

Protokoll: lic. iur. Marc Splisgardt

U 051-0736-00

U 851-0710-00

ÜBUNGEN ZUM RECHT (GRUNDZÜGE UND BAURECHT)

D-ARCH / MO 10-12h / HIL E1

Fall 1

A. V war Eigentümer der Bauparzelle Kat.-Nr. 6238 in der Gemeinde D. Mit öffentlich beurkundetem Vertrag vom 29. November 2000 verkaufte V dem A die Parzelle zum Preis von Fr. 170'000.—. Am 10. Dezember 2000 schloss V mit B einen öffentlich beurkundeten Kaufvertrag über das gleiche Grundstück zum Preis von Fr. 200'000.— ab. V meldete diese Handänderung noch am gleichen Tag beim zuständigen Grundbuchamt zum Eintrag an. Der Grundbuchverwalter trug gestützt auf den Kaufvertrag B als neue Eigentümerin der Parzelle ins Grundbuch ein.

A findet, er sei der wahre Eigentümer des Grundstücks. Trifft dies zu?

B. V sicherte B vertraglich zu, dass das Grundstück ausserhalb der Lawinenzone liege und überbaubar sei. Im Frühjahr 2001 wandte sich B für den Bau eines Ferienhauses an die Gemeinde D, welche ihr die Baubewilligung innerhalb der nächsten 2 – 3 Wochen ausstellen wollte. Schliesslich sah sie jedoch davon ab, ein Gesuch zu stellen. Im Herbst 2001 wurde ein neuer Lawinenzonenplan erstellt, der die Auszonung des betreffenden Grundstücks aus der Bauzone zur Folge hatte. B möchte den Vertrag mit V rückgängig machen und verlangt von ihm die Rückerstattung des Kaufpreises.

Fall 1

§ 1 Literatur

Urs Ch. Nef, Obligationenrecht für Ingenieure und Architekten, Zürich 2000, insb. S. 19-23; 26-30; 34-44; 59-71; 83-88; 117-130.

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

Vgl. auch BGE 117 II 224 und BGE 95 II 407 (siehe: www.bger.ch); Praxis 72 (1983), Nr. 201; Praxis 61 (1972), Nr. 142.

§ 2 Theoretische Grundlagen

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, Obligationenrecht, S. 37 f.). Die zeitlich erste Willensäußerung wird als Antrag (Offerte) bezeichnet, die zweite als Annahme (Akzept; Nef, Obligationenrecht, S. 39 f.).

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. Irrtum (Art. 23 ff. OR)

Rechtlich relevant ist grundsätzlich das, was erklärt bzw. geäußert (Art. 1 OR), und nicht das, was von den Parteien gemeint wurde. So kommt ein Vertrag durch die übereinstimmende gegenseitige Willensäußerung – d.h. durch den von der einen Partei gegenüber der anderen Partei erklärten und damit nach aussen getragenen Willen - der Parteien zustande. Dies ist eine notwendige Voraussetzung dafür, dass ein Vertrag abgeschlossen wurde: Könnte sich eine Vertragspartei nach Abschluss des Vertrages von diesem distanzieren mit der Begründung, sie habe die nach aussen kundgegebene Willensäußerung nicht so gemeint, würden sich kaum noch Personen für einen Vertragsabschluss finden.

Dennoch könnten in Einzelfällen stossende Ergebnisse resultieren, wenn ausschliesslich auf die nach aussen getragenen Willenserklärungen abgestellt würde. Deshalb sieht das Gesetz die Möglichkeit vor, dann ausnahmsweise auf den inneren Willen der Parteien abzustellen, wenn sich eine Partei in einem rechtlich relevanten Irrtum befindet. Ein Irrtum kann in verschiedenen Stadien der Willensbildung auftreten und sich in unterschiedlicher Form manifestieren. Nebst dem Irrtum kann auch eine Täuschung oder Drohung (Art. 28, 29 und 30 OR) dazu führen, dass der nach aussen erklärte Wille nicht dem entspricht, was die Vertragspartei eigentlich wollte (Nef, Obligationenrecht, S. 59-71, insb. S. 60-66).

