

Professuren für Rechtswissenschaften

Prof. Dr. iur. Urs Ch. Nef

Prof. Dr. iur. Alexander Ruch

Protokoll Privatrecht:

lic. iur. Marc Splisgardt

Protokoll Öffentliches Recht:

lic. iur. Barbara Jud

lic. iur. Carlo Iazeolla

lic. iur. David Gander

Übungen zum Recht Grundzüge und Baurecht

Fallsammlung 2006

D-ARCH

(U 851-0710-00 / 051-0736-00)

Der Text ist ausschliesslich für Unterrichtszwecke bestimmt. Der Nachdruck ist unzulässig.

© 2006 Prof. Dr. U. Ch. Nef, Prof. Dr. A. Ruch, ETH Zürich, 8092 Zürich

Inhaltsübersicht

Privatrecht

- Fall 1 Vertragsabschluss; Gültigkeit des Vertrages; Kauf einer Liegenschaft; Seite 1
 Eigentumsübertragung; Arbeitsleistungsverträge; Vertretung;
 Dienstbarkeiten; Baubewilligung; Gewährleistung;
 Hilfspersonenhaftung
- Fall 2 Entstehungsgründe einer Obligation; Generalunternehmervertrag; Seite 15
 Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) und SIA-Normen;
 Gewährleistung beim Werkvertrag
- Fall 3 Begriff der Haftpflicht; verschiedene Haftungsarten; Seite 27
 Juristische Personen; ausservertragliche Haftung;
 Unterbrechung des Kausalzusammenhangs;
 Mehrheit von Haftpflichtigen

Öffentliches Recht

- Fall 4 **Einzonung eines Campingplatzes** Seite 49
 Verfahren der Zonenplanänderung; Beschwerdeverfahren bei
 Zonenplanänderungen; Rechtsnatur des Zonenplans
 Verhältnis Zonenplan-Richtplan; Zonenzuteilung für Campingplatz
- Fall 5 **Jugend- und Kulturzentrum** Seite 59
 Bewilligungspflicht; Zonenrechtliche Vorgaben;
 Verfahren; Umweltrechtliche Voraussetzungen
- Fall 6 **Wintergarten** Seite 69
 Ausnützungsziffer; Nutzungstransfer;
 Besitzstandsgarantie, Widerruf; Vertrauensschutz

Protokoll: lic. iur. Marc Splisgardt

U 051-0736-00

U 851-0710-00

ÜBUNGEN ZUM RECHT (GRUNDZÜGE UND BAURECHT)
D-ARCH

Fall 1

K hat im Januar 2004 den Architekten A damit beauftragt, in dessen Namen und auf dessen Rechnung in der Gemeinde S das Grundstück GB Nr. 216 mit einer Fläche von 6000 m² vom damaligen Eigentümer V zu kaufen und Pläne für eine Überbauung des Grundstücks mit 6 Mehrfamilienhäusern anzufertigen. Das Grundstück ist in der Bauzone für Mehrfamilienhäuser gelegen.

Nachdem K einige Änderungen an den Plänen veranlasst hatte, beauftragte er A mit der Ausführung des Bauprojekts. Zu diesem Zweck stellte A im Namen von K im Februar 2005 bei der zuständigen Behörde der Gemeinde S ein Baugesuch. Dagegen erhob der Eigentümer N des Nachbargrundstücks GB Nr. 228 Einsprache. Am 15.5.2005 erteilte die Baubewilligungskommission die Baubewilligung. Daraufhin erhob N Klage beim Zivilgericht. Er machte geltend, dass im Grundbuch eine Dienstbarkeit zu Gunsten des jeweiligen Eigentümers des Grundstücks GB Nr. 228 und zu Lasten des Eigentümers des Grundstücks GB Nr. 216 aus dem Jahre 1914 eingetragen sei. Diese lautet wie folgt:

„Auf dem zur Liegenschaft zum roten Stall östlich dem Stallgebäude & dem Territorium der Gemeinde, auf welchem das neue Schulhaus steht, darf ohne Einwilligung des jeweiligen Eigentümers der Liegenschaft GB Nr. 228 zu keinen Zeiten etwas gebaut oder gepflanzt werden, was derselben an der Aussicht nachtheilig sein oder Schaden geben könnte“.

In letzter Instanz entschied das Bundesgericht, dass das im Grundbuch aufgezeichnete Aussichtserservitut zu Gunsten der Liegenschaft GB Nr. 228 zu schützen sei.

Daraufhin versuchte K erfolglos das Grundstück GB Nr. 216 weiter zu veräussern. K will nun den erlittenen Schaden auf A abwälzen mit dem Argument, dieser hätte anlässlich des Abschlusses des Kaufvertrags von der Belastung des Grundstücks durch die Dienstbarkeit Kenntnis nehmen müssen. Sodann sei es als Kunstfehler zu bezeichnen, wenn ein Architekt auf einem Grundstück im Ausmass von 6000 m², auf dem ein Aussichtserservitut laste, 6 Mehrfamilienhäuser plane. A bestreitet dies.

Fragen:

- I. Wie kommt der Kaufvertrag über ein Grundstück zustande?
- II. Welches Rechtsverhältnis besteht zwischen K und A?
- III. Kann sich K beim Kauf durch A vertreten lassen?
- IV. Welche Rechte gewährt eine Dienstbarkeit im Allgemeinen und ein Aussichtsservitut im Speziellen?
- V. Welche Rechtswirkungen kommen einer Baubewilligung zu?
- VI. Kann K den erlittenen Schaden auf A abwälzen?
- VII. Wie ist zu entscheiden, wenn A Inhaber eines Architekturbüros mit 10 angestellten Architekten ist und er die Ausführung des Auftrags an einen Mitarbeiter delegiert hat?

Fall 1

§ 1 Literatur

Urs Ch. Nef, Obligationenrecht für Ingenieure und Architekten, Zürich 2000, insb. S. 20-23, 27-29, 37-44, 73-74, 89-92, 119-121, 149.

Weiterführende Literatur: Urs Ch. Nef, Grundzüge des Sachenrechts, Zürich 2004.

§ 2 Lösungsskizze

I. Zustandekommen eines Kaufvertrages über ein Grundstück

1. Vertragsabschluss im Allgemeinen

Zum Abschluss eines Vertrages ist die **übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung** der Parteien erforderlich (**Art. 1 OR**; Nef, S. 37 f.). Die zeitlich erste Willensäusserung wird als Antrag (Offerte) bezeichnet, die zweite als Annahme (Akzept; Nef, Obligationenrecht, S. 39 f.).

Im vorliegenden Fall haben K (vertreten durch A) und V einen Kaufvertrag über ein Grundstück abgeschlossen. Mit dem Kaufvertrag verpflichtet sich der Verkäufer, dem Käufer den Kaufgegenstand zu übergeben und ihm das Eigentum daran zu verschaffen, und der Käufer, dem Verkäufer den Kaufpreis zu bezahlen (Art. 184 OR).

Verträge kommen grundsätzlich mit dem Konsens über die wesentlichen Vertragspunkte, d.h. mit der Einigung der Parteien zustande. Verträge sind formfrei gültig, sie bedürfen nur dann einer Form, wenn das Gesetz dies ausdrücklich vorschreibt (Art. 11 OR). Der Grundsatz der Formfreiheit fliesst aus dem Prinzip der Privatautonomie insbesondere der Vertragsfreiheit (Nef, Obligationenrecht, S. 73 ff.).

Es sind drei verschiedene Arten von gesetzlichen Formvorschriften zu unterscheiden (Nef, Obligationenrecht, S. 87 f.):

- **Einfache Schriftlichkeit:** Die Willenserklärungen müssen schriftlich festgehalten werden, zudem muss diejenige Vertragspartei, welche mit dem Vertrag eine Verpflichtung eingeht, unterschreiben (das sind meistens beide Vertragsparteien; Art. 13 OR).
- **Qualifizierte Schriftlichkeit:** Es sind neben der Schriftlichkeit weitere Formelemente, wie z.B. die eigenhändige Niederschrift, nötig (Bsp.: Testament).
- **Öffentliche Beurkundung:** Der Notar (“Urkundsperson” mit hoheitlichen Befugnissen) hält dabei u.a. fest, dass der Vertragsinhalt dem Willen der Parteien entspricht.

Der Kanton räumt einer Person das Recht ein, als Notar hoheitlich tätig zu sein und regelt das genaue Verfahren der öffentlichen Beurkundung.

Mit einer gesetzlichen Formvorschrift können verschiedene Zwecke verfolgt werden. Die Parteien werden vor überstürzt abgeschlossenen Rechtsgeschäften abgehalten. Ausserdem werden die Parteien gezwungen, ihren Willen klar zu äussern. Dadurch wird die Gefahr von Irrtümern und weiteren Mängeln eingeschränkt. Das trägt zur Verhütung von Streitfällen bei. Öffentlich beurkundete Kaufverträge über ein Grundstück stellen zudem eine zuverlässige Grundlage für den Eintrag im Grundbuch dar.

In Art. 216 OR schreibt das Gesetz für Kaufverträge über Immobilien (Grundstücke) eine Form, nämlich die öffentliche Beurkundung vor. Die wesentlichen Vertragspunkte müssen von der gesetzlichen Formvorschrift erfasst werden. Beim Kauf sind dies primär die Bezeichnung der Vertragsparteien, des Kaufgegenstandes, des Kaufpreises und des Willens der Parteien einen Kaufvertrag abzuschliessen.

2. Gültigkeit des Vertrages

Ist ein Vertrag durch den Austausch übereinstimmender Willensäusserungen entstanden, stellt sich die Frage, ob er auch gültig zustande gekommen ist, d.h. ob er nicht an einem rechtlichen Mangel leidet. Nichtig sind Verträge u.a. dann, wenn sie einen unmöglichen, widerrechtlichen oder gegen die guten Sitten verstossenden Inhalt haben (**Art. 20 OR**; Nef, Obligationenrecht, S. 76 ff.), oder wenn die oben erwähnten gesetzlichen Formvorschriften nicht eingehalten wurden. Anfechtbar sind Verträge z.B. dann, wenn sie mit einem Willensmangel behaftet sind (**Art. 23 ff. OR**).

3. Kauf einer Liegenschaft im Besonderen

a) Vorbemerkung betreffend obligatorische und dingliche Rechte

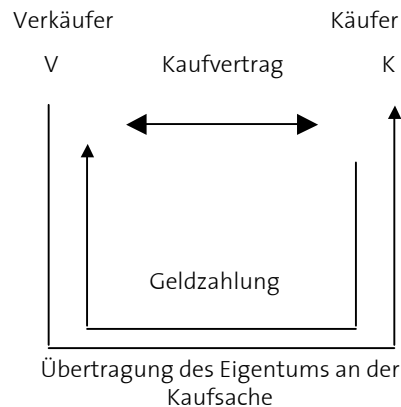
Dingliche Rechte sind Rechte, die direkt auf die Sache gehen. Sie sind absolute Rechte, das heisst, sie können gegenüber jedermann durchgesetzt werden. Bei Sachenrechten (z.B. Eigentum), welche im vierten Teil des ZGB geregelt sind, handelt es sich um solche **absolute Rechte** (Nef, Obligationenrecht, S. 21 ff.). Auch eine Grunddienstbarkeit ist ein absolutes Recht (Art. 730 ZGB; Nef, Sachenrecht, S. 91 ff.).

Obligatorische Rechte dagegen binden nur Personen, welche miteinander in einem Schuldverhältnis stehen. Es sind relative Rechte, welche nur einem konkreten Schuldner entgegengehalten werden können.

Beim Kauf eines Grundstückes sind somit zwei Vorgänge zu unterscheiden (vgl. Nef, Obligationenrecht, S. 26 ff.):

Grundgeschäft: Es entstehen Obligati-
onen (OR).

Vollzugsgeschäfte: Mit der Abwicklung
der Vollzugsgeschäfte wird das Grund-
geschäft erfüllt.



b) Das Grundgeschäft (vorliegend Kaufvertrag)

Ein Vertrag kommt wie oben ausgeführt durch den Austausch von übereinstimmenden Willensäusserungen der Parteien zustande (Art. 1 OR). Der Kaufvertrag über ein Grundstück ist in den Art. 216 ff. OR geregelt. Dieser bedarf einer besonderen Form, nämlich der öffentlichen Beurkundung (Art. 216 Abs. 1 OR). Bei der öffentlichen Beurkundung hält der Notar fest, dass der Vertragsinhalt dem Willen der Parteien entspricht. Die Abwicklung der öffentlichen Beurkundung ist Gegenstand des kantonalen öffentlichen Rechts. Der Bund bestimmt aber, in welchen Fällen ein Geschäft öffentlich beurkundet werden muss (z.B. der Abschluss eines Grundstückkaufvertrages).

Nach Vertragsabschluss ist immer noch der Verkäufer Eigentümer des fraglichen Grundstücks. Der Vertragsabschluss begründet lediglich die Verpflichtung des Verkäufers, dem Käufer das Eigentum am Grundstück zu übertragen und die Verpflichtung des Käufers den Kaufpreis zu bezahlen. Diese Verpflichtungen sind rechtlich erzwingbar (Obligationen).

c) Das Vollzugsgeschäft (Eigentumsübertragung)

Die Eigentumsübertragung an Immobilien (Grundstücken) erfolgt mit dem Eintrag ins Grundbuch (Art. 656 Abs. 1 ZGB).

Das Eigentum an Mobilien geht mit der Übertragung des Besitzes an der Sache auf den Erwerber über (Art. 714 Abs. 1 ZGB).

Der Verkäufer eines Grundstücks ist vertraglich verpflichtet, beim Grundbuchverwalter die Eigentumsübertragung anzumelden. Daraufhin erfolgt die Aufnahme in das Tagebuch. Erst nach Prüfung des Eintragungsgesuches durch den Grundbuchverwalter erfolgt der Eintrag auf dem Grundstücksblatt des Hauptbuches. Die Anmeldung hat vorbehaltlos und schriftlich zu erfolgen. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann die Anmeldung zur Eintragung ins Tagebuch nicht mehr einseitig widerrufen werden. Der Verkäufer hat also bei der Anmeldung sicherzustellen, dass er zu seinem Geld kommt (Leistung Zug um Zug, Garantie, Bankcheck usw.). Dem Verkäufer steht für die Kaufpreisforderung immerhin das Recht auf ein gesetzliches Pfandrecht zu (mittelbares gesetzliches Pfandrecht, Art. 837 Ziff. 1 ZGB; Verkäuferpfandrecht). Falls der Ver-

käufer das Geschäft nicht anmelden will, kann der Käufer auf Erfüllung des Kaufvertrages klagen.

Mit der Eintragung im Grundbuch hat der Käufer das Eigentum am Grundstück erworben. Der Zeitpunkt der Eintragung im Hauptbuch wird auf den Eintrag im Tagebuch zurückbezogen.

II. Rechtsverhältnis zwischen K und A

1. Arbeitsleistungsverträge und Qualifizierung des Architektenvertrages

Ein Vertrag über Architekturarbeiten wird als **Architektenvertrag** bezeichnet. Dieser Vertrag ist im Gesetz nicht geregelt. Je nach Inhalt des Vertrages lassen sich mindestens zwei verschiedene Leistungen des Architekten erkennen:

- Planung und Projektierung des Baus (Planungsvertrag)
- Durchführung und Überwachung des Baus; Bauführung (Bauleitungsvertrag).

Der Architekt kann sich auch zur Planung **und** zur Bauleitung verpflichten (Gesamtvertrag). Bei allen drei Verträgen verpflichtet sich der Architekt zu einer Arbeitsleistung. Im Gesetz werden drei grundlegende **Arbeitsleistungsverträge** geregelt: der **Einzelarbeitsvertrag (Art. 319 ff. OR)**, der **Auftrag (Art. 394 ff. OR)** und der **Werkvertrag (Art. 363 ff. OR)**.

Während beim Werkvertrag Arbeit und Erfolg geschuldet ist, besteht der Inhalt des Auftrages (lediglich) in einem auf ein Ziel gerichtetes Tätigwerden des Beauftragten. Der Arbeitnehmer schliesslich schuldet dem Arbeitgeber Arbeit im Rahmen der Arbeitszeit. Ein weiteres Unterscheidungsmerkmal der drei Arbeitsleistungsverträge ist die Entgeltlichkeit. Sowohl der Unternehmer beim Werkvertrag als auch der Arbeitnehmer werden für ihre Leistungen entlohnt (Werklohn, Arbeitslohn). Der Auftrag hingegen ist unentgeltlich, sofern keine Vergütung verabredet oder üblich ist (Art. 394 Abs. 3 OR). Eine Vergütung wird heute bei Auftragsverhältnissen in der Regel vereinbart worden sein. Schliesslich können die drei Verträge durch das Kriterium der Selbst- bzw. Fremdbestimmtheit voneinander abgegrenzt werden. Der Werkunternehmer und der Beauftragte handeln grundsätzlich selbstbestimmt, d.h. ohne Weisungen des Werkbestellers bzw. Auftraggebers. Der Arbeitnehmer hingegen ist gegenüber seinem Arbeitgeber weisungsgebunden und damit fremdbestimmt. Schematisch lassen sich die Unterschiede zwischen den genannten Arbeitsleistungsverträgen wie folgt darstellen (Nef, Obligationenrecht, S. 148):

Vertragsart	Geschuldete Leistung	Arbeitsausführung	Entgeltlich/unentgeltlich
Werkvertrag (Art. 363 ff. OR)	Arbeit und Erfolg (insb. Berufe im Baugewerbe)	selbstbestimmt	entgeltlich
Auftrag (Art. 394 ff. OR)	Arbeit im Hinblick auf ein Ziel (z.B. Arzt, Rechtsanwalt)	selbstbestimmt	unentgeltlich/entgeltlich
Arbeitsvertrag (Art. 319 ff. OR)	Arbeit im Rahmen der Arbeitszeit	fremdbestimmt (Subordinationsverhältnis)	entgeltlich

Die Frage, ob es sich bei einem Vertrag um einen Werkvertrag oder um einen Auftrag handelt, ist u.a. bei der **Haftung für Vertragsverletzungen** relevant. Der Werkunternehmer verpflichtet sich zu einem Erfolg, der Beauftragte zu sorgfältigem Tätigwerden. Ein typischer Auftrag ist z.B. der Vertrag mit dem Arzt oder dem Rechtsanwalt. Beide können und wollen keinen Erfolg – bezüglich Gesundheit oder Prozessausgang – versprechen und haften dementsprechend auch nicht für den Erfolg, sondern nur für auf ein sorgfältiges, auf ein Ziel gerichtetes Tätigwerden.

Anhand dieser Qualifikationsmerkmale lässt sich der Architektenvertrag einordnen. Beim **Planungsvertrag** handelt es sich – mindestens bezüglich der Detailpläne – um einen **Werkvertrag nach Art. 363 ff. OR**. Der Architekt arbeitet selbständig und muss einen Erfolg abliefern (kunstgerechte Pläne). Hingegen unterstehen die **Planentwürfe den Regeln des Auftragsrechts nach Art. 394 ff. OR**.

Der **Bauleitungsvertrag** beinhaltet die Arbeitsvergebung, die Überwachung und die Betreuung des Bauvorgangs (Bauführung). Bei der Bauleitung gibt es viele Faktoren, die vom Bauleiter nicht beeinflusst werden können (z.B. Konkurs eines Handwerkers, was zur Verzögerung der Arbeiten führt). Der Bauleiter verpflichtet sich denn auch in der Regel nicht zu einem Erfolg, sondern lediglich zu einem Tätigwerden im Interesse des Bauherrn. Auf den Bauleitungsvertrag wird deshalb **Auftragsrecht** angewendet (**Art. 394 ff. OR**; Nef, Obligationenrecht, S. 149 f.).

Verpflichtet sich der Architekt sowohl zur Planung als auch zur Bauleitung (Gesamtvertrag), erweist sich die rechtliche Qualifikation des Vertrages als schwieriger. Der überwiegende Teil der Lehre und Rechtsprechung behandelt den **Gesamtvertrag als gemischten Vertrag (Innominatvertrag)**, der sowohl Werkvertrags- als auch Auftragsselemente enthält (BGE 109 II 462; BGE 110 II 380). Innominatverträge sind Verträge, die sich keinem besonderen Vertragsverhältnis nach Art. 184 ff. OR oder einer in einem anderen Gesetz geregelten Vertragsart zuordnen lassen (Nef, S. 149). Solche gesetzlich nicht geregelte Vertragstypen können von den Parteien vereinbart werden, da im Obligationenrecht die **Grundsätze der Privatautonomie** und der **Vertragsfreiheit** gelten. Das bedeutet, dass die Parteien ihrem Vertrag eine gesetzlich nicht geregelte Vertragsfigur zugrunde legen (**Typenwahlfreiheit**) und den Inhalt des Vertrages – innerhalb der Schranken des Gesetzes (vgl. Art. 19 u. 20 OR) – beliebig festlegen können (**Inhaltsfrei-**

heit). Im Gegensatz dazu gilt etwa im **Sachenrecht ein Typenzwang**. das Gesetz zählt die möglichen sachenrechtlichen Institute abschliessend auf (Grundsatz des “numerus clausus”; Nef, S. 73-76). Die **Auflösung** des Gesamtvertrages richtet sich gemäss heutiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung **ausschliesslich nach Auftragsrecht (Art. 404 OR; BGE 109 II 465 f. E. c, d; BGE 110 II 382 E.2)**.

2. Qualifikation des Vertrages im vorliegenden Fall

A war von K beauftragt worden, den Grundstückskaufvertrag abzuschliessen, Baupläne auszuarbeiten, das Bauprojekt auszuführen und das Baugesuch zu stellen. Bei einem solchen Architektenvertrag handelt es sich um einen gemischten Vertrag (Innominatvertrag).

Was den Grundstückskaufvertrag anbelangt, hat sich A zu einem sorgfältigen Tätigwerden im Interesse des K verpflichtet. Es gelangt für diesen Vertragsteil somit Auftragsrecht i.S.v. Art. 394 ff. OR zur Anwendung.

III. Vertretung des K durch A beim Kauf des Grundstücks

Der Geschäftsherr kann oder will in der modernen, arbeitsteiligen Wirtschaft seine Rechtsgeschäfte nicht immer selber abschliessen. Art. 32 Abs. 1 OR sieht deshalb die Möglichkeit vor, dass jemand als Vertreter in der Weise tätig werden kann, dass die Wirkungen seiner Tätigkeit nicht bei ihm (dem Vertreter), sondern beim anderen (dem Vertretenen) eintreten. Am Vertretungsverhältnis sind drei Parteien beteiligt („Dreiecksverhältnis“):

- der Vertreter, welcher die Rechtshandlung vornimmt;
- der Dritte, dem gegenüber der Vertreter handelt;
- der Vertretene, bei dem die Rechtswirkungen eintreten.

Voraussetzung einer rechtsgültigen Stellvertretung sind die Vertretungsmacht (Vollmacht) des Stellvertreters, eingeräumt durch den Vertretenen sowie das Handeln des Stellvertreters in fremden Namen (Art. 32 Abs. 1 OR). Die Rechtshandlungen bestehen in der Abgabe oder Entgegennahme von Willenserklärungen, d.h. im Abschluss, in der Änderung oder Aufhebung von Rechtsgeschäften. Die Rechtswirkungen treten jedoch nur beim Vertretenen und nicht beim Vertreter ein. Der Vertretene wird durch die Rechtshandlungen des Vertreters unmittelbar berechtigt und verpflichtet (Nef, Obligationenrecht, S. 89 ff.).

K konnte sich somit beim Grundstückskaufvertrag mit V durch A rechtsgültig vertreten lassen, die Rechtswirkungen des Kaufvertrages entfalteten sich vorliegend zwischen K und V.

IV. Rechtswirkungen von Dienstbarkeiten im Allgemeinen und von einer Aussichtsservitut im Besonderen

1. Begriff der Grunddienstbarkeit

Die Grunddienstbarkeit ist ein **beschränktes dingliches Recht**. Es handelt sich wie beim Eigentum um ein **absolutes Recht**, das sich gegen jedermann richtet. Ein beschränktes dingliches Recht gewährt jedoch nur **begrenzte** unmittelbare Herrschaftsbefugnisse über die Sache, während das Eigentum ein **umfassendes** unmittelbares Herrschaftsrecht vermittelt. Der Inhaber eines beschränkten dinglichen Rechts kann somit nicht nach seinem Belieben (Art. 641 ZGB), sondern nur in ganz bestimmter Weise über die Sache verfügen (vgl. Nef, Sachenrecht, S. 3 und 87). Der Inhalt von Grunddienstbarkeiten kann von den Beteiligten weitgehend frei festgelegt werden. Die Dienstbarkeit verpflichtet den belasteten Eigentümer grundsätzlich zu einem passiven Verhalten, sei es, dass er Eingriffe des Berechtigten dulden (positive Dienstbarkeit), sei es, dass er die Ausübung seines Eigentumsrechts in einer bestimmten Richtung unterlassen muss (negative Dienstbarkeit; 730 ZGB; Nef, Sachenrecht, S. 93 ff.).

Im vorliegenden Fall geht es um ein Aussichtsservitut. Der mit der Dienstbarkeit belastete K ist bei der Überbauung seines Grundstücks Einschränkungen unterworfen. Er darf das Grundstück nur derart überbauen, dass die Aussicht des vom Grundstück des N nicht beeinträchtigt wird (negative Dienstbarkeit).

2. Problematik Aussichtsservitut im konkreten Fall

Der Inhalt einer Dienstbarkeit muss nicht mit der öffentlichrechtlichen Baugesetzgebung übereinstimmen. Steht eine Aussichtsservitut der Überbauung einer Liegenschaft entgegen, so muss von einer baulichen Nutzung abgesehen werden. Dies gilt selbst dann, wenn ein rechtskräftiger Gestaltungsplan vorliegt und aus öffentlichrechtlicher Sicht eine Baubewilligung erteilt werden muss (Nef, Sachenrecht, S. 93).

