzuführen sind, für die ihn wegen fehlerhafter Ausführungszeichnungen oder mangelhafter Bauaufsicht eine Mitverantwortung trifft (= Beilage 9).

- b. Zwar mag es zutreffen, dass der ausführende Unternehmer vielfach besser in der Lage ist, über die Notwendigkeit von Sicherungsmassnahmen zu entscheiden. "Der bauleitende Architekt kann aber seinerseits im Rahmen von OR 41 belangt werden, wenn er Nachlässigkeiten des Unternehmers toleriert und gegen sicherheitswidrige Zustände und fehlerhaftes Vorgehen bei der Bauausführung nicht einschreitet"<sup>140</sup>.
2. Nicht alle Schäden, für die ein Architekt (Ingenieur) einstehen muss, haben ihren Grund in einem Planungs-, Ueberwachungs- oder Koordinationsfehler. Vielmehr kann eine Deliktshaftung des Architekten **aus vielen weiteren Gründen** entstehen. Im Folgenden muss ich mich auf zwei Hinweise beschränken:
- a. Vorerst sei nochmals auf die *Haftung für unrichtige Auskunftserteilung* hingewiesen<sup>141</sup>. Sind die bereits umschriebenen Haftungsvoraussetzungen erfüllt, so wird ein Architekt (Ingenieur, Geologe) z.B. auch dann deliktisch haftbar, wenn er eine kreditgebende Bank durch eine unrichtige Baufortschrittsanzeige<sup>142</sup> schädigt oder ein falsches Gutachten erstellt, durch das der Besteller<sup>143</sup> oder ein Dritter (dem das Gutachten bestimmungsgemäss weitergegeben wird) einen Schaden erleidet.
- b. Eine schwierige Frage ergibt sich sodann aus Art. 8 UWG<sup>144</sup>. Fällt unter diese Bestimmung (so fragt sich) auch ein Architekt (Ingenieur), der als Abschlussgehilfe des Bauherrn veranlasst, dass zum Nachteil des Unternehmers "missbräuchliche Geschäftsbedingungen" in den Bauwerkvertrag übernommen werden?
- Die gestellte (noch ungelöste) Frage hat vor allem auch deliktsrechtliche Bedeutung, weil unlauterer Wettbewerb allenfalls einen Deliktsanspruch des Geschädigten auslöst (vgl. Art. 9 Abs. 3 UWG).

#### 4. Die Haftung des Materiallieferanten

1. Dass der Lieferant (und schon der Hersteller) von Baumaterial für den daraus entstehenden Schaden deliktisch haftbar werden kann, steht ausser Zweifel. So begründen **fehlerhafte (z.B. gesundheitsschädliche) Produkte** eine Deliktshaftung des Lieferanten (oder/und Herstellers), wenn sie Körper- oder Sachschäden verursachen und die Haftungsvoraussetzungen der Art. 41/55 OR gegeben sind. Geschädigter mit Ersatzanspruch kann der unmittelbare Verarbeiter des Materials (Schachtrahmenfall!<sup>145</sup>), ein Bauunternehmer, der Bauherr oder ein anderer (z.B. ein späterer Mieter) sein. Doch ist ein Doppeltes zu beachten:

---

<sup>140</sup> *Geisseler*, BR 1986, S. 30, mit Beispielen aus der Rechtsprechung: Haftung des bauleitenden Architekten für den Schaden eines Bauarbeiters, der infolge eines Deckeneinsturzes verunfallt ist (SJZ 1954, S. 114). Haftung eines Ingenieurs wegen mangelnder Ueberwachung bei gefährlichem Schachtbau (BGE 87 II 184).

<sup>141</sup> Vgl. oben II. 2. 2. a.

<sup>142</sup> Vgl. BauR 87, S. 458 ff., wo man aber (deutscher Rechtstradition entsprechend) eine vertragliche Haftung konstruiert.

<sup>143</sup> Der geschädigte Besteller wird sich allerdings primär auf die Vertragshaftung berufen.

<sup>144</sup> Der Wortlaut des Art. 8 UWG findet sich in Anm. 75.

<sup>145</sup> Vgl. oben II. 1. c.

- a. Die Verarbeitung fehlerhaften Materials durch den Bauunternehmer kann einen Werkmangel begründen, für den der Unternehmer seinem Besteller gegenüber einzustehen hat (Art. 368 OR). Durch diese Mängelhaftung erleidet der Unternehmer selbst einen *reinen Vermögensschaden*, für den ein deliktischer Ersatzanspruch gegenüber dem Materiallieferanten (nach Massgabe der herrschenden Lehre) grundsätzlich ausgeschlossen ist<sup>146</sup>.
- b. Fehlerhaftes Material (z.B. eine undichte Dachfolie) kann, wenn es eingebaut wird, zu erheblichen Schäden (z.B. Wasserschäden) am Bauwerk führen. Das ist zwar eine bekannte Erfahrungstatsache. Ob und inwieweit aber der Eigentümer des Bauwerks aus solchen Schäden einen Deliktsanspruch gegenüber dem Materiallieferanten (oder dem Hersteller) ableiten kann, gehört zu den ungelösten Fragen des Haftpflichtrechts<sup>147</sup>.
2. Für die Zukunft ist, was die Haftung des Materiallieferanten/Herstellers betrifft, mit gesetzlichen Verschärfungen zu rechnen. Die starke Beeinflussung der Schweiz durch die EWG (und das Bemühen der Schweizer um EG-Kompatibilität) lässt jedenfalls erahnen, dass sich die EG-Produkthaftpflichtrichtlinie 1985<sup>148</sup> auf die schweizerische Rechtsentwicklung auswirken wird. Diese Richtlinie sieht eine (grundsätzlich) verschuldensunabhängige Haftung für Produkteschäden vor und gilt (nach ihrer Präambel) auch für bewegliche Sachen, "die bei der Errichtung von Bauwerken verwendet oder in Bauwerke eingebaut werden".

## 5. Die Haftung mehrerer

1. Nicht selten kommt es vor, dass mehrere Baubeteiligte für ein und denselben Schaden haften. Trifft dies im Einzelfall zu, so beurteilt sich das Verhältnis (unter Vorbehalt einschlägiger Sonderbestimmungen<sup>149</sup>) nach Art 50 und 51 OR. Danach besteht zwischen den Haftpflichtigen in aller Regel ein Verhältnis der unechten Solidarität (Art. 51 OR)<sup>150</sup>. Haben aber die Mehreren den Schaden "gemeinsam verschuldet"<sup>151</sup>, dann (und nur dann) haften sie nach Art. 50 OR solidarisch<sup>152</sup>.
2. Ob und in welchem Umfang die Beteiligten Rückgriff gegeneinander haben, wird durch richterliches Ermessen bestimmt (Art. 50 Abs. 2/Art. 51 Abs. 1 OR). Im Verhältnis der unechten Solidarität trägt in erster Linie den Schaden, wer "ihn durch unerlaubte Handlung verschuldet hat, und in letzter Linie derjenige, der ohne eigene Schuld und ohne vertragliche Verpflichtung nach Gesetzesvorschrift haftbar ist" (Art. 51 Abs. 2 OR).

---

146 Vgl. oben II. 2.

147 Deutsche Kasuistik bei *Ingenstau/Korbion*, VOB-Kommentar, 11. Auflage, B § 13, N 302.

148 Vgl. dazu *Keilholz*, Die Bedeutung der EG-Produkthaftpflichtrichtlinie für das private Baurecht, *BauR* 1987, S. 259 ff.

149 Z.B. Art. 60 SVG.

150 Zum Unterschied zwischen echter und unechter Solidarität vgl. BGE 104 II 225 ff.; *Deschenaux/Tercier*, S. 278 ff.; *Gauch/Schluep*, Nr. 2435 ff.; *Keller II*, S.154 f.; *Keller/Gabi*, S. 138.

151 Vgl. darüber *Deschenaux/Tercier*, S. 280; *Oftinger/Stark*, S. 99 ff.; *Keller II*, S. 147.

152 Art. 143 ff. OR.



**Beilagen:**

1. BGE 110 II 456.
2. Gauch/Aeppli/Casanova, Rechtsprechung zu Art. 55 OR.
3. Gauch/Aeppli/Casanova, Rechtsprechung zu Art. 41 OR.
4. BGE 113 Ia 357.
5. Gauch/Schluep, N 720 ff.
6. Gauch, Der Werkvertrag, N 318 ff.
7. BGE 108 II 184 ff.
8. BauR 1987, S. 116 ff.

BGE 110 II 456 ff.87. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 9. Oktober 1984 i.S.  
F. gegen H. AG (Berufung)*Art. 55 OR. Haftung des Geschäftsherrn für Schäden aus Produktmängeln.*

1. An den Befreiungsbeweis des Geschäftsherrn sind auch dann erhöhte Anforderungen zu stellen, wenn die Arbeit der Hilfspersonen als solche nicht gefährlich ist, Fehler bei der Herstellung des Produktes aber zu einer Gefahr für Personen, die es bestimmungsgemäss verwenden, führen können (E. 2b).
2. Die vom Geschäftsherrn gemäss Art. 55 Abs. 1 OR verlangte Sorgfalt beschränkt sich nicht auf richtige Auswahl, Überwachung und Instruktion der Hilfspersonen, sondern der Geschäftsherr hat darüber hinaus für eine zweckmässige Arbeitsorganisation und nötigenfalls für die Endkontrolle seiner Erzeugnisse zu sorgen, wenn damit eine Schädigung Dritter verhindert werden kann (E. 3a).
3. Ist eine Endkontrolle der Produkte nicht möglich oder unzumutbar, muss der Geschäftsherr eine Konstruktionsart wählen, die Fabrikationsfehler und die sich daraus ergebende Schädigungsfahr mit hoher Wahrscheinlichkeit ausschliesst (E. 3b).

*Art. 55 CO. Responsabilité de l'employeur pour des dommages résultant de défauts de ses produits.*

1. Il y a lieu de formuler des exigences accrues quant à la preuve libératoire de l'employeur également lorsque le travail des auxiliaires ne présente pas de danger en soi mais que des erreurs dans la fabrication du produit peuvent constituer une source de danger pour les personnes qui s'en servent correctement (consid. 2b).
2. En vertu de l'art. 55 al. 1 CO, l'employeur ne doit pas seulement avoir choisi judicieusement ses auxiliaires, les avoir surveillés et leur avoir donné les instructions nécessaires, mais il doit encore veiller à une organisation rationnelle de son entreprise comprenant, au besoin, un contrôle final de ses produits, apte à préserver les tiers de tout dommage (consid. 3a).
3. Si un contrôle final des produits n'est pas possible ou si l'on ne peut l'exiger de l'employeur, celui-ci doit choisir un mode de fabrication qui

exclue, avec un haut degré de probabilité, les erreurs de fabrication et le danger qui en résulte pour autrui (consid. 3b).

*Art. 55 CO. Responsabilità del padrone di azienda per danni risultanti da difetti dei suoi prodotti.*

1. La prova liberatoria del padrone di azienda va fornita in modo rigoroso anche laddove l'attività delle persone ausiliarie non sia di per sé pericolosa ma errori nella fabbricazione del prodotto possano essere fonte di pericolo per coloro che lo utilizzino correttamente (consid. 2b).
2. Per soddisfare alla diligenza richiestagli conformemente all'art. 55 cpv. 1 CO, il padrone di azienda non deve soltanto scegliere in modo corretto le sue persone ausiliarie, vigilare su di esse e dar loro le istruzioni necessarie; occorre altresì che egli provveda ad un'organizzazione razionale della propria azienda e, se del caso, a un controllo finale dei prodotti quando in tal guisa possa essere evitato un pregiudizio per i terzi (consid. 3a).
3. Se un controllo finale dei prodotti risulta impossibile o non può essere ragionevolmente preteso dal padrone di azienda, questi deve scegliere un modo di produzione che escluda, con alto grado di verosimiglianza, gli errori di fabbricazione e il rischio di pregiudizio ad essi inerente (consid. 3b).

Christian F., Arbeitnehmer der Baufirma Gebrüder F. & B., erlitt am 14. Oktober 1980 bei Bauarbeiten an der Allmendstrasse in Reutigen einen Unfall. F. war zusammen mit anderen Arbeitern damit beschäftigt, einen 690 kg schweren, exzentrischen Schachtrahmen aus armiertem Beton mit Hilfe eines Baggers hochzuheben und auf dem Schacht anzubringen. Dabei riss eine der beiden etwa in der Schwerelinie des Rahmens einbetonierten Aufhängeschlaufen aus, worauf der Rahmen herabfiel und den rechten Fuss von F. zerquetschte.

Nach dem Unfall befand sich F. während rund drei Monaten im Spital und war bis 25. Oktober 1981 arbeitsunfähig. Die Unfallverletzungen führten zu einer schweren Deformation des rechten Fusses. F. muss einen speziellen orthopädischen Schuh tragen und ist gehbehindert. Er arbeitet heute wieder bei der gleichen Bauunternehmung als Maschinist, ist aber für manuelle Arbeiten wie zum Beispiel Schaufeln und Pickeln nicht mehr voll einsatzfähig. Die SUVA setzte am 13. Juni 1983 die Erwerbsunfähigkeit von F. auf 30% fest und sprach ihm eine monatliche Invalidenrente von Fr. 606.— zu. Für die unfallbedingte Arbeitsunfähigkeit zahlte die SUVA ein Krankengeld von 80% des ausgefallenen Lohnes aus.

Im Februar 1983 erhob F. beim Appellationshof des Kantons Bern Klage gegen die H. AG, welche den Schachtrahmen hergestellt hatte. Er verlangte Schadenersatz von rund Fr. 69 000.— und

eine Genugtuung von Fr. 15 000.—. Zur Begründung der Klage machte er geltend, die Beklagte hafte aufgrund von Art. 55 OR, weil die Aufhängeschlaufe wegen eines Fehlers bei der Herstellung des Schachtrahmens ausgerissen sei.

Der Appellationshof wies die Klage am 31. August 1983 mit der Begründung ab, die Beklagte habe beweisen können, dass sie alle erforderlichen und zumutbaren Massnahmen getroffen habe, um das Ausreissen der Aufhängeschlaufe zu verhindern.

Der Kläger hat gegen dieses Urteil Berufung eingelegt, die gutgeheissen wird.

*Aus den Erwägungen:*

1. — Die Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz sind, soweit sie im folgenden wiedergegeben werden, von keiner Partei bestritten. Danach stellt die Beklagte verschiedene Arten von Schachtrahmen seit mehr als zwanzig Jahren in Stückzahlen von heute jährlich insgesamt 200 bis 250 her. Für den Herstellungsvorgang bestehen keine schriftlichen Anweisungen. Fabriziert werden die Rahmen von zwei langjährigen und bewährten Arbeitern. Beide gelten als zuverlässig und werden nicht speziell überwacht. Das Vorgehen bei der Rahmenherstellung ist einfach. Zunächst wird in die entsprechende Form eine erste Schicht Beton eingefüllt und eine Lage Armierungseisen eingelegt. Dann werden die vorgefertigten Aufhängeschlaufen eingesetzt, die aus acht Millimeter dickem Armierungsstahl von ca. 45 cm Länge bestehen. Die Schlaufen weisen die Form einer unten offenen Acht auf; der obere runde Teil dient als Öse, die mit den zwei unteren Enden im Beton verankert wird. Nach dem Einsetzen der Schlaufen wird eine weitere Schicht Beton eingeschaufelt, die zweite Lage Armierung eingelegt und nochmals Beton eingefüllt, der jedesmal gestampft oder vibriert wird. Dann wird mit einer Schablone eine runde Vertiefung in den Rahmen gepresst, welche für das Einsetzen des eisernen Gussdeckels bestimmt ist. Schliesslich wird der Rahmen nach Erhärtung des Betons, d.h. nach ein bis zwei Tagen, mit einem Hubstapler ins Freie gebracht und auf dem Fabrikgrundstück gelagert.