Es werden zwei verschiedene Arten von Irrtümern unterschieden:

Beim **Erklärungsirrtum** geht es darum, dass der Irrende aus Versehen etwas anderes erklärt, als er will: Der Käufer sagt z.B. „USD 100.—“, meint aber Fr. „100.—“.

Beim **Motivirrtum** liegt der Irrtum in einer falschen Vorstellung, die für den Irrenden ein Beweggrund (Motiv) für den Vertragsabschluss bildet: Der Irrende ist z.B. der Ansicht, bei einem Bild handle es sich um einen echten Picasso, in Wirklichkeit ist es aber eine Fälschung. Der Motivirrtum ist grundsätzlich unwesentlich, d.h. rechtlich nicht relevant ist (Art. 24 Abs. 2 OR). Nur wenn die qualifizierenden Umstände von Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR vorliegen, ist ein **Motivirrtum wesentlich** und damit rechtlich relevant. Man spricht in einem solchen Fall von **Grundlagenirrtum**. Für die Anerkennung eines Grundlagenirrtums müssen sowohl eine subjektive als auch eine objektive Voraussetzung gegeben sein:

- **Subjektive Voraussetzung:** Der Sachverhalt, über den sich der Irrende irrte, muss für diesen eine notwendige Grundlage für den Abschluss des Vertrages gebildet haben.

- **Objektive Voraussetzung:** Der Irrrende durfte diesen Sachverhalt nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr (**Art. 2 ZGB**) als notwendige Grundlage des Vertrages ansehen.

Liegt ein wesentlicher Irrtum im Sinne des Gesetzes vor, so ist der Vertrag für denjenigen unverbindlich, der sich beim Vertragsabschluss in einem wesentlichen Irrtum befunden hat (Art. 23 OR). Der Irrrende muss dabei dem Vertragspartner gegenüber innert Jahresfrist seit Entdeckung des Irrtums erklären, dass er den Vertrag nicht halten wolle, ansonsten der Vertrag als genehmigt gilt (Art. 31 OR).

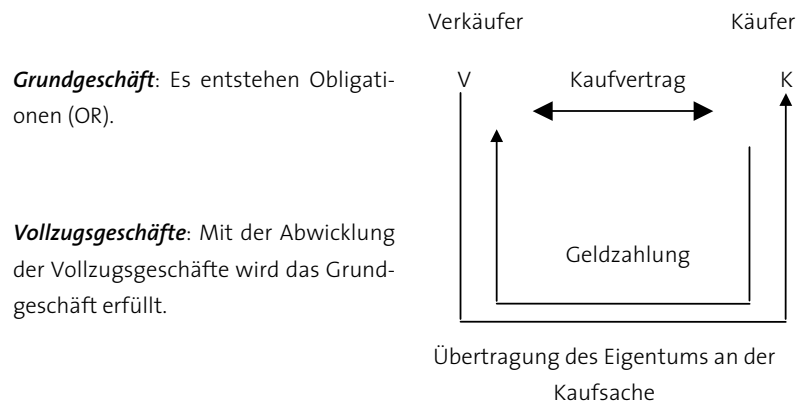
4. Kauf einer Liegenschaft im Besonderen