Das Bundesgericht führte zum vorliegenden Fall aus: „Was die öffentlich-rechtliche Seite des Bauvorhabens betrifft, ist dem Beklagten die Baubewilligung erteilt worden, dies jedoch unter dem Vorbehalt der privatrechtlichen Einsprachen. Somit ist dem Beklagten von vornherein verwehrt, die zivilrechtlichen Klagen mit öffentlich-rechtlichen Argumenten zu bestreiten. Ein Dienstbarkeitsvertrag, der mit den zwingenden Vorschriften des Bau- und Planungsrechts unvereinbar wäre, könnte sich denn auch nur dann als widerrechtlich erweisen, wenn die Begründung der Dienstbarkeit deren Durchsetzung vereiteln würde, was voraussetzt, dass die Dienstbarkeit nach dem Erlass der öffentlichrechtlichen Vorschriften errichtet worden ist. Hingegen vermögen weder ein Gestaltungsplan noch öffentlich-rechtliche Bauvorschriften bestehende Dienstbarkeiten von sich aus ausser Kraft zu setzen“ (BGE 5C.213/2002 = Pra 2003 Nr. 195, S. 1079 ff.).

V. Rechtswirkung einer Baubewilligung

Die Baubewilligung dient den Behörden dazu, festzustellen, ob ein bauliches Vorhaben die massgebenden Vorschriften des öffentlichen Baurechts – des Bundes, des Kantons, der Gemeinde – einhält. Es handelt sich dabei um eine Verfügung, d.h. um einen einseitigen, hoheitlichen Verwaltungsakt zur Regelung eines Einzelfalls. Die Baubewilligung ist ein Instrument der präventiven Kontrolle: Bevor Aufwendungen für eine Baute oder Anlage getätigt werden, soll die Übereinstimmung mit dem massgebenden Recht überprüft werden. Mit der Bewilligungspflicht wird ein allgemeines Bauverbot begründet. In Bezug auf den Inhalt hat die Baubewilligung die Bedeutung einer blossen Feststellung der Übereinstimmung eines Bauvorhabens mit dem Baurecht; die Baubewilligung verkörpert einen materiell feststellenden Verwaltungsakt. Verfahrensrechtlich nimmt die Baubewilligung eine rechtliche Gestaltung vor, indem dem Gesuchsteller die Erlaubnis erteilt wird, sein Bauvorhaben zu verwirklichen. Damit wird in einem sog. formell gestaltenden Verwaltungsakt das Bauverbot beseitigt. Der baurechtliche Entscheid ist sach-, nicht personenbezogen. Ein Eigentümerwechsel berührt Bestand und Inhalt der Baubewilligung grundsätzlich nicht. Ein privates Recht – wie das Aussichts-servitut, als Grunddienstbarkeit, wird von der Baubewilligung grundsätzlich nicht berührt. Die Erteilung der Baubewilligung schliesst deshalb nicht aus, dass das Bauvorhaben in einem Zivilprozess abweichend beurteilt wird (vgl. zur Baubewilligung, Alexander Ruch, Skript zur Vorlesung Raumplanungs- und Baurecht, ETH Zürich 2005, § 20 Baubewilligung, S. 127 ff.).

VI. Abwälzung des Schadens von K auf A Gewährleistung

1. Allgemein

Wie vorne ausgeführt wurde, kommt in Bezug auf den Grundstückskauf Auftragsrecht zur Anwendung (Art. 394 ff. OR). Dort finden sich die allgemeine Haftungsnorm von Art. 398 Abs. 2 OR. Sie stimmt weitgehend überein mit der allgemeinen vertraglichen Haftungsnorm von Art. 97 OR. Der Gläubiger kann vom Schuldner Schadenersatz fordern, wenn die folgenden Voraussetzungen erfüllt sind (vgl. Nef, Obligationenrecht, S. 117 ff.).

2. Voraussetzungen der Gewährleistung im Auftragsrecht

a) Vertrag

Es muss ein **gültiger Vertrag** zwischen dem Geschädigten und dem Schädiger bestehen.

A ist im vorliegenden Fall von K rechtsgültig zum Abschluss des Kaufvertrages beauftragt worden.

b) Vertragsverletzung

Der **Vertrag** muss durch den Schädiger (Schuldner) **verletzt** worden sein. Art. 97 OR kommt somit zur Anwendung, wenn der Schuldner den Vertrag **nicht oder "nicht gehörig" erfüllt** hat.

A wurde von K beauftragt, den Kaufvertrag mit V abzuschliessen. Dazu gehört die Überprüfung der Überbaubarkeit des Grundstücks auf dem Grundbuchamt. Indem er das Grundbuch vor Abschluss des Kaufvertrages nicht konsultiert hat, hat A den Vertrag (Auftrag) nicht gehörig erfüllt (sog. positive Vertragsverletzung, vgl. Nef, Obligationenrecht, S. 119).

c) Schaden

Es muss ein **Schaden** vorliegen. Ein Schaden im Rechtssinne ist eine ungewollte Vermögensverminderung. Sie wird aus der Differenz zweier Vermögensstände ermittelt: zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte (**sog. Differenztheorie**).

Es ist davon auszugehen, dass K sich zur Bezahlung eines überhöhten Kaufpreises für das Grundstück GB Nr. 216 verpflichtet hat, da er dieses entgegen seiner Absicht nicht überbauen kann. Er kann das Grundstück auch nicht weiterverkaufen. Damit hat K eine Vermögenseinbusse und damit einen Schaden i.S.v. Art. 97 OR erlitten. Im Weiteren sind die von K an A geleisteten Honorarzahungen für die nutzlos gewordenen Aufwendungen des Architekten ebenfalls als Vermögensverminderung und damit als Schaden des K i.S.v. Art. 97 OR zu berücksichtigen.

d) Adäquater Kausalzusammenhang

Zwischen dem Schaden und der schuldhaften (nachfolgend lit. e) Vertragsverletzung (haftungsbegründende Ursache) muss sowohl ein **natürlicher wie ein adäquater Kausalzusammenhang** bestehen. Der natürliche Kausalzusammenhang ist gegeben, wenn die schuldhafte Vertragsverletzung notwendige Ursache für den Schaden gewesen ist: ohne schuldhafte Vertragsverletzung kein Schaden. Der adäquate Kausalzusammenhang versteht sich als ein den natürlichen Kausalzusammenhang einschränkendes Kriterium: Es soll nur für einen Schaden gehaftet werden, der „nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung“ durch die in Frage stehende Ursache (i.e. die schuldhafte Vertragsverletzung) begünstigt wurde.

Unterlässt man die Einsicht in das Grundbuch, so muss man nach allgemeiner Lebenserfahrung damit rechnen, dass ein relevantes Aussichtserservitut nicht zur Kenntnis genommen wird, was zu einer erheblichen finanziellen Einbusse führen kann. Die schuldhafte Vertragsverletzung des A war somit adäquat kausal für die Vermögenseinbusse und damit des Schadens i.S.v. Art. 97 OR, seitens des K.

e) Verschulden

Den Schuldner muss bezüglich der Vertragsverletzung ein **Verschulden (= haftungsbegründende Ursache)** treffen. Der Begriff des Verschuldens beinhaltet ein vom Gesetz missbilligtes Verhalten. **Subjektive Voraussetzung** für den Verschuldensvorwurf ist die Urteilsfähigkeit (Art. 16 ZGB), die Fähigkeit, vernunftgemäss zu handeln. **Objektive Voraussetzung** für ein Verschulden bildet ein Abweichen vom Normverhalten. Massgebend ist dabei, wie sich ein korrekter und vernünftiger Durchschnittsmensch (Objektivierung) in der konkreten Situation (Individualisierung) verhalten hätte. Abgeleitet wird dieses Vorgehen aus dem Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB). Bei der vertraglichen Haftung besteht bezüglich des Verschuldens eine von Art. 8 ZGB abweichende Beweislastverteilung: Der Schuldner haftet, wenn er nicht beweist, dass ihn keinerlei Verschulden trifft.

Es musste vom Architekten A erwartet werden, dass er die Eintragungen im Grundbuch genau prüft, die das Grundstück GB Nr. 216 in der Gemeinde S belasteten. Hätte A dies getan, wäre für ihn ersichtlich gewesen, dass er das betreffende Grundstück GB Nr. 216 aufgrund der bestehenden Aussichtsservitut nicht mit 6 Mehrfamilienhäusern überbauen konnte, wie das nach seinen Bauplänen vorgesehen war. A hat sich somit unprofessionell verhalten und seine Sorgfaltspflicht verletzt, indem er das Grundbuch nicht oder nicht richtig konsultiert hat. Der Architekt A kann sich insbesondere nicht damit von der Haftung befreien, dass er nach bestem Wissen und Gewissen gehandelt habe. Entscheidend ist nicht, ob sich A subjektiv richtig verhalten hat, sondern ob er die Standards erfüllt hat, deren Einhaltung von einem Architekten nach Treu und Glauben hätte erwartet werden dürfen. Letzteres ist im vorliegenden Fall zu verneinen. A handelte fahrlässig, es trifft ihn ein Verschulden i.S.v. Art. 97 OR.

VII. Delegation der Ausführung des Auftrags durch A auf einen Mitarbeiter (Hilfspersonenhaftung nach Art. 101 OR)

Es ist grundsätzlich zulässig, dass A die Ausführung einer Arbeit an einen Mitarbeiter delegiert (Art. 68 OR). Das OR sieht jedoch sowohl für das Auftragsrecht (Art. 398 Abs. 3 OR) wie auch für das Werkvertragsrecht (Art. 364 Abs. 2 OR) diesbezüglich spezielle Bestimmungen vor (vgl. nachfolgend Fall 2).

Bedient sich A im Rahmen der Vertragserfüllung (erlaubterweise) einer Hilfsperson, so hat er für eine Vertragsverletzung dem Gläubiger K gegenüber in gleicher Weise einzustehen, wie wenn er (der A als Schuldner) den Vertrag selbst ohne Beizug des Mitarbeiters erfüllt hätte. Der Betriebsinhaber, welcher Mitarbeiter beschäftigt, soll bezüglich der Haftung gleichgestellt werden mit dem Geschäftsinhaber, welcher eine Einmanngesellschaft führt. Art. 101 Abs. 1 OR bestimmt deshalb, dass der Geschäftsherr für das Verhalten der Hilfsperson einzustehen hat, wenn ihm, hätte er in gleicher Weise wie die Hilfsperson gehandelt, ein Verschulden vorgeworfen werden könnte (hypothetische Vorwerfbarkeit). Der Geschäftsherr kann sich jedoch von seiner Haftpflicht befreien,

wenn er zu beweisen vermag, dass die Hilfsperson jene Sorgfalt angewendet hat, zu der er selber verpflichtet war (analog Umkehr der Beweislast, Art. 97 Abs. 1 OR; vgl. zur Hilfspersonenhaftung, Nef, Obligationenrecht, S. 130-132).

Protokoll: lic. iur. M. Splisgardt

U 051-0736-00

U 851-0710-00

ÜBUNGEN ZUM RECHT (GRUNDZÜGE UND BAURECHT)
D-ARCH

Fall 2

Der Eigentümer E entschloss sich, einen Teil des Gartens seiner Einfamilienhausliegenschaft in Z abzuparzellieren und auf dem neu entstandenen Grundstück ein 4-Familienhaus zu errichten. Mit dem Mietzins, welcher E aus der Vermietung der Wohnungen erzielen wird, will er im Alter einen Teil seiner Lebenskosten decken.

Zu diesem Zweck schloss E mit dem Architekten A einen Vertrag ab, wobei A sich verpflichtete, ein Bauprojekt auszuarbeiten und zu dessen Verwirklichung die notwendigen Pläne herzustellen. Daraufhin schloss E mit dem Bauunternehmer B einen weiteren Vertrag ab, in dem sich B verpflichtete, das 4-Familienhaus schlüsselfertig zu erstellen (Generalunternehmervertrag). Im Generalunternehmervertrag war die Bauführung eingeschlossen. Im Vertrag zwischen E und A wird die Anwendung der SIA-Norm 102 vereinbart, im Vertrag zwischen E und B die SIA-Norm 118.

B führte die Bau- und Ausrüstungsarbeiten nicht selbst aus, sondern zog u.a. für die Erstellung des Mauerwerks verschiedene Subunternehmer bei.

Nach der Fertigstellung des Baus traten an verschiedenen Stellen Wassereintritte auf. An den Kellermauern wurden verschiedene undichte Stellen festgestellt. Der Baugrund war ungenügend entwässert worden und der mit den Betonarbeiten betraute Bauunternehmer X hatte der Mauerisolation nicht die nötige Aufmerksamkeit geschenkt. In der Folge mussten kostspielige Sanierungsmassnahmen vorgenommen werden und die Wohnungen konnten nicht termingerecht bezogen werden.

Fragen:

- I. War B berechtigt, die Ausführung der Bauarbeiten an X zu delegieren?
- II. Welche Rechtsbehelfe stehen E gemäss OR bezüglich des mangelhaften Mauerwerks zu?
- III. Welche Rechtsbehelfe hat E gemäss der SIA-Norm 118?
- IV. Wer haftet für die Folgen der ungenügenden Entwässerung des Baugrunds?
- V. Unter welchen Voraussetzungen wird für den mittelbaren Schaden gehaftet?

Fall 2

§ 3 Literatur

Urs Ch. Nef, Obligationenrecht für Ingenieure und Architekten, 3. Auflage, Zürich 2000, S. 44-46, 53-54, 120, 130-132, 145-148.

Weiterführende Literatur: Peter Gauch, Der Werkvertrag, 4. Auflage, Zürich 1996.

§ 4 Vorbemerkungen

I. Entstehungsgründe einer Obligation

Als **Obligation** wird ein Rechtsverhältnis zwischen zwei oder mehreren Personen bezeichnet, kraft dessen die eine Person (Schuldner) der anderen (Gläubiger) zu einer Leistung verpflichtet ist (Nef, S. 29). Eine Obligation kann u.a. aus folgenden drei Rechtsgründen entstehen (Nef, S. 34-36).

1. Vertrag (Art. 1 ff. OR)

Bsp: Beim Kaufvertrag wird der Verkäufer verpflichtet, dem Käufer den Kaufgegenstand zu übergeben und ihm das Eigentum daran zu verschaffen, und der Käufer wird gegenüber dem Verkäufer verpflichtet, diesem den Kaufpreis zu bezahlen (Art. 184 Abs. 1 OR).

2. Unerlaubte Handlung (Art. 41 ff. OR)

Bei der unerlaubten Handlung geht es um Tatbestände der Obligationen aus **ausservertraglicher Schädigung**, d.h. zwischen den Beteiligten besteht kein Vertragsverhältnis.

Bsp: Ein Autofahrer übersieht ein Rotlicht und kollidiert mit einem Fussgänger, der verletzt wird. Dabei entsteht eine Forderung des Fussgängers gegen den Autofahrer aus unerlaubter Handlung.

3. Ungerechtfertigte Bereicherung (Art. 62 ff. OR)

Bei den Ansprüchen aus ungerechtfertigter Bereicherung gemäss Art. 62 ff. OR handelt es sich um Forderungen, welche auf eine **grundlose Vermögensverschiebung** zurückzuführen sind.

Bsp: X bezahlt aus Versehen eine bestimmte Geldsumme an Y statt an Z. Y ist ungerechtfertigt bereichert, weshalb X gegenüber Y eine Forderung aus ungerechtfertigter Bereicherung zusteht.

4. Weitere Gründe

Nebst diesen drei hauptsächlichen Entstehungsgründen von Obligationen kann eine Obligation u.a. auch aus Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 419 ff. OR) sowie aus enttäuschem Vertrauen entstehen (vgl. Nef, Obligationenrecht, S. 58). Darauf wird nachfolgend nicht näher eingegangen.

II. Generalunternehmervertrag

Je grösser und komplizierter die auszuführende Baute ist, desto schwieriger ist es für den Bauherrn, die Arbeiten verschiedener Nebenunternehmer zu koordinieren. Beim Bauherrn ist deshalb das Bedürfnis gross, sich von dieser Koordinationsaufgabe zu befreien. Dies erreicht er damit, dass er die ganzen Bauarbeiten nur einem Unternehmer, einem Generalunternehmer, überträgt. Dieser übernimmt dann vom Bauherrn (oft über einen Vertreter, z.B. einen Architekten oder Ingenieur) die ganze Ausführung einer grösseren Baute. Der Generalunternehmer übernimmt somit die Pflicht, ein Bauwerk, dessen Ausführung der Bauherr normalerweise mehreren Unternehmen in verschiedenen Werkverträgen vergibt, zu erstellen. **Der Bauherr schliesst für die Errichtung eines grösseren Bauwerks nur einen einzigen Werkvertrag mit dem Generalunternehmer ab.** Dabei führt der Generalunternehmer oft nur einen Teil der übernommenen Arbeiten selber mit eigenen Arbeitskräften aus, während er andere Arbeiten an sog. Subunternehmer weitervergibt. Durch die Weitervergabe verschiebt sich das Koordinationsproblem vom Bauherrn auf den Generalunternehmer.

Der Vertrag zwischen dem Generalunternehmer und seinem Besteller, der Generalunternehmervertrag, ist ein Werkvertrag (Art. 363 ff. OR). Auch wenn der Generalunternehmer alle Arbeiten an Subunternehmer weitergibt, bleibt der Vertrag ein Werkvertrag. Dies setzt indessen voraus, dass der betreffende Unternehmer die Arbeiten, die er durch andere Subunternehmer ausführen lässt, seinerseits dem Besteller schuldet, demnach zur Herstellung des gesamten Bauwerkes verpflichtet ist. **Im Gegensatz zum Generalunternehmer übernimmt der Totalunternehmer auch noch die Planungsarbeiten, insbesondere die Projektierungsarbeiten.** Auch dieser Vertrag wird als Werkvertrag qualifiziert (Gauch, S. 69 ff.).

III. Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) und SIA-Normen

Unter AGB versteht man die seitens eines Verwenders vorformulierten Vertragsbestimmungen, die als Bestandteil einer Vielzahl individueller Verträge mit Kunden konzipiert sind (z.B. auch Bank- oder Versicherungsbedingungen; vgl. Nef, Obligationenrecht, S. 152). AGB entsprechen grundsätzlich einem berechtigten Rationalisierungsbedürfnis. Problematisch sind sie, wenn sich nicht gleichstarke Vertragsparteien gegen-

über stehen. Konsumenten nehmen den Inhalt der AGB oft nicht genau zur Kenntnis. Es bleibt ihnen sodann lediglich die Wahl, den Vertrag gar nicht oder mit den vorgeschlagenen AGB abzuschliessen. Zum Schutz der schwächeren Vertragspartei bei der Verwendung von AGB wurden in der Lehre deshalb verschiedene Grundsätze, z.B. für die Gültigkeit (**Ungewöhnlichkeitsregel**) oder für die Auslegung des Vertrages (**Unklarheitsregel**) aufgestellt (Nef, Obligationenrecht, S. 44-46; 53-54).

Bei den SIA-Normen handelt es sich ebenfalls um AGB, die vom Schweizerischen Ingenieur- und Architekten-Verein herausgegeben werden. Im Gegensatz zum Gesetzesrecht finden diese Bestimmungen von AGB nicht ohne weiteres Anwendung. Die AGB sind nur anwendbar, wenn die Vertragsparteien sie zum Vertragsinhalt erhoben haben, **d.h. die Parteien müssen sie für anwendbar erklären**. Eine solche Übernahme ist jedoch nur möglich, soweit durch die AGB **dispositives** Gesetzesrecht abgeändert wird. Wurden im Gesetz **zwingende** Normen (z.B. zum Schutz der schwächeren Vertragspartei) aufgestellt, können diese nicht durch AGB-Bestimmungen abgeändert werden. AGB können auch stillschweigend zum Vertragsbestandteil werden (Art. 1 Abs. 2 OR), etwa dann, wenn zwischen den Parteien langjährige Geschäftsbeziehungen bestehen und die AGB von den Parteien in früheren Fällen jeweils für anwendbar erklärt wurden.

Gegenstand der **SIA-Norm 118** ist der **Bauwerkvertrag**, welcher eine Erscheinungsform des Werkvertrages ist. Anwendbar ist die Norm für alle Bauarbeiten. Insbesondere macht es keinen Unterschied, ob der Bauunternehmer ein neues Bauwerk herzustellen, nur einen Teil davon auszuführen oder eine Ausbesserungs-, Umbau- oder Abbrucharbeit zu leisten hat. Gegenstand der **SIA-Norm 102** ist der **Architektenvertrag**.

§ 5 Lösungsskizze

I. Delegation der Ausführung von Bauarbeiten

Gemäss Art. 68 OR ist der Schuldner nur dann verpflichtet, persönlich zu erfüllen, wenn es bei der Leistung auf seine Persönlichkeit ankommt. Beim Werkvertrag sieht das OR in Bezug auf die persönliche Erfüllung jedoch eine spezielle Regelung vor, welche eine Umkehr von der allgemeinen Regel von Art. 68 OR statuiert: Gemäss Art. 364 Abs. 2 OR ist der Unternehmer verpflichtet, das Werk persönlich auszuführen oder unter seiner persönlichen Leitung ausführen zu lassen, mit Ausnahme der Fälle, in denen es nach der Natur des Geschäftes auf persönliche Eigenschaften des Unternehmers nicht ankommt. Nach Art. 364 Abs. 2 OR kommt es somit bei der Leistung von Bauarbeiten im Rahmen eines Werkvertrages grundsätzlich auf die persönlichen Eigenschaften des Unternehmers an. Doch können die geschuldeten Bauarbeiten einzelne Verrichtungen umfassen – z.B. Herstellung von Frischbeton, für die das nicht zutrifft. „Ausserdem bleibt stets der Fall vorbehalten, dass der Subunternehmer unter persönlicher Leitung des betreffenden Unternehmers steht. Das alles gilt unabhängig davon, ob es sich beim betreffenden Unternehmer um eine kleine, mittlere oder grössere Unternehmung handelt“ (Gauch, S. 69 ff.). Unzulässig wäre aber insbesondere die Übertragung aller

Verpflichtungen aus einem Generalunternehmervertrag von einem Generalunternehmer auf einen anderen.

Noch eingeschränkter als im OR ist für den Unternehmer die Möglichkeit der Delegation der Ausführung von Bauarbeiten gemäss Art. 29 Abs. 3 SIA-Norm 118. Danach darf der Unternehmer einen Subunternehmer nur dann beiziehen, wenn der Werkvertrag dies allgemein oder für eine bestimmte Arbeit vorsieht. Soweit der Vertrag eine Beziehung nicht vorsieht, bedarf sie der ausdrücklichen Erlaubnis des Bauherrn; keiner Erlaubnis bedarf die Beziehung, wenn sie nur einen unwesentlichen Teil der Arbeiten betrifft und die vertragsgemässe Ausführung nicht beeinträchtigt.

II. Rechtsbehelfe des E bezüglich mangelhaftem Bauwerk gegenüber Bauunternehmer B

1. Ansprüche des E gegen Generalunternehmer B aus OR

a) Qualifizierung des Vertrages

Durch den Werkvertrag verpflichtet sich der Unternehmer zur Herstellung eines Werkes (Art. 363 OR). Der Werkvertrag kann – wie oben ausgeführt – als Vertrag auf Erbringung einer Arbeitsleistung charakterisiert werden. Der Werkvertrag zeichnet sich dadurch aus, dass der Unternehmer ein Werk und damit einen Arbeitserfolg schuldet. Im Gegensatz dazu ist der Beauftragte nur verpflichtet, auf ein bestimmtes Ziel hinzuwirken. Gemeinsam ist dem Werkvertrag und dem Auftrag, dass sowohl der Unternehmer als auch der Beauftragte ihre Arbeit selbständig ausführen. Im Unterschied dazu hat der Arbeitgeber ein Weisungsrecht gegenüber dem Arbeitnehmer, da zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer Subordinationsverhältnis besteht. Der Arbeitnehmer schuldet Arbeit auf Zeit (Siehe Schema oben; vgl. Nef, Obligationenrecht, S. 144-148).

Zwischen E und B besteht ein Vertrag. Die vertragliche Leistung von B besteht in der schlüsselfertigen Ausführung eines 4-Familienhauses. **Der Vertrag zwischen E und B ist als Generalunternehmervertrag und somit als Werkvertrag i.S.v. Art. 363 ff. OR zu qualifizieren.**

b) Offene und versteckte Mängel sowie Rügepflichten

Art. 97 ff. OR enthält die allgemeinen Haftungsnormen bei Vertragsverletzungen (Nef, Obligationenrecht, S. 118 ff.). Für den Werkunternehmer hat das Gesetz wie auch für den Käufer besondere Regeln aufgestellt, für den Fall, dass das hergestellte Werk (bzw. die gelieferte Ware) Mängel aufweist (Gewährleistungsrechte; Werkvertrag, Art. 367 ff. OR; Kaufvertrag, Art. 197 ff. OR). Ein Mangel liegt u.a. dann vor, wenn das Werk bzw. die Lieferung nicht so beschaffen ist, wie sie gemäss Vertrag sein sollte. **Es wird unterschieden zwischen offenen und geheimen (versteckten) Mängeln.** Offene Mängel sind solche, die man ohne besondere Fachkenntnisse sofort erkennen kann. Sind die Mängel nicht offensichtlich, so handelt es sich um geheime Mängel.