Seit 1979 oder 1980 wird der unterste Teil der Schlaufenenden in Form von Widerhaken nach oben gebogen. Zudem werden heute bei exzentrischen Schachtrahmen anstelle von zwei Aufhängeschlaufen deren drei eingesetzt. Der Rahmen, welchen die Be-

klagte der Firma Gebrüder F. & B. am 1. September 1980 geliefert hatte, war mit zwei Schlaufen ohne Widerhaken versehen. Wann genau und von welchem Arbeiter er hergestellt wurde, ist nicht bekannt.

Dieser Rahmen war rund ein Monat vor dem Unfall von Arbeitern der Firma Gebrüder F. & B. an der Allmendstrasse auf das Schachtrohr aufgesetzt worden. Auch damals hatte ein Bagger den Rahmen an einem durch die Schlaufen gezogenen Seil hochgehoben und auf dem Schachtrohr abgesetzt. Am Tag des Unfalls wurde der Rahmen wieder abgenommen, weil das Schachtrohr verkürzt werden sollte. Für das Durchziehen des Drahtseiles war es notwendig, die Schlaufen etwas hochzubiegen. Der Rahmen wurde dann neben dem Schachtrohr abgesetzt. Nach der Verkürzung des Rohres wurde der Rahmen vom Bagger hochgezogen und über dem Schacht in die richtige Lage gebracht. Dabei stand der Kläger neben dem Rahmen, um beim Richten zu helfen, und während des Absenkens ereignete sich der Unfall.

Auch die Feststellungen des Appellationshofes über die Ursache des Ausreissens der Aufhängeschlaufe sind von beiden Parteien unbestritten. Die Vorinstanz stellte dazu auf ein Gutachten vom 17. Mai 1982, die Aussagen des Gutachters und den Augenschein bei der Beklagten ab. Nach dem Gutachten lagen drei Fabrikationsfehler vor. Erstens war die ausgerissene Schlaufe um ca. 35° verdreht eingesetzt worden, wodurch ein Schlaufenende allein den Grossteil der Last tragen musste; das heisst der Winkel zwischen Betonoberfläche und Schlaufenenden betrug nicht wie normal etwa 55°, sondern für das eine Ende ca. 20° und für das andere ca. 90°. Zweitens waren die Schlaufenenden ungleich lang. Während das eine rund 15 cm mass, wies das andere, beinahe senkrecht im Beton eingesetzte, eine Länge von rund 11 cm auf. Drittens waren die Schlaufenenden nicht vollständig vom Beton umgeben, weil die Schlaufe nicht genügend einvibriert worden war. Diese Fehler waren von aussen nicht zu erkennen. Nach den Aussagen des Gutachters hätte das kürzere Schlaufenende auch allein die Last tragen können, wenn es vollständig von Beton umgeben gewesen wäre. Der Gutachter gab an, die Schlaufe müsse nach dem Einsetzen, während des Härtens des Betons verschoben und nachher der Beton nicht mehr vibriert oder gestampft worden sein. Beim Augenschein stellte der Appellationshof fest, dass eine Schlaufe in diesem Stadium des Herstellungsvorgangs durch ein blosses Anschlagen mit der Pflasterkelle verschoben werden kann. Der Gut-

achter hatte sich auch dazu geäußert, ob die Haftung zwischen Beton und Schlaufe durch das Niederdrücken und Wiederaufbiegen der Schlaufe habe geschwächt werden können. Er bezeichnete dies als möglich, aber nicht nachweisbar. Im angefochtenen Urteil wird ausgeführt, das Gutachten enthalte insofern einen Widerspruch, als an einer Stelle eine Schwächung der Haftbrücke zwischen Stahl und Beton grundsätzlich für möglich gehalten werde, an einer anderen Stelle aber festgehalten werde, das Um- und Wiederaufbiegen beanspruche nur den Stahl; nach den Aussagen des Gutachters bei der Befragung müsse die Schwächung jedoch für möglich gehalten werden. Im restlichen Teil des Urteils kommt der Appellationshof nicht mehr auf diese Bemerkung zurück; offenbar weil er die Frage für unerheblich hielt. Die Parteien äussern sich nicht dazu. Unter diesen Umständen muss davon ausgegangen werden, dass eine – nach Feststellung des Gutachters nicht nachweisbare – Schwächung der Haftung zwischen Beton und Schlaufe durch das Niederdrücken und Wiederaufbiegen als Ursache des Ausreissens ausser Betracht fällt.

2. — Gemäss Art. 55 Abs. 1 OR haftet der Geschäftsherr für den Schaden, den seine Arbeitnehmer oder andere Hilfspersonen in Ausübung ihrer dienstlichen oder geschäftlichen Verpflichtungen verursacht haben, wenn er nicht nachweist, dass er alle nach den Umständen gebotene Sorgfalt zur Schadenverhütung angewendet hat, oder dass der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt eingetreten wäre. Der Appellationshof weist zutreffend darauf hin, dass es sich dabei um eine Kausalhaftung handelt, die kein Verschulden der Hilfsperson oder des Geschäftsherrn voraussetzt (BGE 97 II 223 mit Hinweisen).

In bezug auf den Befreiungsbeweis hält die Vorinstanz fest, die vom Geschäftsherrn geforderte Sorgfalt werde im allgemeinen in die Trilogie *cura in eligendo, instruendo vel custodiendo* gegliedert; darüber hinaus könne sich der Geschäftsherr in der Regel nicht befreien, wenn er die Arbeit in seinem Betrieb unzumutbar organisiert habe, ungeeignetes Material oder Werkzeug zur Verfügung gestellt, die Hilfsperson überanstrengt oder zu Arbeiten angehalten habe, denen sie nicht gewachsen sei oder die schlecht hin gefährlich seien, ohne dass er gleichzeitig die im Interesse Dritter erforderlichen Schutzmassnahmen getroffen habe. An den Befreiungsbeweis seien strenge Anforderungen zu stellen, und die geforderte Sorgfalt sei um so grösser, je wichtiger oder gefährlicher die Arbeit der Hilfsperson sei. Vom Geschäftsherrn dürfe aber

nicht Umzumutbares verlangt werden. Gegen diese Ausführungen, die mit Lehre und Rechtsprechung übereinstimmen, bringt der Kläger mit Recht nichts vor.

a) Nach Auffassung des Appellationshofes kann der Beklagten bezüglich Auswahl der Arbeiter, denen die Herstellung der Schachtrahmen übertragen war, kein Vorwurf gemacht werden. Auch die Überwachung durch den Vorarbeiter, der Stichproben gemacht habe, sei nicht ungenügend gewesen. Die seit Jahren mit dem Arbeitsvorgang vertrauten Arbeiter hätten beste Gewähr dafür geboten, die einfache und alltägliche Verrichtung ordnungsgemäss auszuführen. Es sei weltfremd zu fordern, dass während des gesamten Herstellungsvorgangs stets jemand hinter den Arbeitern hätte stehen und sie überwachen müssen. Eine Verletzung der *cura in instruendo* liege ebenfalls nicht vor. Die Arbeiter hätten aufgrund ihrer langen Erfahrung den Produktionsvorgang bestens gekannt. Die einfache und ihnen geläufige Arbeit habe nicht erfordert, dass ihnen stets die Weisung erteilt werde, namentlich bei der Einbetonierung der Schlaufen besondere Vorsicht walten zu lassen, denn das sei für die Arbeiter selbstverständlich gewesen.

b) Diesen Erwägungen kann insoweit ohne Bedenken beigegeben werden, als sich die Beklagte auf ihre zuverlässigen, langjährigen Arbeiter verlassen durfte, ohne sie ständig zu ermahnen und zu überwachen. Es stellt sich aber die Frage, ob die Hilfspersonen ausreichend instruiert worden sind. Ursache für die ungenügende Haftung zwischen der ausgerissenen Schlaufe und dem Beton war nach der Aussage des Gutachters eine Unachtsamkeit bei der Herstellung: Die Schlaufe war während des Härtevorgangs versehentlich berührt und verschoben worden, und danach war der Beton nicht noch einmal gestampft oder vibriert worden. Es sind auch dann erhöhte Anforderungen an die Pflicht zur Erteilung von Anweisungen zu stellen, wenn die Arbeit der Hilfspersonen als solche nicht gefährlich ist, Fehler bei der Herstellung des Erzeugnisses aber zu einer Gefahr für Leib und Leben der Personen, die es bestimmungsgemäss verwenden, führen können (vgl. BGE 64 II 261/2). Dass das Ausreissen einer Aufhängeschlaufe während des Hochhebens des 690 kg schweren Schachtrahmens fatale Folgen haben konnte, musste der Beklagten bewusst sein. Es könnte deshalb mit guten Gründen die Auffassung vertreten werden, sie hätte ihre Arbeiter nachdrücklich darauf hinweisen müssen, dass auch ein geringfügiges Versehen beim Härtevorgang die Funktionstüchtigkeit der Schlaufen in Frage stelle. Mit der Vorinstanz

ist aber davon auszugehen, dass unter den gegebenen Umständen der Fabrikationsfehler durch das Erteilen derartiger Anweisungen nicht hätte verhindert werden können.

3. — Der Kläger wirft dem Appellationshof vor, er habe unzureichend geprüft, ob die Beklagte hafte, weil sie die Schachtrahmen nach der Herstellung nicht habe kontrollieren lassen. Ein kurzes abruptes Hochheben und Absenken der Rahmen an ihren Schlaufen durch einen Gabelstapler hätte zur Prüfung der Festigkeit der Schlaufen genügt. Eng mit der Kontrollpflicht hänge die zweckmässige Organisation des Betriebes zusammen. Inhalt dieser «Organisationshaftung» sei sicher einmal der korrekte Ablauf der Herstellungsphase. Weiter habe der Geschäftsherr aber schon organisatorisch eine Kontrolle der Produkte vorzusehen. Die cura in custodiendo umfasse die sorgfältige Ausführung der Kontrolle, das Gebot der zweckmässigen Organisation jedoch das Vorsehen einer Kontrolle.

Nach Ansicht des Appellationshofes hätte der Fabrikationsfehler durch eine Kontrolle der Schlaufen nicht entdeckt werden können. Die Vorinstanz leitet diese Annahme aus dem Umstand ab, dass die Schlaufen mindestens zweimal gehalten hatten. Der mangelhafte Schachtrahmen müsse als sogenannter Ausreisser betrachtet werden, dessen Fehler durch zumutbare Kontrolle nicht feststellbar gewesen sei. Im übrigen könne auch nicht behauptet werden, der Betrieb der Beklagten sei unzweckmässig organisiert gewesen.

a) In BGE 90 II 90 wurde festgehalten, der Geschäftsherr habe zur Haftungsbefreiung insbesondere nachzuweisen, dass er seinen Betrieb zweckmässig organisiert habe. Für die Beurteilung jenes Falles war diese Frage aber ohne Bedeutung. In einem früheren Entscheid zu Art. 62 alt OR wurde der Direktion eines Betriebes ein Verschulden vorgeworfen, weil sie die Arbeit der Hilfspersonen mangelhaft organisiert hatte. Der Mangel wurde darin gesehen, dass keine Personen bezeichnet worden waren, welche regelmässig eine bestimmte Arbeit auszuführen hatten und daher damit vertraut waren, sondern dass die Arbeiter vielfach wechselten und einige von ihnen dazu berufen wurden, die mit der Sache nur ganz ausnahmsweise zu tun hatten (BGE 31 II 701). Unter dem Begriff des Organisationsmangels wurde somit das Fehlen von Anweisungen darüber verstanden, wer die Arbeit regelmässig auszuführen habe. In der Literatur zur Produzentenhaftung, auf welche sich die Einwände des Klägers abstützen, wird dagegen der Begriff der

Organisation wesentlich weiter gefasst. Diese Autoren gehen davon aus, die Arbeitsabläufe bei der industriellen Massenproduktion seien derart kompliziert und für einen Aussenstehenden unübersichtlich, dass der Beitrag des einzelnen Arbeiters unter dem Aspekt der Haftung des Herstellers für Schäden aus mangelhaften Erzeugnissen in den Hintergrund trete. Wichtiger als die Frage, ob der Geschäftsherr den Fehler des einzelnen Arbeiters hätte verhindern können, sei deshalb, ob er den Betrieb so organisiert habe, dass keine fehlerhaften Produkte das Unternehmen verlassen. Folgerichtig wird daher verlangt, eine zweckmässige Organisation habe auch die Kontrolle der fertigen Produkte zu umfassen (BARBARA MERZ, Analyse der Haftpflichtsituation bei Schädigung durch Medikamente, Diss. ZH 1980, S. 27 ff.; HANS NATER, Die Haftpflicht des Geschäftsherrn gemäss OR 55 angesichts der wirtschaftlich-technischen Entwicklung, Diss. ZH 1970, S. 62 ff.; FRANZ BURKI, Produkthaftpflicht nach schweizerischem und deutschem Recht, Diss. BE 1976, S. 145 ff.).

Diese Überlegungen können nicht ohne weiteres auf den vorliegenden Sachverhalt übertragen werden. Sie sind auf Produktionsverhältnisse zugeschnitten, wie sie in Grossbetrieben mit weitgehend automatisierten Arbeitsabläufen gegeben sein mögen. Zudem wird von den erwähnten Autoren, die de lege ferenda eine strenge Produzentenhaftung postulieren, im allgemeinen zu wenig beachtet, dass die Anforderungen an den Befreiungsbeweis des Geschäftsherrn gemäss Art. 55 Abs. 1 OR nach den tatsächlich gegebenen Umständen bestimmt werden müssen; es geht daher nicht an, die vom Geschäftsherrn im Einzelfall geforderte Sorgfalt an Massstäben zu messen, die auf allgemeinen Annahmen über die Arbeitsabläufe bei der Herstellung von Massenprodukten beruhen. Aus dem gleichen Grunde darf die Tatsache, dass nachträglich – das heisst aufgrund der Kenntnis über die Ursache des Produktemangels – im allgemeinen leicht festzustellen ist, durch welche Massnahme der Fehler hätte entdeckt und der Schaden verhindert werden können, nicht dazu verleiten, von vornherein unerfüllbare Anforderungen an den Befreiungsbeweis zu stellen (vgl. EMIL W. STARK, Einige Gedanken zur Produkthaftpflicht, in Festgabe für Karl Oetinger, S. 292 f.). Auf die erwähnten Lehrmeinungen kann dagegen auch im vorliegenden Fall insoweit abgestellt werden, als sie mit Recht unterstreichen, dass sich die vom Geschäftsherrn gemäss Art. 55 Abs. 1 OR verlangte Sorgfalt nicht auf richtige Auswahl, Überwachung und Instruktion der Hilfsper-

sonen beschränkt, sondern der Geschäftsherr darüber hinaus für eine zweckmässige Arbeitsorganisation und nötigenfalls für die Endkontrolle der Produkte zu sorgen hat, wenn damit eine Schädigung Dritter verhindert werden kann. Der Appellationshof hat dem zu wenig Beachtung geschenkt und zudem nicht berücksichtigt, dass der allgemeine Grundsatz des Haftpflichtrechts, wonach die Schaffung oder Unterhaltung gefährlicher Zustände zum Ergreifen von Schutzmassnahmen verpflichtet, auch für die Geschäftsherrenhaftung wegleitend sein muss (OFTINGER, Schweiz. Haftpflichtrecht, Bd. II/1, 3. Auflage, S. 154/5).

b) Wie bereits festgehalten, musste der Beklagten bewusst sein, dass Herstellungsfehler, die sich auf die Festigkeit der Aufhängeschlaufen auswirkten, zu einer Gefahr bei der Handhabung der Schachtrahmen führen konnten. Die Arbeiter, die sich vor allem beim Ausrichten des Rahmens auf dem Schachtrohr im direkten Gefahrenbereich des Rahmens befinden, müssen darauf vertrauen können, dass die Aufhängeschlaufen unter allen Umständen der Belastung standhalten. Die Beklagte war deshalb verpflichtet, alle nötigen und zumutbaren Massnahmen zu ergreifen, um Herstellungsfehler zu verhindern, oder zu verunmöglichen, dass mangelhafte Erzeugnisse verkauft wurden. Wird mit der Vorinstanz angenommen, ein Fabrikationsfehler, wie er im vorliegenden Fall unterliefe, hätte selbst mit einer anderen Organisation des Herstellungsvorgangs nicht vermieden werden können, so drängte sich die Vornahme einer Endkontrolle auf.