- 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. Das Eigentum ist das umfassendste dingliche Recht. Wer Eigentümer einer Sache ist, kann in den Schranken der Rechtsordnung über sie nach Belieben verfügen (positive Seite der Eigentumsherrschaft, Art. 641 Abs. 1 ZGB). Er hat das Recht, die Sache von jedem, der sie ihm vorenthält, herauszuverlangen und jede ungerechtfertigte Einwirkung abzuwehren (negative Seite der Eigentumsherrschaft, Art. 641 Abs. 2 ZGB). Ein dingliches Recht ist ein subjektives Recht (Nef, Obligationenrecht, S. 15), das grundsätzlich eine Sache zum Gegenstand hat, an welcher dem Berechtigten eine unmittelbare, mehr oder weniger umfassende Herrschaft zusteht. Es richtet sich als absolutes Recht gegen jeden Dritten, der als Störer des Sachenrechts auftritt. Auch Persönlichkeitsrechte (z.B. Art. 27 ff. ZGB) sowie Immaterialgüterrechte (z.B. Patentrecht, Urheberrecht) sind absolute Rechte, die sich gegenüber jedermann richten. Nebst dem Eigentum gibt es noch weitere dingliche Rechte: Dienstbarkeiten, Pfandrechte und Grundlasten (die sog. beschränkten dinglichen Rechte; Art. 730 ff. ZGB).

Im Gegensatz dazu ist ein **Forderungsrecht** (z.B. der Anspruch des Käufers gegenüber dem Verkäufer auf Übergabe der Sache und Verschaffen des Eigentums) **lediglich ein relatives Recht**, das sich ausschliesslich gegen den Schuldner (z.B. gegen den Verkäufer), nicht aber gegen Dritte richtet (Nef, Obligationenrecht, S. 19-23). **Obligatorische Rechte 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.):



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, vgl. hinten S. 49).

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 Verkäufer 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. Haftung aus Vertragsverletzung

Kann ein Vertrag überhaupt nicht oder nicht gehörig erfüllt werden, hat der Schuldner für den daraus entstehenden Schaden Ersatz zu leisten (Art. 97 OR; Nef, S. 117-122). Der Gläubiger kann vom Schuldner Schadenersatz fordern, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind (Nef, Obligationenrecht, S. 120 und 121):

a) Vertrag

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

b) 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.

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).

d) Natürlicher und adäquater Kausalzusammenhang

Zwischen dem Schaden und der schuldhaften Vertragsverletzung (haftungsbe gründende 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**.

e) Verschulden

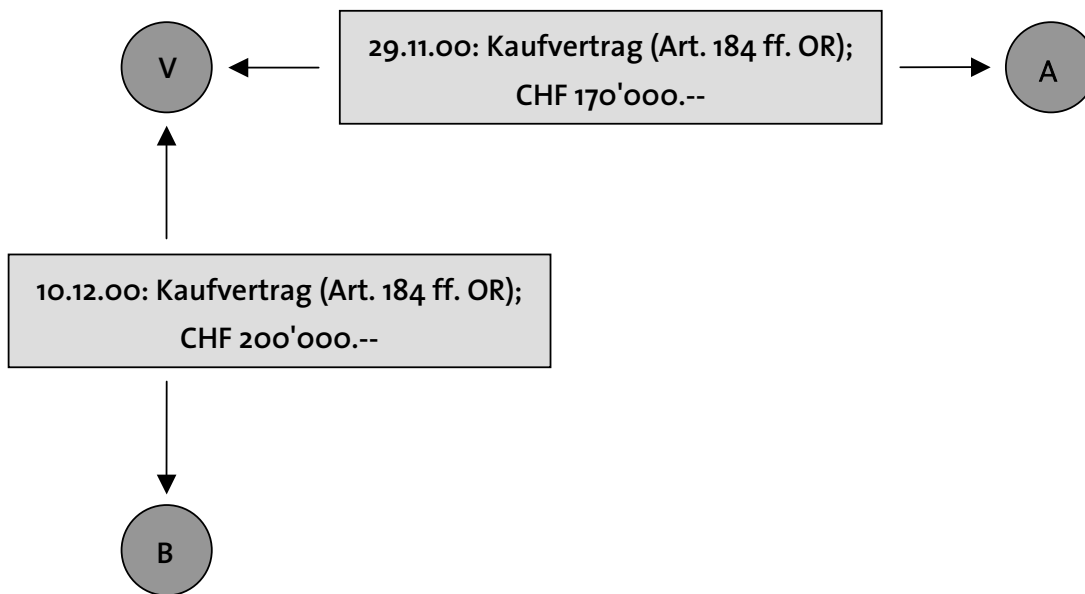
Den Schuldner muss bezüglich der Vertragsverletzung ein Verschulden (= haftungsbe gründende Ursache) treffen. Ein Verschulden ist ein von der Rechtsordnung disqualifiziertes Verhalten, in objektiver Hinsicht ein Abweichen vom Durchschnittsverhalten. Subjektive Voraussetzung für den Verschuldensvorwurf 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.