Die Haftung des Werkunternehmers für Mängel richtet sich nach Art. 367 ff. OR. Nach Ablieferung des Werkes hat der Besteller, sobald es nach dem üblichen Geschäftsgange tunlich ist, dessen Beschaffenheit zu prüfen und den Unternehmer von allfälligen Mängeln in Kenntnis zu setzen (Art. 367 OR). **Diesen Prüfungs- und Rügepflichten (Mängelrüge) muss der Besteller rechtzeitig nachkommen, sonst sind die Mängelrechte verwirkt (Art. 370 OR).** Offene Mängel muss der Besteller sofort nach der Prüfung des Werks rügen. Geheime Mängel muss der Besteller rügen, sobald sie zu Tage getreten sind und er sichere Kenntnis von deren Vorhandensein hat (Art. 370 Abs. 3 OR). Der Besteller kann geheime Mängel des Werks noch nach Ablieferung des Werks geltend machen, wenn er sie bis dann noch nicht entdeckt hat. Dies gilt jedoch nur, solange die Ansprüche aus dem Werkvertrag noch nicht verjährt sind. Ist die Verjährung eingetreten, so können auch keine geheimen Mängel mehr geltend gemacht werden. Bei beweglichen Werken (z.B. Autoreparatur) beträgt die Verjährungsfrist ein Jahr, bei unbeweglichen Werken (z.B. Häuser) beträgt die Verjährungsfrist 5 Jahre.

c) Mängelrechte beim Werkvertrag

Bei rechtzeitiger Mängelrüge hat der Besteller beim Werkvertrag (**anders beim Kaufvertrag**) die **Wahl zwischen folgenden drei Mängelrechten** (Art. 368 OR; Nef, Obligationenrecht, S. 145 ff.):

- **Wandelung (368 Abs. 1):** Der Besteller kann vom Vertrag zurücktreten, wenn die Mängel so erheblich sind, dass das Werk für ihn unbrauchbar ist oder ihm die Annahme billigerweise nicht zugemutet werden kann. Bei mit Grund und Boden verbundenen Bauten ist das selten der Fall (Abs. 3);
- **Minderung (368 Abs. 2):** Der Besteller kann einen dem Minderwert entsprechenden Abschlag am Lohn machen (der Herabsetzungs- oder Minderungsbetrag entspricht der proportionalen Kürzung der Vergütung um das Mass des Minderwertes des Werkes);
- **unentgeltliche Verbesserung (368 Abs. 2):** Der Besteller kann die unentgeltliche Verbesserung verlangen, sofern diese dem Unternehmer nicht übermässige Kosten verursacht.

Vorliegend traten nach Fertigstellung des 4-Familienhauses an verschiedenen Stellen Wassereinbrüche auf, weil der Baugrund ungenügend entwässert worden war und der mit den Betonarbeiten betraute Unternehmer X der Mauerisolation nicht die nötige Aufmerksamkeit geschenkt hatte. Das vom Generalunternehmer B erstellte Werk ist damit mangelhaft und es kommen die besonderen Gewährleistungsansprüche nach Art. 367 ff. OR zur Anwendung. E hat nach Prüfung des Werkes den Mangel gegenüber seinem Vertragspartner B zu rügen, und zwar sobald als möglich, sonst sind seine Mängelrechte verwirkt (Art. 370 OR). Nach rechtzeitig vorgenommener Mängelrüge hat E dann die Möglichkeit, ausnahmsweise die Wandelung (Art. 368 Abs. 1 OR) geltend zu machen, einen dem Minderwert des Werkes entsprechenden Abzug am Werklohn vor-

zunehmen (Minderung; Art. 368 Abs. 2 OR) oder die unentgeltliche Verbesserung des Werkes zu verlangen. Zu beachten ist Art. 368 Abs. 3 OR. Bei mit Grund und Boden verbundenen Bauten ist die Wandelung ausgeschlossen, wenn das Werk seiner Natur nach nur mit unverhältnismässigen Nachteilen entfernt werden kann. Da das Werk, das 4-Familienhaus, vorliegend mit Grund und Boden verbunden ist, kann E nach Art. 368 Abs. 3 OR die Wandelung nicht geltend machen, sondern er kann lediglich den Werklohn mindern oder die Nachbesserung des Werkes verlangen.

Die genannten Mängelrechte kann der Besteller für Schäden geltend machen, die am Werk selber entstanden sind, sog. Mangelschäden bzw. unmittelbare (direkte) Schäden. Ein Verschulden des Unternehmers ist nicht Voraussetzung (Kausalhaftung).

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts haftet der Generalunternehmer, der einen Subunternehmer beizieht, dem Besteller direkt und kausal bezüglich Gewährleistungsansprüchen (BGE 116 II 30 ff.)

2. Haftung bei mittelbaren (indirekten) Schäden (Mangelfolgeschäden)

a) Allgemein

Ist dem Besteller E über den reinen Mangelschaden hinaus weiterer Schaden (sog. Mangelfolgeschaden; mittelbarer Schaden) entstanden, so kann er auch für diesen Ersatz verlangen, wenn den Generalunternehmer B ein Verschulden trifft (Art. 368 Abs. 2 OR). Die Mängelrechte für unmittelbaren Schaden unterstehen einer vertraglichen Kausalhaftung, die Haftung für Mangelfolgeschäden dagegen einer vertraglichen Verschuldenshaftung. Als Mangelfolgeschaden kommt bei E vorliegend insbesondere ein Mietzinsausfall in Frage. Die Verschuldenshaftung i.S.v. Art. 368 Abs. 2 OR folgt den Regeln der allgemeinen vertraglichen Verschuldenshaftung nach Art. 97 ff. OR (vgl. Fall 1 § 2 Ziff. IV.2.). Der Gläubiger kann vom Schuldner Schadenersatz fordern, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind.

b) Vertrag

Es muss ein **gültiger Vertrag** zwischen dem Geschädigten und dem Schädiger bestehen.

Diese Voraussetzung ist vorliegend gegeben, zwischen E und B besteht ein Werkvertrag.

c) Vertragsverletzung

Dieser Vertrag muss durch den Schädiger (Schuldner) verletzt worden sein. Art. 97 OR kommt zur Anwendung, wenn der Schuldner den Vertrag **nicht oder "nicht gehörig"** erfüllt hat.

Auch eine Vertragsverletzung liegt vor, da das 4-Familienhaus aufgrund der Wassereinbrüche mangelhaft gebaut wurde, der Vertrag wurde schlecht erfüllt.

d) Schaden

Es muss ein **Schaden** vorliegen. Ein Schaden im Rechtssinne ist eine ungewollte Vermögensverminderung. Sie wird aus der Differenz zweier Vermögensstände ermittelt: zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte (sog. Differenztheorie).

Durch den Mietzinsausfall entsteht bei E eine Vermögenseinbusse. Damit liegt auch ein Schaden i.S.v. Art. 97 OR vor.

e) Natürlicher und adäquater Kausalzusammenhang

Zwischen dem Schaden und der schuldhaften Vertragsverletzung (haftungsbegründende Ursache) muss sowohl ein **natürlicher wie ein adäquater Kausalzusammenhang** bestehen. Der natürliche Kausalzusammenhang ist gegeben, wenn die Vertragsverletzung notwendige Ursache für den Schaden gewesen ist: ohne Vertragsverletzung kein Schaden. Der adäquate Kausalzusammenhang ist ein einschränkendes Kriterium: Es soll nur für Schäden gehaftet werden, die "nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung" **durch die in Frage stehende Ursache begünstigt wurden**.

Ein adäquater Kausalzusammenhang liegt vor, denn die nicht gehörige Erstellung des 4-Familienhauses ist nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet, Mietzinsausfälle zu verursachen.

f) Verschulden

Den Schuldner muss bezüglich der Vertragsverletzung ein Verschulden (= haftungsbegründende Ursache) treffen. Ein Verschulden ist ein von der Rechtsordnung disqualifiziertes Verhalten, in objektiver Hinsicht ein Abweichen vom Durchschnittsverhalten. Subjektive Voraussetzung für den Verschuldensvorwurf ist die Urteilsfähigkeit (Art. 16 ZGB), die Fähigkeit, vernunftgemäss zu handeln. Bei der vertraglichen Haftung besteht bezüglich des Verschuldens eine von Art. 8 ZGB abweichende Beweislastverteilung: Der Schuldner haftet, wenn er nicht beweist, dass ihn keinerlei Verschulden trifft.

Gemäss Art. 364 Abs. 2 OR ist der Unternehmer wie gesagt grundsätzlich verpflichtet, das Werk persönlich auszuführen oder unter seiner persönlichen Leitung ausführen zu lassen. Ausgenommen sind dabei die Fälle, in denen es nach der Natur des Geschäfts auf persönliche Eigenschaften des Unternehmers nicht ankommt. Im vorliegenden Fall dürfte der Beizug der Subunternehmers X für die Betonarbeiten vertraglich vereinbart worden und damit zulässig sein.

Ein Verschulden ist dem B aufgrund des Sachverhaltes nicht vorzuwerfen, denn nicht er als Generalunternehmer selber, sondern der Subunternehmer X hat die Fehler begangen, die zu den Wassereinbrüchen geführt haben. Das Verschuldensprinzip wird indes durchbrochen, wenn der Werkmangel und damit der Mangelfolgeschaden von einer Hilfsperson des Unternehmers (z.B. von einem Subunternehmer) in Ausübung ihrer Verrichtungen verursacht wurde. In diesem Fall kommt die vertragliche Hilfspersonen-

haftung nach Art. 101 OR zum Zug und der Unternehmer haftet für das Verschulden der Hilfsperson ohne eigenes Verschulden, ansonsten die Haftung des Unternehmers umgangen werden könnte. Überträgt wie im vorliegenden Fall der Unternehmer die Erstellung des Werkes als Hauptunternehmer einem Unterakkordanten, der zum Besteller nicht in ein Vertragsverhältnis tritt, so hat der Unternehmer für den Arbeitserfolg dieses Unterakkordanten als seines Erfüllungsgehilfen einzustehen. Er haftet also kausal gegenüber Ansprüchen des Bestellers auf Ersatz von Mangelfolgeschäden gemäss Art. 101 OR (vertragliche Hilfspersonenhaftung, BGE 116 II 307 f. m.w.H.; *für den Abruf von Bundesgerichtsentscheiden siehe www.bger.ch*).

Dem Generalunternehmer steht gemäss Art. 101 OR die Möglichkeit offen, den Entlastungsbeweis zu erbringen (vgl. dazu Fall 1 § 2 Ziff. VII.).

Nach Fertigstellung des Baus traten an verschiedenen Stellen Wassereinbrüche auf. Es wäre vorliegend die Aufgabe des korrekt, sorgfältig und professionell arbeitenden Subunternehmers X gewesen, dafür zu sorgen, dass der Baugrund genügend entwässert und der Mauerisolation eine hohe Aufmerksamkeit geschenkt wird. X hat dies offensichtlich unterlassen, was als schuldhaftes Verhalten zu qualifizieren ist. Hätte B gleich wie X gehandelt, wäre auch ihm ein Verschulden vorzuwerfen.

Demnach haftet B aufgrund von Art. 368 Abs. 2 i.V.m. Art. 101 Abs. 1 OR gegenüber E für das Verschulden seiner Hilfsperson X und hat E den Mangelfolgeschaden (Mietzinsausfall) zu ersetzen.

III. Ansprüche des E gegen Generalunternehmer B gemäss SIA-Normen

1. Allgemein

Es ist vorliegend nun zu beachten, dass die Parteien im Vertrag die Anwendung der SIA-Norm 118 vereinbarten, welche damit zum Bestandteil des Werkvertrages wurden.

2. Abnahme des Werkes

In Art. 157-164 regelt die SIA-Norm 118 im Unterschied zum dispositiven Werkvertragsrecht im OR ausführlich den Vorgang der Abnahme eines Bauwerkes.

3. Unmittelbarer Schaden

Der Generalunternehmer B haftet gegenüber E aus Art. 368 OR für den unmittelbaren Schaden Dem Besteller E steht gemäss OR das Wahlrecht zu, Wandelung, Minderung oder Nachbesserung zu beanspruchen. Diese Regelung ist dispositiver Natur. Vorliegend haben die Parteien die SIA-Norm zum Vertragsbestandteil erhoben. Anwendbar ist hier somit Art. 169 Abs. 1 der SIA-Norm 118. Gemäss dieser Bestimmung entfällt für

den Werkbesteller das Wahlrecht. Es steht ihm zunächst nur das Recht zu, Nachbesserung zu verlangen. Erst wenn der Unternehmer sich weigert, die Nachbesserung vorzunehmen oder dazu nicht imstande ist, kann der Besteller Minderung oder (im vorliegenden Fall aber gemäss Art. 169 Abs. 1 Ziff. 3 SIA-Norm 118 nicht möglich) Wandelung, d.h. den Rücktritt vom Vertrag verlangen.

4. Mittelbarer Schaden

Art. 171 SIA-Norm 118:

¹ Ist wegen eines Mangels zusätzlich ein mittelbarer Schaden entstanden (z.B. Brandschaden oder Schaden infolge Betriebsstörung), so hat der Bauherr (neben den Ansprüchen nach Art. 169 SIA-Norm 118) das Recht auf Schadenersatz nach Massgabe der Art. 368 und 97 ff. OR. Jedoch hat er kein Recht, Schadenersatz gemäss Art. 97 ff. OR anstelle der Mängelrechte nach Art. 169 SIA-Norm 118 geltend zu machen.

² Der Unternehmer ist von der Ersatzpflicht befreit, wenn er nachweist, dass ihn kein Verschulden trifft (Art. 97 OR). Für Schaden, den seine Hilfsperson verursacht haben, haftet er, wie wenn er ihn selbst verursacht hätte (Art. 101 OR). Der Umfang der Ersatzpflicht bestimmt sich nach Art. 99 OR.

IV. Regress des Bauunternehmers B gegen Subunternehmer X

Hat B gegenüber E Schadenersatz geleistet, so stehen B gegenüber X Regressansprüche zu. Dabei kann sich B auf das Vertragsverhältnis mit B abstützen und seine Ansprüche aus Werkvertrag gemäss OR bzw. gemäss SIA-Norm 118 geltend machen.

V. Weitere Ansprüche für mittelbaren Schaden

1. Ansprüche des E gegen Architekt A aus OR

Für die Qualifikation des Architektenvertrages muss darauf abgestellt werden, welche Leistungen die Parteien im konkreten Vertrag vereinbart haben. Je nachdem kann ein einfacher Auftrag (Art. 394 OR), ein Werkvertrag (Art. 363 OR), ein Innominatvertrag oder allenfalls ein gemischtes Vertragsverhältnis vorliegen. Fraglich ist somit, ob der Architekt A gegenüber E einen Erfolg gemäss 363 ff. OR (Werkvertrag) oder lediglich ein auf ein Ziel gerichtetes Tätigwerden gemäss 394 ff. OR (Auftrag) schuldete.

Vorliegend hat sich der Architekt A gegenüber E verpflichtet, das Bauprojekt sowie zu dessen Verwirklichung die notwendigen Pläne auszuarbeiten, diese Tätigkeiten subsumieren das Bundesgericht und die h.L. heute (noch) unter das Werkvertragsrecht i.S.v. Art. 363 ff. OR. Der Architekt schuldet bei dieser Arbeit einen Erfolg (Siehe in Bezug auf die offenen und versteckten Mängeln, den Rügepflichten und den Mängelrechten bei unmittelbaren und mittelbaren Schäden beim Werkvertrag oben Ziff. II.1.b. und c sowie II.2).

2. Ansprüche des E gegen A gemäss SIA-Norm 102

E und der Architekt A haben die SIA-Norm 102 zum Vertragsbestandteil erklärt, weshalb diese vorliegend Anwendung findet. Ziff. 1.9.11 der SIA-Norm 102 lautet: „Bei verschuldet fehlerhafter Auftragserfüllung hat der Architekt dem Auftraggeber den dadurch entstandenen Schaden zu ersetzen. Dies gilt insbesondere bei Verletzung der Sorgfalts- und Treuepflicht, bei Nichtbeachtung oder Verletzung anerkannter Regeln seines Fachgebietes, bei mangelnder Koordination oder Beaufsichtigung, bei ungenügender Kostenerfassung sowie bei Nichteinhaltung von verbindlich vereinbarten Fristen oder Terminen“. Auch die SIA-Norm 102 setzt damit eine vom Architekten verschuldete fehlerhafte Auftragserfüllung voraus, weshalb die Anwendung der SIA-Norm 102 für die Frage der Haftung des Architekten bei Mangelfolgeschäden zu keinem anderen Ergebnis führt als das Vorgehen nach der gesetzlichen Regelung von Art. 97 OR.

3. Mängelhaftung des Generalunternehmers B und Haftung des Architekten A

Der Mangel des vom Generalunternehmers B hergestellten Bauwerks könnte durch die fehlerhafte Leistung vom Architekten A verursacht worden sein, der von E, dem Besteller des Werks, für die Projektierung und Planung des 4-Familienhauses beigezogen wurde. Es würde sich dann die Frage stellen, in welchem Verhältnis die werkvertragliche Mängelhaftung des Generalunternehmers B (Art. 367 ff. OR) zur Vertragshaftung des Architekten A steht (vgl. Gauch, S. 714 ff.).

Falls der Architekt A unter Verletzung einer Sorgfaltspflicht (Verschulden) fehlerhafte Pläne, die z.B. eine zu wenig tiefe Entwässerung des Baugrundes vorgesehen hatten, herstellte (Vertragsverletzung), könnte ihn E wie B für Mangelfolgeschäden (Mietzinsausfall) haftbar machen. Dies natürlich auch unter der Voraussetzung, dass ein adäquater Kausalzusammenhang zwischen den mangelhaften Plänen und dem Mietzinsausfall besteht (OR 97).

Der Schaden müsste dann gemäss Art. 43 Abs. 1 OR im Ausmass des Verschuldens zwischen A und B aufgeteilt werden, Generalunternehmer und Architekt würden je für die durch ihre Handlung gesetzte Kausalität haften. Trifft die Kausalität die gleichen Schadensteile, besteht zwischen A und B im Aussenverhältnis Solidarität i.S.v. Art. 50 Abs. 1 OR.

Protokoll: lic. iur. Marc. Splisgardt

U 051-0736-00

U 851-0710-00

ÜBUNGEN ZUM RECHT (GRUNDZÜGE UND BAURECHT)
D-ARCH

Fall 3

E ist Eigentümer einer Liegenschaft mit einem 3-Familienhaus im Jugendstil an der stark befahrenen Hofackerstrasse in Zürich. Zwischen der Gebäudefront und der Strasse befindet sich ein ca. 3 Meter breiter Vorgarten sowie ein Gartenhag im Stil des Gebäudes. Im Frühling 2005 liess E die der Strasse zugewandte Fassade des Hauses ausbessern und mit einem neuen Anstrich versehen.

Die Gerüstbau AG wurde von E mit der Errichtung eines Gerüsts im Vorgarten des Hauses betraut, das Baugeschäft B & Co. nahm die Fassadenrennovation vor und Maler M besorgte die Malerarbeiten. Beim Abbau des Gerüsts war der sich auf dem Gerüst in ca. 10 Meter Höhe befindende Arbeiter X im Begriff, ein Laufbrett an den Arbeitskollegen Y weiterzureichen. Dem Y, der sich auf einem tieferen Niveau des Gerüsts befand, entglitt dieses aus den Händen. Infolgedessen knallte das Brett mit grosser Wucht auf die Fahrbahn der Hofackerstrasse.

F, der zu diesem Zeitpunkt auf der Hofackerstrasse mit dem Personenwagen seines Bruders P unterwegs war, wurde vom herabfallenden Brett überrascht. Er versuchte auf die Gegenfahrbahn auszuweichen. Dabei kollidierte er mit dem korrekt entgegenkommenden Radfahrer R. Dieser wurde mittelschwer verletzt. Er musste sich in Spitalpflege begeben und war während eines Monats arbeitsunfähig. Seit dem Unfall leidet er an einer bleibenden Gehbehinderung.

Fragen:

- I. Kann R den Y für den Schaden haftbar machen, und falls dies zutreffen sollte, nach welcher Bestimmung?
- II. Muss allenfalls die Gerüstbau AG für den Schaden einstehen?
- III. Was ist unter der Aussage zu verstehen, P hafte kausal für den Schaden?
- IV. Unter welcher Voraussetzung wird F schadenersatzpflichtig?
- V. Welches sind die Rechtsfolgen bezüglich der Haftung, wenn das Fahrrad von R über keine Vignette und damit über keine Haftpflichtversicherung verfügte?
- VI. Sind möglicherweise weitere Personen für den Schaden haftbar?

Fall 3

§ 6 Literatur und Anhang

Urs Ch. Nef, Obligationenrecht für Ingenieure und Architekten, Zürich 2000, insb. S. 159-226.

Aufsatz von Prof. Urs Ch. Nef betreffend Werkeigentümerhaftung gemäss OR 58: aus der Festschrift für Ernst A. Kramer, Zürich 2004.

§ 7 Vorbemerkungen

I. Begriff der Haftpflicht und die verschiedenen Haftungsarten

Haftpflicht bedeutet Einstehenmüssen für fremden Schaden. Eine Haftung entsteht nur dann, wenn ein Gesetz oder ein Vertrag dies vorsehen. Der erlittene Schaden kann somit lediglich in Fällen, bei denen eine Gesetzesnorm oder ein Vertrag verletzt ist, auf einen Dritten abgewälzt werden. Bei der **vertraglichen Haftung** entsteht die Haftung als Folge der Vertragsverletzung (vgl. Art. 97 ff. OR), währenddem bei der **ausservertraglichen Haftung** die Haftung als Folge einer unerlaubten Handlung entsteht (vgl. Art. 41 ff. OR; Nef, Obligationenrecht, S. 159 ff.).

Nebst der Unterscheidung von vertraglicher und ausservertraglicher Haftung können die Haftungsarten weiter in zwei Typen aufgeteilt werden: Sowohl im vertraglichen als auch im ausservertraglichen Bereich gibt es zum einen die sog. **Verschuldenshaftung** und zum andern die sog. **Kausalhaftung**.

Verschuldenshaftung heisst, dass die Haftung nur dann eintritt, wenn den Schädiger ein **Verschulden am Schaden** trifft. Das Verschulden bildet demnach die allgemeine haftungsbegründende Ursache. **Art. 41 OR ist die Grundnorm der ausservertraglichen Verschuldenshaftung, währenddem Art. 97 OR die Grundnorm der vertraglichen Verschuldenshaftung ist.** Das **Verschuldensprinzip** ist ein grundlegendes Prinzip der schweizerischen Rechtsordnung.

Demgegenüber bedeutet Kausalhaftung Haftung ohne Verschulden. Der Schädiger haftet auch dann, wenn ihm kein schuldhaftes Verhalten zur Last gelegt werden kann. **Haftungsbegründende Ursache ist in diesem Fall nicht das Verschulden, sondern entweder eine bestimmte Unregelmässigkeit bzw. Ordnungswidrigkeit** (z.B. Werkmangel, vgl. Art. 58 OR) bei **sog. einfachen Kausalhaftungen** oder allein **der Betrieb einer gefährlichen Anlage** (z.B. eines Fahrzeugs, vgl. Art. 58 SVG) bei **sog. scharfen Kausalhaftungen bzw. Gefährdungshaftungen** (vgl. dazu die Übersichten bei Nef, Obligationenrecht, S. 187 und 200).

II. Juristische Personen

Menschen sind nach Art. 11 ff. ZGB natürliche Personen. Sie sind Träger von Rechten und Pflichten und somit rechtsfähig, dies z.B. im Gegensatz zu Tieren und Pflanzen.

Die Gerüstbau AG ist ein Unternehmen, das als Aktiengesellschaft (AG) konstituiert ist. Bei der Aktiengesellschaft handelt es sich um eine juristische Person (Art. 52 ff. ZGB). Juristische Personen stellen eine rechtliche Konstruktion dar. Das Gesetz stattet sie ebenfalls mit all jenen Rechten und Pflichten der natürlichen Personen aus, die nicht menschliche Eigenschaften, wie Alter, Geschlecht oder Verwandtschaft voraussetzen (Art. 53 ZGB; Nef, Obligationenrecht, S. 16 f.). Gemäss Art. 55 ZGB haften juristische wie natürliche Personen, insbesondere auch für das Verschulden ihrer Organe.

§ 8 Lösungsskizze

I. Haftung des Y gegenüber R

a) Voraussetzungen von Art. 41 OR

Zwischen dem Bauarbeiter Y und dem Radfahrer R besteht kein Vertrag. Vorliegend ist deshalb zu prüfen, ob eine Haftung im ausservertraglichen Bereich entstanden ist. Im Folgenden werden die einzelnen **Voraussetzungen** der **Grundnorm der ausservertraglichen Haftung** nach **Art. 41 OR** erläutert.

aa) Schaden

Es muss ein Schaden vorliegen. Ein Schaden im Rechtssinne ist eine ungewollte Vermögensverminderung. Sie wird aus der Differenz zweier Vermögensstände ermittelt: zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte (sog. Differenztheorie; Nef, Obligationenrecht, S. 163 ff.).

bb) Widerrechtlichkeit

Die Widerrechtlichkeit bei der ausservertraglichen Haftung liegt dann vor, wenn das schädigende Verhalten gegen Normen verstösst, welche das verletzte Rechtsgut schützen. Wird der Geschädigte am Körper verletzt oder liegt eine Sachbeschädigung vor, so ist – sofern keine Rechtfertigungsgründe vorliegen – die Widerrechtlichkeit stets gegeben, denn das Recht auf körperliche Integrität und auf Eigentum sind absolute Rechte, die von jedermann beachtet werden müssen (Art. 122 StGB und Art. 641 ZGB; Nef, Obligationenrecht, S. 168-170).

cc) Adäquater Kausalzusammenhang

Zwischen dem Schaden und der haftungsbegründenden Ursache (bei Art. 41 OR ist dies das Verschulden) muss sowohl ein natürlicher wie ein adäquater Kausalzusammenhang bestehen. Der natürliche Kausalzusammenhang ist gegeben, wenn das schädigende Verhalten notwendige Ursache für den Schaden gewesen ist: ohne schuldhaftes

Verhalten des Schädigers kein Schaden. Der adäquate Kausalzusammenhang ist ein die Haftung einschränkendes Kriterium: Es soll nur für Schäden gehaftet werden, die “nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung“ durch die in Frage stehende Ursache begünstigt wurden (Nef, Obligationenrecht, S. 171-176).

dd) Verschulden

Den Schuldner muss bezüglich des eingetretenen Schadens ein **Verschulden (= haftungsbegründende Ursache)** treffen. Der Begriff des Verschuldens beinhaltet ein vom Gesetz missbilligtes Verhalten und tritt in Form von Vorsatz oder Fahrlässigkeit in Erscheinung. Subjektive Voraussetzung für den Verschuldensvorwurf ist die Urteilsfähigkeit (Art. 16 ZGB), die Fähigkeit, vernunftgemäss zu handeln. Objektive Voraussetzung für das Verschulden bildet ein Abweichen vom Normverhalten. **Massgebend ist dabei, wie sich ein korrekter und vernünftiger Durchschnittsmensch objektiv in der konkreten Situation verhalten hätte.** Abgeleitet wird diese objektive Komponente aus dem Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB; Nef, Obligationenrecht, S. 176 und 179-183).

b) Anwendung von Art. 41 OR im vorliegenden Fall

Vorliegend ist R durch den Unfall ein **Vermögensschaden** entstanden. Dieser setzt sich aus den Kosten für die Spitalbehandlungen, weiteren Therapien sowie dem Erwerbsausfall zusammen.