Die Beklagte bestreitet nicht, dass sie die Festigkeit der Aufhängeschlaufen nicht prüft. Sie bringt indes vor, die Schachtrahmen würden nach der Fertigung aus der Fabrikhalle auf den Lagerplatz transportiert, indem sie an den Schlaufen angehoben und weggeführt würden. Dieser bewährte innerbetriebliche Vorgang komme einer Testanordnung nahe. Der Kläger weist demgegenüber mit Recht darauf hin, dass bei einer eigentlichen Kontrolle zu prüfen wäre, ob die Schlaufen einer höheren als der normalen Belastung standhalten. Aus diesem Grund überzeugt auch das Argument des Appellationshofes nicht, dass eine Kontrolle nichts gebracht hätte, weil die mangelhafte Schlaufe vor dem Unfall mindestens zweimal gehalten habe; denn das besagt nichts darüber, ob der Mangel auch bei höherer Belastung nicht entdeckt worden wäre. Unklar ist aber, wie eine zweckmässige, vom Aufwand her zumutbare und technisch realisierbare Endprüfung zu gestalten wäre. Der Vorschlag des Klägers scheint zwar tauglich zu sein, es fragt sich aber,

ob die Kontrolle auf diese Weise durchgeführt werden könnte, ohne dass gerade durch die Prüfung die Verankerung der Schlaufe im Beton – von aussen nicht erkennbar – gelockert und damit erst die Gefahr eines späteren Unfalls geschaffen würde. Ob mit anderen Untersuchungsmethoden, wie etwa Durchleuchten, eine ungenügende Haftung der Schlaufen im Beton festgestellt werden könnte, ist bisher nicht geklärt worden.

Die Frage, wie eine Nachkontrolle auszugestalten wäre, kann jedoch offen bleiben. Denn sollte es keine tauglichen und zumutbaren Möglichkeiten einer derartigen Prüfung gegeben haben, so durfte die Beklagte nicht darauf verzichten, ohne durch eine sicherere Konstruktion die Gefahr, dass eine Schlaufe ausreiss, auf ein Minimum zu reduzieren. Mit anderen Worten hätte also die Beklagte die Konstruktion der Schachtrahmen so verändern müssen, dass ein Ausreissen der Schlaufen auch dann mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit auszuschliessen war, wenn deren Festigkeit nicht geprüft wurde oder geprüft werden konnte. Dass eine sicherere Konstruktion ohne grossen Mehraufwand möglich ist, beweisen die Änderungen, welche die Beklagte seit 1979 oder 1980 bezüglich der Aufhängeschlaufen vorgenommen hat. Sie versieht seither die Schlaufen mit Widerhaken und setzt bei exzentrischen Rahmen statt zwei deren drei ein. Die Widerhaken vermindern die Gefahr, dass die Schlaufen bei ungenügendem Einvibrieren ausreissen, und die dritte Schlaufe bietet mehr Sicherheit für den Fall, dass eine der Schlaufen der Belastung nicht standhält.

c) Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass die Beklagte im Hinblick auf die Funktion der Schlaufen, ein Einsetzen der Schachtrahmen ohne Schädigung der beteiligten Arbeiter zu ermöglichen, verpflichtet war, entweder durch eine Nachkontrolle allfällige Fehler bei der Produktion aufzuspüren, oder, wenn sie eine solche Kontrolle nicht vornehmen wollte oder konnte, eine sicherere Konstruktion zu wählen. Ihre Haftung ist demnach aufgrund von Art. 55 Abs. 1 OR zu bejahen. Damit braucht die vom Appellationshof verneinte Frage, ob die Klage auch auf Art. 41 OR gestützt werden könnte, nicht entschieden zu werden.

Gauch/Aeppli/Casanova, Rechtsprechung zu Art. 55 OR

### C. Haftung des Geschäftsherrn

**55 Abs. 1** Die Bestimmung begründet eine (durch den Vorbehalt des Entlastungsbeweises gemilderte) *Kausalhaftung*; sie setzt weder ein Verschulden der Hilfsperson voraus, noch verlangt sie, dass der Geschäftsherr die Unterlassung der nach den Umständen gebotenen Sorgfalt verschuldet habe 110 II 460 E. 2. – Sie beruht auf der Erwägung, dass wer eine Besorgung zu seinem Nutzen von einem andern verrichten lässt, unter bestimmten Voraussetzungen und in bestimmtem Umfang auch das Risiko für den Schaden tragen soll, der Dritten aus der Verrichtung durch die Hilfsperson erwächst 50 II 470 E. 2.

**Abgrenzungen/Anwendbarkeit.** Unterlassung der gebotenen Sorgfalt durch mangelnde Instruktion und Überwachung der Hilfsperson ist – im ausservertraglichen Verhältnis – gerade und ausschliesslich Haftungsgrund nach Art. 55. Aus eigener *unerlaubter Handlung* (Art. 41) haftet der Geschäftsherr für eine Handlung oder Unterlassung eines Angestellten nur, wenn er diesem rechtswidrige Weisungen erteilt hat 77 II 248 E. 2, 96 II 114 Pra 60 5. – Der *vertragliche Schadenersatzanspruch gemäss Art. 101* und der ausservertragliche gemäss Art. 55 bestehen nebeneinander (Anspruchskonkurrenz) 64 II 258 ff. E. II 1, 91 I 239 E. VI 2 fr. Culpa in contrahendo einer Hilfsperson (in casu Abschluss-

gehilfe) beurteilt sich nach Art. 101, nicht nach Art. 55 108 II 422 (Nr. 81). – Wird der Schaden durch das *Organ einer juristischen Person* verursacht, so gilt *ZGB Art. 55 Abs. 2* 105 II 292 E. 5a. Organ ist, wer kraft seiner Stellung und der ihm übertragenen Befugnisse tatsächlich und in massgebender Weise an der Bildung des körperschaftlichen Willens teilhat 87 II 187 E. 2 Pra 50 410 E. 2. – Die Haftung nach Art. 55 wird durch *aKUVG Art. 129 Abs. 2* gemildert 72 II 313 f. E. 1. Für den Schaden, der einem bei der SUVA Versicherten infolge eines Betriebsunfalles (vgl. 95 II 625 E. 2a) entsteht, haftet dessen Arbeitgeber (sofern er die Prämien ganz bzw. zur Hälfte bezahlt hat) unabhängig vom Rechtsgrund nur dann, wenn ihm (bzw. seinem Organ) ein *persönliches grobes Verschulden* zur Last fällt. Das Verschulden einer Hilfsperson kann dem Arbeitgeber nicht aufgrund von Art. 55 angerechnet werden 110 II 164 E. 1 fr. Die Einschränkung durch *aKUVG Art. 129 Abs. 2* bringt auch eine andere Beweislastverteilung mit sich (Beweis des groben Verschuldens obliegt dem Kläger) 81 II 224 f. E. 1 Pra 44 582; für den Ersatz von Sachschaden 88 II 47 und den Genugtuungsanspruch gilt sie nicht 110 II 164 E. 2 Pra 73 485 E. 2. – Dem Autohalter, der nach *SVG Art. 58 Abs. 4* (SR 741.01) für das Verschulden des Fahrzeugführers wie für sein eigenes Verschulden verantwortlich ist, steht der Entlastungsbeweis des Art. 55 nicht offen 99 II 202 E. 3 Pra 63 269 E. 3. – Entlastungsgründe, wie sie in Art. 55 vorgesehen sind, können weder im Rahmen von *AHVG Art. 70 Abs. 1* 112 V 270 E. d Pra 76 571 E. d noch von *PatG Art. 47* 108 II 159 E. 1b geltend gemacht werden. – Art. 55 ist auch nicht anwendbar, wenn ein *Tierhalter* die Obhut über das Tier vorübergehend seiner Ehefrau anvertraut 110 II 139 E. 1b Pra 73 478 E. 1b. – Der Anspruch aus Art. 55 kann konkurrieren: mit einem Anspruch aus *Art. 58* 77 II 309 E. 1, 96 II 359 f. E. II 1 und 2 Pra 60 138 f. E. II 1 und 2; mit einem Anspruch aus *Arbeitsvertrag*, vgl. 81 II 224 f. E. 1 Pra 44 581 f. E. 1 (zu *aOR Art. 339*), grundlegend 68 II 291 Pra 32 5 f. E. 4 – Art. 55 ist in Verbindung mit *Art. 61 Abs. 2* auch anwendbar, wo das *Gemeinwesen* mit dem Privaten nicht als Träger hoheitlicher Befugnisse, sondern als «koordiniertes Rechtssubjekt» in Beziehung tritt, sofern der schadensstiftende Funktionär keine Organstellung hat 77 II 310, 111 II 151 E. 3a. – *Keine analoge Anwendung* der Bestimmung für die Frage der Fristwiederherstellung nach *OG Art. 35* 114 Ib 73 f. E. e.

**Geschäftsherr.** Ein solcher kann nur sein, wer kraft seiner Stellung grundsätzlich die Möglichkeit hat, durch Weisungen an den andern zu verhüten, dass dieser Schaden verursache; dies setzt (im Gegensatz zu Art. 101 70 II 220) ein *Unterordnungsverhältnis* voraus 84 II 382 f. E. b. Auf welchem Vertrag (Arbeitsvertrag, Auftrag usw.) das Unterordnungsverhältnis beruht 61 II 342 E. 2 fr. oder ob die Verrichtung von der Hilfsperson überhaupt ohne Rechtspflicht übernommen wurde 50 II

471 E. 2, ist gleichgültig. – Bei der *Ausmietung von Arbeitskräften* ist nach den konkreten Umständen zu beurteilen, ob der Arbeitgeber oder der Mieter als Geschäftsherr zu betrachten ist, vgl. 42 II 617 fr., 77 II 312 E. 3.

*Beispiele.* Als *Geschäftsherren* wurden betrachtet: die Versicherungsgesellschaft in bezug auf ihre Agenten 61 II 342 E. 2 fr.; der Landwirt in bezug auf seinen den Heuaufzug bedienenden Sohn 60 II 43 E. 2; der neben dem Chauffeur mitfahrende Autoeigentümer 54 II 466 f. E. 2; das Zeitungsunternehmen in bezug auf einen Redaktor 48 II 56 E. 2; der Offizier in bezug auf den Chauffeur, dem er während des Militärdienstes seinen Privatwagen anvertraut 46 II 125 f. E. 1. – *Keine Geschäftsherren* sind: der Bauherr in bezug auf den selbständigen Unternehmer und dessen Personal 46 II 258 fr., 99 II 134 E. 2; die einfache Gesellschaft in bezug auf den vertretungsberechtigten Gesellschafter 84 II 382 f. E. b; der Chefarzt eines Kantonsspitals in bezug auf das ihm unterstellte Spitalpersonal 56 II 201.

**Schädigung durch eine Hilfsperson in Ausübung dienstlicher oder geschäftlicher Verrichtungen.** Dem Kläger obliegt der *Beweis*, dass ein Schaden (oder eine immaterielle Unbill, vgl. 74 II 211 ff.) entstanden ist und dass dieser von der Hilfsperson in Ausübung dienstlicher Verrichtungen (adäquat kausal 57 II 39 f., 95 II 100 f. E. 5 und 107 E. d) verursacht (oder mitverursacht 95 II 97) wurde 56 II 286.

Das schädigende Verhalten der Hilfsperson muss objektiv *widerrechtlich* sein 88 II 135, 95 II 106 f. E. b. – Hingegen wird *kein Verschulden* vorausgesetzt 97 II 223 E. 1.

*Dienstliche oder geschäftliche Verrichtungen* sind die Besorgungen, die jemand zu seinem Nutzen durch einen andern verrichten lässt 46 II 126 E. 1. Dabei ist gleichgültig, ob die übertragene Verrichtung geschäftlichen oder gewerblichen Zwecken dient und Berufsarbeit darstellt, oder ob mit ihr sonstige, namentlich häusliche oder gesellschaftliche Zwecke verfolgt werden 50 II 470 f. E. 2, grundlegend 41 II 496 ff. E. 2. Dass die Hilfsperson bei der Erfüllung ihrer dienstlichen Verrichtungen von der Weisung ihres Geschäftsherrn abweicht, ist ohne Bedeutung (in casu Duldung der Mitwirkung Dritter trotz der Weisung, die zu liefernden Gegenstände selber in das Haus zu tragen) 95 II 106 E. a. Es kommt auch nicht darauf an, ob die Ausführung der schadensstiftenden Verrichtung durch die Hilfsperson des belangten Geschäftsherrn nahe lag 57 II 40. Der Geschäftsherr haftet sogar für seine Hilfsperson, die ein Geschäft in der irrümlichen Annahme besorgt, sie sei damit beauftragt 75 II 226 E. 3 Pra 39 24. Die Bestimmung setzt nicht voraus, dass die Hilfsperson mit dem Geschädigten persönlich in Kontakt tritt (in casu Frage der Produzentenhaftung) 90 II 91 f. E. 3d. – Offengelassen, ob ein Hausangestellter, der mit einer ausgestellten Schusswaffe manipulierte, in Ausübung dienstlicher oder geschäftlicher Verrichtungen handelte

112 II 145 (Nr. 25) E. 4b fr. – Nicht mehr erfasst wird die *Schädigung bei Gelegenheit einer dienstlichen Verrichtung* (in casu benutzte die Hilfsperson das Fahrzeug zu einer Vergnügungsfahrt, anstatt es auftragsgemäss auf das Fabrikgelände zurückzuführen) 50 II 471 f. E. 3.

**Entlastungsbeweis.** Der Geschäftsherr trägt die Beweislast, dass er alle *nach den Umständen gebotene Sorgfalt* zur Verhütung eines Schadens der betreffenden Art getroffen hat oder dass der *Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt eingetreten* wäre 97 II 224 E. 1. Er hat nicht nur zu beweisen, dass ihn keinerlei Verschulden trifft, sondern er hat darzutun, dass er alle objektiv gebotenen Massnahmen vorgekehrt hat 90 II 90 E. c. Dass das Vorgehen polizeilichen Vorschriften entspricht, vermag den Geschäftsherrn nicht ohne weiteres zu entlasten 57 II 44 E. 3. Der durch die Bestimmung eingeräumte Sorgfaltnachweis ist seinem Wesen nach ein bestimmt umschriebener und nach objektiven Kriterien zu würdigender Entlastungsbeweis, kein Exkulpationsbeweis 72 II 261 E. III 1. – An den Entlastungsbeweis werden allgemein *strenge Anforderungen* gestellt 96 II 31 E. 1 Pra 59 371 E. 1, 110 II 460 f. E. 2. Die Anforderungen müssen jedoch nach den tatsächlich gegebenen Umständen bestimmt werden 110 II 463. Mögliche Zweifel müssen dem Kläger zugute kommen 72 II 264.