III. Schuldnerverzug

Ist die vertraglich geschuldete Leistung **lediglich subjektiv unmöglich** geworden, d.h. ist die Vertragserfüllung (z.B. die Eigentumsübertragung) objektiv zwar noch möglich, der Schuldner (z.B. Verkäufer) aber dazu verschuldeterweise nicht mehr in der Lage, kommen die Regeln des Schuldnerverzuges (Art. 102 ff. OR) zur Anwendung (Nef, Obligationenrecht, S. 121-130): Der Schuldner gerät – sofern die Verbindlichkeit fällig ist – **nach Mahnung des Gläubigers** in Verzug (Art. 102 Abs. 1 OR). Bei zweiseitigen Verträgen (z.B. Kaufvertrag) kann der Gläubiger dem Schuldner darauf eine **angemessene Frist** zur nachträglichen Erfüllung ansetzen (Art. 107 Abs. 1 OR). Wenn sich das Ansetzen einer **Nachfrist** als unnütz erweisen würde, kann darauf verzichtet werden (Art. 108 Ziff. 1 OR) und der Schuldner kann direkt einseitig eine der in Art. 107 Abs. 2 OR erwähnten Rechtsfolgen nach seiner Wahl herbeiführen. Er kann somit entweder:

- weiterhin auf der Erfüllung beharren und daneben Ersatz deserspätungsschadens verlangen;
- oder unter Aufrechterhaltung des Vertrages auf die Erfüllung verzichten und Schadenersatz im Umfang des positiven Interesses (Schaden, der aus der Nichterfüllung des Vertrages entstanden ist) verlangen;
- oder vom Vertrag zurücktreten und Schadenersatz im Umfang des negativen Interesses (Schaden, der aus dem Dahinfallen des Vertrages entstanden ist) fordern.

§ 3 Lösungsskizze Fall 1.A.



V hat mit A am 29. November 2000 und mit B am 10. Dezember 2000 einen Kaufvertrag nach Art. 184 ff. OR betreffend die Bauparzelle Kat.-Nr. 6238 in der Gemeinde D abgeschlossen. In beiden Fällen liegt damit – da auch die Formvorschrift der öffentlichen Beurkundung nach Art. 216 OR eingehalten wurde – ein gültiges Verpflichtungsgeschäft vor. Mit dem Abschluss des Kaufvertrages sind aber weder A noch B Eigentümer der Parzelle geworden, da für den Eigentumsübergang am Grundstück neben diesem Verpflichtungsgeschäft noch ein Verfügungsgeschäft nötig ist. Dieses erfolgt mit dem Eintrag von B ins Grundbuch, weshalb B mit dem Grundbucheintrag vom 10. Dezember 2000 neuer Eigentümer des Grundstücks wurde. Für die Gültigkeit des Eigentumsübergangs ist es unerheblich, welcher der beiden Kaufverträge früher abgeschlossen wurde.