Die Voraussetzung der **Widerrechtlichkeit** ist auch gegeben, weil R durch die Körperverletzung in seiner physischen Integrität betroffen und damit in seinem Persönlichkeitsrecht (absolut geschütztes Rechtsgut) verletzt wurde.

Zwischen der Handlung des Y und dem Vermögensschaden besteht sodann ein **adäquater Kausalzusammenhang**. Nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung war das Fallenlassen eines Brettes von einem Baugerüst auf eine von Auto- und Radfahrern frequentierter Strasse geeignet, den erfolgten Unfall zu verursachen.

Zu prüfen bleibt, ob den Y ein **Verschulden** trifft. Ein solches liegt vorliegend aufgrund der Unachtsamkeit der beiden Arbeiter vor (Fahrlässigkeit): X liess das Brett los, bevor es Y richtig gefasst hatte, und Y liess das Brett auf die Strasse fallen und nicht in den Garten gleiten. Grundsätzlich wird für den ganzen Schaden gehaftet ohne Rücksicht auf die Grösse des Verschuldens. Art. 43 Abs. 1 OR erlaubt dem Richter jedoch bei geringem Verschulden den Schadenersatz zu ermässigen. Diese Bestimmung ist im vorliegenden Fall wegen des erheblichen Betriebsrisikos anwendbar, für das die Arbeiter nicht aufkommen müssen. Es rechtfertigt sich deshalb, die Ersatzpflicht des Y nach Art. 43 OR auf 1/8 des Schadens von R zu reduzieren (dieselbe Reduktion muss auch bei der Haftung von X vorgenommen werden).

II. Haftung der Gerüstbau AG

1. Allgemein

Ein Verschulden der Gerüstbau AG wegen ungenügender Absicherung der Baustelle oder mangelhafter Überwachung der Bauarbeiter geht aus dem Sachverhalt nicht ohne weiteres hervor. R wird sich vor Gericht deshalb kaum mit Erfolg auf Art. 41 OR stützen können, um seinen Vermögensschaden gegen die Gerüstbau AG geltend zu machen. R muss im vorliegenden Fall deshalb nach einer erfolgsversprechenderen Haftungsgrundlage suchen.

Nebst der Grundnorm der ausservertraglichen Haftung von Art. 41 OR sieht das Gesetz eine Reihe weiterer ausservertraglicher Haftungstatbestände vor. So hat gemäss Art. 58 Abs. 1 OR der Eigentümer eines Gebäudes oder eines anderen Werkes wie eine Strasse den Schaden zu ersetzen, welcher durch die fehlerhafte Anlage oder Herstellung oder durch mangelhafte Unterhaltung verursacht wurde. Haftungssubjekt ist der **Werkeigentümer**. Bei der Werkeigentümerhaftung nach Art. 58 OR handelt es sich im Gegensatz zu Art. 41 OR nicht um eine Verschuldenshaftung, sondern um eine **einfache Kausalhaftung**. Haftungs begründende Ursache ist demnach nicht ein Verschulden, sondern eine bestimmte Unregelmässigkeit, ein Werkmangel (vgl. Nef, Obligationenrecht, S. 192 ff.):

2. Werkeigentümerhaftung (Art. 58 OR)

a) Voraussetzungen

aa) *Schaden*

Vgl. dazu oben die Ausführungen bei Art. 41 OR (§ 8.I.a.).

bb) *Widerrechtlichkeit*

Vgl. dazu oben die Ausführungen bei Art. 41 OR (§ 8.I.a.).

cc) *Adäquater Kausalzusammenhang*

Vgl. dazu oben die Ausführungen bei Art. 41 OR (§ 8.I.a.).

dd) *Haftungs begründende Ursache: Werkmangel*

Vorliegen eines Werkes: Ein Werk i.S.v. Art. 58 OR ist ein künstlich erstelltes, mit dem Boden direkt oder indirekt verbundenes und auf eine gewisse Dauer angelegtes Gebilde. Der Werkbegriff nach Art. 58 OR unterscheidet sich vom Werk im Sinne des Werkvertrages gemäss Art. 363 OR. Die privatrechtliche Werkeigentümerhaftung nach Art. 58 OR gilt im Übrigen nach Rechtsprechung des Bundesgerichts seit jeher auch für öffentliche Werke, namentlich für Strassen, die auch als Werk im Sinne von Art. 58 OR zu qualifizieren sind (BGE 108 II 185, 112 II 230). Art. 58 OR ist im Übrigen auch auf alle öffentlichen Werke anwendbar.

Vorliegen eines Mangels: Ein Werkmangel liegt vor, wenn das Werk bei bestimmungsgemäsem Gebrauch nicht genügend Sicherheit bietet. Abgestellt wird dabei auf ein vernünftiges Verhältnis zwischen den Schutzinteressen der Benutzer und den zu treffenden Massnahmen (Verkehrssicherungspflicht des Werkeigentümers), unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Werkes (Zumutbarkeit).

b) Werkeigentümerhaftung der Gerüstbau AG

Es stellt sich die Frage, ob vorliegend überhaupt ein Werk i.S.v. Art. 58 OR gegeben ist. Handelt es sich beim Baugerüst um ein künstlich erstelltes, mit dem Boden direkt verbundenes auf eine gewisse Dauer angelegtes Gebilde? Fraglich scheint insbesondere das Kriterium der Dauerhaftigkeit (bzw. Stabilität). Das Bundesgericht hat indes die Werk-Qualität i.S.v. Art. 58 OR bei Baugerüsten grundsätzlich bejaht (vgl. BGE 96 II 359). Die Haftung der Gerüstbau AG scheitert vorliegend aber daran, dass das Baugerüst aufgrund des Sachverhaltes keinen Mangel aufweist, es liegen keine Anzeichen dafür vor, dass das Baugerüst selber nicht die für seinen bestimmungsgemässen Gebrauch erforderliche Sicherheit geboten hat. R kann sich somit nicht auf die Werkeigentümerhaftung i.S.v. Art. 58 OR stützen, um seinen Schaden erfolgreich auf die Gerüstbau AG abzuwälzen.

c) Werkeigentümerhaftung des Hauseigentümers E

Beim 3-Familienhaus im Jugendstil handelt es sich zweifellos um ein Werk i.S.v. Art. 58 OR. Diese Liegenschaft im Eigentum des E befindet sich im Bau. Diese Tatsache allein führt jedoch nicht zu einer Mangelhaftigkeit des Werkes i.S.v. Art. 58 OR. Die Haftung des E aus Art. 58 OR gegenüber R ist damit ebenfalls auszuschliessen.

3. Geschäftsherrenhaftung (Art. 55 OR)

a) Vorbemerkung

Bei der Geschäftsherrenhaftung handelt es sich um eine **einfache Kausalhaftung**. Das Gerüstbauunternehmen haftet dabei als Geschäftsherr für den Schaden, den seine Angestellten verursacht haben, wenn die folgenden Voraussetzungen von Art. 55 OR erfüllt sind.

b) Voraussetzungen von Art. 55 OR

aa) *Schaden*

Vgl. dazu oben die Ausführungen bei Art. 41 OR (§ 8.I.a.).

bb) *Widerrechtlichkeit*

Vgl. dazu oben die Ausführungen bei Art. 41 OR (§ 8.I.a.).

cc) *Subordinationsverhältnis zwischen dem Geschäftsherrn und der Hilfsperson*

Damit die Geschäftsherrenhaftung zur Anwendung kommt, muss zwischen dem Geschäftsherrn und der Hilfsperson ein Subordinationsverhältnis bestehen. Kann der Ge-

schäftsherr keine Anweisungen erteilen, so hat er es auch nicht in der Hand, den Schadensfall zu verhindern. Er soll dann auch nicht haften.

dd) Von Hilfsperson verursachter Schaden in Ausübung ihrer geschäftlichen und dienstlichen Verrichtungen

Die schädigende Handlung muss in einem funktionellen Zusammenhang mit der geschäftlichen Verrichtung stehen. Es genügt nicht, dass der Schaden anlässlich dieser Verrichtung zugefügt wird, wenn er mit der Verrichtung selber nichts zu tun hat. Keine Ausübung dienstlicher Verrichtungen stellt z.B. das Stehlen eines Wertgegenstandes durch einen Angestellten eines Malers, der in einer Wohnung mit Malerarbeiten beschäftigt ist.

ee) Sorgfaltspflichtverletzung als haftungsbegründende Ursache

Bei der Geschäftsherrenhaftung liegt die Ordnungswidrigkeit in einer Sorgfaltspflichtverletzung des Geschäftsherrn. Verschulden von Geschäftsherr oder Arbeitnehmer ist aber nicht erforderlich. Die Sorgfaltspflichtverletzung wird vermutet, der Geschäftsherr haftet, wenn er nicht beweisen kann, dass er bei der Auswahl, Instruktion und Überwachung seiner Hilfspersonen, sowie bei der Arbeitsorganisation genügend sorgfältig gehandelt hat (Sorgfaltsbeweis). Das Bundesgericht ist bei der Beurteilung der nötigen Sorgfalt des Geschäftsherrn sehr streng (vgl. BGE 110 II 456).

ff) Adäquater Kausalzusammenhang zwischen der Sorgfaltspflichtverletzung und dem Schaden

Was den Kausalzusammenhang betrifft, setzt die Haftung des Geschäftsherrn Adäquanz zwischen der Handlung der Hilfsperson und dem Schaden voraus.

c) Anwendung von Art. 55 OR auf die Gerüstbau AG

Die Voraussetzungen des Schadens, der Widerrechtlichkeit und des adäquaten Kausalzusammenhangs sind hier erfüllt.

Die Arbeiter X und Y waren im vorliegenden Fall sodann für die Gerüstbau AG tätig, sie wirkten bei der Erfüllung der von der Gerüstbau AG übernommenen vertraglichen Verpflichtungen mit und sie taten dies infolge ihrer Eingliederung als Arbeitnehmer im Betrieb der Gerüstbau AG. X sowie Y standen zur Gerüstbau AG in einem Subordinationsverhältnis i.S.v. Art. 55 OR.

Der Gerüstbau AG steht gemäss Art. 55 OR der Entlastungsbeweis offen. Dieser ist als gelungen zu betrachten, wenn die Gerüstbau AG nachweisen kann, dass sie die Arbeitnehmer X und Y ordnungsgemäss ausgewählt, richtig instruiert und organisiert sowie regelmässig überwacht hat. Der Entlastungsbeweis könnte der Gerüstbau AG vor Gericht allenfalls gelingen, wenn sie z.B. dafür gesorgt hätte, dass ein Vorarbeiter die Arbeit von Y und X überwachte, diese sich beim Abbau des Gerüsts an ein Reglement der Gerüstbau AG oder eines Fachverbandes gehalten hätten und/oder es sich bei X und Y um langjährige und zuverlässige Arbeiter gehandelt hätte. Aus dem Sachverhalt geht solches nicht hervor, es müssten auf jeden Fall die näheren Umstände abgeklärt wer-

den. Da das Bundesgericht jedoch sehr strenge Anforderungen an den Entlastungsbeweis nach Art. 55 OR stellt, muss vorliegend davon ausgegangen werden, dass die Gerüstbau AG den Entlastungsbeweis nach Art. 55 OR nicht erfolgreich führen können. Das Bundesgericht toleriert bei der Anwendung von Art. 55 OR praktisch keine Organisationsmängel.

Im Ergebnis wird R seine Schadenersatzforderung gegen die Gerüstbau AG mit Erfolg auf Art. 55 OR abstützen können.

III. Kausalhaftung des P

a) Haftung des Motorfahrzeughalters, Art. 58 SVG

Bei der Motorfahrzeughalterhaftung nach Art. 58 SVG handelt es sich um eine **scharfe Kausalhaftung, es bedarf für diese Haftung ohne Haftung nicht einmal einer Ordnungswidrigkeit**. Der Halter des Fahrzeugs haftet, wenn die folgenden Voraussetzungen von Art. 58 des Strassenverkehrsgesetzes (SVG) erfüllt sind.

b) Voraussetzungen

aa) Schaden

Vgl. dazu oben die Ausführungen bei Art. 41 OR (§ 8.I.a.).

bb) Widerrechtlichkeit

Vgl. dazu oben die Ausführungen bei Art. 41 OR (§ 8.I.a.).

cc) Betrieb eines Motorfahrzeuges

Als **Motorfahrzeug** gelten gemäss Art. 7 Abs. 1 SVG nur Fahrzeuge mit eigenem Antrieb, durch den es dem Erdboden unabhängig von Schienen fortbewegt wird, z.B. auch Dampfwalze, Pistenfahrzeug, Schneefräse etc.

Als **Motorfahrzeughalter** gilt derjenige, auf dessen Gefahr der Betrieb des Fahrzeuges erfolgt sowie über die tatsächliche unmittelbare Verfügungsgewalt über das Fahrzeug hat. Der Motorfahrzeughalter wird nach materiellen, nicht nach formellen Kriterien bestimmt. Es sind also die tatsächlichen, wirtschaftlichen und nicht die rechtlichen Verhältnisse massgeblich. Halter ist in der Regel die zur Zeit des Unfalls im Fahrzeugausweis eingetragene natürliche oder juristische Person. Sie braucht es aber nicht zu sein, weshalb der Richter im Einzelfall zu prüfen hat, wer tatsächlich Halter ist.

Art. 58 SVG kommt sodann nur zur Anwendung, wenn das Motorfahrzeug **in Betrieb** ist, also die maschinellen Einrichtungen wie Motor und Scheinwerfer im Zusammenhang mit der Fortbewegung im Gebrauch sind und/oder das Fahrzeug durch seinen Antrieb in Bewegung und/oder das Fahrzeug durch das bewusste Ausnutzen der Schwerkraft in Bewegung ist. Beim Betriebsbegriff handelt es sich um einen maschinentechnischen und nicht um einen verkehrstechnischen Begriff.

dd) Adäquater Kausalzusammenhang

Vgl. dazu oben die Ausführungen bei Art. 41 OR (§ 8.I.a.).

c) Anwendung von Art. 58 SVG im vorliegenden Fall

Die Voraussetzungen des Schadens und der Widerrechtlichkeit sind vorliegend erfüllt. Auch der adäquate Kausalzusammenhang ist gegeben, da der Betrieb des Motorfahrzeuges von P zum Schaden des R geführt hat, nach dem allgemeinen Lauf der Dinge musste damit gerechnet werden, dass der Betrieb eines Autos zu einer Körperverletzung eines Radfahrers führen kann. Beim Auto des Halters P handelt es sich sodann um ein Motorfahrzeug i.S.v. Art. 7 SVG, das zur Zeit des Unfalls in Betrieb war. Da vorliegend alle Voraussetzungen von Art. 58 SVG erfüllt sind, haftet der Fahrzeughalter P gegenüber dem Radfahrer R für dessen bei der Kollision erlittenen Schaden.

d) Bedeutsame Bestimmungen des SVG in diesem Zusammenhang

Gemäss Art. 63 Abs. 1 SVG unterliegt jedes in den Verkehr gesetzte Fahrzeug der Versicherungspflicht. Diese wird mit den Mitteln des Polizeirechts verwirklicht, indem Fahrzeugausweis und Kontrollschilder nur gegen Erbringung des Versicherungsnachweises (Art. 68 SVG) ausgehändigt werden.

Art. 65 Abs. 1 SVG gibt sodann dem Geschädigten im Rahmen der vertraglichen Versicherungsdeckung ein Forderungsrecht unmittelbar gegen den Versicherer. Diese Bestimmung bezweckt die Erleichterung und Sicherung der Durchsetzbarkeit des gegenüber dem Schädiger bestehenden Haftungsanspruchs, nicht aber dessen Erweiterung. Das Forderungsrecht reicht nicht weiter als der Ersatzanspruch gegen den Schädiger selbst. Der Geschädigte ist indessen nicht verpflichtet sich gegen den Versicherer zu belangen, er kann sich stattdessen an den Halter oder andere Haftpflichtige wenden.

IV. Schadenersatzpflicht des F aus Art. 41 OR

a) Voraussetzungen

Vgl. dazu oben die Ausführungen bei Art. 41 OR (§ 8.I.a.).

b) Anwendung von Art. 41 OR im vorliegenden Fall

Fraglich ist bei der Prüfung der Haftung des F nach Art. 41 OR in erster Linie, ob ein Verschulden vorliegt. Für die Beurteilung dieser Voraussetzung sind jeweils die konkreten Umstände massgebend. Aus dem Sachverhalt geht hervor, dass der Autofahrer F vom mit grosser Wucht herabfallenden Brett überrascht worden ist und noch versuchte auf die Gegenfahrbahn auszuweichen, wo er dann den Radfahrer R anfuhr und verletzte. F konnte nicht anders reagieren als auf die Gegenfahrbahn zu fahren, um dem Brett auszuweichen. Ihm kann damit kein Verschulden vorgeworfen werden. F wird somit nicht aufgrund von Art. 41 OR schadenersatzpflichtig. Gegen F können sodann keine weiteren Haftungsnormen herangezogen werden.

V. Unterbrechung des Kausalzusammenhangs

Normalerweise kann der Schaden nicht auf eine einzige Ursache zurückgeführt werden, ein ganzes Bündel von Ursachen kann eine Rolle bei der Verursachung eines Schadens eine Rolle spielen. Diese Ursachen können zueinander in Konkurrenz stehen, wenn sie alle für den Schadenseintritt adäquat sind. Eine einzelne Ursache kann jedoch auch in ihrer Intensität derart überwiegen, dass sie andere Ursachen in den Hintergrund drängt. Man spricht dann ein wenig ungenau von Unterbrechung des Kausalzusammenhangs: der „natürliche“ Kausalzusammenhang wird indes nicht unterbrochen. Es wird dem Begriff „Unterbrechung des Kausalzusammenhangs“ lediglich zum Ausdruck gebracht, dass die Kausalität durch das Hinzutreten einer anderen Ursache inadäquat wird. Als Unterbrechungs- oder Entlastungsursachen kommen höhere Gewalt, grobes Selbstverschulden des Geschädigten sowie grobes Drittverschulden in Frage (Nef, Obligationenrecht, S. 173 ff).

Vorliegend kommt als Unterbrechung des Kausalzusammenhangs allenfalls grobes Selbstverschulden des Radfahrers R in Frage. Das Fehlen der Vignette am Fahrrad des R war jedoch nicht kausal für den Schaden des R. Dieser hat somit keinen Unterbrechungsgrund gesetzt. Grobes Selbstverschulden hätte z.B. bei Trunkenheit des R vorliegen können.

VI. Mehrheit von Haftpflichtigen

1. Allgemein

Bestehen Haftungsansprüche des Geschädigten gegen mehrere Haftpflichtige, stellt sich das Problem, gegen wen der Geschädigte vorgehen kann und wer den Schaden endgültig zu tragen hat.

Im **Aussenverhältnis**, d.h. dem Verhältnis zwischen dem Geschädigten und den Haftpflichtigen, gilt das **Prinzip der Solidarität** (vgl. Art. 143 OR). Alle Haftpflichtigen haften solidarisch für den ganzen Schaden, d.h. der Geschädigte kann von jedem Einzelnen den Ersatz des ganzen Schadens fordern. Hat der Geschädigte jedoch den Schaden von einem Schädiger ersetzt erhalten, so erlöschen seine Forderungen auch gegenüber den übrigen Schädigern, der Schaden wird somit nur einmal ersetzt.

Hat ein Schädiger dem Geschädigten den ganzen Schaden ersetzt, bedeutet das noch nicht, dass dieser den Schaden endgültig allein zu tragen hat. Unter Umständen kann er auf einen oder mehrere Mitschädiger Regress nehmen. Das Verhältnis zwischen den Schädigern nennt man **Innenverhältnis**. Gemäss der problematischen **Kaskadenordnung** von Art. 51 Abs. 2 OR trägt dabei in erster Linie derjenige den Schaden, der ihn durch unerlaubte Handlung (ausservertragliche Verschuldenshaftung, Art. 41 OR) verschuldet hat, in zweiter Linie der aus Vertrag Haftende und in letzter Linie derjenige, welcher allein nach Gesetzesvorschrift (insbesondere aufgrund einer Kausalhaftung) haftbar ist. Der Richter hat nach seinem Ermessen zu bestimmen, inwieweit die verschiedenen Schädiger Regress gegeneinander nehmen können (Art. 50 Abs. 2 OR). Er

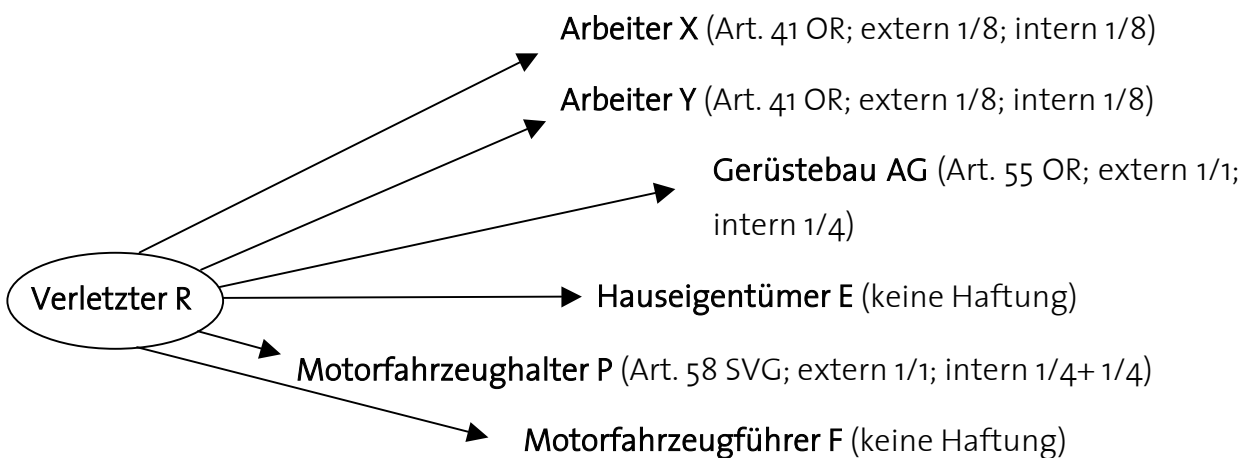
würdigt dabei sowohl die Umstände als auch die Grösse des Verschuldens (Art. 43 Abs. 1 OR; Nef, Obligationenrecht, S. 216-219).

2. Schadensaufteilung im vorliegenden Fall

Dem R stehen mehrere Haftpflichtige gegenüber, die aus verschiedenen Rechtsgründen haften:

Gemäss dem Prinzip der Solidarität, welches im Aussenverhältnis zur Anwendung gelangt (Art. 50 Abs. 1 OR), kann R den gesamten Schadenersatz sowohl von der Gerüstbau AG als auch vom Motorfahrzeughalter P verlangen. Im Aussenverhältnis haften X und Y wie erläutert aufgrund des leichten Verschuldens (Art. 43 OR) nur für eine reduzierte Schadenersatzquote von je 1/8.

Wer den Schaden des R endgültig zu tragen hat, bestimmt sich sodann nach dem Innenverhältnis, d.h. dem Verhältnis zwischen den Schädigern. Der Gefährdungshaftpflichtige – der Motorfahrzeughaftpflichtige P – muss in Konkurrenz mit anderen Haftpflichtigen, welche aus einer einfachen Kausalhaftung oder aus Verschulden haften, einen Teil des Schadens nach Ermessen des Richters vorweg tragen (Nef, Obligationenrecht, S. 219). Da P von R aufgrund der scharfen Kausalhaftung i.S.v. Art. 58 SVG belangt werden kann, hat er somit vorweg 1/4 des Schadens zu übernehmen. Vorliegend trifft die Arbeitnehmer X und Y die ausserververtragliche Verschuldenshaftung nach Art. 41 OR. Die beiden haben deshalb aufgrund der Kaskadenordnung (Art. 51 Abs. 2 OR) voll für ihren externen Schadensanteil aufzukommen. Sie tragen aufgrund von Art. 50 OR zusammen einen 1/4 des Schadens von R (d.h. je 1/8 des Schadens). Der restliche Schaden (1/2) wird schliesslich hälftig auf die beiden Kausalhaftpflichtigen, die Gerüstbau AG (insgesamt 1/4; Art. 55 OR) sowie P (insgesamt 1/2; Art. 58 SVG), aufgeteilt.