**Sorgfaltspflichten des Geschäftsherrn.** Die Sorgfalt im Sinne der Bestimmung besteht nicht lediglich in einer pflichtgemässen Handlungsweise, sondern einer *Summe objektiv gebotener Massnahmen*. Welche Vorkehrungen geboten sind, kann nur im einzelnen Fall unter Berücksichtigung der *konkreten Umstände* gesagt werden 56 II 287. – Eine *grössere Sorgfalt* ist geboten, wenn von der Art der Ausführung der übertragenen Aufgabe die Sicherheit und Unversehrtheit von Menschen abhängen kann 96 II 31 E. 1 Pra 59 371 E. 1, so zum Beispiel, wenn Fehler bei der Herstellung eines Erzeugnisses zu einer Gefahr für Leib und Leben der Personen, die es bestimmungsgemäss verwenden, führen können 110 II 461 E. b. Im weiteren sind Massnahmen zur Verhütung eines Schadens um so eher zu ergreifen, je kleiner der entsprechende Aufwand ist 97 II 225 E. a. – Die Sorgfaltspflicht bezieht sich insbesondere auf die *Auswahl*, die *Instruktion* und die *Beaufsichtigung* der Hilfsperson, auf die zweckmässige *Organisation* des Betriebes 90 II 90 E. c sowie auf die *Verwendung geeigneter Materials* 64 II 262 E. 1. Der Geschäftsherr hat nötigenfalls auch für die *Endkontrolle* der Produkte zu sorgen, wenn damit eine Schädigung Dritter verhindert werden kann. Sind keine tauglichen und zumutbaren Möglichkeiten einer derartigen Prüfung gegeben, so ist eine Konstruktionsart zu wählen, die Fabrikationsfehler und die sich daraus ergebende Schädigungsgefahr mit hoher Wahrscheinlichkeit ausschliesst 110 II 462 ff. E. 3. – Die Verletzung der Sorgfaltspflicht muss für das schädigende Ereignis kausal sein 77 II 313. Die Nutzlosigkeit



von unterlassenen Vorsichtsmassnahmen ist vom Geschäftsherrn zu beweisen 97 II 227 E. 3 (vgl. z. B. 110 II 461 f. E. 2b, wo davon ausgegangen wurde, dass unter den gegebenen Umständen ein Fabrikationsfehler durch die Erteilung von Anweisungen nicht hätte verhindert werden können).

*Cura in eligendo.* Kriterien für die Sorgfalt in der Auswahl sind insbesondere die Ausbildung und die Erfahrung der Hilfsperson 96 II 31 f. E. 2 Pra 59 371 f. E. 2, deren Gewissenhaftigkeit und Vertrauenswürdigkeit 81 II 226 ad a Pra 44 582 f. ad a sowie deren früheres Verhalten 49 II 369 fr.

*Cura in instruendo.* Besondere Instruktionen erübrigen sich, wenn die Gefahr (in casu Gefährlichkeit des Anfassens eines ziehenden Drahtseils) für jedermann offenkundig ist 77 II 312 f. E. 3 oder wenn der Geschäftsherr aus besonderen Umständen darauf schliessen kann, dass sich die Hilfsperson pflichtgemäss verhalten werde 95 II 108 E. e. Auch der speziell ausgebildeten und erfahrenen Hilfsperson müssen jedoch für besonders heikle und gefährliche Situationen besondere Weisungen erteilt werden 96 II 32 f. E. 4 Pra 59 372 f. E. 4. – *Beispiele:* Eine culpa in instruendo wurde bejaht, weil ein Baumeister sich mit ungenauen Plänen begnügt und seine Arbeiter nicht angewiesen hatte, Sondiermassnahmen über den Verlauf allfälliger Leitungen zu treffen und bei den Grabarbeiten besondere Vorsicht walten zu lassen 97 II 224 ff. E. 2 und 3; weil die Lieferfirma eines Krans ihrem (zwar genügend ausgebildeten und erfahrenen) Monteur keine besonderen Weisungen erteilt hatte für den Fall, dass die von einer anderen Firma gelieferten Gegengewichte fehlerhaft wären 96 II 32 f. E. 4 Pra 59 372 f. E. 4; weil ein Architekt (als Generalunternehmer) den Bauleiter (obwohl dieser kurz zuvor als Hochbautechniker diplomiert worden und schon als Bauleiter praktisch tätig gewesen war) nicht über das Anbringen von Abschränkungen zur Verhütung von Bauunfällen unterrichtet hatte 95 II 98 ff. E. 4; weil ein kantonales Bauamt seinen Arbeiter nicht angewiesen hatte, die von ihm geführte Strassenwalze vorschriftsgemäss zu beleuchten und einen Tunnel zu umfahren 88 II 135; weil ein Geschäftsinhaber seinen Chauffeur in Kenntnis der Überanstrengung und des Übermüdzustandes erneut in den Verkehr geschickt hatte 58 II 34 f. E. 2; weil ein Bauunternehmer keine Anordnungen erteilt hatte, wie ein ausgehängtes Tor aufzustellen und zu befestigen sei 57 II 43 f.

*Cura in custodiendo.* Die Durchführung und die Intensität der Kontrolle der Hilfsperson richten sich nach der Eigenart des Unternehmens und der zu verrichtenden Arbeit. Eine Überwachung ist jedoch – abgesehen von ganz besonderen Fällen – grundsätzlich unerlässlich 72 II 262 E. c. – *Beispiele:* Eine culpa in custodiendo wurde bejaht, weil eine Bauunternehmung sich nicht vergewissert hatte, dass das von ihren Arbeitern erstellte Gerüst den Sicherheitsvorschriften entsprach 96 II 360 E. 2 Pra 60 139 E. 2; weil die Mitglieder einer einfachen Gesellschaft,

die Eigentümerin einer Dreschmaschine war, den verantwortlichen Maschinisten nicht periodisch hinsichtlich der Einhaltung der Sicherheitsvorschriften überwacht hatten 72 II 262 ff. E. 1c; weil ein Landwirt nicht ständig dafür gesorgt hatte, dass ein mithelfender Knabe sich in genügender Distanz vom Heuaufzug entfernt aufhielt 60 II 41 ff. E. 2; weil der neben dem Chauffeur mitfahrende Autoeigentümer die übertriebene, vorschriftswidrige Geschwindigkeit geduldet hatte 54 II 466 f. E. 2. Verneint wurde eine culpa in custodiendo, weil sich der Geschäftsherr auf seine zuverlässigen, langjährigen Arbeiter verlassen durfte, ohne sie ständig zu ermahnen und zu überwachen 110 II 461 E. b.

**Herabsetzung der Ersatzpflicht.** Die Haftung aus Art. 55 kann, da es sich um eine Kausalhaftung handelt, nicht mit der Begründung herabgesetzt werden, das Verschulden des Geschäftsherrn sei wegen des *Verhaltens eines Dritten* oder aus andern Gründen nur leicht 97 II 228 E. 5. Auch Arglist oder grobe Fahrlässigkeit der Hilfsperson vermag den Geschäftsherrn nicht zu entlasten 56 II 285 E. 1. Der Geschäftsherr haftet dem Geschädigten wegen des Verhaltens Dritter nur dann nicht, wenn es den adäquaten Kausalzusammenhang unterbrochen hat 97 II 228 E. 4. – Ist die Ersatzpflicht wegen *Umständen, für die der Geschädigte einstehen muss*, zu ermässigen, so verlangt die Billigkeit, dass auch das Verhalten des Geschäftsherrn und seiner Hilfsperson unter dem *Gesichtspunkt des Verschuldens* gewürdigt werde. Die Umstände nach Art. 44 Abs. 1 haben mehr Gewicht, wenn den Belangten und seinen Untergebenen keinerlei Verschulden trifft, als wenn dem einen oder andern ein Vorwurf zu machen ist 97 II 345 E. 4, grundlegend 88 II 135. Haften zwei Geschäftsherren, so ist das Selbstverschulden des Geschädigten im Verhältnis zu den verschiedenen Verantwortlichen je selbständig zu beurteilen 97 II 348 E. 5. – Siehe auch unter Art. 43 f.

## A. Haftung im allgemeinen

### I. Voraussetzungen der Haftung

**41 Abs. 1 Widerrechtliches Verhalten.** Die Widerrechtlichkeit i. S. der Bestimmung ist ein *Begriff des Bundesrechts* 55 II 334 E. 2. Was im einzelnen Fall widerrechtlich ist, bestimmt nicht Art. 41, sondern ist aus dem gesamten Inhalt der Rechtsordnung herzuleiten 55 II 334 E. 2. – Ein schädigendes Verhalten ist dann widerrechtlich, wenn es gegen *geschriebene oder ungeschriebene Gebote oder Verbote der Rechtsordnung* verstösst, die dem Schutz des verletzten Rechtsgutes dienen 95 III 91 E. c, grundlegend 30 II 571 f. E. b, 82 II 28 E. I. Die Schutznorm kann eine Regel des Bundesrechts oder des kantonalen Rechts sein 101 Ib 255 f. E. d Pra 64 775 E. d. Als widerrechtlich gilt auch die Verletzung von allgemeinen Rechtsgrundsätzen 112 II 234 E. 4 Pra 76 232 E. 4. – Greift ein Verhalten in ein *absolut geschütztes Rechtsgut* (wie das Leben, die körperliche Integrität oder das Eigentum) ein, so ist es auf jeden Fall widerrechtlich. Die Rechtsordnung schützt diese Güter unmittelbar, ohne dass in jedem Fall zu prüfen wäre, ob der Urheber des Schadens ein bestimmtes Gebot missachtet habe. Hinsichtlich der körperlichen Integrität ergibt sich dieser Schutz allgemein aus StGB Art. 122 ff. Demgegenüber ist beim *reinen Vermögensschaden* die Voraussetzung der Widerrechtlichkeit nur erfüllt, wenn gegen eine Norm verstossen wird, die den Geschädigten in den durch den Eingriff betroffenen Rechten schützt 112 II 128 E. e fr. – Die Pflicht zu einem bestimmten Verhalten kann höchstens in eng umgrenzten Ausnahmefällen selbständig aus ZGB Art. 2 abgeleitet werden 108 II 311 E. b. – Wird die Widerrechtlichkeit durch die *Verletzung einer kantonalen Norm* begründet, so kann deren Anwendung nicht im eidgenössischen Berufungsverfahren überprüft werden 90 II 280 E. 4, grundlegend 55 II 334 f. E. 2. Diesbezüglich ist Bundesrecht, das von den Kantonen subsidiär anwendbar erklärt wird, dem kantonalen Recht gleichzustellen 55 II 335 f. E. 3. – Eine *strafbare Handlung* stellt ein zivilrechtliches Delikt dar, wenn die Strafandrohung den Schutz von Privatpersonen und nicht des Staates bezweckt 101 Ib 255 f. E. d. Pra 64 775 E. d oder wenn durch die im allgemeinen Interesse erlassene Strafnorm implizite das verletzte private Interesse geschützt wird 102 II 88 E. 5 Pra 65 364 E. 5. Ebenso begründet der *Verstoss gegen eine Polizeivorschrift*, die zum

Schutze des Einzelnen erlassen wurde, in der Regel auch die zivilrechtliche Widerrechtlichkeit 31 II 627 E. 3, 56 II 372 E. 2 fr. – Das Verhalten eines *Magistraten oder Beamten* ist ebenfalls dann widerrechtlich, wenn es gegen Gebote oder Verbote der Rechtsordnung verstösst, die dem Schutze des verletzten Rechtsgutes dienen. Hingegen kann nicht jede Gesetzeswidrigkeit als unerlaubte Handlung betrachtet werden, wenn es nicht um gesetzeswidrige Tathandlungen geht, sondern um Entscheide oder Verfügungen. Wie bei der Verantwortlichkeit des Richters ist davon auszugehen, dass bei der Gesetzesauslegung oder Ermessensausübung durch eine Behörde nicht schon deshalb auf ein widerrechtliches Handeln geschlossen werden kann, weil eine obere Instanz in der Folge zu einem anderen Ergebnis gelangt. Ein Entscheid oder eine Verfügung kann nur als widerrechtlich qualifiziert werden, wenn eine schwerwiegende Rechtsverletzung vorliegt (wie z. B. Missbrauch oder Überschreitung des Ermessens, Verletzung einer klaren Gesetzesvorschrift, Missachtung eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes, unkorrekte Untersuchung eines Falles oder böswilliges Handeln) 112 II 234 f. E. 4 Pra 76 232 E. 4, vgl. auch 112 Ib 449 E. b Pra 77 543 E. b. – Keine unerlaubte Handlung ist die *blasse Verletzung einer Vertragspflicht* 74 II 26 E. b. – Eine allgemeine Rechtspflicht, andere vor Schaden zu bewahren, besteht nicht. *Unterlassungen* können daher nur dann rechtswidrig sein, wenn sie gegen ein besonderes Gebot der Rechtsordnung verstossen, durch das jemand zu einem Tun verpflichtet wird 35 II 440 E. 2, 80 II 39. – Negative Voraussetzung der Widerrechtlichkeit ist, dass *kein Rechtfertigungsgrund* für den Eingriff vorliegt (z. B. Einwilligung des Verletzten, Erfüllung einer gesetzlichen Pflicht, Notwehr, Notstand, Wahrung überwiegender Interessen) 101 II 196 f. E. 6a.

Land noch Rechte abtreten müssen, für die Entschädigungsansprüche gestellt werden könnten. Die Nachteile, die sich für die Beschwerdeführer als Mieter des Restaurants Schöneegg aus der vorübergehenden Beeinträchtigung der Zufahrt ergeben hätten, seien nicht die Folge einer formellen Enteignung im Sinne von § 193 Abs. 1 lit. c BauG. Es stelle sich daher die Frage, ob eine materielle Enteignung oder ein anderer Entschädigungstitel vorliege, was das Gericht indessen verneinte.

c) Dieser Begründung des Verwaltungsgerichts kann nicht gefolgt werden. Die Verkehrsanordnungen, mit denen die an das Restaurant Schöneegg anstossenden Strassen für den allgemeinen Verkehr vorübergehend gesperrt wurden, waren Folge der Bauarbeiten, die ab Ende Juli 1982 in unmittelbarer Nähe der Liegenschaft der Beschwerdeführer durchgeführt wurden. Solche Arbeiten können zu übermässigen Immissionen und, falls sie zu dulden sind, zur Enteignung des nachbarrechtlichen Abwehranspruches führen (BGE 96 II 348 E. 6; ERICH ZIMMERLIN, a.a.O., N. 3 zu § 30, S. 170 sowie N. 11 zu §§ 65-68, S. 169). Die Beschwerdeführer, welche das Übermass der Einwirkungen behaupten, waren somit befugt, eine nachträgliche Forderung aus formeller Enteignung anzumelden. Das Verwaltungsgericht hätte daher das Begehren der Beschwerdeführer unter diesem Titel prüfen müssen.

Diese Feststellungen führen jedoch nicht ohne weiteres dazu, dass die Beschwerde gutzuheissen und die Sache zu neuem Entscheid an das Verwaltungsgericht zurückzuweisen ist. Obwohl das Gericht die Forderung der Beschwerdeführer nicht ausdrücklich unter dem Titel Enteignung nachbarrechtlicher Abwehransprüche geprüft hat, ergibt sich aus seinen Erwägungen mit genügender Deutlichkeit, dass es die Frage, ob die Beschwerdeführer übermässigen Einwirkungen ausgesetzt gewesen seien, verneint hat. Trifft diese Schlussfolgerung zu, so ist dem angefochtenen Entscheid im Ergebnis zuzustimmen, was zur Abweisung der Beschwerde führen muss, auch wenn der Auffassung des Gerichts, es gehe nicht um eine formelle Enteignung, nicht gefolgt werden kann. Von einer Verletzung von Art. 4 BV könnte unter diesen Umständen nicht gesprochen werden (BGE 109 Ia 22 E. 2).

3. — Zu prüfen ist daher, ob das Verwaltungsgericht, ohne verfassungsmässige Rechte der Beschwerdeführer zu verletzen, übermässige Einwirkungen verneinen sowie — falls es darauf ankäme — den Nachweis des Schadens und dessen Kausalzusammenhang mit dem schädigenden Ereignis als nicht gegeben erach-

ten durfte. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung haben Grundeigentümer bzw. Mieter als Besitzer vorübergehende Störungen, die sich aus Bauarbeiten auf den Nachbarparzellen ergeben, in der Regel entschädigungslos hinzunehmen. Ersatz ist nur zu leisten, wenn die Einwirkungen ihrer Art, Stärke und Dauer nach aussergewöhnlich sind und zu einer beträchtlichen Schädigung von Nachbarn führen (vgl. BGE 93 I 295 ff.; 91 II 107 E. 3; 83 II 383; nicht publizierte Entscheide des Bundesgerichts vom 16. Juli 1984 i.S. Staat Bern c. Lehmann, E. 4a, vom 30. November 1983 Wegmüller/Kressmann E. 4). (...)