Mit dem Kaufvertrag vom 29. November 2000 verpflichtete sich V gegenüber A, ihm das Eigentum am Grundstück zu verschaffen. Da vorliegend B neuer Eigentümer der Bauparzelle ist, kann V dieser Verpflichtung nicht mehr nachkommen, d.h. er kann den Vertrag nicht mehr erfüllen. Die Leistung ist aber lediglich subjektiv unmöglich, d.h. sie könnte von einem Dritten (vorliegend B) noch erbracht werden. Somit kommen die Regeln des Verzugs nach Art. 102 ff. OR zum Zug (Nef, Obligationenrecht, S. 122 ff.): A muss V mahnen, seiner Verpflichtung aus dem Kaufvertrag (Eigentumsverschaffung) nachzukommen (Art. 102 Abs. 1 OR). Durch die Mahnung wird V in Verzug gesetzt. Das Ansetzen einer Nachfrist würde sich vorliegend als unnütz erweisen, da V bereits über das Grundstück verfügt hat und B schon als neuer Eigentümer der Parzelle im Grundbuch eingetragen ist. Deshalb kann A ohne Ansetzen einer Nachfrist direkt eine der in Art. 107 Abs. 2 OR erwähnten Rechtsfolgen herbeiführen. Dabei macht das Beharren auf der Erfüllung der vertraglichen Verpflichtung vorliegend wenig Sinn, da eine nachträgliche Erfüllung als ausgeschlossen erscheint. A wird deshalb entweder Ersatz des positiven Interesses (er wird so gestellt, wie wenn der Vertrag vereinbarungsgemäss erfüllt worden wäre: Hätte er das Grundstück beispielsweise für Fr. 300'000.— an einen Dritten weiterverkaufen können, hätte er einen Gewinn von Fr. 130'000.— erzielt) oder des negativen Interesses (er wird so gestellt, wie wenn der Vertrag nie geschlossen worden wäre: Wäre der Vertrag nicht geschlossen worden, wären beispielsweise die Kosten der öffentlichen Beurkundung des Kaufvertrages nicht angefallen) fordern. Bei beiden Varianten ist ein Verschulden des V vorausgesetzt, welches im vorliegenden Fall zweifelsohne gegeben ist.

§ 4 Lösungsskizze Fall 1.B.

Vorliegend ist die Käuferin B davon ausgegangen, sie könne das gekaufte Grundstück überbauen. Darin lag ihr Motivirrtum. Zu untersuchen ist, ob es sich dabei um einen wesentlichen (Grundlagenirrtum) i.S.v. Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR oder unwesentlichen Irrtum handelt ("einfacher Motivirrtum"). Die **subjektive Voraussetzung** des Grundlagenirrtums i.S.v. Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR ist zweifelsohne gegeben: B hätte das Grundstück nicht gekauft, wenn sie gewusst hätte, dass es in der Lawinenzone liegt. Fraglich ist, ob der Irrtum auch aus **objektiver Sicht** eine Vertragsauflösung rechtfertigt. Der Irrtum über die Bebaubarkeit ist grundsätzlich als wesentlicher zu betrachten. Problematisch sind jedoch Irrtümer über zukünftige Sachverhalte. Ein Teil der Lehre ist der Ansicht, dass sich ein Grundlagenirrtum i.S.v. Art. 24 Ziff. 1 Abs. 4 OR grundsätzlich nicht auf einen künftigen Sachverhalt