Die Werkeigentümerhaftung gemäss Art. 58 OR, Anmerkungen zur haftungsbegründenden Ursache*

Von Urs Ch. Nef**

o. Professor für Rechtswissenschaft an der Eidgenössischen Technischen Hochschule ETH Zürich

I. Die dogmatischen Konzepte

In der Lehre zum ausservertraglichen Haftpflichtrecht bestehen unterschiedliche Auffassungen sowohl bezüglich der für die Haftbarmachung massgebenden haftungsbegründenden Ursachen als auch bezüglich der Zuordnung der einzelnen Haftungstatbestände zu den von der Wissenschaft entwickelten Haftungskategorien. An einer Schnittstelle der dogmatischen Kontroversen steht die Werkeigentümerhaftung. KARL OFTINGER, in seinem grundlegenden Werk „Schweizerisches Haftpflichtrecht“, und mit ihm die herrschende Lehre¹ und Rechtsprechung unterscheiden die Verschuldenshaftung gemäss Art. 41 OR, die gewöhnlichen Kausalhaftungen und die in einer Vielzahl von Spezialgesetzen geregelten Gefährdungshaftungen. Zu den *gewöhnlichen Kausalhaftungen* zählen insbesondere die in unserer Privatrechtskodifikation geregelten Haftungstatbestände von Art. 333 ZGB (Haftung des Familienhaupts) und Art. 679 ZGB (Haftung des Grundeigentümers) sowie von Art. 54 OR (Haftung urteilsunfähiger Personen), Art. 55 OR (Haftung des Geschäftsherrn), Art. 56 OR (Haftung des Tierhalters) und Art. 58 OR (Haftung des Werkeigentümers). Die gewöhnlichen Kausalhaftungen werden gelegentlich mit einer irgendwie gearteten *Ordnungswidrigkeit* in Beziehung gebracht, für welche der Haftpflichtige einzustehen hat².

OFTINGER lehnt eine weitere Unterteilung der gewöhnlichen Kausalhaftungen ab, mit der Begründung, dass dafür die nötigen Kriterien fehlen³. Insbesondere besteht nach ihm kein Anlass zu einer Differenzierung zwischen denjenigen Haftungsbestimmungen, bei denen das Gesetz die Haftbarmachung an eine *Sorgfaltspflichtverletzung* anknüpft und die dem präsumtiv Haftpflichtigen einen Exzeptionsbeweis einräumen, sowie den anderen Haftungsbestimmungen, bei denen, wie namentlich bei der Werk-

* Die nachfolgenden Zeilen widmet der Verfasser Ernst A. Kramer in freundschaftlicher Erinnerung an die zahlreichen Begegnungen an der damaligen Hochschule St. Gallen.

** Meinem Assistenten, Herrn RA lic. iur. Marc Splisgardt, danke ich für die tatkräftige Unterstützung bei der Zusammenstellung der Literatur.

¹ KARL OFTINGER, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 3 Bde., 2. Aufl., Zürich, Bd. I 1958, Bd. II/1 1960, Bd. II/2 1962; Bd. I, 19 ff., Bd. II/1 1 ff.; KARL OFTINGER/EMIL W. STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Besonderer Teil, Bd. II/I, 4. Aufl., Zürich 1987, 125 ff.; ALFRED KELLER, Haftpflicht im Privatrecht, Bd. I, 6. Aufl., Bern 2002, 47 ff.; HEINZ REY, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 3. Aufl., Zürich 2003, 15 ff.

² Keller (FN 1), 49. Kritisch zur rechtlichen Tragfähigkeit dieses Kriteriums: Bericht der Studienkommission für die Gesamtrevision des Haftpflichtrechts, Bern 1991, 25.

³ Oftinger (FN 1), Bd. I, 22.

eigentümerhaftung, von einer Sorgfaltspflichtverletzung *im Gesetz nicht die Rede ist*⁴. Die einheitliche rechtliche Behandlung der gewöhnlichen Kausalhaftungen begründet OFTINGER damit, dass sie letztlich alle auf eine Sorgfaltspflichtverletzung zurückgeführt werden können, was sie von den Gefährdungshaftungen unterscheidet. Dies treffe „implicite“ auch auf die Haftung des Werkeigentümers zu, dem vorgeworfen werde, das Fortdauern von Mängeln an seinem Werk nicht verhütet zu haben⁵.

Immerhin weist OFTINGER darauf hin, dass die Haftungen des Familienhauptes, des Geschäftsherrn und des Tierhalters ursprünglich als Verschuldenshaftungen mit einer Umkehr der Beweislast verstanden wurden⁶. Im Zusammenhang mit der Werkeigentümerhaftung spricht OFTINGER von der „*vorausgesetzten*“ *Sorgfaltspflicht*, weshalb der Verstoß gegen sie bei der Rechtsanwendung nicht mehr zu prüfen sei⁷. Demzufolge kommt nach OFTINGER als Voraussetzung für eine Haftbarmachung des Werkeigentümers neben dem Eigentum allein der „objektive Tatbestand der Mangelhaftigkeit des Werkes“ in Frage⁸. Damit ordnet OFTINGER die Werkeigentümerhaftung nun doch einer schärferen Haftungskategorie zu, als diejenigen gewöhnlichen Kausalhaftungen, welche nach dem Gesetzeswortlaut an eine Sorgfaltspflichtverletzung anknüpfen. In diesem Sinne äussert sich auch ALFRED KELLER: „Die Haftung aus Werkeigentum ist kausaler, strenger, indem sie auf den blossen Mangel des Werks [...] abstellt [...]“. „Das Vorhandensein eines Mangels genügt, gleichviel aus welcher Ursache, Sorgfalt hin oder her [...]“⁹. Konsequenterweise vermeidet es KELLER, im Zusammenhang mit der Haftung des Werkeigentümers von einer Sorgfaltspflichtverletzung zu sprechen.

VITO ROBERTO teilt die ausservertragliche Haftung in zwei Kategorien ein: in die „Haftung für eigenes Fehlverhalten“, welche die Verschuldenshaftung und die gewöhnlichen Kausalhaftungen umfasst, und in die „Haftung für Gefahren“, zu welcher die Gefährdungshaftungen zählen¹⁰. Zieht man den deutschen Gesetzeswortlaut heran, so stellt man fest, dass in Art. 58 Abs. 1 OR nicht von einer Haftung für einen Werkmangel die Rede ist. Vielmehr knüpft die Haftung an ein *menschliches Verhalten* an. Das Gesetz verwendet die substantive Form der Tätigkeiten von Anlegen, Herstellen und Unterhal-

4 Rey (FN 1), 198, fasst die erstgenannten gewöhnlichen Kausalhaftungen in der Gruppe der „milden Kausalhaftungen“ zusammen. Im Unterschied dazu verwendet Keller (FN 1), 48, den Begriff der „milden Kausalhaftung“ im Sinne der gewöhnlichen Kausalhaftung.

5 Oftinger (FN 1), Bd. II/1, 3.

6 Oftinger (FN 1), Bd. I, 22; vgl. auch Heinrich Honsell, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 3. Aufl., Zürich 2000, 5, und Ingeborg Schwenger, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Bern 2003, 301, welche dieses Konzept vertreten.

7 Oftinger (FN 1), Bd. II/I, 3 und Bd. I, 23; Henri Deschenaux/Pierre Tercier, La responsabilité civile, 2. Aufl., Bern 1982, 126, sprechen von „violation objective du devoir de diligence“.

8 Oftinger (FN 1), Bd. I, 23.

9 Vgl. Keller (FN 1), 191; auch Alfred Koller in Theo Guhl, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl., Zürich 2000, 201 f., grenzt die Werkeigentümerhaftung von denjenigen gewöhnlichen Kausalhaftungen ab, bei denen sich der präsumtiv Haftpflichtige entlasten kann, wenn er beweist, dass er der objektiven Sorgfaltspflicht genügt hat.

10 Vito Roberto, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich 2002, 12; Deschenaux/Tercier (FN 7), 29, unterscheiden die Haftung à titre „faute“ und à titre „loi“.

ten¹¹. Daraus könnte man ableiten, es liege eine *Haftung für eigenes Fehlverhalten* vor. Im Unterschied dazu ist jedoch in der französischen und in der italienischen Fassung der Gesetzesbestimmung von „vices de construction“ bzw. „vizio di costruzione“ und „défaut d'entretien“ bzw. „difetto di manutenzione“ die Rede¹². Durch letztere Formulierungen wird für die Anknüpfung der Haftung dem Mangel als Qualitätsmerkmal des Objekts „Werk“ die entscheidende Bedeutung beigemessen. Damit wird die Frage ausgeblendet, wem allenfalls ein Fehlverhalten vorzuwerfen sei.

Die Verfasser des Vorentwurfs eines Bundesgesetzes zur „Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts“, PIERRE WIDMER und PIERRE WESSNER, gehen wie OFTINGER davon aus, dass die Werkeigentümerhaftung als eine gewöhnliche Kausalhaftung in der Verletzung einer „besonderen“ *Sorgfaltspflicht* begründet ist¹³. Sie schlagen unter dem Titel „Haftung für Werke“ vor, anstelle des bisherigen Art. 58 OR neu einen Art. 61 OR in das Gesetz einzufügen. Nach dieser neuen Bestimmung soll der Halter eines Gebäudes oder eines anderen Werks haften, wenn der Halter nicht beweist, dass der Schaden „weder auf einen Konstruktions- noch auf einen Unterhaltsmangel zurückzuführen ist“¹⁴. Die Vermutung der Verletzung der „besonderen“ *Sorgfaltspflicht* führt zu einer Umkehr der Beweislast zu Lasten des Werkeigentümers¹⁵. Sodann werden in Anlehnung an den französischen und italienischen Gesetzestext in der deutschen Fassung die Begriffe „fehlerhafte Anlage oder Herstellung“ und „mangelhafte Unterhaltung“ durch die Begriffe „Konstruktionsmangel“ und „Unterhaltsmangel“ ersetzt. Sowohl die Anknüpfung der Haftung an den Zustand der Mangelhaftigkeit des Werks, als auch die Umkehr der Beweislast, zielen auf eine Verschärfung der Haftung ab.

Wie aus ihrem „Erläuternden Bericht“ hervorgeht, wollen die Verfasser des Vorentwurfs den von ihnen vorgeschlagenen neuen Art. 61 OR trotzdem als gewöhnliche Kausalhaftungsnorm verstanden wissen, welcher eine vermutete Verletzung der „besonderen“ *Sorgfaltspflicht* zugrunde liegt¹⁶. Allerdings wird der Befreiungsbeweis dem Werkeigentümer nach wie vor vorenthalten. Die Verfasser betonen sodann, dass die „besondere“ *Sorgfaltspflicht* nicht mit einem Verschulden gleichgesetzt werden dürfe, was zur Folge habe, dass der Werkeigentümer auch dann hafte, wenn er den Werkmangel nicht kannte¹⁷. OFTINGER, erklärt dazu im Zusammenhang mit der Haftung des Geschäftsherrn: „Das bedeutet, dass der Geschäftsherr auch dort haftet, wo sein Verhalten zwar nicht diejenige Stufe erreicht, die als schuldhaft qualifiziert wird, indessen doch schon

11 Ebenso Roberto (FN 10), 114.

12 Die gleichen Begriffe findet man bereits im Text des Obligationenrechts vom 14. Juni 1881.

13 Erläuternder Bericht zum Vorentwurf zu einem Bundesgesetz über die Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, 291. Man kann davon ausgehen, dass der Begriff der „besonderen“ *Sorgfaltspflicht* im Sinne von Widmer/Wessner gleichbedeutend ist mit dem Begriff der „vorausgesetzten“ *Sorgfaltspflicht* im Sinne von Oftinger.

14 Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, Vorentwurf eines Bundesgesetzes, 17.

15 Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts (FN 13), 291.

16 Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts (FN 13), 291.

17 Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts (FN 13), 286 und 291.

eine Unsorgfalt bedeutet.“¹⁸. Die Konstruktion von „besonderen“ Sorgfaltspflichten, deren Verletzung im unteren Bereich der Skala der Missbilligung noch nicht die Intensität des Verschuldens erreicht, wirkt gekünstelt, ist letztlich unverständlich und deshalb auch nicht praktikabel. Sie sollte in Zukunft fallengelassen werden.

II. Die Rechtsprechung

1. Übersicht

In der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Werkeigentümerhaftpflicht wird über die Jahrzehnte, jedenfalls in Umrissen, eine Entwicklung in drei Phasen erkennbar. Am Ausgangspunkt steht eine *strikte Haftung*, welche am formalen Kriterium des Werkmangels anknüpft. Im Anschluss an die Lehre von ANDREAS VON TUHR wird die Werkeigentümerhaftung als Gefährdungshaftung verstanden¹⁹. In einer zweiten Phase wird unter dem Einfluss der Theorie von KARL OFTINGER das materielle Element der *Sorgfaltspflichtverletzung* für die Anknüpfung der Haftung in den Vordergrund gerückt. Damit verbunden ist eine Differenzierung der Tatbestände und eine Relativierung der Haftung. Beide Gelehrten übten zu ihrer Zeit einen massgeblichen Einfluss auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts aus. In einer dritten Phase entwickelt sich die Werkeigentümerhaftung in Anlehnung an das Produktehaftpflichtgesetz, welches eine Haftung für mangelhafte bewegliche Sachen statuiert, zu einer allgemeinen *Haftung für Sachmängel* bei künstlich hergestellten, unbeweglichen Gegenständen.

2. Strikte Haftung

Die Durchsicht der früheren Rechtsprechung zu Art. 58 Abs. 1 OR bestätigt den Eindruck, das Bundesgericht habe die Bestimmung zunächst in einem eher technischen und dementsprechend strikten Sinne verstanden. Das Gericht hat sich im Rahmen der Rechtsanwendung eine Vorstellung darüber gebildet, wie ein Werk, z.B. ein Schwimmbad, eingerichtet und ausgerüstet sein sollte. Das Fehlen von für die Sicherheit der Benutzer notwendigen Einrichtungen wurde als *Werkmangel* qualifiziert, was ohne weiteres die Haftung des Werkeigentümers nach sich zog²⁰. Bestand bezüglich der Mangelhaftigkeit des Werks Unklarheit, hat das Gericht im Rahmen der freien Beweiswürdigung gelegentlich von der eingetretenen Schädigung den Schluss auf den mangel-

18 Oftinger (FN 1), Bd. II/1, 156.

19 Andreas von Tuhr, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 1. Halbbd., Zürich 1924, 360 ff.; ebenso von Tuhr/Siegwart, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 1. Halbbd., 2. Aufl., Zürich 1942, 389 ff. und von Tuhr/Peter, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I, 456 ff.; Art. 58 Abs. 1 OR geht auf Art. 67 Satz 1 des alten OR von 1881 zurück. In der Botschaft des Bundesrates zum ZGB/OR vom 3. März 1905, 17, wird vermerkt, dass die Haftung für Tier(?) und Werkschaden dem Grundgedanken der Gefährdungshaftung entsprungen sei.

20 BGE 64 II 198.

haften Zustand des Werks gezogen²¹. So hat das Bundesgericht im Entscheid BGE 63 II 95 einen Werkeigentümer als haftbar erklärt, weil er nicht darzutun vermochte, „que l'état défectueux ne résulte pas d'un vice de construction ou d'un défaut d'entretien“ (Seite 101).

Im Entscheid BGE 60 II 341 ff. ging es um die Mieterin in einem Mehrfamilienhaus, welche im Treppenhaus gestürzt war, weil im zweiten Stockwerk eine Glühbirne der Treppenhausbeleuchtung ausgebrannt war. Wohl gehört es zum ordnungsgemässen Unterhalt eines Miethauses, dass die einzelnen Gebäudeteile periodisch überprüft und aufgetretene Mängel behoben werden. Insbesondere in kleinen Mietobjekten kann jedoch nicht erwartet werden, dass ständig ein Hauswart anwesend ist. Eine sofortige Behebung des Mangels war dem Hauseigentümer infolgedessen nicht zumutbar²². Obwohl von einem mangelhaften Unterhalt nicht gesprochen werden konnte, hat das Gericht die Haftung des Hauseigentümers richtigerweise bejaht. Denn Werke schaffen „aus sich selbst heraus“ gefährliche Situationen²³, für welche der Eigentümer, der aus der Bewirtschaftung des Werks einen Gewinn erzielt, einstehen soll. Damit gerät die Werkeigentümerhaftung in den Regelungsbereich der Gefährdungshaftungen. Ein Tor in diese Richtung wird durch den Lehrsatz aufgestossen, dass in den gewöhnlichen Kausalhaftungen eine Haftung für Zufall eingeschlossen sei²⁴. Allerdings vermag nicht recht zu überzeugen, weshalb das Ausbrennen einer Glühlampe (Seite 344) auf einem Zufall beruhen soll, musste doch mit dem Eintritt des Ereignisses früher oder später gerechnet werden. Ein weiteres Tor in Richtung Gefährdungshaftung öffnet die Regel, dass bei der Werkeigentümerhaftung grobes Drittverschulden nicht von der Haftung befreie²⁵. Für den Transport eines sperrigen Gegenstandes in einem Miethaus veranlasste ein Mieter die Demontage eines Teils des Treppengeländers, was zum Sturz und zur Verletzung eines Hausbewohners führte (BGE 69 II 394). Auf Seite 398 des Entscheids erklärt das Bundesgericht mit unmissverständlicher Deutlichkeit, die Haftung gemäss Art. 58 OR sei „rein kausal“, und fährt fort, der Werkeigentümer habe für den *mangelhaften Zustand* als solchen einzustehen, nicht bloss für ein Verhalten, auf das allfällig dieser Zustand zurückzuführen sei.

Allerdings hat das Bundesgericht bereits in früheren Urteilen (z.B. in BGE 66 II 109) die Auffassung vertreten, dass die grundsätzliche Pflicht des Eigentümers, für einen einwandfreien Zustand des Werks besorgt zu sein, nicht unbegrenzt sei (Seite 111). Eine

21 Anton K. Schnyder, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I: Art. 1–529 OR, hrsg. von Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand, 3. Aufl., Basel/Genf/München 2003, Art. 58 N 19; Oftinger/Stark (FN 1), Bd. II/1, 214.

22 Roland Brehm, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bd. VI, 1. Abt., 3. Teilbd., 1. Unterteilbd.: Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, hrsg. von Heinz Hausheer, 2. Aufl., Bern 1998, Art. 58 N 57.

23 Oftinger/Stark (Fn 1), Bd. II/1, 169.

24 Brehm (FN 22), Art. 58 N 100; Oftinger/Stark (Fn 1), 201.

25 Es handelt sich um eine umstrittene Frage, bei der besonders deutlich wird, dass über die Tragweite der Werkeigentümerhaftung keine Klarheit herrscht; vgl. den Stand der Lehre mit einem differenzierten Lösungsvorschlag bei Brehm (FN 22), Art. 58 N 101.

Verpflichtung zur Behebung von „*untergeordneten Mängeln*“, wie z.B. abgetretenen Türschwellen oder ausgetretenen Treppenstufen, wie sie im Laufe der Zeit bei jedem Gebäude notwendigerweise auftreten, würde vor allem bei älteren Häusern zu einer unerträglichen Belastung des Eigentümers führen (Seite 112). Dies gelte jedoch nicht für öffentliche und andere allgemein zugängliche Orte, wo jedermann davon ausgehen könne, es sei keinerlei Gefahr vorhanden (Seite 113). So ist ein Boden in der Schaltherhalle einer Bank, welcher aus harten, polierten und infolgedessen schlüpfrigen Steinplatten bestand, als mangelhaft angelegt befunden worden (BGE 88 II 417).

3. Relativierung der Haftung

Später kam das Bundesgericht zur Einsicht, dass das *konkrete Verhalten* des Werkeigentümers bei der Rechtsanwendung stärker zu gewichten sei. Damit verbunden war eine spürbare Entschärfung der Haftung. So hat das Bundesgericht in einem Urteil vom 23.1.1989 entschieden, dass die Gemeinde Turtmann als Eigentümerin einer defekten Wasserleitung nicht hafte, wenn ein Dritter unbefugterweise die Leitung öffnete, was zur Folge hatte, dass eine neu bepflanzte Rebparzelle überschwemmt wurde. Das Gericht begründete sein Urteil mit der Erfüllung der Sorgfaltspflicht durch die Gemeinde, die an der defekten Stelle der Leitung eine Tafel angebracht hatte, welche die Benützung des Werks untersagte²⁶. PETER GAUCH hat dieses Urteil mit dem Hinweis kritisiert, die Werkeigentümerhaftung schliesse als Kausalhaftung die Haftpflicht für das Verschulden eines Dritten auch dann ein, wenn dieser sich am mangelhaften Werk unbefugterweise zu schaffen macht²⁷.

Die Erfüllung der Sorgfaltspflichten durch den Eigentümer unter Einbezug der Pflicht des Werkbenutzers zur Vorsicht wird vom Bundesgericht bei der Entscheidungsfindung in den Mittelpunkt gerückt. Der Werkeigentümer muss zur Behebung der Mängel Vorkehrungen in dem Umfang treffen, als sie in einem vernünftigen Verhältnis zum *Zweck des Werks*, zum *Schutzinteresse der Benützer* und zur *wirtschaftlichen Bedeutung des Werks* stehen²⁸. Sodann müssen die Aufwendungen in finanzieller Hinsicht *zumutbar* sein. Im Entscheid BGE 81 II 450 kam das Bundesgericht bezüglich einer neu eingestellten Wäscherin, welche im nicht beleuchteten Flur des Hauses ihres Arbeitgebers die falsche Türe erwischte und die gefährliche Kellertreppe hinunterstürzte zum Schluss, dass von einer mangelhaften Einrichtung des Privathauses nicht die Rede sein könne. Berücksichtigt man, dass der Hauseigentümer im Gebäude ein Gewerbe mit Publikumsbesuch betrieb, kann von einem erstaunlich milden Urteil gesprochen werden.

Für die Anforderungen an den *Unterhalt von Strassen* hat das Bundesgericht eine besondere Praxis entwickelt, nach welcher die Zumutbarkeit des Unterhalts weniger weit geht als bei anderen Werken²⁹. In früheren Entscheiden hat das Gericht noch darauf

26 RVJ 1989, 189 ff.

27 Peter Gauch, Baurecht 1990, 51.

28 Brehm (FN 22), Art. 58 N 58.

29 Brehm (FN 22), Art. 58 N 191 und Keller (FN 1), 192.

hingewiesen, es könne vom Gemeinwesen verlangt werden, die Strassen in zweckentsprechendem Zustand zu erhalten und jene Massnahmen zu treffen, die für die Sicherheit des Verkehrs erforderlich sind (BGE 49 II 260). Die Unterhaltspflicht beziehe sich darauf, die Strassen in einem solchen Zustand zu erhalten, dass sie für den Verkehr, dem sie gewidmet sind, genügende Sicherheit bieten (BGE 72 II 201). Inzwischen ist die *finanzielle Lage des Gemeinwesens* zum zentralen Kriterium für die Zumutbarkeit von Massnahmen zur Behebung von Strassenmängeln geworden³⁰. Im Strassenverkehr gilt demzufolge der Grundsatz, dass sich der Verkehr den Strassenverhältnissen unterzuordnen habe und nicht umgekehrt³¹. Der Fahrzeuglenker hat namentlich die Geschwindigkeit seines Motorfahrzeugs den Strassenverhältnissen und den weiteren Umständen anzupassen³².

4. Verschärfung der Haftung

In den letzten Jahren macht sich in der Rechtsprechung wieder eine *Verschärfung der Haftung* bemerkbar. Es werden bezüglich der Sicherheit von allgemein zugänglichen Bauten und Anlagen zunehmend die im Ausland üblichen Standards auf die Schweiz übertragen. Die schwierigen topografischen Verhältnisse, die bei Bauten zu einer Häufung von Tritten führen, die umfangreiche, das Erscheinungsbild unseres Landes prägende historische Bausubstanz sowie die hohen Anforderungen an die Freilegung der Verkehrsflächen von Schnee und Eis, können je länger desto weniger als Argumente für eine Haftungsbeschränkung ins Feld geführt werden³³. So hat das Bundesgericht bezüglich des Vorraums von Toiletten im Untergeschoss eines Hotels festgehalten, dass Treppenstufen als unfallträchtige Stellen so gekennzeichnet werden müssen, dass sie auch bei einem bloss flüchtigen Blick auf den Boden zu erkennen sind (BGE 117 II 399).

Der Werkeigentümer darf sich nicht mehr damit zufrieden geben, den bestimmungsgemässen, vernünftigen Gebrauch des Werks für den Benutzer sicherzustellen. Er muss zusätzlich dafür besorgt sein, dass Gefahrenquellen, welche zu einem *bestimmungswidrigen Gebrauch* verführen, ausgeschaltet werden³⁴. Das gilt namentlich dann, wenn Kinder und Jugendliche Zutritt zu einer Anlage haben. Jedem Menschen, der sich gelegentlich in ein öffentliches Schwimmbad begibt, ist bekannt, dass die Bassins an verschiedenen Stellen verschiedene Tiefen aufweisen, und dass es deshalb unverantwortlich ist, ohne vorgängige Inspektion kopfvoran in ein Bassin zu springen. Das Bundesgericht befand, dass der Eigentümer des Schwimmbads aufgrund der Konzeption der Anlage als „Plausch- und Vergnügungsbad“ mit einem übermütigen, unvernünftigen,

30 Brehm (FN 22), Art. 58 N 175 (mit Nachweisen).

31 BGE 129 III 67; Brehm (FN 22), Art. 58 N 172 (mit Nachweisen).

32 Art. 31 Abs. 1 und 32 Abs. 2 SVG.

33 Beschleunigt wird dieser Prozess durch die Gesetzgebung: Vgl. z.B. das Bundesgesetz vom 13. Dezember 2002 über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen (Behindertengleichstellungsgesetz, BehiG), SR 151.3.