Siehe auch Nrn 55, 57, 62, 63 — voir aussi nos 55, 57, 62, 63

BGE 113 Ia 353 ff. (S. 357)

BGE 113 Ia 357

## II. EIGENTUMSGARANTIE GARANTIE DE LA PROPRIÉTÉ

55. Auszug aus dem Urteil der I. öffentlichrechtlichen Abteilung vom 3. November 1987 i.S. Stadt Chur gegen X. und Mitbeteiligte und Y. und Mitbeteiligte sowie Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden (staatsrechtliche Beschwerde)

*Wohlerworbene Rechte; Aufhebung von Privatgrabstätten.*

Wohlerworben sind diejenigen Rechte einer Konzession, welche nicht durch einen Rechtssatz, sondern aufgrund freier Vereinbarung der Parteien entstanden sind (E. 6a/cc).

Allgemeine Voraussetzungen für die Beschränkung von wohlerworbenen Rechten unter dem Titel der Eigentumsgarantie (E. 6b).

*Droits acquis; suppression de tombes privées.*

Ont le caractère de droits acquis, les droits fixés dans une concession dont le fondement ne réside pas dans la loi mais dans la libre convention des parties (consid. 6a/cc).

Conditions générales pour la limitation des droits acquis sous l'angle de la garantie de la propriété (consid. 6b).

*Diritti acquisiti; soppressione di tombe private.*

Hanno carattere di diritti acquisiti i diritti stabiliti in una concessione fondata non sulla legge, bensì su di un libero accordo tra le parti (consid. 6a/cc).

Condizioni generali, sotto il profilo della garanzia della proprietà, per la limitazione dei diritti acquisiti (consid. 6b).

Die Stadt Chur erstellte 1862 den neuen Friedhof Daleu mit einer Fläche von 1600 Klaftern (1 Klafter = 4,41 m<sup>2</sup>). Sie finanzierte den Gesamtaufwand von Fr. 25 816.— in erheblichem Umfang, nämlich Fr. 9000.—, durch den «Verkauf» von Familiengräbern, wobei pro Klafter Fr. 75.— zu bezahlen waren. Diese Geschäfte wurden in sogenannten Legitimationsscheinen festgehalten. Diese stammen für das Verfahren X. vom 25. September 1862 und für das Verfahren Y. und Mitbeteiligte aus dem Zeitraum 1877 bis 1920.

Mit Brief vom 31. März 1986 erhielten die privaten Beschwerdegegner vom Bestattungsamt der Stadt Chur die Mitteilung, es sei ihnen bzw. ihrem Rechtsvorgänger dannzumal eine Konzession verliehen worden. Nach dem städtischen Gesetz über das Bestattungs- und Friedhofwesen vom 7. Juli 1974 erlösche das Nutzungsrecht an einem Privatgrab nach 40 Jahren. Der Beliehene habe nach Ablauf der Nutzungszeit gegenüber andern Bewerbern das Vorrecht, das bisher benützte Privatgrab gegen Entrichtung der geltenden Taxe erneut für 40 Jahre in Anspruch zu nehmen. Es werde festgestellt, dass die gesetzliche Konzessionsdauer abgelaufen sei. Die Adressaten wurden daher aufgefordert, den beigelegten Konzessionsschein innert Frist unterzeichnet zurückzuschicken und die Gebühr zu entrichten (im Falle von Y. Fr. 3400.—). In denjenigen Fällen, in denen noch nicht 20 Jahre seit der letzten Erdbestattung verflissen waren, war das Bestattungsamt bereit, die Konzession noch für den Rest dieser Grabesruhe kostenlos weiterlaufen zu lassen. Der Stadtrat wies die dagegen erhobenen Beschwerden mit Entscheiden vom 24. September 1986 ab.

Das Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden jedoch hiess, nachdem es einen Augenschein durchgeführt hatte, mit zwei Urteilen vom 4. Februar/4. Mai 1987 die dagegen eingereichten Rekurse im Sinne der Erwägungen gut.

Die Stadt Chur erhob am 12. Juni 1987 gegen beide Urteile je eine staatsrechtliche Beschwerde.

Das Bundesgericht weist die Beschwerden ab

*aus folgenden Erwägungen:*

5. — Zunächst ist zu prüfen, ob das Verwaltungsgericht ohne Willkür feststellen durfte, das Gesetz über das Bestattungs- und Friedhofwesen der Stadt Chur vom 7. Juli 1974 biete keine gesetzli-

che Grundlage für eine Einschränkung der als Konzession betrachteten Legitimationsscheine.

a) Das Verwaltungsgericht führt dazu in den angefochtenen Entscheiden aus, im Gesetz über das Bestattungs- und Friedhofswesen der Stadt Chur vom 7. Juli 1974 werde mit keiner Silbe erwähnt, altrechtliche Konzessionen würden durch das neue Gesetz in irgendeiner Weise tangiert. Es würden ganz offensichtlich nur die Fälle der Verleihung *neuer* sowie die *Erneuerung* bestehender, inzwischen abgelaufener Konzessionen geregelt. Daraus dürfe aber nicht auch eine stillschweigende Beschränkung noch andauernder altrechtlicher Konzessionen gefolgert werden. Die Konzessionsdauer sei ein wesentlicher Bestandteil der Verleihung, denn sie sei mitbestimmend für das Ausmass der Verpflichtungen, die der Konzessionär übernehme. Eine einseitige Abänderung der Konzessionsdauer treffe das verliehene Nutzungsrecht in seiner Substanz, weshalb das Gesetz dies besonders aussprechen müsse, was vorliegend nicht der Fall sei.

b) Die Beschwerdeführerin macht nicht geltend, entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts ergebe sich aus dem Gesetz über das Bestattungs- und Friedhofswesen der Stadt Chur vom 7. Juli 1974 ausdrücklich, dass die altrechtlichen, noch nicht abgelaufenen Konzessionen auf eine bestimmte Zeitdauer befristet seien. Sie beruft sich indessen auf die Bestattungsordnung für die Stadt Chur vom 16. November 1923. Darin werde ausdrücklich je nach Vereinbarung eine Begrenzung von 60 oder 80 Jahren normiert (§ 10) und zudem die Möglichkeit festgehalten, dass die Aufhebung eines Friedhofes verfügt werden könne (§ 11). Die Beschwerdeführerin verkennt aber offensichtlich, dass diese Bestattungsordnung bereits mit dem Gesetz über das Bestattungs- und Friedhofswesen der Stadt Chur vom 23. Juni 1957 aufgehoben wurde (Art. 26 Abs. 2) und somit für die Beantwortung der Frage, ob eine Beschränkung altrechtlicher, noch nicht abgelaufener Konzessionen möglich sei, nicht mehr massgebend sein kann. Der Vorwurf willkürlicher Rechtsanwendung durch das Verwaltungsgericht ist somit nicht belegt. Im übrigen ist auch sonst nicht ersichtlich, inwiefern die angefochtenen Entscheide in dieser Hinsicht völlig unhaltbar sein sollten.

Man kann zusätzlich auf die bereits von der Beschwerdeführerin angerufene Bestimmung der Bestattungsordnung für die Stadt Chur aus dem Jahre 1923 hinweisen. Wenn noch damals die Dauer entweder auf 60 oder auf 80 Jahre vereinbart werden konnte, so

dürfen an ein Gesetz, das eine generelle Verkürzung auf 40 Jahre anordnen will, ohne Willkür besonders hohe Anforderungen gestellt werden; eine derartige Rückwirkung hätte deutlich zum Ausdruck gebracht werden müssen. Auch das Gesetz über das Bestattungs- und Friedhofswesen der Stadt Chur vom 23. Juni 1957 schafft lediglich die Möglichkeit, für die Zukunft Privatgräber auf 60 Jahre zur Verfügung zu stellen, von einer Anwendung der Befristung auf bestehende Rechte ist keine Rede (Art. 14). Auch damit sollte keine Neuerung eingeführt werden (Botschaft des Stadtrates an die Einwohnergemeinde der Stadt Chur vom 20. Mai 1957). Um gegen diese Argumente aufzukommen, reicht es nicht, einfach den Gegenstandspunkt zu vertreten; soweit in den Beschwerden lediglich die Meinung vertreten wird, eine Rückwirkung sei zulässig, gehen die Ausführungen am zu entscheidenden Problem vorbei.

6. — Das Verwaltungsgericht hielt das Vorgehen der Stadt Chur überdies für verfassungsrechtlich verfehlt. Diese Frage überprüft das Bundesgericht auch im Rahmen einer Autonomiebeschwerde frei (BGE 110 Ia 206 E. 2a; 104 Ia 127 E. 2b).

a) aa) Das Verwaltungsgericht nimmt an, die Rechte an den Privatgräbern seien Sondernutzungsrechte an Sachen im öffentlichen Gebrauch im Sinne des alten (§ 225 des Bündnerischen Zivilgesetzbuches von 1862, CGB; Art. 130 Abs. 2 aEGZGB) und des geltenden (§ 150 Abs. 2 EGZGB) Sachenrechts. Soweit ihr Inhalt gestützt auf die im Zeitpunkt der Ausstellung der Legitimationsscheine jeweils geltende Gesetzgebung durch Vereinbarung bestimmt worden sei, liege ein wohl erworbenes Recht vor. Zwar enthielten die Legitimationsscheine keine Bestimmung über eine zeitliche Begrenzung; vielmehr lasse die in allen Konzessionen festgeschriebene Zulässigkeit der Vererbung theoretisch eine ewige Dauer der verliehenen Rechte zu. Ein Vertragsverhältnis mit zeitlich unbeschränkter Verbindlichkeit könne es aber nicht geben. Die ewige Dauer, welche faktisch der Veräusserung der im Gemeingebrauch stehenden Sache gleichkäme, sei auch aufgrund von § 225 CGB und Art. 130 aEGZGB untersagt, welche den Erwerb durch Zueignung ausdrücklich verbieten würden.

bb) Die Beschwerdeführerin bestreitet nicht, dass vertragliche Vereinbarungen in einer Konzession und damit auch eine vereinbarte Dauer, wohl erworbene Rechte begründen; sie macht aber geltend, das Gericht habe übersehen, dass die Konzessionsdauer in den Legitimationsscheinen eben gerade nicht festgelegt sei. Dies

trifft offensichtlich nicht zu. Wie die in E. 6a/aa zitierten Ausführungen zeigen, erkannte das Verwaltungsgericht sehr wohl, dass die durch die Legitimationsscheine verliehenen Konzessionen nicht beschränkt sind. Gestützt auf die von ihm als massgebend betrachteten Normen kam es indessen zum Schluss, unbeschränkte, ewige Verleihungen seien rechtlich nicht zulässig. Die tatsächliche Geltungsdauer der im Streite liegenden Legitimationsscheine sei deshalb gestützt auf dasjenige Recht, das im Zeitpunkt der Ausstellung der einzelnen Legitimationsscheine jeweils galt, durch richterliche Auslegung zu ermitteln. Demgegenüber ist die Beschwerdeführerin der Meinung, die Rechtsstellung der Beliehenen in bezug auf die Dauer der Konzession beruhe unmittelbar auf zwingendem Recht, nämlich auf § 225 CGB sowie auf den Begräbnisordnungen von 1862, 1876 und 1896. Demzufolge könne das Verwaltungsgericht hinsichtlich dieser Frage nicht eine richterliche Lückenfüllung vornehmen und damit die Nichtregelung der Konzessionsdauer der vertraglichen Seite zuweisen und als wohlerworbenes Recht qualifizieren.

cc) Es entspricht bundesgerichtlicher Praxis, diejenigen Rechte innerhalb einer Konzession als wohlerworben einzustufen, welche nicht durch einen Rechtssatz, sondern aufgrund freier Vereinbarung der Parteien entstanden sind (Urteil vom 10. April 1985, E. 2b, im ZBI 86/1985, S. 498 ff., S. 500 mit weiteren Hinweisen). Ob dies vorliegend für die Dauer der Privatgrabstätten der Fall ist, prüft das Bundesgericht, da es sich um eine Frage des kantonalen und gemeindeeigenen Gesetzesrechts handelt, nur auf Willkür hin.

Wie bereits in E. 5b ausgeführt, bestätigte die Bestattungsordnung für die Stadt Chur von 1923 ausdrücklich, dass die Benützungsdauer für die Privatgrabstätten je nach Vereinbarung 60 oder 80 Jahre sein könne. Demgegenüber enthalten die Begräbnisordnungen von 1862, 1876 und 1893 keine derartigen Regelungen; sie legen aber die Dauer der Konzession auch nicht selber fest und entziehen damit diese Kompetenz auch nicht ausdrücklich der freien Vereinbarung durch die Parteien. Sie bestimmen einzig, die Privatgrabstätten dürften nicht veräussert werden und könnten nur durch Vererbung auf andere Personen übergehen. Im gleichen Sinn normiert auch § 225 CGB, die «Privat-Berechtigungen» an Sachen, die zum öffentlichen Gebrauch bestimmt seien, könnten weder durch Zueignung noch durch Ersitzung erworben werden. Es lässt sich somit nicht sagen, das Verwaltungsgericht habe klares Recht verletzt, wenn es davon ausging, die Dauer der aus den

Legitimationsscheinen fliessenden Benützungsrechte sei nicht generell-abstrakt festgelegt, sondern im Rahmen der gesetzlichen Schranken frei vereinbar gewesen und stelle damit ein wohlerworbenes Recht dar. Daran ändert nichts, dass die einzelnen Legitimationsscheine keine zeitliche Beschränkung enthalten und dieser an sich notwendige Punkt nun durch richterliche Lückenfüllung zu entscheiden ist, denn auch verwaltungsrechtliche Verträge können durch solche Interpretation ergänzt werden (vgl. dazu BGE 96 I 288 E. 4).

b) Auch wenn ein wohlerworbenes Recht auf die Konzessionsdauer anerkannt wird, kann eine Beschränkung Platz greifen, denn auch solche Rechte bewirken keine Bindung, die in ihrer Tragweite über die Eigentumsgarantie hinausgeht. Eingriffe in wohlerworbenes Rechte sind somit zulässig, wenn sie auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen, im überwiegenden öffentlichen Interesse liegen, verhältnismässig sind sowie voll entschädigt werden, sofern sie einer Enteignung gleichkommen (BGE 112 Ia 278 E. 5a; Urteil des Bundesgerichts vom 10. April 1985, E. 3c, im ZBI 86/1985, S. 501 f.). Das Verwaltungsgericht hat seine Entscheide gestützt auf diese Grundsätze gefällt. Es ist dabei zum — bereits als nicht willkürlich beurteilten (E. 5) — Schluss gekommen, dass das geltende Recht keine gesetzliche Grundlage für die einseitig, von der Stadt Chur mit Verfügungen vom 31. März 1986 für die altrechtlichen, noch nicht abgelaufenen Privatgrabstätten festgelegte Dauer bietet. Folglich braucht auf die weiteren Erwägungen nicht mehr eingegangen zu werden. Es ist nicht Sache des Bundesgerichts, heute Richtlinien für künftige Entscheidungen zu geben.

Gauch/Schluep, N 720 ff.**2. Haftung aus culpa in contrahendo**

720

1. Verstösst ein Verhandlungspartner gegen die Pflicht, sich nach Treu und Glauben zu verhalten (Nr. 714), so haftet er dem andern bei gegebenen Voraussetzungen für den dadurch entstehenden Schaden. Diese **Haftung «aus culpa in contrahendo»** («Verschulden bei Vertragsverhandlungen») wurde als besondere Haftungsfigur von Jhering «entdeckt» (Jhering, Culpa in contra-

171

720a

hendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen, Jherings Jb., 4. Bd., 1861, S. 183ff.). Für verschiedene Einzelfälle ist sie im Gesetz positivrechtlich vorgesehen (so: ZGB 411 Abs. 2; OR 26, 36 Abs. 2 und 39, der die Haftung sogar auf den vollmachtlosen Vertreter ausdehnt). Doch greift sie einerseits über die vom Gesetz berücksichtigten Fälle hinaus. Und andererseits bildet sie, obwohl grundsätzlich anerkannt, immer noch Gegenstand zahlreicher Streitfragen (vgl. z.B. Tercier, La culpa in contrahendo en droit suisse, in: Premières journées juridiques yougoslavo-suisse, Zürich 1984, S. 238ff.; Piotet, SJZ 77, 1981, S. 225ff./241ff.; Spiro, Die Haftung für Abschluss- und Verhandlungsgehilfen, zugleich ein Beitrag zur Lehre von der culpa in contrahendo, ZSR 105, 1986, S. 619ff.; Gonzenbach, Culpa in contrahendo im schweizerischen Vertragsrecht, Bern 1987). Insgesamt zeichnet sie sich aus durch folgende Merkmale und Eigenarten:

- Sie sanktioniert die Verletzung der verschiedenen Einzelpflichten, die sich aus dem Treueverhältnis der Verhandlungspartner ergeben (vgl. Schönenberger/Jäggi, N 583ff. zu Art. 1 OR; zahlreiche Beispiele aus der Baupraxis: Gauch, Der Werkvertrag, 3. Aufl., Zürich 1985, Nr. 319ff.).

Auf diese Weise erfüllt die «culpa in contrahendo», die ursprünglich nur den Vertrauensschaden eines Verhandlungspartners (erlitten durch das enttäuschte Vertrauen in das gültige Zustandekommen eines Vertrages) regeln sollte, die Funktion eines allgemeinen Haftungstatbestandes, über dessen angemessene Begrenzung man nachdenken müsste (vgl. z.B. BGE 108 II 313 a.E.). Sicher aber ist, dass unter dem Gesichtspunkt des erwähnten Vertrauensschadens bloss das negative Interesse (nicht das Erfüllungsinteresse) zu ersetzen ist (BGE 105 II 81), sofern sich aus dem Gesetz (z.B. Art. 26 Abs. 2 = Nr. 640; Art. 39 Abs. 2 = Nr. 1054) nicht etwas anderes ergibt (vgl. Spiro, ZSR 105, 1986, S. 633).

721

- Soweit das Gesetz nicht etwas anderes vorsieht (z.B. Art. 39 Abs. 1; Art. 101; ZGB 411 Abs. 2 / OR 54), setzt die Culpa-Haftung ein Verschulden des Haftpflichtigen voraus.

Für das vorausgesetzte Verschulden genügt grundsätzlich die Verschuldensform der Fahrlässigkeit (vgl. BGE 105 II 80; beachte jedoch BGE 106 II 42 für die Culpa-Haftung bei Formungültigkeit des Vertrages).

722

- Die Culpa-Haftung setzt nicht voraus, dass der Vertrag, über den verhandelt wird, zum Abschluss gelangt (BGE 77 II 137).

In BGE 108 II 313 erörtert das Gericht sogar die Möglichkeit, dass eine Culpa-Haftung des Bauherrn gegenüber dem Subunternehmer Platz greifen könnte, obwohl der Bauherr (als Vertragspartner des Unternehmers) mit dem Subunternehmervertrag unmittelbar nichts zu tun hat. Wollte man diese Möglichkeit bejahen, so würde der Anwendungsbereich der Culpa-Haftung übermässig ausgedehnt.

172

- 723 – Die Rechtsnatur der Culpa-Haftung ist umstritten. Bald wird die Haftung aus «culpa in contrahendo» als Deliktshaftung nach Art. 41ff. aufgefasst (BGE 80 II 38; Keller/Schöbi I, S. 37; Guhl/Merz/Kummer, S. 92f.; Piotet, Culpa in contrahendo..., Bern 1963, S. 24ff.; SJZ 77, 1981, S. 225ff.; Tercier, zit. in Nr. 720, S. 237). Bald wird die Culpa-Haftung als Vertragshaftung verstanden (BGE 90 II 458; v. Tuhr/Peter, S. 192f.), bald als vertragsähnliche Haftung (BGE 58 II 429f.; 68 II 303), bald als Haftung eigener Art, die sich auf ZGB 2 stützt (Bucher, S. 253).
- Um eine Vertragshaftung handelt es sich bei der Culpa-Haftung schon deshalb nicht, weil das Verhandlungsverhältnis (Nr. 714) kein Vertragsverhältnis ist. Wer es deshalb bei der Deliktshaftung bewenden lässt, der kann zwar auf die besondere Figur der «culpa in contrahendo» verzichten, die (von Jhering) entdeckt wurde, um aus dem Deliktsrecht auszubrechen (Jherings Jb. 4, S. 1ff.). Doch muss er sich dann mit der «Widerrechtlichkeit» in Art. 41 Abs. 1 auseinandersetzen, deren enge Begriffsbestimmung (Verletzung allgemeiner Normen oder absolut geschützter Rechtsgüter: BGE 108 II 311) es nicht ohne weiteres zulässt, sämtliche Culpa-Fälle unter die möglichen Deliktsfälle einzureihen (signifikant: BGE 80 II 38, der auf Art. 41 Abs. 2 ausweicht). Ein Teil der Lehre hilft sich in der Weise, dass er zur Begründung der «Widerrechtlichkeit» den Verstoss gegen Treu und Glauben (ZGB 2 Abs. 1) genügen lässt (z.B. Keller/Schöbi I, S. 37; Tercier, zit. in Nr. 720, S. 237). Das schafft indes neue Probleme, weil (wenn diese Ansicht stimmt) um so mehr jedes vertragswidrige (und daher treuwidrige) Verhalten zugleich «widerrechtlich» im Sinne des Art. 41 Abs. 1 sein müsste, was aber mit dem herrschenden Widerrechtlichkeitsbegriff unvereinbar wäre (zurückhaltend denn auch BGE 108 II 311).
- 723a Nach Jäggi braucht die Rechtsnatur der Culpa-Haftung überhaupt nicht ermittelt zu werden. Denn «zu beantworten» sei «gar nicht die Frage nach der Rechtsnatur, sondern einzig die (mit der Feststellung einer bestimmten 'Natur' nicht gelöste) Frage, welchen Modalitäten ... eine Schadenersatzforderung aus einem Verhandlungsverhältnis» unterstehe. «Diese Frage» aber sei «für jede Modalität gesondert zu beantworten, und zwar so, dass sich im Einzelfall eine angemessene Lösung» ergebe (Schönenberger/Jäggi, N 592 zu Art. 1 OR; zit. in BGE 101 II 269; zustimmend: Kramer, Allgem. Einl. vor Art. 1 OR, N 140; kritisch: Tercier, zit. in Nr. 720, S. 237). – Modalitäten: Beweislast hinsichtlich des Verschuldens, Hilfspersonenhaftung (Art. 55 oder 101?), Verjährung (Art. 60 oder 127ff.?).
- 724 – Die Culpa-Haftung untersteht nach der jetzigen Rechtsprechung des Bundesgerichts der Verjährungsbestimmung des Art. 60 (BGE 101 II 269f.; 104 II 94; 108 II 422).
- Diese Auffassung deckt sich mit einem Teil der Lehre (z.B. Schönenberger/Jäggi, N 595 zu Art. 1 OR; Spiro, Begrenzung, § 298, und ZSR 105, 1986, S. 645ff.; Piotet, SJZ 77, 1981, S. 241ff.; Tercier, zit. in Nr. 720, S. 240). Ein anderer Teil der Lehre setzt sich mit beachtenswerten Gründen dafür ein, dass der Schadenersatzanspruch nach Art. 127 verjährt (z.B. Bucher, S. 254f.; Kramer, Allgem. Einl. vor Art. 1 OR, N 141; v. Tuhr/Peter, S. 193, 318).
- 725 – Die Haftung für Hilfspersonen (für beigezogene Abschluss- und Verhandlungsgehilfen) wird überwiegend und zu Recht nach Art. 101 beurteilt (z.B. Bucher, S. 255; Engel, S. 506; Keller/Schöbi I, S. 37; Kramer, zit. in Nr. 724; Spiro, Erfüllungsgehilfen, § 101, und ZSR 105, 1986, S. 619ff.).
- Piotet (SJZ 77, 1981, S. 243ff., und Mélanges Flattet, Lausanne 1985, S. 363ff.) lehnt dies ab und greift stattdessen auf Art. 27 zurück, den er verallgemeinert (zustimmend: Tercier, zit. in Nr. 720, S. 240; sehr kritisch: Spiro, a.a.O.). Das Bundesgericht hat sich zur Culpa-Haftung für Hilfspersonen noch nicht grundsätzlich geäußert, in BGE 108 II 422 aber doch entschieden, dass bei täuschendem Verhalten des Abschlussgehilfen Art. 101 anzuwenden sei.
- 726 – Trennt man die Culpa-Haftung von der Deliktshaftung (Art. 41ff.), so können im Einzelfall (z.B. bei Eigentums- oder Körperverletzung, Nr. 719a) die Voraussetzungen beider Haftungen gegeben sein, was eine Anspruchskonkurrenz (Nr. 1722) begründet. Alsdann kann z.B. auch Art. 101 (Nr. 725) mit Art. 55 konkurrieren (Koller, Die Haftung für den Erfüllungsgehilfen, Diss. Freiburg, Zürich 1980, S. 159).
- Das soeben Gesagte ist bedeutsam auch für den Fall, da ein Verhandlungspartner, der über Verhältnisse befragt wird, in die er kraft seiner Stellung besonderen Einblick besitzt, falsche Auskünfte (oder Ratschläge) erteilt. Denn nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts, die hier den engen «Widerrechtlichkeitsbegriff» (Nr. 723) verlässt, begründet ein solches Verhalten unter bestimmten Voraussetzungen einen Deliktsanspruch des Geschädigten (Art. 41 Abs. 1; BGE III II 473ff.).
- 726a 2. Die Behandlung der Culpa-Haftung als eine besondere Haftungsfigur ist nur dann sinnvoll, wenn das Deliktsrecht (Art. 41ff.), was die Voraussetzungen und die Modalitäten der Haftung betrifft, die in Frage stehenden Schädigungen nicht befriedigend zu regeln vermag. Das trifft zu, solange man am engen Begriff der deliktischen Widerrechtlichkeit festhält (Art. 41 Abs. 1; Nr. 723) und ausserdem die vertragsrechtlichen Bestimmungen über die Verjährung (127ff.; Nr. 724) und über die Hilfspersonenhaftung (Art. 101; Nr. 725f.) den deliktsrechtlichen Artikeln 60 und 55 vorzieht. Doch muss man sich stets bewusst bleiben, dass die «culpa in contrahendo» zunächst nichts anderes ist als eine dogmatische Hilfsfigur, die dazu dient, eine Haftung «zwischen Vertrag und Delikt» (BGE 68 II 303) zu begründen, weil eine Vertragshaftung nicht vorliegt und die Deliktshaftung nicht ausreicht (vgl. Picker, AcP 183, 1983, S. 369ff.). Um sie überzeugend in unser Rechtssystem einzufügen, wäre es angebracht, sich offen zu einer Lückenfüllung des Gesetzes (ZGB I Abs. 2) zu bekennen. Denn: «On ne peut construire 'ex nihilo' une responsabilité sui generis, comme on ne peut se borner à choisir parmi les modalités celles qui paraissent les mieux adaptées» (Tercier, zit. in Nr. 720, S. 237).



## E. Vertragsverhandlungen und Culpa-Haftung

- 318 1. Dem Abschluss des Werkvertrages gehen längere oder kürzere **Vertragsverhandlungen** voraus. Schon durch die Aufnahme von Verhandlungen (die zum Vertragsabschluss führen können, nicht aber müssen) entsteht zwischen den Beteiligten ein besonderes Rechtsverhältnis: das Verhandlungsverhältnis (Schönenberger/Jäggi, N 566 ff. zu Art. 1 OR), das ein Treueverhältnis (ein Vertrauensverhältnis) ist. Es verpflichtet die Verhandlungspartner zu einem Verhalten nach Treu und Glauben (vgl. BGE 105 II 79), da jeder, der mit einem andern in Verhandlungen tritt, erwarten darf, es mit einem «redlich denkenden, sich loyal verhaltenden Partner zu tun zu haben» (Larenz, SchR I, § 9 I, S. 101). Doch hat der Unternehmer mangels anderer Abrede keinen Anspruch auf Vergütung seiner Kostenofferte, mag auch der von ihm angestrebte Vertrag nicht abgeschlossen werden (LGVE 1980, I, Nr. 561, S. 628 f. = BR 1982, S. 56, Nr. 47).
- 319 2. Verstösst ein Verhandlungspartner gegen die Pflicht, sich nach Treu und Glauben zu verhalten, so kann er dem andern für den dadurch entstehenden Schaden aus «**culpa in contrahendo**» haftbar werden (statt vieler: Schönenberger/Jäggi, N 583 ff. zu Art. 1 OR). Diese Culpa-Haftung bildet Gegenstand zahlreicher Streitfragen (vgl. Gauch/Schluep/Jäggi, Nr. 720 ff.; Piotet, SJZ 77, 1981, S. 225 ff./241 ff.). Sie setzt grundsätzlich ein Verschulden voraus; doch hat der Verhandlungspartner für das Verhalten seiner Hilfspersonen (gemäss herrschender Meinung) nach Art. 101 OR einzustehen (Gauch/Schluep/Jäggi, Nr. 726 und dort Zitierte; Spiro, Erfüllungsgehilfen, S. 382 ff.; vgl. auch BGE 108 II 422). Das treuwidrige Verhalten, das der Haftung zugrunde liegt, kommt in verschiedenen Erscheinungsformen vor. Treuwidrig verhält sich zum Beispiel:
- 320 – Der *Unternehmer*, der zum Nachteil des Bestellers dem Architekten irgendwelche Vorteile (namentlich prozentuale Provisionen) verspricht für den Fall, dass der Bauwerkvertrag mit ihm abgeschlossen wird (vgl. dazu im allgemeinen: Hirzel, Das Schmiergeldunwesen und die Rechtsbehelfe der davon Beeinträchtigten nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1930). Das gleiche gilt für den Unternehmer, der im Submissionsverfahren ein Angebot mit verdeckter Preisabsprache einreicht (dazu Nr. 345).