34 Noch in BGE 94 II 153 ist u.a. zu lesen, das Werk habe „einem bestimmungswidrigen Gebrauch nicht gewachsen zu sein“.

von der ursprünglichen Zweckbestimmung des Werks abweichenden Verhalten insbesondere bei jugendlichen Benutzern rechnen müsse. Der Werkeigentümer wäre verpflichtet gewesen, in den kritischen Bereichen des Bades Abschränkungen anzubringen und Verbotstafeln aufzustellen (BGE 116 II 422). In einem weiteren Fall hat das Bundesgericht festgehalten, dass der Werkeigentümer dafür zu sorgen habe, dass auch zerstreute, unaufmerksame oder abgelenkte Personen vor Schäden geschützt werden. Nach den Feststellungen des Gerichts herrschte zur Zeit des Unfalls in der Innenstadt von Liestal eine aussergewöhnliche Wetterlage. Ein Angestellter des Gebäudeeigentümers hat, bevor das betreffende Geschäft geöffnet wurde, vor der Eingangstür das Eis weggepickelt und Salz gestreut. Später hat er die kritische Stelle nochmals mit Salz bearbeitet. Infolge der Sonneneinwirkung ist jedoch vom schneebedeckten Dach des Gebäudes dauernd Wasser getropft, das am Boden wieder gefror. Ein Kunde stürzte auf der Eisschicht (BGE 118 II 36). Das Bundesgericht berief sich in der Urteilsbegründung eigenartigerweise nicht auf die Haftung des Werkeigentümers für Zufall, was nahegelegen hätte, kann doch die Eisbildung als ein geradezu typisches, vom menschlichen Verhalten unabhängiges Ereignis bezeichnet werden. Im Gegenteil warf das Bundesgericht dem Werkeigentümer vor, die Rutschgefahr nicht durch das Legen eines Teppichs beseitigt oder zumindest die Ladenbesucher mit einem Warnschild auf die Gefahr aufmerksam gemacht zu haben. Mit Recht wurden die vom Gericht monierten Vorkehrungen als wenig tauglich kritisiert³⁵. Ein Teppich vermag die Eisbildung nicht zu verhindern und Warntafeln gehen in der Informationsflut, welcher der moderne Mensch ausgesetzt ist, allzu oft unter. Im kürzlich ergangenen Entscheid BGE 129 III 65 hat das Bundesgericht sogar die Verurteilung eines Gemeinwesens als Strasseneigentümer zu einer Schadenersatzleistung an einen Automobilisten geschützt, welcher mit seinem Wagen auf Glatteis ins Rutschen kam und in der Folge mit einem Baum kollidierte. Das Gericht kam zum Schluss, dass die Bildung von Glatteis auf dem betreffenden Strassenabschnitt voraussehbar war und bei richtigem Verhalten des Strassenwärters hätte vermieden werden können. Das Gericht bejahte die Haftung des Gemeinwesens, obwohl sich der Geschädigte wegen übersetzter Geschwindigkeit ein Selbstverschulden anrechnen lassen musste.

III. Die Werkeigentümerhaftung als allgemeine Sachhaftung

Die Botschaft, welche das Bundesgerichts in den zuletzt erwähnten drei Urteilen vermittelt, lässt an Eindeutigkeit nichts zu wünschen übrig. Die Betreiber von Hotels, Restaurants, Schwimmbädern, Geschäfts- und Warenhäusern und weiteren, der Öffentlichkeit zugänglichen Anlagen sollen ihre Einrichtungen so unterhalten, dass die Besucher nicht verunfallen. Erleidet ein Benutzer einen Personen- oder Sachschaden, so soll der Betreiber dafür aufkommen, unabhängig davon, ob der Benutzer sich werks- bzw.

³⁵ Peter Beck, Sicherungspflichten eines Werkeigentümers im Winter, Schweizerische Versicherungszeitschrift 1993, 124 ff.; Heinz Hausheer, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1992, ZBJV 1994, 287 ff.

anlagekonform verhalten hat. Eine derart strikte Haftung erscheint hinsichtlich der Grösse der Risiken plausibel und sachlich begründet. Man denke an die achtzig Jahre alte Dame, die infolge ihres Sturzes wahrscheinlich dauernd gehbehindert bleiben wird, oder an den möglicherweise ungenügend versicherten Jugendlichen, der sich nach dem unvernünftigen Sprung ins Wasser mit einer schweren Invalidität auseinandersetzen muss.

Das den angeführten Urteilen zugrundeliegende Haftungsverständnis geht von *einer allgemeinen Haftung für mangelhafte Werke und Anlagen aus*³⁶. Bisher war das Werk mangelhaft, wenn es beim *bestimmungsgemässen Gebrauch* keine genügende Sicherheit bot (BGE 106 II 210) und folglich den Benutzer einer Gefahr aussetzte. Neu kann die Gefährdung auch von einem unvernünftigen Verhalten des Benutzers ausgehen (BGE 116 II 422). Muss der Betreiber mit der missbräuchlichen Benutzung der Anlage rechnen, so haftet er für einen allfälligen Schaden, sofern er trotz erkennbarer Gefahr keine Schutzmassnahmen getroffen hat, um die Benutzer von einem bestimmungswidrigen Gebrauch der Anlage abzuhalten. Die Analogie zu Art. 4 Abs. 1 lit. b des Produkthaftungsgesetzes liegt auf der Hand³⁷. Nach dieser Bestimmung wird, was die Sicherheitsanforderungen an ein Produkt angeht, u.a. auf den Gebrauch abgestellt, „mit dem vernünftigerweise gerechnet werden kann“. Haftungs begründende Ursache ist nicht mehr das unsorgfältige Verhalten des Produzenten, sondern das Abweichen des Produkts und in Analogie dazu auch des Werks von objektiven technischen Standards³⁸. Damit ist der Übergang von der „Haftung für Fehlverhalten“ zur „Haftung für Gefahren“ vollzogen.

Richtet man den Blick auf die privatrechtliche Haftungsordnung insgesamt, so ergänzt die Werkeigentümerhaftung als eine Kausalhaftung auf sinnvolle Art und Weise die Produkthaftungspflicht. Beide Haftungen knüpfen an die Benutzung von *fehlerhaften*, vom Menschen hergestellte Gegenstände an³⁹; und in beiden Fällen handelt es sich um die Haftung für bearbeitete und damit um in einem weitesten Sinne „technische Gegenstände“. Für *mangelhafte bewegliche Gegenstände* haftet nach dem Produkthaftungsgesetz die Herstellerin bzw. die Lieferantin, für die *mangelhaften unbeweglichen Gegenstände* nach Art. 58 Abs. 1 OR die Eigentümerin des Werks.

Man könnte in Analogie zum Produkthaftungsgesetz noch einen Schritt weitergehen und in einem noch strikteren Sinne in die Werkeigentümerhaftung eine „Haftung für Fehlritte“ einschliessen. Diese käme z.B. dann zum Zug, wenn der Benutzer eines Gebäudes durch eine „unkoordinierte Bewegung“ aus dem Tritt gerät bzw. einen Tritt verfehlt und sich dabei verletzt. Einer „Haftung für Fehlritte“ bei der Werkeigentümer-

36 Keller (FN 1), 50.

37 Vgl. den diesbezüglichen Hinweis von Peter Gauch, Baurecht 1996, 120 f.

38 Urs Ch. Nef, Obligationenrecht für Ingenieure und Architekten, 3. Aufl., Zürich 2000, 235.

39 Walter Fellmann/Gabrielle von Büren-von Moos, Grundriss der Produkthaftungspflicht, Bern 1993, 64.

haftung würde die „Haftung für Ausreisser“⁴⁰ bei der Produkthaftpflicht entsprechen. VITO ROBERTO zählt die Produkthaftpflicht zu den gewöhnlichen Kausalhaftungen, anerkennt bei ihr aber wegen der „Haftung für Ausreisser“ ein besonderes Gefährdungselement, während HEINRICH HONSELL die Produkthaftpflicht direkt unter die Gefährdungshaftungen einreihet⁴¹.

Die bisherigen Darlegungen führen uns zur Erkenntnis, dass eine *Treppe mit einer Vielzahl unterschiedlich hoher Stufen* von der Haftung für ausserordentlich grobes Verschulden über die verschiedenen Spielarten von Sorgfaltspflichtverletzung und Mängelhaftungen bis zur scharfen Betriebshaftung reicht, bei welcher der Betreiber der Anlage immer dann haftet, wenn im Einflussbereich seiner Anlage ein Schaden entsteht. Das Bundesgericht versteht somit Art. 58 Abs. 1 OR als Generalklausel einer Werkeigentümerhaftung, deren Anwendungsbereich je nach Art des Werks das ganze Haftungsspektrum abdeckt. Bei Art. 58 Abs. 1 OR handelt es sich demzufolge um eine die bestehenden dogmatischen Grenzen sprengende Norm. In seinen Begründungen unterlässt es das Gericht jeweils festzuhalten, auf welcher Stufe der Treppe ein bestimmtes Urteil einzureihen ist. Diese offene Praxis ist unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit nicht unbedenklich. Immerhin hat das Gericht im Laufe der Jahre diejenigen Tatbestände, welche einer bestimmten Treppenstufe zugewiesen werden können, in Fallgruppen zusammengefasst. Damit wurden die Trends der Rechtsfortbildung sichtbar gemacht. Bereits früher wurden die Fallgruppen der Privathäuser, öffentlichen Strassen und öffentlichen Gebäude gebildet; hinzu kommt in neuester Zeit die Fallgruppe der Hotels, Restaurants, Schwimmbäder, Geschäfts- und Kaufhäuser, welche im oberen Teil der Treppe, d.h. im Bereich einer strikten Kausalhaftung anzusiedeln ist.

ERNST A. KRAMER hat in seiner luziden Schrift „Juristische Methodenlehre“ auf die bedenklichen wie erwünschten Aspekte von Generalklauseln hingewiesen⁴². Die Generalklausel von Art. 58 Abs. 1 OR hat sich insoweit als fruchtbar erwiesen, als sie den Gerichten erlaubt, in einem Feld nicht voraussehbarer technischer Entwicklungen für in ihrer Gefährlichkeit ganz unterschiedliche Objekte sachgerechte Lösungen zu erzielen.

40 Vgl. zu diesem Begriff Fellmann/von Büren-von Moos (FN 39), 81; Hans-Joachim Hess, Kommentar zum Produkthaftpflichtgesetz, 2. Aufl., Bern 1996, 255.

41 Roberto (FN 10), 12; Honsell (FN 6), 5.

42 Ernst A. Kramer, Juristische Methodenlehre, Bern 1998, 52.

Fall 4 Einzonung eines Campingplatzes

A. Sachverhalt

1994 beschliesst die Gemeindeversammlung der Gemeinde Meiringen ihre Ortsplanung. Dabei wird die Parzelle Meiringen Gbbl. 723 wie bisher in der Landwirtschaftszone belassen. Im Sommer 1997 legt die Einwohnergemeinde Meiringen eine Zonenplanänderung samt einer Änderung der Zonenvorschriften öffentlich auf. Diese sieht vor, die Parzelle Gbbl. 723 und den in der Zwischenzeit von der ursprünglichen Parzelle Gbbl. 723 abparzellierten Teil Gbbl. 2704 in eine Zone mit Planungspflicht „Camping Summerau“ einzuzonen, wodurch die Errichtung eines Campingplatzes ermöglicht werden soll. Dagegen wird Einsprache erhoben.

B. Fragen

1. Wie gestaltet sich das Zonenplanänderungs-Verfahren?
2. Wie erfolgt das Beschwerdeverfahren bei Zonenplanänderungen?
3. Welches ist die Rechtsnatur des Zonenplans?
4. Inwiefern hängen Zonenplan und Richtplan zusammen?
5. Welcher Zone kann der Campingplatz zugeteilt werden?

(vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 11. Juni 2001 i.S. M. [VGE 21169])

C. Lösungsskizze

Frage 1: *Wie gestaltet sich das Zonenplanänderungs-Verfahren?*

1. Verfahren der Zonenplanänderung

1.1. Die Anpassung der Pläne

Planung stellt einen ständigen und durchgehenden Prozess dar. Pläne sind demnach abänderbar und in der Regel nach gewissen Zeitabschnitten zu überarbeiten. Die Schwelle zur Planänderung liegt bei den Richtplänen tiefer als bei den Nutzungsplänen, da erstere nur die Behörden und nicht auch den Einzelnen binden:

- Richtpläne können nach Art. 9 Abs. 2 und 3 RPG angepasst werden, wenn sich die Verhältnisse geändert haben oder neue Aufgaben nachgewiesen worden sind.
- Nutzungspläne können gemäss Art. 21 Abs. 2 RPG geändert werden, wenn sich die Verhältnisse erheblich geändert haben (Siehe Ziff. 2.1).

1.2. Arten von Zonenplanänderungen

Zonenplanänderungen (Umzonungen) kommen in verschiedenen Formen vor:

- a) **Einzonung**: liegt vor, wenn Land neu zur Bauzone kommt .
- b) **Echte Auszonung (Rückzonung)**: bisher in der Bauzone gelegenes Land wird einer anderen Zone zugewiesen.
- c) **Nichteinzonung**: Land, das nach alter Zonenordnung der Bauzone angehört, wird beim Erlass eines RPG-konformen Zonenplanes (welcher erstmals Bau- von Nichtbaugebiet trennt) einer Nichtbauzone zugewiesen.
- d) **Aufzonung**: die durch Überbauung mögliche Nutzung innerhalb der Bauzone wird verbessert.
- e) **Abzonung (Herabzonung)**: das Nutzungsmass innerhalb der Bauzone wird verringert.

1.3. Planänderungsverfahren

Das Verfahren der Planänderung stimmt zum grössten Teil mit demjenigen der Planfestsetzung überein. Gemäss Art. 10 Abs. 1 und Art. 25 Abs. 1 RPG ordnen die Kantone die Zuständigkeit und das Verfahren bei der Festsetzung bzw. Änderung der Raumpläne. Anhand der bundesrechtlichen Minimalanforderungen in Art. 4 und Art. 33 Abs. 1 RPG

und der im bernischen Baugesetz (BauG BE) getroffenen Regelungen lassen sich für den vorliegenden Fall folgende Phasen unterscheiden:

- a. **Einleitung:** Tangierte Grundeigentümer, Stimmberechtigte und andere Planungsbetroffene können ein Gesuch um eine Nutzungsplanänderung beim Gemeinderat einreichen, welcher ein entsprechendes Verfahren - unter Berücksichtigung der Information und Mitwirkung der Bevölkerung - einleitet (Art. 58 BauG BE).
- b. **Ausarbeitung eines Entwurfs:** Dieser wird z.B. durch den Ortsplaner erstellt. Danach findet eine Vorprüfung durch die Rechtsmittelinstanz statt (Art. 59 BauG BE).
- c. **Öffentliche Auflage:** Vorlagen, welche die baurechtliche Grundordnung oder eine Überbauungsordnung betreffen, müssen vor ihrer Festsetzung während wenigstens 30 Tagen öffentlich aufgelegt werden (Art. 60 Abs. 1 BauG BE). Einspracheverfahren für Betroffene.
- d. **Planfestsetzung:** Der neue Nutzungsplan wird durch die Gemeindelegislative (je nach Gemeindeordnung die Gemeindeversammlung oder das Gemeindeparlament) festgesetzt (Art. 66 BauG BE).
- e. **Genehmigung:** Die Genehmigung der Planfestsetzung erfolgt im Kanton Bern durch die zuständige Stelle der Justiz-, Gemeinde und Kirchendirektion (Art. 61 BauG BE). Vorbehalten bleibt Art. 26 RPG.

1.4. Fazit

Wenn die Voraussetzungen erfüllt sind, können Pläne geändert werden. Unzulässig sind Zonenänderungen dann, wenn sie den Zielen und Grundsätzen des Raumplanungsrechtes (Art. 1 und 3 RPG) widersprechen oder Landwirtschaftsland, das durch den Bund als Fruchtfolgefläche (Sachplan) definiert wurde, umzonen würden.

Frage 2: Wie erfolgt das Beschwerdeverfahren bei Zonenplanänderungen?

2. Beschwerdeverfahren bei Zonenplanänderungen

2.1. Der Vertrauensschutz

Gemäss Art. 9 BV sind die staatlichen Organe gehalten, willkürfrei und entsprechend dem Grundsatz von Treu und Glauben zu handeln. Für das Raumplanungsrecht bedeutet dies, dass, je neuer ein Plan ist, um so mehr mit seiner Beständigkeit gerechnet

werden darf, und je einschneidender sich eine beabsichtigte Änderung auswirkt, desto gewichtiger müssen die Gründe sein, welche für eine Abänderung sprechen. Planänderungen sind demnach nur unter qualifizierten Voraussetzungen zulässig.

Der Änderung von Nutzungsplänen steht das Interesse der Grundeigentümer entgegen, die auf die Verlässlichkeit eines Planes vertrauen. Planänderungen können zu Eingriffen in die Eigentumsгарantie führen und das Vertrauen in die Rechtsbeständigkeit der Pläne enttäuschen. Es soll wenn immer möglich vermieden werden, dass die Grundeigentümer und die erschliessungspflichtigen Gemeinwesen durch häufige Änderungen der Planung in ihren berechtigten Rechtssicherheitsinteressen beeinträchtigt werden (BGE 120 Ia 227, 231 f., E. 2b).

2.2. Das Beschwerdeverfahren

Die Möglichkeiten, sich gegen die Planänderung zu wehren, lassen sich für den vorliegenden Fall wie folgt darstellen:

- Einwendungen (bzw. Einsprachen): Die Betroffenen haben während der Zeit der Planaufgabe (vgl. oben 1.3 lit. c) die Möglichkeit, schriftlich eine begründete Einsprache zu erheben (Art. 60 Abs. 2 BauG BE). Mit "Einsprache" ist auf dieser Stufe nicht das Rechtsmittel gemeint, sondern eine Einwendung, welche das rechtliche Gehör sicherstellen soll.
- Sofern vor oder bei der Beschlussfassung oder im Genehmigungsverfahren Pläne geändert werden, sei dies durch Einwendungen von Betroffenen oder aus Gründen, die beim Gemeinderat zu suchen sind, müssen sämtliche durch die Änderung Betroffenen informiert werden und es muss ihnen die Gelegenheit gegeben werden, Einsprache oder Beschwerde einzureichen (Art. 60 Abs. 3 BauG BE).
- Zu beachten ist, dass auf das Planverfahren das Koordinationsgesetz anwendbar ist, falls mehrere Bewilligungen, Zustimmungen oder Genehmigungen verschiedener Behörden erforderlich sind. Falls ein Nutzungsplan der Genehmigung bedarf, ist die Genehmigungsbehörde für den Gesamtentscheid zuständig (Art. 7 Abs. 2 KoG BE).
- Gegen den Genehmigungsbeschluss (vgl. oben 1.3 lit. e) kann bei der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion Beschwerde geführt werden; diese entscheidet endgültig, sofern nicht die Beschwerde an das Verwaltungsgericht gegeben ist (Art. 61a Abs. 1 BauG BE).
- Gegen den Entscheid der Justiz-, Gemeinde und Kirchendirektion kann Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Verwaltungsgericht des Kantons Bern geführt werden, sofern die Beurteilung durch ein unabhängiges Gericht unabdingbar ist (vgl. Art. 33 f. RPG; Art. 61a Abs. 3 lit. a BauG BE und Art. 6 Ziff. 1 EMRK), oder wenn

gegen den kantonal letztinstanzlichen Entscheid auch die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht möglich ist (Art. 61a Abs. 3 lit. b BauG BE).

- Nach geltendem Recht sind Grundeigentümer aufgrund von Art. 34 Abs. 3 RPG i.V.m. Art. 88 des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege (Bundesrechtspflegegesetz [OG]) vom 16. Dezember 1943 (SR 173.110) berechtigt, die planerische Behandlung ihrer eigenen Grundstücke letztinstanzlich mit staatsrechtlicher Beschwerde wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte anzufechten. Auch Grundeigentümer von nicht direkt im Planungsgebiet liegenden Grundstücken sind zur staatsrechtlichen Beschwerde legitimiert, wenn sie geltend machen können, die Planfestsetzung verletze sie in ihren verfassungsmässigen Rechten, weil dadurch Normen, die auch ihrem Schutze dienen, nicht mehr oder in geänderter Form gelten würden oder weil sie die Nutzung ihrer Liegenschaft beschränken (BGE 112 Ia 90 ff.).
- Nach geltendem Recht ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht gegen Pläne grundsätzlich nicht zulässig (Art. 34 Abs. 3 RPG). Sie ist jedoch erlaubt, wenn der Nutzungsplan sich zur Hauptsache auf Bundesverwaltungsrecht stützt (z.B. Umweltschutzgesetz) oder wenn geltend gemacht wird, Art. 24 RPG werde umgangen (BGE 123 II 289 E. 1b).
- Neu wird mit dem In-Kraft-Treten des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG, vom 17. Juni 2005, SR 173.110) nach dem Entscheid der letzten kantonalen Instanz eine Einheitsbeschwerde an das Bundesgericht in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten möglich sein (vgl. Art. 82 ff. BGG)

2.3. Fazit

Da nur drei Jahre nach Festlegung der Zonenplanung eine Zonenänderung vorgenommen wurde, stellt sich die Frage, ob diese Änderung gegen den Grundsatz der Planbeständigkeit verstösst.

Im vorliegenden Fall kommt das Verwaltungsgericht zum Schluss, dass die umstrittene Zonenänderung der Planbeständigkeit nicht widerspreche, da die Planungsmassnahme aus zeitlichen Gründen nicht in die laufende Ortsplanungsrevision einbezogen werden konnte. Das Gericht erachtet es als zulässig, die Planungsmassnahme später gesondert zu behandeln, da die Beschwerdegegner bereits 1993 beantragt hatten, den fraglichen Standort als Campingplatz zu prüfen und damals zu wenig Zeit vorhanden war, die Campingfrage im Rahmen der Ortsplanungsrevision zu berücksichtigen. Die Ausscheidung der neuen Zone erscheint aber wenig konsequent, nachdem dieses Gebiet ursprünglich bewusst der Landwirtschaftszone zugewiesen wurde.

Frage 3: *Welches ist die Rechtsnatur des Zonenplans?*

3. Rechtsnatur des Zonenplans

3.1. Nutzungsplanung und Nutzungsplan

Unter Nutzungsplanung versteht man die Erarbeitung einer raumplanerischen Nutzungsordnung. Mit ihr wird bezüglich Ort, Art und Mass die zulässige Bodennutzung grundeigentümergebunden festgelegt. Hauptaufgabe der Nutzungsplanung bildet die Trennung von Bau- und Nichtbaugebiet. Ergebnis dieses Planungsprozesses ist der Nutzungsplan (Art. 14 Abs. 1 RPG).

Der Nutzungsplan (Art. 14 ff. RPG) steht als Oberbegriff für alle Pläne und alle Vorschriften mit Plancharakter, welche die Bodennutzung betreffen und für die Grundeigentümer unmittelbar verbindlich sind. Inhalt des Nutzungsplanes sind Nutzungszonen mit zugehörigen Nutzungsvorschriften. In ihrer Gesamtheit müssen die Nutzungszonen eine parzellenscharfe, flächendeckende, lückenlose Ordnung herstellen.

3.2. Zonenplan

Der Zonenplan ist eine Unterart des Nutzungsplans; er teilt als Rahmennutzungsplan das ganze Gemeindegebiet den Hauptnutzungszonen zu, den Bau-, Landwirtschafts- und Schutzzonen (Art. 14 Abs. 2 RPG) und je nach kantonalen Vorschriften weiteren Unterarten von Zonen.

Die Rechtsnatur eines Akts bestimmt, welche Mitwirkungsrechte (Anhörung, rechtliches Gehör) gewährt werden müssen, wie sich der Rechtsschutz gestaltet, wie bei Änderungen oder Widerruf vorzugehen ist und welche Überprüfungsbefugnis den Gerichten zukommt.

Je nach Unterart des Nutzungsplans kann die Rechtsnatur differieren:

- Zonenpläne gelten nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung als Anordnung eigener Natur (BGE 107 Ia 275 f.), denn sie lassen sich nach der klassischen Einteilung weder als Rechtssatz noch als Verfügung qualifizieren.
- Sondernutzungspläne, welche die Nutzungsmöglichkeiten für ein abgegrenztes Areal oder Gebiet festlegen, können den Charakter einer Verfügung haben, falls sie so detailliert sind, dass sie Anordnungen einer Baubewilligung vorwegnehmen.

Für Nutzungspläne als Rechtsgebilde eigener Art schreibt Art. 33 RPG vor, dass die Pläne öffentlich aufgelegt werden müssen und mindestens ein Rechtsmittel dagegen vorzusehen ist, welches durch wenigstens eine Beschwerdebehörde voll überprüft werden kann.

3.3. Fazit

Aus dem vorliegenden Sachverhalt kann man darauf schliessen, dass die gesetzlichen Auflagen für die Änderung des Zonenplans befolgt wurden.

Frage 4: Inwiefern hängen Zonenplan und Richtplan zusammen?

4. Verhältnis Zonenplan <-> Richtplan

4.1. Richtplan

Gemäss Art. 10 Abs. 1 RPG ist die Organisation und das Verfahren der Richtplanung durch die Kantone zu bestimmen. Dabei haben diese bundesrechtlich vorgeschriebenen Minimalanforderungen zu genügen. Art. 6 ff. RPG und die Raumplanungsverordnung bestimmen, dass die Kantone die Ergebnisse ihrer Richtplanung, in einem Richtplan festhalten. Dieser legt fest, wie die raumwirksamen Tätigkeiten im Hinblick auf die anzustrebende Entwicklung aufeinander abgestimmt werden.