- 321 – Der *Unternehmer*, der eine vorvertragliche Aufklärungspflicht verletzt, die sich aus Treu und Glauben ergibt (BGE 108 II 313). Treuwidrig handelt z. B. ein Unternehmer, der davon absieht, den «ahnungslosen» Besteller über ein von ihm erkanntes Missverhältnis zwischen Preis und Vorteil des Werkes aufzuklären (vgl. BGE 92 II 333 f.; insofern ungenau: JdT 126, 1978, I, S. 395 = BR 1980, S. 31, Nr. 20). Dasselbe gilt unter Umständen für den Unternehmer, der es unterlässt, den Besteller noch vor Abschluss des Vertrages auf die Unrichtigkeit einer Ausführungsweisung (Art. 369 OR; Nr. 1366) oder auf andere Verhältnisse aufmerksam zu machen, welche eine «gehörige oder rechtzeitige Ausführung» (Art. 365 Abs. 3 OR) des geplanten Werkes gefährden (vgl. dazu Nr. 580, 1383 f. und 1421 f.). Durch sein Schweigen verstösst er dann gegen das Gebot von Treu und Glauben, wenn er die Unrichtigkeit der Weisung oder die betreffenden Verhältnisse vor Vertragsabschluss erkannt hat und annehmen muss, dass sie dem Besteller nicht bekannt sind (ZR 54, 1955, S. 364, Nr. 181; BGE 92 II 334: «le devoir d'information ne concerne pas les circonstances que l'autre partie est censée connaître elle-même»; vgl. auch BGE 108 II 313; 102 II 84).
- 322 – Der *Unternehmer*, der den Werkvertrag abschliesst, ohne einem Besteller, der selber weder sachkundig noch sachkundig vertreten oder beraten ist, fachmännischen Rat über das von diesem gewünschte Werk (namentlich hinsichtlich der Zweckmässigkeit) zu erteilen. Er verletzt eine vorvertragliche Beratungspflicht, die jedoch häufig als Vertragspflicht aufgefasst wird (z. B. BGE 26 II 586; GVP SG 1972, Nr. 17, S. 48 ff.; Gauch, Voraufgabe, Nr. 221; Soergel, N 115 zu § 631 BGB). «Dieser Auffassung ist ... entgegenzuhalten, dass es der Logik widerspricht, die vor dem Vertragsabschluss» geschuldete Raterteilung «den Grundsätzen des erst nachher abgeschlossenen Vertrages zu unterstellen» (BGE 68 II 303).
- 323 – Der *Unternehmer*, der einen ungefähren Kostenansatz (Art. 375 OR) aus Absicht oder Unsorgfalt zu tief ansetzt (vgl. dazu Nr. 691).
- 324 – Der *Besteller*, der mit Bezug auf Leistungen, für die der Unternehmer Einheitspreise (Nr. 639 ff.) zu offerieren hat, mit Absicht oder aus Unsorgfalt unrichtige Angaben über die zu erwartenden (voraussichtlichen) Mengen macht. Vgl. dazu Nr. 764, 769 und 771.
- 325 – Der *Besteller*, der dem Unternehmer mit Absicht oder aus Unsorgfalt unrichtige Angaben über kostenbildende Faktoren (z. B. über die Beschaffenheit des Baugrundes) liefert. Vgl. dazu Nr. 762, 769 und 771.
- 326 – Der *Besteller*, der eine Submission veranstaltet und die Arbeiten in Verletzung der geltenden Vergaberegeln vergibt (dazu Nr. 361 ff.). Zum Missbrauch einer eingereichten Variante siehe Nr. 367.
- 327 – Der *Unternehmer oder der Besteller*, der mit der Gegenpartei in Verhandlungen tritt oder begonnene Verhandlungen fortsetzt, obwohl er weiss oder wissen muss, dass ein Abschluss mit dieser Partei nicht (mehr) in Frage kommt (vgl. BGE 77 II 135 ff.; Engel, S. 135). Er verstösst gegen die Pflicht zu ernsthaftem Verhandeln, die sich aus Treu und Glauben ergibt (Schönenberger/Jäggi, N 575 zu Art. 1 OR). Dasselbe gilt, wenn jemand monatelange Verhandlungen durch seine Filiale führt und dann den Vertragsabschluss an der Genehmigung durch den Hauptsitz scheitern lässt, obwohl der Verhandlungspartner über einen solchen Genehmigungsvorbehalt nicht informiert war (vgl. BGE 105 II 80 f.).
- 328 – *Nicht* aber der Besteller oder Unternehmer, der ernsthaft geführte Vertragsverhandlungen ohne Vertragsabschluss abbricht (vgl. BGE 105 II 79 f.), mögen auch seinem Partner erhebliche Verhandlungskosten erwachsen sein (Engel, S. 136), die er mangels anderer Abrede selber zu tragen hat (RJN 1953–1957, S. 292 ff.; vgl. auch Nr. 358). Denn aus der Aufnahme von Verhandlungen als solcher ergibt sich noch keine Pflicht zum Vertragsabschluss (BJM 1984, S. 67).

## V. OBLIGATIONENRECHT DROIT DES OBLIGATIONS

### 38. Arrêt de la 1<sup>re</sup> Cour civile du 13 septembre 1982 dans la cause Carlin S.A. contre Etat de Vaud (recours en réforme)

*Art. 58 CO; responsabilité du propriétaire d'ouvrage.*

1. Le propriétaire d'une route, comme de tout autre ouvrage, répond selon l'art. 58 CO dans la mesure où il affecte l'ouvrage en construction ou en réparation à son usage normal (consid. 1).
2. Comportement fautif d'un conducteur empruntant une chaussée en réparation; exclusion de la responsabilité du propriétaire d'ouvrage (consid. 2).

*Art. 58 OR; Haftung des Werkeigentümers.*

1. Der Eigentümer einer Strasse haftet aus Art. 58 OR wie für jedes andere Werk, wenn er, während die Strasse gebaut oder instandgestellt wird, deren ordentliche Benützung zulässt (Erw. 1).
2. Verschulden des Lenkers, der eine Strasse befährt, die sich im Umbau befindet; Ausschluss der Haftung des Werkeigentümers (Erw. 2).

*Art. 58 CO; responsabilità del proprietario di un'opera.*

1. Il proprietario di una strada, come quello di qualsiasi altra opera, risponde ai sensi dell'art. 58 CO nella misura in cui consente l'uso normale dell'opera in costruzione o in riparazione (consid. 1).
2. Comportamento colposo di un conducente che percorre una carreggiata in riparazione; esclusione della responsabilità del proprietario dell'opera (consid. 2).

A. — En août 1979, l'Etat de Vaud procédait à des travaux de correction et de réfection de la route cantonale de 3<sup>e</sup> classe du Mollendruz, au lieu dit «Crêt-Blanc». En descendant, la route y décrit un léger tournant à gauche. La chaussée — d'ordinaire goudronnée — avait alors été modifiée et se trouvait recouverte de tout-venant roulé; sa largeur était alors réduite à 6,5 m et elle était bordée à droite en descendant par trois barrières de chantier et par un talus en contrebas. Les travaux s'étendaient sur une longueur d'environ 1 km. Aux deux extrémités du tronçon, une signalisation

fixe avait été mise en place. Les travaux se sont déroulés sans interruption notable du trafic; un passage alterné était organisé en cas de nécessité. L'aménagement de la chaussée était ainsi conforme aux normes de l'Union suisse des professionnels de la route.

Dans le tournant mentionné ci-dessus, la chaussée a été rehaussée par l'apport de tout-venant.

Dans le cadre de ces travaux, Carlin S.A. effectuait pour l'Etat de Vaud des transports de matériaux au moyen de son camion dit «à deux essieux» (mais en comportant en réalité trois) portant plaques VD 3393.

Le 17 août 1979, le chauffeur Dupraz conduisait ce camion chargé de pierre, sur ledit tronçon, à la descente en direction de L'Abbaye. Arrivé au lieu dit «Crêt-Blanc», il dut croiser un train routier chargé de billes. Dans des conditions qui n'ont pas pu être établies avec précision, la chaussée céda à l'extrême droite du camion de Carlin S.A., qui bascula dans le talus et se renversa sur le flanc; il était irréparable et le dommage s'élève à 70 000 francs; la location d'un véhicule de remplacement a en outre coûté 3850 francs.

B. — Carlin S.A. a actionné l'Etat de Vaud en paiement de 73 850 francs avec intérêt à 5% dès le 18 octobre 1979.

Par arrêt du 5 février 1982, la Cour civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud a rejeté la demande.

C. — Carlin S.A. a ensuite interjeté un recours en réforme contre cet arrêt; admettant une minime faute concurrente, elle a conclu au paiement de 59 080 francs avec intérêt à 5% dès le 18 octobre 1979.

Le Tribunal fédéral a rejeté le recours.

*Extrait des considérants:*

1. — a) Selon une jurisprudence constamment suivie, quels que soient les critères généraux distinguant le droit public du droit privé, les collectivités publiques assument la responsabilité de droit privé fondée sur l'art. 58 CO pour les routes ouvertes à la circulation qui dépendent d'elles, même si ces routes relèvent du domaine public (ATF 106 II 204, 102 II 344 et arrêts cités). Aussi l'Etat de Vaud répond-il, en principe, comme propriétaire de la route cantonale du Mollendruz.

b) L'art. 58 CO présuppose un vice de construction ou un

BGE 108 II 184 ff.

défaut d'entretien d'un ouvrage terminé et utilisé conformément à sa destination; il n'est pas applicable aux conséquences d'une imperfection passagère due à sa construction ou à sa réparation (ATF 96 II 341 et arrêts cités).

Cependant, comme le relève à juste titre la recourante, le propriétaire répond selon l'art. 58 CO dans la mesure où il affecte l'ouvrage en construction ou en réparation, à son usage normal (ATF 94 II 154, 63 II 147, 46 II 257). Il n'y a point de raison de soustraire les routes de l'application de ce principe général.

Il ne saurait en aller autrement lorsque le propriétaire affecte l'ouvrage à son usage normal, mais seulement de manière restreinte, en raison de travaux de construction ou de réfection. Quand l'usager peut se rendre compte de cette restriction, le propriétaire répond selon l'art. 58 CO de ce qui représente un défaut de construction ou d'entretien en fonction de cet usage restreint. Aussi le «propriétaire» d'une route en réfection, mais laissée ouverte à la circulation publique, répond-il selon l'art. 58 CO de ce qui doit être considéré comme un défaut de construction ou d'entretien pour une telle route; le propriétaire doit maintenir la route dans un état offrant une sécurité suffisante aux usagers eu égard à la circulation restreinte à laquelle elle est affectée (cf. ATF 102 II 345/346); en revanche, il n'est donc point responsable d'inconvénients inhérents à de tels travaux, dont peuvent se rendre compte des usagers normalement attentifs. Ceux-ci, tenus de s'adapter aux conditions de la route et de la circulation (art. 31 et 32 LCR), sont astreints à une prudence particulière lorsqu'ils parcourent une route en réfection; ils doivent prendre en considération l'état de la chaussée en réfection, notamment en ce qui concerne sa largeur, son profil, son revêtement, la résistance de son sol, et s'efforcer de l'utiliser sans qu'il en résulte de dommage (ATF 102 II 345, 98 II 44).

2. — La preuve d'un vice de construction ou d'un défaut d'entretien selon l'art. 58 CO incombe à celui qui invoque cette cause de responsabilité (art. 42 al. 1 CO, 8 CC). Or la cour cantonale constate que l'on n'a établi ni le déroulement exact de l'accident ni l'existence d'un vice de construction ou défaut d'entretien; aussi attribue-t-elle l'accident exclusivement au comportement fautif du chauffeur de camion. La recourante objecte que son chauffeur n'a pas commis de faute et que, partant, l'accident ne peut être attribué qu'à un défaut de l'ouvrage.

Ces considérations relèvent en partie du fait — ce qui exclut un

réexamen par le Tribunal fédéral en dehors d'hypothèses non réalisées en l'occurrence (art. 63 et 64 OJ) — et en partie du droit, soumis à la révision du Tribunal fédéral. Il n'est pas indispensable de faire, en l'occurrence, le départ exact de l'un et l'autre.

Le Tribunal fédéral examine librement au regard du droit si le chauffeur Dupraz a respecté les règles de circulation. Or, les explications que la recourante donne elle-même dans son recours, jointes aux constatations de l'arrêt attaqué, démontrent que tel n'était pas le cas. Tout d'abord, le chauffeur pouvait et devait se rendre compte que le sol en réfection, constitué de tout-venant non enrobé de bitume, nouvellement mis en place, ne présentait pas la même résistance que celle d'une route goudronnée, spécialement en bordure de route; conduisant un gros camion, particulièrement lourd lorsqu'il est chargé, il devait être spécialement attentif à cet élément, en parcourant la route en réfection. Il devait aussi tenir compte du rétrécissement de la route et des difficultés qui en résultaient pour le croisement d'autres véhicules; il devait y attacher d'autant plus d'attention qu'en raison de la résistance amoindrie du sol, l'usage de l'extrême bord de la route pouvait apparaître dangereux et que son camion était large et chargé près de la limite autorisée. De surcroît, la ridelle à l'arrière ayant été arrachée, la charge de pierres qu'il transportait avait été avancée sur l'avant du pont, ce qui déplaçait le centre de gravité à l'avant et augmentait la charge sur l'essieu avant. Il pouvait s'attendre qu'en cas de freinage, il en résulterait une force supérieure sur les roues avant et ne devait pas méconnaître non plus qu'il s'engageait à la descente, de sorte que le freinage exigeait une force supérieure qui se traduit sur les roues et la route. Enfin, il ne devait pas oublier qu'il s'engageait sur un tracé comportant un léger virage à gauche et prévoir qu'un freinage dans le tournant pouvait le déporter à droite et créer une force accrue sur les roues droites. Dans ces conditions, la vitesse de 42 km/h avec laquelle il s'est engagé sur cette route en réfection, rétrécie, à la descente et à proximité d'un léger tournant à gauche, était évidemment excessive; apparemment surpris par le croisement d'un poids lourd auquel — à tort — il ne s'attendait pas, selon les constatations déterminantes de l'arrêt attaqué, il fut «forcé, lors du croisement, à freiner brusquement, et son véhicule s'est trouvé de ce fait déporté vers la droite. C'est ainsi que (...) l'extrême bord de la chaussée (...) a pu céder». Il saute aux yeux que cette manœuvre intempestive de Dupraz est due exclusivement à ce qu'il n'a point

pris en considération les éléments ci-dessus qui auraient dû lui dicter sa conduite; s'il l'avait fait, il n'aurait pas eu besoin de freiner brusquement — ce qui a déporté son véhicule à l'extrême droite —, le freinage intempestif n'aurait pas accumulé au lieu de l'accident la force élevée qui a fait céder la chaussée et celle-ci aurait vraisemblablement résisté.

Que d'autres véhicules aient aussi circulé à cet endroit à une allure de 40 à 50 km/h est sans portée. En effet, d'une part on ignore dans quelles conditions exactes ils l'ont fait et par ailleurs la faute éventuelle d'autres chauffeurs ne saurait rendre licite le comportement du chauffeur Dupraz.

Aussi est-ce à tort que la recourante entend déduire de la conduite prétendument correcte de son chauffeur que l'accident serait dû exclusivement à un vice de construction ou un défaut d'entretien. Ceux-ci ne sont par ailleurs établis par aucun élément.

BauR 1987, S. 116 ff.

## Architekt: Haftung aus unerlaubter Handlung

Zur deliktischen Einstandspflicht des Architekten gegenüber den Mietern von Räumen für Feuchtigkeitsschäden an eingebrachten Sachen aufgrund von Baumängeln, für die den Architekten wegen fehlerhafter Ausführungszeichnungen oder mangelhafter Bauaufsicht eine Mitverantwortung trifft.

BGB §§ 823, 426 Abs. 1.

BGH, Urteil vom 28. Oktober 1986

– VI ZR 254/85 – OLG Saarbrücken LG Saarbrücken

### Zum Sachverhalt:

Die Klägerin, Halbpflichtversicherer der D. I. AG, nimmt die Beklagte als Alleinerbin ihres Ehemannes, des Architekten V., auf Erstattung von Schadensersatzbeträgen in Anspruch, die sie für ihre Versicherungsnehmerin an zwei Mietern von Geschäftsräumen eines Einkaufszentrums in K. gezahlt hat.

Das von der D. I. AG im Jahre 1973 erworbene Einkaufszentrum war 1971/72 von der C. GmbH errichtet worden. Die Bauherrin hatte seinerzeit dem Architekten V. die Anfertigung der Massen- und Kostenrechnungen und der Ausführungszeichnungen, die künstlerische, technische und geschäftliche Oberleitung sowie die Bauausführung des von einem anderen Architekten entworfenen Gebäudes übertra-

gen; V. hatte auch zumindest die örtliche Bauaufsicht ausgeübt. Von 1975 bis 1979 drang durch Dach und Parkdeck des Einkaufszentrums trotz wiederholter Reparaturversuche mehrfach Regenwasser in die an ein Möbelgeschäft und ein Kaufhaus vermieteten Räume ein. Für die hierdurch an Waren und Einrichtungsgegenständen entstandenen Schäden zahlte die Klägerin den Mietern insgesamt 176 316,- DM, die sie von der Beklagten ersetzt verlangt. Sie macht geltend, die Wassereinbrüche seien auf fehlerhafte Ausführungszeichnungen und Aufsichtsmängel des V. zurückzuführen; ihr stehe deshalb aus Übergangeneinem Recht (§ 67 Abs. 1 VVG) ein Ausgleichsanspruch der D. I. AG aus § 426 Abs. 1 BGB gegen die Beklagte zu.

Beide Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Die Revision der Klägerin führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

### Aus den Gründen:

I. Das Berufungsgericht verneint einen – hier allein geltend gemachten – originären Ausgleichsanspruch der D. I. AG nach § 426 Abs. 1 BGB gegen die Beklagte, der auf die Klägerin hätte übergehen können. Es läßt dahingestellt, in welchem Umfang V. bei der Errichtung des Einkaufszentrums als Architekt tätig geworden ist und ob die von der Klägerin regu-

lierten Schäden auf von V. zu verantwortende Baumängel zurückzuführen sind. Selbst wenn letzteres der Fall sei, so haben nach Ansicht des Berufungsgerichts den Mietern niemals Ersatzansprüche gegen V. oder die Beklagte zugestanden. In den Schutzbereich des Architektenvertrages seien sie nicht einbezogen gewesen, und eine deliktische Verkehrssicherungspflicht dahin, daß in das Gebäude eingebrachte Sachen keine Schäden durch eindringende Feuchtigkeit erlitten, habe V. gegenüber den Mietern nicht obliegen.

II. Das Berufungsurteil hält der rechtlichen Nachprüfung nicht in allen Punkten stand.

1. Im Ergebnis mit Recht verneint das Berufungsgericht allerdings eine vertragliche Einstandspflicht des V. für die Schäden der Mieter als Grundlage für einen von der Klägerin durch gesetzlichen Forderungsübergang (§ 67 Abs. 1 VVG) erworbenen originären Ausgleichsanspruch der D. I. AG gegen die Beklagte (§§ 426 Abs. 1, 1967 Abs. 1 BGB). Dabei kann offenbleiben, ob der Begründung des Berufungsgerichts zu folgen ist, die Mieter seien in den Schutzbereich des Architektenvertrages nicht einbezogen gewesen, weil dem Bauherrn ihnen gegenüber keine besondere Fürsorgepflicht obliegen habe [1]. Die Ablehnung vertraglicher Ersatzansprüche der Mieter wird jedenfalls von dem unstreitigen Umstand getragen, daß V. gemäß § 11 Nr. 1 des Architektenvertrages v. 7. 7. 1971 bei nicht vertragsgemäßer Erstellung des Werkes nur für den am Bauwerk entstandenen Schaden haftete, wodurch zumindest seine vertragliche Einstandspflicht gegenüber dem Bauherrn für Folgeschäden der hier streitigen Art ausgeschlossen war [2]. Den Mietern können aber aufgrund des Architektenvertrages grundsätzlich keine weitergehenden Ansprüche gegenüber dem Architekten zustehen als dessen Vertragspartner, dem Bauherrn, selbst [3]. Die Klägerin hat nicht vorgetragen, daß dies hier nach dem Willen der Vertragsparteien ausnahmsweise anders sein sollte.

2. Rechtsfehlerhaft hält aber das Berufungsgericht auch einen Ausgleichsanspruch der Klägerin gegen die Beklagte aufgrund einer deliktischen Einstandspflicht des V. gegenüber den Mietern wegen Verletzung ihres Eigentums (§ 823 Abs. 1 BGB) nicht für gegeben.

a) Nicht gefolgt werden kann zunächst der Ansicht des Berufungsgerichts, etwaige Fehlleistungen des V. stellten schon deshalb keinen zum Schadensersatz verpflichtenden Eingriff in das Eigentum der Mieter dar, weil diese ihre Sachen erst später in den bereits vollendeten Bau eingebracht hätten. Wie sich aus den im Berufungsurteil angeführten Entscheidungen und der Verweisung auf die Gründe des landgerichtlichen Urteils ergibt, will sich das Berufungsgericht mit dieser Begründung ersichtlich an

die ständige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs anlehnen, daß die Verschaffung des Eigentums an einem mit Mängeln behafteten Bauwerk keine Verletzung des Eigentums an dieser Sache ist und deshalb eine mangelhafte Bauleistung als solche auch keine Ersatzansprüche aus unerlaubter Handlung nach § 823 Abs. 1 BGB auslöst [4]. Diese Rechtsprechung betrifft jedoch andere, mit der vorliegenden nicht vergleichbare Fallgestaltungen. Im Streitfall sind die in das Gebäude eingebrachten Sachen der Mieter erst durch das eindringende Wasser beschädigt worden; insoweit steht eine Eigentumsverletzung i. S. des § 823 Abs. 1 BGB außer Frage.

b) Mit nicht rechtsfehlerfreien Erwägungen läßt das Berufungsgericht Ersatzansprüche der Mieter aus unerlaubter Handlung ferner daran scheitern, daß V. ihnen deliktsrechtlich nicht für die mangelnde Tauglichkeit des Gebäudes, Schutz vor eindringendem Wasser zu gewähren, und die darauf beruhenden Mangelfolgeschäden einzustehen gehabt hätte.

aa) Wie auch das Berufungsgericht nicht erkennt, ist der Architekt nicht nur vertraglich gegenüber seinem Auftraggeber gehalten, dafür zu sorgen, daß das Bauwerk plangerecht und frei von Mängeln erstellt wird [5]. Ihn trifft vielmehr prinzipiell gegenüber diesem wie gegenüber dritten Personen, die bestimmungsgemäß mit dem Bauwerk in Berührung kommen, auch deliktisch die Verkehrs(sicherungs-)pflicht, etwaigen Gefahren, die von dem Bauwerk für Gesundheit und Eigentum ausgehen, vorzubeugen und sie gegebenenfalls abzuwehren. Denn nach ständiger Rechtsprechung ist derjenige, der eine Gefahrenlage schafft und in der Lage ist, ihr abzuwehren, grundsätzlich auch verpflichtet, die nötigen Vorkehrungen zu treffen, um eine Schädigung anderer möglichst zu verhindern [6]. Deshalb kann ein Architekt aus unerlaubter Handlung für Körper- und Sachschäden einzustehen haben, die auf seinen Planungs- oder Aufsichtsfehlern beruhen, wie z. B. für Schäden durch das Herabstürzen einer mangelhaft erstellten Dachkonstruktion oder Decke [7]; gleiches gilt für Schäden durch ungesicherte Glaswände [8]

[1] Zuletzt erem siehe Senatsurteile v. 29. 9. 59 – VI ZR 194/58, VersR 1959, 1009, 1010 und v. 30. 4. 68 – VI ZR 29/67, VersR 1968, 673, 674; vgl. auch BGH, Urteil v. 7. 11. 83 – IVa ZR 20/82, VersR 1984, 85, 86 = BauR 1984, 189 und v. 7. 11. 84 – VIII ZR 162/83, NJW 1985, 489 f.

[2] Vgl. BGH, Urteil v. 24. 4. 1975 – VII ZR 114/73, VersR 1975, 857, 858 = BauR 1975, 286.

[3] BGHZ 33, 247, 250; BGHZ 56, 269, 272.

[4] So grundlegend BGHZ 39, 366, 367; zuletzt BGH, Urteil v. 7. 11. 85 – VII ZR 270/83, BGHZ 96, 221, 220 f. = BauR 1986, 211, 214 m. w. N.

[5] Siehe dazu BGHZ 62, 204, 206 = BauR 1979, 211; BGHZ 82, 100, 105 f. = BauR 1982, 79.

[6] Vgl. Senatsurteile v. 12. 2. 85 – VI ZR 193/83, NJW 1985, 1773, 1774 und v. 30. 4. 1985 – VI ZR 162/83, NJW 1985, 1773, 1774 und v. 30. 4. 85 – VI ZR 162/83, VersR 1985, 781.

[7] BGH, Urteil v. 20. 10. 64 – VI ZR 114/63, VersR 1964, 1250, 1251 und v. 11. 3. 1971 – VII ZR 132/69, VersR 1971, 644, 646 = BauR 1971, 131.

[8] Senatsurteil v. 30. 1. 68 – VI ZR 150/66, VersR 1968, 470, 471

oder für die Folgen eines Sturzes auf einer fehlerhaft konstruierten Wendeltreppe [9]. In diesen Fällen findet die deliktische Haftung des Architekten ihre innere Rechtfertigung in dem von ihm (mit-)verursachten gefährdenden Zustand des von dem Bauherrn dem Verkehr zugänglich gemachten Gebäudes, d. h. in dem Umstand, daß sich infolge mangelhafter Architektenleistungen unmittelbar aus dem Bauwerk selbst Gefahren für die Schutzgüter dritter Personen ergeben haben [10].

bb) Im Streitfall gingen allerdings von dem Bauwerk selbst Gefahren für die Sachen der Mieter, wie sie sich hier aktualisiert haben, nicht unmittelbar aus. Sie sind vielmehr durch Niederschläge ausgelöst worden, gegen die das Gebäude wegen der – zu unterstellenden Fehler – des Architekten keinen ausreichenden Schutz bot. Indes kann es für die deliktische Haftung des Architekten prinzipiell keinen entscheidenden Unterschied machen, ob derartige Witterungseinflüsse etwa wegen Baumängeln zur Rissbildung führen oder das Gebäude gar zum Einsturz bringen und die eingebrachten Sachen auf diesem Wege unmittelbar durch das Bauwerk selbst, z. B. durch herabstürzende Bauteile, beschädigt werden oder ob sich in der Beschädigung dieser Sachen Isolierungsmängel des Gebäudes auswirken, für die der Architekt mitverantwortlich ist [11]. Grundsätzlich kann der Verkehr darauf vertrauen, daß das Bauwerk auch vor derartigen Witterungseinflüssen schützt; denn gerade auch vor den Unbilden der Witterung soll das Gebäude seinen Bewohnern Schutz gewähren, und sie vertrauen deshalb nicht nur sich selbst, sondern auch die von ihnen eingebrachten Sachen diesem Schutz des Hauses an. Auch in Fällen wie hier werden somit die Gefahren für die Bewohner nicht eigentlich durch die Witterung, sondern durch ihr Vertrauen in den Schutz des Gebäudes ausgelöst; das läßt deliktische Sicherungspflichten der für diesen Schutz Verantwortlichen entstehen, auf deren von ihnen in Anspruch genommenen beruflichen Sachverstand sich die Vertrauensersparung gründen kann und die dementsprechend für die Erfüllung dieser Erwartung, also für den Schutz vor den genannten Gefahren, mitgarantieren.

Freilich wird die deliktische Verantwortlichkeit dieser „Garanten“ nicht nur von ihren faktischen und rechtlichen Einflußmöglichkeiten in den Grenzen ihrer beruflichen Zuständigkeit für das Bauwerk, sondern auch von Art und Maß des im konkreten Fall veranlaßten Vertrauens für den Verkehr mitbestimmt. Von einem Gebäude, das etwa auf Veranlassung des Bauherrn zur Kostenersparnis in Billigstbauweise erstellt worden ist, kann der Verkehr keinen perfekten Schutz gegen Witterungseinflüsse erwarten; hier kann gegebenenfalls dem Eigentümer die alleinige Haftungszuständigkeit dafür zuwachsen, daß er die Eröffnung des Verkehrs zu dem Gebäude entsprechend beschränkt oder ihn jedenfalls über die Män-

gel rechtzeitig unterrichtet, damit von den Bewohnern eigene Dispositionen zur Gefahrenabwehr getroffen werden können. Entsprechendes gilt von der Zweckbestimmung des Gebäudes; ist es von vornherein nicht zur Lagerung von besonders feuchtigkeitsempfindlichen Gegenständen erstellt worden, so ist es allein Sache des Hauseigentümers, dem durch Beschränkung des Benutzerkreises Rechnung zu tragen.

Zudem sind die deliktischen Verkehrspflichten beschränkt auf eine zumutbare Abwehr von Gefahren für Gesundheit und Eigentum der Benutzer des Gebäudes; sie gehen nicht soweit, ihnen ganz allgemein die ungestörte Nutzung des Hauses zu gewährleisten. Das Nutzungsinteresse selbst ist dem Schutz allein der Vertragsordnung vorbehalten; seine Beeinträchtigung kann grundsätzlich nur vertragliche Ersatzansprüche auslösen [12]. Schon das kann unter Umständen dazu führen, daß sich die Benutzer des Gebäudes, jedenfalls wenn sie trotz Kenntnis konkreter Gefahren für ihre Gesundheit oder ihr Eigentum aufgrund von Baumängeln ihr Nutzungsinteresse uneingeschränkt zu realisieren suchen, auf deliktische Ersatzpflichten nicht berufen können, weil diese hier in Wahrheit für ein Interesse in Anspruch genommen werden, das durch die Deliktsordnung nicht geschützt ist. Schließlich können in derartigen Fällen Haftungsverantwortlichkeiten auch durch den rechtlichen Gesichtspunkt des Handelns auf eigene Gefahr (§ 242 BGB) und durch Obliegenheiten zu eigenen Schutzmaßnahmen (§ 254 BGB) beschränkt sein.

In erster Linie erwachsen daher deliktische Haftungsverantwortlichkeiten des Architekten der hier in Frage stehenden Art aus **verborgenen** Gefahren des Bauwerks für Gesundheit und Eigentum seiner Benutzer, mit denen diese nicht zu rechnen brauchen. In Grenzen können aber derartige Gefahren auch dann, wenn sie nicht verborgen sind, deliktische Ersatzansprüche auslösen, solange etwa ihre Eigenart oder ihre Quelle nicht erkennbar ist und deshalb den Betroffenen ein ausreichender Selbstschutz nicht möglich ist oder wo mit sachwidrigem Umgang mit der Gefahr gerechnet werden muß.

Im Streitfall kann, da insoweit jede Sachaufklärung fehlt, von dem Ausschluß einer deliktischen Verantwortlichkeit des Architekten V. für Feuchtigkeitsschä-

den an den Sachen und Einrichtungen der Mieter aus den vorgenannten Gesichtspunkten nicht ausgegangen werden. Das Gebäude war für die hier in Frage stehende Nutzung durch ein Kaufhaus und ein Möbelgeschäft errichtet und mußte deshalb durch eine entsprechende Isolierung Schutz vor den behaupteten Feuchtigkeitsschäden bieten. Zwar sind die Schäden nach dem Vortrag der Klägerin über Jahre hinweg immer wieder aufgetreten; ihre Ursache ist aber lange Zeit unbekannt geblieben, so daß

nach dem Klagevorbringen alle Bemühungen, die Mängel zu beheben, erfolglos geblieben sind. Bei dieser Sachlage hätte das Berufungsgericht die Klage nicht abweisen dürfen, ohne zu prüfen, ob und gegebenenfalls mit welchen schadensursächlichen Mängeln die von V. erbrachten Architektenleistungen behaftet waren und ob V. insoweit ein Verschulden traf.

(Mitgeteilt von Richter am BGH Dr. Kullmann, Karlsruhe)

[9] Senatsurteil v. 6. 10. 1970 – VI ZR 223/69, VersR 1971, 84, 85 = BauR 1971, 64.

[10] Zur Verkehrssicherungspflicht des Architekten allgemein siehe BGHZ 68, 169, 175 II. = BauR 1977, 428; Ganen, BauR 1973, 148, 153 II.; zur bauwerksbezogenen Sicherungspflicht vgl. Senatsurteil v. 6. 10. 70, a. a. O.; Schmalzl, NJW 1977, 2041, 2044.

[11] So schon BGH, Urteil v. 24. 4. 1975, a. a. O.

[12] Senatsurteile v. 17. 3. 81 – VI ZR 191/79, BGHZ 80, 186, 189 = VersR 1981, 639, 640 und v. 18. 9. 1984 – VI ZR 51/83, VersR 1984, 1151, 1152 = BauR 1985, 102.