Der Richtplan dient einerseits der Koordination raumwirksamer Tätigkeiten, indem er die Aufgaben aller Sachbereiche und aller staatlichen Ebenen miteinander verknüpft. Andererseits dient er der Vorbereitung der Nutzungspläne und insofern der Nutzungsplanung. Die Kantone handhaben die Richtplanung auf unterschiedliche Weise. Westschweizer Kantone und auch der Kanton Bern konzentrieren sich dabei auf Prinzipien, fixieren aber keine präzisen Nutzungsflächen.

Richtpläne sind für die Behörden des Bundes, der Kantone und Gemeinde, sowie für weitere, mit raumwirksamen Aufgaben Beauftragte, verbindlich (Art. 9 RPG). Für die Grundeigentümer indessen enthält er keine verbindliche Ordnung; man spricht daher von der Behördenverbindlichkeit der Richtpläne.

Infolge der fehlenden Eigentümerverbindlichkeit und der Tatsache, dass die Rechtsnatur eines Richtplans weder Rechtssatz noch Verfügung, sondern ein „Zwischengebilde“ ist, gewinnt das Mitwirkungsrecht (Art. 4 RPG) besondere Bedeutung. Dem Einzelnen ist nämlich angesichts der fehlenden Eigentümerverbindlichkeit des Richtplans verwehrt, diesen anzufechten.

4.2. Verhältnis Nutzungsplan <-> Richtplan

Da Richtpläne für die Behörden verbindlich sind und infolge der Stufenordnung Richtplan – Nutzungsplan – Baubewilligung, ist bei Erlass oder Änderungen von Nutzungsplänen der Richtplan zu berücksichtigen. Falls ein Richtplan über die Nutzungsweise einer Fläche Aussagen enthält, ist die Erfassung durch die Nutzungsplanung notwendig.

Falls ein Richtplan keine Aussagen enthält, ist auf die Auswirkungen des geplanten Projekts abzustellen. Haben die einzelnen Elemente, wie z.B. Dimension, grössere Verdrängung bestehender Landwirtschaftsflächen, touristisches Einzugsgebiet, eine Bedeutung, die nach bisheriger Praxis des Kantons richtplanpflichtig ist, oder wenn das kantonale Gesetz es vorsieht, muss der Richtplan ergänzt werden. Das Gleiche gilt, falls Praxis und Gesetz fehlen, wenn ein Projekt für die kantonalen, regionalen und überkommunalen Interessen und für die Koordination von Bedeutung ist.

4.3. Fazit

Der vorliegende Sachverhalt erwähnt nicht, ob im Richtplan bereits ein entsprechender Eintrag besteht. Da jedoch Landwirtschaftsfläche verringert wird, ist eine Ergänzung des Richtplanes angezeigt.

Frage 5: Welcher Zone kann der Campingplatz zugeteilt werden?

5. Zonenzuteilung für Campingplätze

5.1. Verhältnis Nutzungsplanverfahren <-> Ausnahmegewilligung nach Art. 24 Abs. 2 RPG

Art. 22 RPG verlangt für die Erteilung einer Baubewilligung, dass Bauvorhaben dem Zweck der Zone, in die sie zu liegen kommen, entsprechen, d.h. dass diese zonenkonform sind. (So ist in der Regel eine landwirtschaftliche Baute in der Landwirtschaftszone, eine Sportanlage in der Freihaltezone zonenkonform.)

Ist die Zonenkonformität nicht gegeben, ist zu prüfen, ob die Ausmasse des Bauvorhabens und deren Auswirkungen auf die Umwelt erheblichen Einfluss haben. Ist dies zu bejahen, ist vorab eine Nutzungsplanung erforderlich. Andernfalls ist zu untersuchen, ob die Voraussetzungen für eine Ausnahmegewilligung nach Art. 24 RPG gegeben sind. Art. 24 RPG regelt abschliessend die Voraussetzungen, unter denen die Errichtung oder Zweckänderung von nicht zonenkonformen Bauten ausserhalb der Bauzonen bewilligt werden darf. Demnach ist Standortgebundenheit erforderlich und es dürfen dem Projekt keine überwiegenden Interessen entgegenstehen. Eine Baute ist dann standortgebunden, wenn sie aus technischen oder betriebswirtschaftlichen Gründen oder wegen der Bodenbeschaffenheit auf einen bestimmten Standort ausserhalb der Bauzone angewiesen ist (z.B. Bergrestaurant, Schiessplatz).

5.2. Der Stufenbau

Richtplan, Nutzungsplan und Baubewilligung stehen wie erwähnt in einem Zusammenhang und bilden ein sinnvolles Ganzes, um dem verfassungsmässigen Auftrag (Art.

75 BV: zweckmässige Nutzung und geordnete Besiedlung des Landes) gerecht zu werden. Jeder Teil erfüllt seine spezifische Aufgabe. Der Richtplan vermittelt das Bild des gewünschten Zustandes, der Nutzungsplan stellt einen allgemeinverbindlichen Beschluss über Art, Ort und Mass der Bodenverwendung dar und die Baubewilligung dient schliesslich der Abklärung, ob Bauten und Anlagen der im Nutzungsplan ausgedrückten räumlichen Ordnungsvorstellung entsprechen.

Die Baubewilligung ist nicht geeignet, den Nutzungsplan im Ergebnis zu ergänzen. Dies bedingt, dass auch aufgrund von Art. 24 RPG erteilte Baubewilligungen den Stufenbau zu beachten haben. Daraus folgt, dass für Bauten und Anlagen, die nur in einem Planverfahren angemessen erfasst werden können, keine Ausnahmegewilligung erteilt werden kann.

5.3. Fazit

Da ein Campingplatz nicht der landwirtschaftlichen Nutzung dient, ist er in der Landwirtschaftszone nicht zonenkonform. Der Bau des geplanten Campingplatzes hat Auswirkungen auf die Nutzungsordnung. Eine Ausnahmegewilligung nach Art. 24 RPG kommt daher nicht in Frage.

Eine Änderung der Zoneneinteilung ist notwendig. Es fragt sich, welche Zone für einen Campingplatz in Betracht fällt. Die Besonderheit eines Campingplatzes besteht darin, dass dessen besondere Struktur (Mischung aus Dauerbauten, dauerhaft aufgestellten Fahrnisbauten und nur vorübergehend aufgestellten Wohnwagen und Zelten), von derjenigen einer üblichen Bauzone erheblich abweicht. Es sollen also nicht isoliert einzelne Wohnbauten erstellt werden. Die Zuordnung zur Wohnzone fällt also dahin, weil die beständige Wohnnutzung fehlt und Immissionsprobleme absehbar wären. Es ist deshalb sinnvoll und auch zulässig, die betroffenen Parzellen neu einzuzonen und dafür die geeignete Zonenart zu finden. Erst dann kommt eine Baubewilligung gemäss den Zonenvorschriften zum Zuge.

Im vorliegenden Fall mag die neugeschaffene Zone als Insel erscheinen, da sie im südlichen Teil gegen Osten und Westen von Landwirtschaftsland umschlossen ist. Um zu beurteilen, ob es sich um eine unzulässige Kleinbauzone handelt, ist auch auf die konkrete Situation abzustellen. Für die Beurteilung ist massgebend, dass die Zone nicht abseits des Siedlungsgebietes liegt, sondern sich im Norden in unmittelbarer Nachbarschaft Wohnzonen und einige Landwirtschaftsgebäude befinden. Zudem handelt es sich bei der fraglichen Parzelle nicht um Land, das zur Erfüllung der verschiedenen Aufgaben der Landwirtschaft benötigt wird, was auch daran zu erkennen ist, dass es sich nicht um Fruchtfolgeflächen handelt (vgl. VGE 21169 E. 3c). Der geplante Campingplatz kann demzufolge in die Umgebung eingebettet werden. Somit kann bei Betrachtung der tatsächlichen Verhältnisse nicht von einer isolierten Kleinbauzone gesprochen werden.

Fall 5 Jugend- und Kulturzentrum

A. Sachverhalt

Die Gemeinde Delsberg erhielt am 13. März 1997 vom Kanton Jura eine Baubewilligung für die Umnutzung und den Umbau des alten Schlachthofes zu einem Jugend- und Kulturzentrum. Das Projekt umfasst einen Ausstellungs- und Vorführungssaal mit 117 Sitzplätzen und eine Bar mit 42 Sitzplätzen. Das Gebäude befindet sich in der Stadt Delsberg in der Zone für öffentliche Zwecke.

Nachbarn rekurrerten gegen diese Baubewilligung beim Verwaltungsrichter im Bezirk Delsberg. Der Verwaltungsrichter hob die Baubewilligung mit Entscheid vom 16. Dezember 1997 auf. Daraufhin erhob die Gemeinde Delsberg Rekurs an das Verwaltungsgericht des Kantons Jura. Mit Entscheid vom 23. August 2000 hob das Verwaltungsgericht den Entscheid des Verwaltungsrichters auf und bestätigte die Baubewilligung mit Auflagen. So darf das Zentrum nicht an mehr als 120 Tagen länger als bis 22.00 Uhr geöffnet sein.

Gegen dieses Urteil wurde wiederum Beschwerde erhoben.

B. Fragen

1. Untersteht das Projekt einer Bewilligungspflicht?
2. Welche Punkte müssen betreffend Zonenrecht beachtet werden?
3. Welches Verfahren kommt zur Anwendung?
4. Welche umweltrechtlichen Schranken müssen beachtet werden?

Vgl. BGE 130 II 32.

C. Lösungsskizze

Frage 1: *Untersteht das Projekt einer Bewilligungspflicht?*

1. Bewilligungspflicht

1.1 Einleitungsbeispiele

- a) Street Parade
- b) Kulturfloss (Musikfloss am Rheinbord, 3 Wochen lang, ca. 17 Konzerte)
- c) Hängegleiterlandeplatz
- d) Gartenrestaurant

Art der Bewilligung und zuständige Behörde:

	Art der Bewilligung	Zuständige Behörde
Street Parade:	<p>Bewilligung für Nutzung von öffentlichem Grund für politische bzw. kulturelle Veranstaltung (Demonstration).</p> <p>Gesteigerter Gemeingebrauch</p> <p>Da es um die Meinungsäusserungsfreiheit geht - ein Grundrecht von besonderer ideeller Bedeutung - besteht ein bedingter Anspruch auf Bewilligungserteilung.</p>	<p>In der Stadt Zürich: Stadtpolizei, Abteilung Bewilligungen, Büro für Veranstaltungen</p> <p>Vor der Bewilligungserteilung werden verschiedene Fachstellen angehört: Fachgruppe Lärmbekämpfung, Baubewilligungsbehörde, Feuerpolizei, GrünStadt Zürich usw.</p>
Kulturfloss:	<p>Bewilligung für Benutzung von Allmend (öffentlicher Grund, bzw. Gewässer, konkret der Rhein) für ein Musikfestival</p>	<p>In der Stadt Basel: Tiefbauamt (Allmendverwaltung)</p>
Hängegleiterlandeplatz:	<p>Baubewilligung mit Ausnahmebewilligung nach Art. 24 Abs. 1 RPG</p>	<p>Im Kanton Zürich: Baudirektion des Kantons Zürich</p>
Gartenrestaurant:	<p>Baubewilligung und Bewilligung zur Führung eines Gastwirtschaftsbetriebes</p>	<p>In der Stadt Zürich: Amt für Baubewilligungen der Stadt Zürich (Baubewilligung) und Stadtpolizei, Abteilung</p>

		Wirtschaftsbewilligungen (Be- willigung zur Führung eines Gastwirtschaftsbetriebes)
--	--	---

1.2. Baubewilligungspflicht (Art. 22 Abs. 1 RPG)

Bei jedem Bauvorhaben ist zunächst zu prüfen, ob es sich um ein baubewilligungspflichtiges Vorhaben handelt. Gemäss Art. 22 Abs. 1 RPG sind grundsätzlich alle Bauten und Anlagen bewilligungspflichtig.

Unter den Begriff der „Bauten und Anlagen“ fallen „jene künstlich geschaffenen und auf Dauer angelegten Einrichtungen, die in fester Beziehung zum Erdboden stehen und geeignet sind, die Vorstellung über die Nutzungsordnung zu beeinflussen, sei es, dass sie den Raum äusserlich erheblich verändern, die Erschliessung belasten oder die Umwelt beeinträchtigen“ (vgl. BGE 123 II 259 E. 3; BGE 120 Ib 379 E. 3c mit Hinweisen sowie BGE 113 Ib 315 f.). Dazu gehören gemäss Bundesgericht auch Fahrnisbauten, welche über nicht unerhebliche Zeiträume ortsfest verwendet werden (BGE 119 Ib 222 E. 3a; BGE 118 Ib 1 E. 2c je mit Hinweisen).

In casu stehen der Umbau und die Umnutzung des Schlachthofes zu einem Jugend- und Kulturzentrum zur Debatte. Es handelt sich somit um eine „Änderung“ einer bisherigen Baute und Anlage. Auch wenn das Gebäude durch die Zweckänderung von aussen nicht verändert wird, ist ein solches Vorhaben baubewilligungspflichtig. Im Rahmen des Baubewilligungsverfahrens muss auch die Zonenkonformität des Umbauvorhabens überprüft werden (vgl. 4.).

Durch den Betrieb des Jugend- und Kulturzentrums wird die Erschliessung belastet und die Umwelt beeinträchtigt. Auch wenn durch die Umnutzung des Schlachthofes zu einem Jugend- und Kulturzentrum eine Verbesserung zur bisherigen Situation erfolgt, muss das Bauvorhaben durch die zuständige Behörde überprüft werden. Bei jeder Überprüfung eines Bauvorhabens wird eine Optimierung angestrebt.

Gemäss Art. 22 Abs. 1 RPG braucht es für die Umnutzung und den Umbau des Schlachthofes eine Baubewilligung.

Frage 2: Welche Punkte müssen betreffend Zonenrecht beachtet werden?

2. Zonenkonformität

Bei einem bewilligungspflichtigen Bauprojekt stellt sich die Frage, ob das Bauvorhaben zonenkonform ist und ihm demnach eine ordentliche Baubewilligung nach Art. 22 Abs. 2 RPG erteilt werden kann.

Gemäss Art. 22 Abs. 2 lit. a RPG ist Voraussetzung der Bewilligung, dass die Bauten oder Anlagen dem Zweck der Nutzungszone, in die sie zu liegen kommen, entsprechen. Bedingung für die ordentliche Bewilligung ist mit anderen Worten, dass das Vorhaben in der betreffenden Nutzungszone gemäss geltendem Nutzungsplan zonenkonform ist.

Die Zonenkonformität bestimmt sich ausschliesslich nach dem Zweck der entsprechenden Nutzungszone und nach der Vereinbarkeit der Bauten und Anlagen mit diesem Zweck.

Das praktische Vorgehen spielt sich folgendermassen ab:

- In welcher Nutzungszone liegt der vorgesehene Bauplatz?
Konsultation der Nutzungspläne (Zonenplan) und des dazugehörigen Baureglements.
- Was ist der genaue Zweck der betroffenen Nutzungszone?
Einschlägige Bestimmungen des RPG, des kantonalen Raumplanungsgesetzes sowie des kommunalen Baureglements lesen.
- Ist der projektierte Bau mit diesem Zweck vereinbar?

Nach der geltenden Zonenordnung der Stadt Delsberg liegt das Jugend- und Kulturzentrum in der „Zone d'utilité publique“ (Zone für öffentliche Bauten).

Art. 53 des Baugesetzes des Kantons Jura: Zone d'utilité publique

1. La zone d'utilité publique comprend les terrains déjà utilisés pour des installations et ouvrages d'intérêt public ou voués à cette destination, tels que:
 - bâtiments administratifs, écoles, hôpitaux, églises, cimetières, installations de services publics, locaux collectifs de la protection civile;
 - bâtiments et installations d'institutions culturelles et d'utilité publique ;
 - aménagement de centres de localités ou de quartiers, parcs, jardins, terrains de jeux et de sport;
 - pistes de ski, terrains pour l'installation de remonte-pentes ainsi que pour les voies d'accès et les places de stationnement.

In der zone d'utilité publique (Zone für öffentliche Bauten) sind nur Bauten und Anlagen zulässig, welche öffentlichen Zwecken dienen. Klassische Anwendungsfälle sind Schul- und Spitalbauten, kirchliche Bauten, Friedhöfe, Anlagen der Verkehrs- und Versorgungsbetriebe, Parkplätze, Spiel- und Sportanlagen, Park- und Erholungsanlagen.

Es stellt sich somit die Frage, ob ein Jugend- und Kulturzentrum öffentlichen Zwecken dient.

Das Jugend- und Kulturzentrum in Delsberg dient unter anderem dazu, einen geschützten Aufenthaltsort für Jugendliche anzubieten, welcher eine Alternative zu Discos, Pubs, Spielsalons etc. darstellt. Die Jugendlichen sollen von Drogen- und Alkoholkonsum abgehalten werden und einen Raum haben, in dem sie ihre Kulturprojekte verwirklichen können.

Gemäss Art. 53 Abs. 1 lit. b des Bau- und Planungsgesetzes des Kantons Jura ist die "zone d'utilité publique" unter anderem für "batiments et installations d'institutions culturelles et d'utilité publique" vorgesehen.

Die Umnutzung des Schlachthofes in ein Jugend- und Kulturzentrum entspricht dem Zweck der „zone d'utilité publique“. Das Bauvorhaben ist somit zonenkonform.

Frage 3: Welches Verfahren kommt zur Anwendung?

3. Das ordentliche Baubewilligungsverfahren (verwaltungsintern)

Ziel des Baubewilligungsverfahrens bildet die Abklärung, ob einer projektierten Baute oder Anlage keine Hindernisse aus dem Bau- oder Umweltrecht entgegenstehen.

Zuerst muss abgeklärt werden, ob ein Bauvorhaben baubewilligungspflichtig ist. Ist das Vorhaben baubewilligungspflichtig, muss bei der zuständigen Behörde ein Baugesuch mit den notwendigen Unterlagen eingereicht werden. Danach wird das Baugesuch von der Baubehörde öffentlich bekannt gemacht, denn das Beschwerderecht Dritter kann nur gewährleistet werden, wenn Dritte über das Bauvorhaben in Kenntnis gesetzt werden. Das anwendbare kantonale Verfahrensrecht schreibt vor, in welchen Blättern das Baugesuch publiziert werden muss: z.B. Amtsblatt, Tageszeitungen.

Dritte können innerhalb einer bestimmten Frist Einwendungen gegen das Bauvorhaben erheben. Nach Ablauf dieser Frist beginnt das Mitberichtsverfahren (internes Prüfverfahren). Im Mitberichtsverfahren holt die das Verfahren leitende Instanz bei allen interessierten Fachinstanzen der Verwaltung Mitberichte (Stellungnahmen) zum Baugesuch ein: Denkmalschutz, Gewerbe- und Verkehrspolizei, Gewässerschutz, Umweltschutz, Feuerpolizei, Verkehrspolizei usw.. Mit dem Bauentscheid wird das verwaltungsinterne Baubewilligungsverfahren abgeschlossen.

Frage 4: Welche umweltrechtlichen Schranken müssen beachtet werden?

4. Umweltrecht

Gemäss Art. 74 Abs. 1 BV erlässt der Bund Vorschriften über den Schutz des Menschen und seiner natürlichen Umwelt vor schädlichen und lästigen Einwirkungen. So bestimmt Art. 1 Abs. 1 des Umweltschutzgesetzes (USG): „Dieses Gesetz soll Menschen, Tiere und Pflanzen, ihre Lebensgemeinschaften und Lebensräume gegen schädliche und lästige Einwirkungen schützen und die Fruchtbarkeit des Bodens erhalten.“ Zu diesen zu vermeidenden schädigenden und lästigen Einwirkungen gehören laut Art. 7 Abs. 1 USG auch Einwirkungen durch Lärm. Gemäss Art. 7 Abs. 2 USG werden Luftverunreinigungen, Lärm, Erschütterungen und Strahlen beim Austritt aus Anlagen als Emissionen, am Ort ihres Einwirkens als Immissionen bezeichnet.

4.1. Lärmschutz

Das **Umweltschutzgesetz (USG)** enthält Allgemeine Vorschriften zum Lärmschutz in **Art. 11-18** und besondere Vorschriften zum Lärmschutz in **Art. 19-25**. Diese Vorschriften werden in der **Lärmschutzverordnung (LSV)** konkretisiert.

Dreistufigkeit der Lärmschutzmassnahmen:

- Vorsorge (Art. 11 Abs. 2 USG)
- Weitere Massnahmen an der Quelle (Emissionsort, Art. 11 Abs. 3, Art. 12 USG): bautechnische Vorkehrungen, Betriebsbeschränkungen, verkehrs- und ortsplannerische Anordnungen);
- Schallschutzmassnahmen am Immissionsort (Bsp. Schallschutzfenster an Liegenschaften, bei welchen die Alarmwerte für Strassenlärm überschritten sind.)

Unabhängig von der bestehenden Umweltbelastung sind Emissionen bei der Quelle im Rahmen der Vorsorge soweit zu begrenzen, als dies technisch und betrieblich möglich und wirtschaftlich tragbar ist (Art. 11 Abs. 1 und 2 USG). Wenn feststeht oder zu erwarten ist, dass die Einwirkungen unter Berücksichtigung der schon bestehenden Umweltbelastung schädlich oder lästig werden, müssen die Emissionsbegrenzungen in einem zweiten Schritt verschärft werden (Art. 11 Abs. 3 USG). Als Massstab, ob Emissionsbegrenzungen der zweiten Stufe notwendig sind, dienen die vom Bundesrat festzusetzenden Immissionsgrenzwerte (Art. 13 Abs. 1 USG). In den Anhängen 3 ff. zur Lärmschutzverordnung hat der Bundesrat für Strassenverkehr, Eisenbahnen, zivile Flugplätze, Industrie- und Gewerbe, Schiessanlagen und Militärflugplätze ein Grenzwertschema (Immissionsgrenzwerte, Planungswerte und Alarmwerte) erlassen. Art. 12 USG enthält einen abschliessenden Katalog von Massnahmen, die zur Begrenzung übermässiger Emissionen angeordnet werden können.

Falls bei der Errichtung von Strassen, Flughäfen, Eisenbahnanlagen oder anderen ortsfesten öffentlichen oder konzessionierten ortsfesten Anlagen durch Massnahmen bei

der Quelle die Immissionsgrenzwerte nicht eingehalten werden können, müssen auf Kosten des Eigentümers der Anlage die vom Lärm betroffenen Gebäude durch Schallschutzfenster oder ähnliche bauliche Massnahmen geschützt werden (Art. 25 Abs. 3 USG).

4.2. Privatrechtlicher Immissionsschutz

Neben dem öffentlichrechtlichen gibt es auch den privatrechtlichen Immissionsschutz, welcher in 684 ZGB (Nachbarrecht) geregelt ist.

Art. 684 ZGB:

III. Nachbarrecht

1. Art der Bewirtschaftung

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

Daher kann sich ein Anwohner einer lärmigen Baute oder Anlage sowohl auf privatrechtlichem als auch auf öffentlichrechtlichem Weg gegen die übermässigen Immissionen wehren.

4.3. Lärmschutz im Fall des Jugend- und Kulturzentrums

Die Errichtung des Jugend- und Kulturzentrums gilt bau- und umweltschutzrechtlich als Neubau, bzw. als neue Anlage. Die Lärmemissionen des Jugend- und Kulturzentrums müssen die Vorgaben von Art. 11 und 25 USG einhalten. Gemäss Art. 25 Abs. 1 USG dürfen die Emissionen des Jugend- und Kulturzentrums die Planungswerte in der Nachbarschaft nicht überschreiten. Zu beachten ist im vorliegenden Fall Art. 25 Abs. 2 USG: Besteht ein überwiegendes öffentliches Interesse an der Anlage, können Erleichterungen gewährt werden, die Immissionsgrenzwerte dürfen jedoch nicht überschritten werden.

Für Restaurants, Cafés, Discos, Jugend- und Kulturzentren usw. existieren keine Belastungsgrenzwerte. Die Belastungsgrenzwerte für Industrie- und Gewerbelärm (Anhang 6 LSV) gelten wohl für Schlachthöfe, infolge der Andersartigkeit des Lärms aber nicht für die hier interessierenden Betriebsarten. Daher muss die Vollzugsbehörde die Lärmimmissionen unter Berücksichtigung von Art. 15 USG im Einzelfall beurteilen (Art. 40 Abs. 3 LSV). Dabei beachtet sie den Charakter des Lärms, Zeitpunkt, Dauer und Häufigkeit seines Auftretens sowie die Lärmempfindlichkeit bzw. die Lärmvorbelastung der betroffenen Zone.

Die Öffnungs- und Betriebszeiten, welche die Einhaltung der bundesrechtlichen Lärmvorschriften garantieren, müssen Bestandteil der Baubewilligung bilden.

Es wäre unverhältnismässig, die Öffnungszeiten des Jugend- und Kulturzentrums so weit einzuschränken, dass jede nächtliche Störung vermieden wird. Es besteht kein Anspruch der Anwohner auf absolute Ruhe. Anwohner dürfen aber durch die Störung in ihrem Wohlbefinden nicht erheblich gestört werden (Art. 15 USG).

Die nächsten Nachbarn wohnen 30 Meter von dem Ausgang des Jugend- und Kulturzentrums entfernt. Das Jugend- und Kulturzentrum befindet sich in der Lärmempfindlichkeitsstufe (LES) III, die angrenzende Wohnzone befindet sich in der LES II. Gemäss Art. 43 LSV sind in der LES II keine störenden Betriebe zugelassen, in der LES III sind mässig störende Betriebe zugelassen. Ein Problem stellt sich, wie im vorliegenden Fall, wenn die beiden Zonen aneinandergrenzen. Die LES III hat nicht den Anspruch, alles auszunutzen, denn die benachbarte Zone in der LES II sollte in der LES II bleiben können. Daher ist die gegenseitige Rücksichtnahme von LES II und III erforderlich.

Umweltschutzgesetz vom 7. Oktober 1983 (USG)

Art. 11 Grundsatz

1. Luftverunreinigungen, Lärm, Erschütterungen und Strahlen werden durch Massnahmen bei der Quelle begrenzt (Emissionsbegrenzungen).
2. Unabhängig von der bestehenden Umweltbelastung sind Emissionen im Rahmen der Vorsorge so weit zu begrenzen, als dies technisch und betrieblich möglich und wirtschaftlich tragbar ist.
3. Die Emissionsbegrenzungen werden verschärft, wenn feststeht oder zu erwarten ist, dass die Einwirkungen unter Berücksichtigung der bestehenden Umweltbelastung schädlich oder lästig werden.

Art. 12 Emissionsbegrenzungen

1. Emissionen werden eingeschränkt durch den Erlass von:
 - a) Emissionsgrenzwerten;
 - b) Bau- und Ausrüstungsvorschriften;
 - c) Verkehrs- oder Betriebsvorschriften;
 - d) Vorschriften über die Wärmeisolation von Gebäuden;
 - e) Vorschriften über Brenn- und Treibstoffe.
2. Begrenzungen werden durch Verordnungen oder, soweit diese nichts vorsehen, durch unmittelbar auf dieses Gesetz abgestützte Verfügungen vorgeschrieben.

Art. 15 Immissionsgrenzwerte für Lärm und Erschütterungen

Die Immissionsgrenzwerte für Lärm und Erschütterungen sind so festzulegen, dass nach dem Stand der Wissenschaft oder der Erfahrung Immissionen unterhalb dieser Werte die Bevölkerung in ihrem Wohlbefinden nicht erheblich stören.

Art. 25 Abs. 1 und 2 Errichtung ortsfester Anlagen

1. Ortsfeste Anlagen dürfen nur errichtet werden, wenn die durch diese Anlagen allein erzeugten Lärmimmissionen die Planungswerte in der Umgebung nicht überschreiten; die Bewilligungsbehörde kann eine Lärmprognose verlangen.
2. Besteht ein überwiegendes öffentliches, namentlich auch raumplanerisches Interesse an der Anlage und würde die Einhaltung der Planungswerte zu einer unverhältnismässigen Belastung für das Projekt führen, so können Erleichterungen gewährt werden. Dabei dürfen jedoch unter Vorbehalt von Absatz 3 die Immissionsgrenzwerte nicht überschritten werden.

Lärmschutzverordnung vom 15. Dezember 1986 (LSV)

Art. 40 Belastungsgrenzwerte

1. Die Vollzugsbehörde beurteilt die ermittelten Aussenlärmimmissionen ortsfester Anlagen anhand der Belastungsgrenzwerte nach den Anhängen 3 ff.
2. Die Belastungsgrenzwerte sind auch überschritten, wenn die Summe gleichartiger Lärmimmissionen, die von mehreren Anlagen erzeugt werden, sie überschreitet. Dies gilt nicht für die Planungswerte bei neuen ortsfesten Anlagen (Art. 7 Abs. 1).
3. Fehlen Belastungsgrenzwerte, so beurteilt die Vollzugsbehörde die Lärmimmissionen nach Artikel 15 des Gesetzes. Sie berücksichtigt auch die Artikel 19 und 23 des Gesetzes.

Art. 43 Empfindlichkeitsstufen

1. In Nutzungszonen nach Artikel 14 ff. des Raumplanungsgesetzes¹ gelten folgende Empfindlichkeitsstufen:
 - a. die Empfindlichkeitsstufe I in Zonen mit einem erhöhten Lärmschutzbedürfnis, namentlich in Erholungszonen;
 - b. die Empfindlichkeitsstufe II in Zonen, in denen keine störenden Betriebe zugelassen sind, namentlich in Wohnzonen sowie Zonen für öffentliche Bauten und Anlagen;
 - c. die Empfindlichkeitsstufe III in Zonen, in denen mässig störende Betriebe zugelassen sind, namentlich in Wohn- und Gewerbebezonen (Mischzonen) sowie Landwirtschaftszonen;
 - d. die Empfindlichkeitsstufe IV in Zonen, in denen stark störende Betriebe zugelassen sind, namentlich in Industriezonen.

2. Teilen von Nutzungszonen der Empfindlichkeitsstufe I oder II kann die nächst höhere Stufe zugeordnet werden, wenn sie mit Lärm vorbelastet sind.

Fall 6 Wintergarten

A. Sachverhalt

X. ist Eigentümer des überbauten Grundstücks A in der Gemeinde Y. mit einer Grundfläche von 1'154 m². Davon liegen 848 m² in der Wohnzone (AZ 0,7), der Rest befindet sich im übrigen Gemeindegebiet. Benachbart liegt die Parzelle B mit ca. 700 m², die ebenfalls X. gehört. Die Baubewilligung für das Wohnhaus auf der Liegenschaft A mit einem Nutzungsmass von 805 m² BGF stammt vom 21. Juli 1987.

X. reicht im Jahr 2002 ein Baugesuch für einen Wintergarten auf Parzelle A ein. Die BGF-Berechnung inkl. Wintergarten ergibt total 882 m². Die Gemeinde teilt X. mit, dass zur Realisierung des Bauvorhabens wegen Überschreitung der maximal zulässigen Ausnutzung auf Parzelle A ein Nutzungstransfer von rund 77 m² (882 - 805) BGF erforderlich sei. X. bestätigt die Ausnutzungsübertragung im verlangten Umfang ab der Nachbarparzelle B. Im Laufe der weiteren Prüfung des Baugesuches stellt die Baubehörde fest, dass Gemeinde und Bauherrschaft bei der BGF-Berechnung bis anhin von der gesamten Parzellenfläche von 1154 m² ausgegangen seien statt von der Fläche, die in der Bauzone liegt (848 m²); das ergäbe eine maximal zulässige BGF von 593 m² (848 x 0,7). Die maximal zulässige BGF auf der Parzelle A würde somit um 212 m² (805-593) überschritten. Die Baubewilligung wird daher unter der Auflage erteilt, dass gleichzeitig mit der für den Wintergarten erforderlichen BGF auch noch die bereits realisierte Mehrfläche der BGF ab der Parzelle B (insgesamt 289 m²) auf die Parzelle A zu transportieren sei.

X. wehrt sich gegen die Auflage und beharrt auf der ursprünglichen AZ-Berechnung.

B. Fragen

1. Was versteht man unter Ausnützungsziffer und Nutzungstransfer?
2. Was beinhaltet die Besitzstandsgarantie?
3. Kann eine Baubewilligung widerrufen werden?
4. Was beinhaltet der Vertrauensschutz und unter welchen Voraussetzungen kann man sich auf ihn berufen?

C. Lösungsskizze

Frage 1: Was versteht man unter Ausnützungsziffer und Nutzungstransfer?

1. Ausnützungsziffer und Nutzungstransfer

1.1. Ausnützungsziffer

Struktur und Charakter eines Quartiers hängen wesentlich von der Siedlungsdichte ab. Die Bauordnungen können diese mit Hilfe von Nutzungsziffern relativ fein steuern. Die Ausnützungsziffer (AZ) ergibt sich aus dem Vergleich zweier zahlenmässig umschriebener Flächen. Sie resultiert aus der Division zwischen der anrechenbaren Bruttogeschossfläche (BGF) und der massgeblichen Grundfläche, welche begriffsnotwendig der Bauzone angehören muss.

$$\text{AZ} = \frac{\text{Summe der Bruttomasse aller anrechenbaren ober- und unterirdischen Geschossflächen (BGF)}}{\text{Die von der Baueingabe erfasste zusammenhängende Fläche der baulich noch nicht ausgenützten Grundstücke bzw. Grundstücksteile in der Bauzone}}$$

Die Bruttogeschossfläche (BGF) richtet sich nach dem kantonalen Recht. Im allgemeinen ist sie die Summe aller oberirdischen und unterirdischen Geschossflächen, einschliesslich der Mauer- und Wandquerschnitte, abzüglich die Grundfläche von solchen Räumen und Anlagen, die nicht unmittelbar Wohn-, Industrie- oder Gewerbebezwecken dienen. Die BGF bestimmt die Grundfläche von bewohnten Geschossen (ohne Keller, Dachböden) als anrechenbare Geschossfläche. Es wird heute grundsätzlich unabhängig von der Lage (unterirdisch oder oberirdische Flächen) auf die Art der Geschossnutzung abgestellt. Diese Nutzung muss dem Wohnen oder dem Gewerbe dienen. Zusammenfassend entspricht mithin die anrechenbare Fläche bei der Ausnützungsziffer allen dem Wohnen, Arbeiten oder sonst dem dauernden Aufenthalt dienenden oder hierfür ver-

wendeten Räume in Vollgeschossen unter Einschluss der zugehörigen Erschliessungsflächen und Sanitarräume samt Innenwänden.

Die realisierbare BGF errechnet sich somit wie folgt:

$$\text{BGF} = \text{Grundstücksfläche} \times \text{AZ}$$

1.1.1. Anrechenbare Geschossflächen

Offene Dachterrassen und offene Erdgeschosse sind grundsätzlich anrechenbar. Sie sind jedoch oft ausnützungsprivilegiert. Balkone hingegen sind nicht anrechenbar, da sie als offene Fläche nur während kurzer Zeit geeignet sind, dem Wohnen, allenfalls dem Gewerbe oder dauernden Aufenthalt zu dienen. Zwar bezwecken sie eine Verbesserung der Wohnqualität, ausnützungsmässig erfüllen sie jedoch eher eine ähnliche Aufgabe wie ein Keller oder Estrich.

1.1.2. Wintergärten

Die Regeln der Kantone über nicht anrechenbare Geschossflächen sind unterschiedlich. Vielfach fehlt eine Legaldefinition des Begriffs Wintergarten. Umgangssprachlich werden neben den "echten" Wintergärten, die sich dadurch auszeichnen, dass es sich dabei um durch Verglasung geschlossene Räume handelt, die in unbeheiztem Zustand weit über die Hälfte des Jahres als Wohnraumerweiterung nutzbar sind, auch andere temperierte oder beheizte verglaste Balkone, Veranden und ähnliche Räume als Wintergärten bezeichnet.

Wintergärten sind grundsätzlich anrechenbar, z.T. sind Erleichterungen (z.B. Bonus bei der Ausnützung) vorgesehen, soweit sie dem Energiesparen dienen.

1.2. Nutzungstransfer (Ausnützungsübertragung)

Eine Ausnützungsübertragung liegt vor, falls ein Bauprojekt nicht nur die aus der Bauparzelle sich ergebende Ausnützungsmöglichkeit, sondern auch Ausnützungsreserven anderer Grundstücke beansprucht. Die Möglichkeit eines Nutzungstransfers erlaubt dem Grundeigentümer, durch Überschreiten der festgelegten AZ ein gewisses Projekt trotz fehlender Grundflächen zu verwirklichen. Dabei muss jedoch der erforderliche Zusammenhang der von der Baueingabe erfassten Grundfläche gewahrt bleiben. Voraussetzungen für einen Nutzungstransfer (vgl. z.B. BGE 109 Ia 188) sind deshalb:

- Beide beteiligten Grundstücke müssen der nämlichen Bauzone angehören mit den gleichen Nutzungsvorschriften (AZ);
- Das "dienende" Grundstück muss benachbartes, angrenzendes Land an das "be-

anspruchende" Grundstück sein oder in nächster Umgebung zu diesem liegen (im Kanton Basel-Stadt ist der Nutzungstransfer innerhalb eines Baublocks [durch Strassen umgrenztes Baugebiet] zulässig);

- Das "dienende " Grundstück darf noch nicht anderwertig angerechnet worden sein, denn aufgrund einer AZ-Übertragung kann das "beanspruchende" Baugrundstück stärker als zulässig ausgenutzt werden. Es wird deshalb zur Wahrung der Gesamtordnung vorausgesetzt, dass auf dem benachbarten Abtretungsgrundstück die zulässige Ausnützbarkeit entsprechend herabgesetzt wird, indem die Beizugsfläche als ausgenützt gilt.

1.3. Fazit

Fest steht, dass auf dem in der Wohnzone, (AZ 0,7) gelegenen Teil des Grundstücks A mit einer anrechenbaren Fläche von 848 m² lediglich eine BGF von 593 m² (848 x 0,7) hätte realisiert werden dürfen; realisiert worden sind aber bereits 805 m². Klar ist, dass die Baubewilligung vom 21. Juli 1987, welche auf einer falschen AZ-Berechnung beruhte, indem irrtümlich als anrechenbare Fläche das ganze Grundstück A genommen wurde, obwohl sich nur ein Teil davon in der Bauzone befindet, ohne Ausnützungstransfer gar nicht hätte erteilt werden dürfen. Ein Nutzungstransfer ab dem benachbarten Grundstück B ist möglich und zulässig. Es stellt sich vorliegend deshalb lediglich die Frage, ob die Auflage, wonach für den AZ-pflichtigen Ausbau des Wohnhauses die für das ganze Gebäude erforderliche BGF (insgesamt rund 289 m²(882-593)) beschafft werden muss, rechtens ist, oder ob lediglich die für den Wintergarten erforderliche BGF (77 m²) transportiert werden muss. Zur Stützung seiner Auffassung beruft sich X. auf die Besitzstandsgarantie und auf Treu und Glauben. Ferner macht er geltend, das Vorgehen der Baubehörde käme einem unzulässigen Widerruf oder einer nicht gerechtfertigten Revision der seinerzeit erteilten Baubewilligung gleich.

Frage 2: Was beinhaltet die Besitzstandsgarantie?

2. Besitzstandsgarantie

Gemäss der Besitzstandsgarantie können bestehende Bauten und Anlagen erhalten bleiben, auch wenn sie wegen seither erfolgter Rechtsänderungen nicht mehr oder nicht mehr gleich gebaut werden dürften. Dieser den Grundeigentümer schützende Grundsatz wird aus der Eigentumsgarantie (Art. 26 BV) und aus dem Grundsatz der Nicht-Rückwirkung von Gesetzen abgeleitet. Nur wenn gewichtige Interessen (vor allem des Umweltschutzes und der Gefahrenabwehr) es verlangen und wenn das Prinzip der Verhältnismässigkeit gewahrt bleibt, können neue, restriktivere Bestimmungen auf bestehende Bauten angewendet werden. In diesem Fall sind die Voraussetzungen des Widerrufs einer Baubewilligung zu beachten (vgl. unten 3.). Insbesondere muss eine

Interessenabwägung vorgenommen werden. Es handelt sich dabei um den Fall, dass der Mangel der Baubewilligung nachträglich infolge einer Rechtsänderung eintritt.

Frage 3: Kann eine Baubewilligung widerrufen werden?

3. Widerruf

Die Frage des Widerrufs einer Baubewilligung kann sich dann stellen, wenn die dem baurechtlichen Entscheid zugrundeliegende Feststellung, dass dem Bauprojekt keine rechtlichen Hindernisse entgegenstehen, unrichtig ist oder unrichtig geworden ist. Dabei kann der Mangel der Baubewilligung ein ursprünglicher sein – wenn eine Baubewilligung zu Unrecht erteilt wurde – oder nachträglich infolge einer Rechtsänderung oder einer Änderung der tatsächlichen Verhältnisse eintreten.

Baubewilligungen sind grundsätzlich nicht unwiderrufbar, da sie keine wohlerworbenen Rechte begründen. Für einen Widerruf muss jedoch eine Güterabwägung im Einzelfall zwischen dem öffentlichen Interesse an der richtigen Durchsetzung des Rechts und dem privaten Interesse an der Rechtssicherheit und dem Vertrauensschutz (vgl. dazu unten 4.) durchgeführt werden.

Gegen die Widerrufbarkeit spricht, dass Baubewilligungen aufgrund eines eingehenden behördlichen Ermittlungsverfahrens erlassen werden. Das private Interesse nimmt mit wachsendem Baufortschritt zu:

- Vor Beginn der Bauarbeiten ist ein Widerruf zulässig bei überwiegenden öffentlichen Interessen (z.B. Durchsetzung des geltenden Rechts).
- Nach Baubeginn muss bei der Interessenabwägung der Stand der Arbeiten berücksichtigt werden.
- Nach Bauvollendung ist eine Baubewilligung grundsätzlich unwiderrufbar. Es sei denn, es liege Täuschung der Behörden zur Erlangung der Bewilligung seitens des Bauherrn vor oder dass die öffentliche Sicherheit erheblich gefährdet ist durch den Bau.

Fazit aus 2. und 3.

Bei der angefochtenen Auflage handelt es sich nicht um einen Anwendungsfall eines Widerrufs. Dies bereits deshalb, weil die Gemeinde in der angefochtenen Baubewilligung ihre im Jahre 1987/1990 erteilte Baubewilligung weder widerrufen oder geändert hat und auch nicht auf die damalige Bewilligung zurückgekommen ist. So hat sie insbesondere nicht verlangt, dass X. für das bestehende Wohnhaus die offenkundig fehlende BGF durch entsprechenden Ausnützungstransport nachträglich beschaffe. Wird

aber der Bestand des bestehenden Wohnhauses im angefochtenen Entscheid gar nicht in Frage gestellt, zielt eine Rüge der Verletzung der Besitzstandsgarantie offensichtlich ins Leere. Die streitige Auflage ist lediglich im Zusammenhang mit dem neuen Baugesuch für den Wintergarten zu sehen. Dass aber auf einer bereits übernutzten Parzelle keine weiteren AZ-pflichtigen Räume bewilligt werden dürfen, bevor nicht auch die für die bisherige Nutzung erforderliche BGF übertragen ist, kann bereits aus dem Legalitätsprinzip abgeleitet werden. Zu prüfen bleibt, ob durch die im Jahre 1987/1990 erteilte Baubewilligung eine Vertrauensgrundlage geschaffen wurde und X. deshalb allenfalls in seinem Vertrauen auf die falsche Berechnung zu schützen sei.

Frage 4: Was beinhaltet der Vertrauensschutz und unter welchen Voraussetzungen kann man sich auf ihn berufen?

4. Vertrauensschutz

4.1. Grundsatz des Vertrauensschutzes (Treu und Glauben)

Der Grundsatz des Vertrauensschutzes bedeutet, dass die Privaten Anspruch darauf haben, in ihrem berechtigten Vertrauen in behördliche Zusicherungen oder sonstiges, bestimmte Erwartungen begründendes Verhalten der Behörden geschützt zu werden (Art. 9 BV). In Zusammenhang mit dem Grundsatz des Vertrauensschutzes steht auch das Verbot des widersprüchlichen Verhaltens der Verwaltungsbehörden gegenüber Privaten.

4.1.1. Abgrenzung zur Rechtssicherheit

Vertrauensschutz und Rechtssicherheit wollen gleichermassen das Vertrauen in das Recht schützen. Insofern verfolgen sie vergleichbare Ziele.

Unterschiede bestehen in der Qualität des vorausgesetzten Vertrauens:

- Die Rechtssicherheit schützt das *generelle* Vertrauen der Rechtsgemeinschaft in die Beständigkeit des Rechts und in die Vorausehbarkeit der Rechtsentwicklung. Sie bezieht sich auf objektive Interessen des Kollektives.
- Der Grundsatz des Vertrauensschutzes schützt das *individuelle* Vertrauen einzelner Bürger in eine konkrete Rechtslage. Er hat subjektive Interessen Einzelner zum Gegenstand.

4.1.2. Verhältnis zum Gesetzmässigkeitsprinzip

Der Grundsatz des Vertrauensschutzes kann im Einzelfall gebieten, einen Rechtssatz nicht anzuwenden; das Gesetzmässigkeitsprinzip hingegen erwartet, dass ein gültiger Rechtssatz lückenlos durchgesetzt wird. Vertrauensschutz und Gesetzmässigkeitsprinzip stehen somit in einem Spannungsverhältnis zueinander. Nötigenfalls muss zwi-

schen dem Vertrauensschutz und dem Gesetzmässigkeitsprinzip abgewogen werden. Grundsätzlich geht das Gesetzmässigkeitsprinzip vor, denn:

- hinter dem Gesetz steht ein demokratischer Entscheid;
- das Gesetz gewährleistet am ehesten Rechtsgleichheit und Rechtssicherheit;
- die Durchführung des Gesetzes dient im Allgemeinen einem breiteren Interesse.

Dies schliesst nicht aus, dass in bestimmten Einzelfällen die Vertrauensschutzinteressen überwiegen können.

4.1.3. Voraussetzungen des Vertrauensschutzes

- a) Vertrauensgrundlage
- b) Vertrauen in das Verhalten der Behörde
- c) Vertrauensbetätigung
- d) Abwägung zwischen dem Interesse am Vertrauensschutz und entgegenstehenden öffentlichen Interessen. Rechtsfolge: Durchbrechung des Legalitätsprinzips

a) Vertrauensgrundlage

Der Vertrauensschutz bedarf zunächst eines Anknüpfungspunktes. Es muss ein Vertrauenstatbestand vorhanden sein. Darunter ist das Verhalten eines staatlichen Organs zu verstehen, das bei den betroffenen Privaten bestimmte Erwartungen auslöst. Vertrauensgrundlagen schaffen können potentiell alle staatlichen Gewalten, d.h. sowohl rechtsanwendende wie rechtssetzende Organe.

Bsp. Verfügungen, Entscheide, Verwaltungsverträge, Auskünfte und Zusagen, Rechtssetzungsakte, Raumpläne, Duldung eines rechtswidrigen Zustandes.

b) Vertrauen in das Verhalten der Behörde

Auf Vertrauensschutz kann sich nur berufen, wer von der Vertrauensgrundlage Kenntnis hatte und ihre allfällige Fehlerhaftigkeit nicht hätte kennen sollen. Wer die Fehlerhaftigkeit kennt, kann nicht in guten Treuen davon ausgehen, dass die durch den Staat erweckten Erwartungen erfüllt werden. Ein berechtigtes Vertrauen ist auch denjenigen abzusprechen, welche die Mangelhaftigkeit der Vertrauensgrundlage bei gehöriger Sorgfalt hätten kennen müssen. Dabei ist auf die individuellen Fähigkeiten und Kenntnisse der sich auf die Vertrauensgrundlage berufenden Person abzustellen. Bei einem Rechtsanwalt zum Beispiel dürfen erhöhte Rechtskenntnisse vorausgesetzt werden. Er muss grundsätzlich die Unrichtigkeit einer Rechtsmittelbelehrung kennen. Baufachleute müssen Bescheid wissen über Hindernisse, die einem Bauvorhaben ausserhalb der Bauzonen entgegenstehen.

c) Vertrauensbetätigung

In der Regel kann Vertrauensschutz nur geltend machen, wer gestützt auf sein Vertrauen eine Disposition getätigt hat, die ohne Nachteil nicht wieder rückgängig gemacht werden kann. Dies ist u.a. der Fall, wenn aufgrund einer behördlichen Zusage Investitionen vorgenommen worden sind.

d) Interessenabwägung

Selbst wenn die Voraussetzungen des Vertrauensschutzes erfüllt sind, können sich Private nicht darauf berufen, falls ein überwiegendes öffentliches Interesse entgegensteht. Die Interessenabwägung bleibt vorbehalten und bildet eine Schranke des Vertrauensschutzes. Unter Umständen kann bei überwiegenden öffentlichen Interessen aber ein finanzieller Ersatz des Vertrauensschutzes in Betracht kommen.

4.2. Fazit

X. macht geltend, die Gemeinde habe ihn mit der (falschen) AZ-Berechnung im Glauben, noch über AZ-Reserven auf seiner Parzelle zu verfügen, bestärkt und damit einen Vertrauenstatbestand geschaffen. Aus der im Jahre 1987/1990 erteilten Baubewilligung kann er nichts zu Gunsten seines Begehrens ableiten. Eine Baubewilligung ist als Polizeierlaubnis zu qualifizieren. Als solche beinhaltet sie letztlich nichts anderes als die verbindliche behördliche Feststellung, dass dem konkreten Bauvorhaben aus Sicht des öffentlichen Bau- und Planungsrechtes keine polizeilichen Hindernisse entgegenstehen. Nach bestätigter Rechtsprechung begründet sie aber keine neuen Rechte. Aus der damals basierend auf einer falschen AZ-Berechnung erteilten Baubewilligung kann X. daher bereits aus dieser Sicht keine verbindlichen Wirkungen für zukünftige Bauvorhaben auf seinem Grundstück A ableiten. Im Lichte des Grundsatzes von Treu und Glauben betrachtet, könnte die damalige (falsche) AZ-Berechnung bestenfalls als Vorentscheid qualifiziert werden. Das Legalitätsprinzip geht jedoch im vorliegenden Fall vor, weil X. im Vertrauen auf die damalige AZ-Berechnung keinerlei Dispositionen getroffen hat, die sich nicht mit verhältnismässigem Aufwand wieder rückgängig machen liessen. Der einzige Aufwand, welcher X. gehabt hat, ist die Ausarbeitung eines Projekts für den Wintergarten gewesen. Dieser Aufwand vermag jedoch gegenüber dem gewichtigen öffentlichen Interesse, das materielle Baupolizeirecht durchzusetzen, nicht aufzukommen. Eine Verletzung des Grundsatzes von Treu und Glauben ist deshalb nicht ersichtlich.

Die Gemeinde hat daher zu Recht für den geplanten AZ-pflichtigen Ausbau der Liegenschaft von X. die Beschaffung der für das gesamte Gebäude notwendigen BGF (rund 289 m²(885-593)) verlangt. Die entsprechende Auflage erweist sich damit als rechens.