beziehen könne, da man sich nur über etwas irren könne, das bei Vertragsabschluss schon bestanden habe. Nach der Gerichtspraxis kann jedoch die Berufung auf Grundlagenirrtum über einen künftigen Sachverhalt in Fällen möglich sein, in denen der Irrende fälschlicherweise annahm, ein zukünftiges Ereignis sei sicher und er diesen Tatbestand nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr i.S.v. Art. 2 Abs. 1 ZGB als Geschäftsgrundlage betrachten durfte. Ein Irrtum, der sich auf blosse Hoffnungen, übertriebene Erwartungen oder gar Spekulationen stützt, wird hingegen nicht als Grundlagenirrtum anerkannt (vgl. die Nachweise bei Nef, Obligationenrecht, S. 65). Vorliegend erfolgte die Auszonung des Grundstücks aus der Bauzone nach Vertragsabschluss, womit grundsätzlich ein zukünftiger Sachverhalt im eben erwähnten Sinne vorliegt. Das Bundesgericht war jedoch der Ansicht, dass nicht die Auszonung für die Beurteilung des Irrtums entscheidend sei, sondern die Lawinengefahr an sich. Diese bestand bereits bei Vertragsabschluss, weshalb kein zukünftiger Sachverhalt vorliege und sich die Käuferin auf den Grundlagenirrtum (Irrtum über die Sicherheit des Grundstückes) berufen konnte (BGE 98 II 15). Die Käuferin B kann also innerhalb eines Jahres seit Entdeckung ihres Irrtums gegenüber dem Verkäufer V erklären, dass sie vom Vertrag zurücktrete und die Rückerstattung des Kaufpreises verlangen.

Es wäre auch möglich, den vorliegenden Fall nicht über die Willensmängel, sondern mit der **Sachgewährleistung** beim Kauf (Art. 197 OR i.V.m. Art. 221 OR) zu lösen (Nef, Obligationenrecht, S. 66): Gemäss Bundesgericht kann sich die Klägerin alternativ entweder auf Sachgewährleistung oder auf einen Willensmangel berufen, wenn die Voraussetzungen beider Normen gegeben sind (vgl. z.B. BGE 114 II 131). Die Käuferin B hat vom Verkäufer V mangelhaftes, lawinengefährdetes Bauland erhalten, das nicht überbaut werden darf. Der Kaufgegenstand hat demnach einen Mangel i.S.v. Art. 197 OR, und der Käufer hat die Wahl, mit der Wandelungsklage den Kauf rückgängig zu machen oder mit der Minderungsklage den Ersatz des Minderwertes der Sache zu fordern (Art. 205 OR). Der Nachteil dieses Rechtsbehelfs liegt in den strengen Prüfungs- und Rügepflichten (Art. 201 OR) sowie der kurzen Verjährungsfrist. Bei Immobilien verjähren die Ansprüche aus Sachgewährleistung in fünf Jahren nach Erwerb des Eigentums (Art. 219 Abs. 3 OR), bei Mobilien ein Jahr nach Ablieferung des Kaufgegenstandes (Art. 210 OR). B könnte demnach – sofern sie die Prüfungs- und Rügepflichten i.S.v. Art. 201 OR einhält – auch gestützt auf das Gewährleistungsrecht beim Kaufvertrag vom Vertrag zurücktreten und den Kaufpreis zurückfordern, da der Anspruch vorliegend noch nicht verjährt ist.

Protokoll: lic. iur. M. Splisgardt

U 051-0736-00

U 851-0710-00

ÜBUNGEN ZUM RECHT (GRUNDZÜGE UND BAURECHT)

D-ARCH / MO 10-12h / HIL E1

Fall 2

Der Lebensmittel-Grossverteiler X hat als Bauherr im April 1996 mit Architekt A einen Vertrag für die Projektierung, Planung, Ausführung und Bauleitung eines neuen Verteilzentrums in Z abgeschlossen. Dieser schloss im Namen und im Auftrag des X Verträge mit dem Ingenieurunternehmen I sowie dem Bauunternehmen B ab. Der B verpflichtete sich dabei zu schlüsselfertiger Ausführung des Verteilzentrums (Generalunternehmervertrag).

Im Anschluss daran schloss B mit verschiedenen Handwerksunternehmen, unter anderem mit der Heizag weitere Verträge ab. Die Heizag verpflichtete sich, im Verteilzentrum eine komplette Öl-Zentralheizungsanlage zu installieren. Der erdverlegte Tank wurde von der Firma T an Ort und Stelle zusammengebaut. Im Vertrag zwischen X und A wurde die Anwendung der SIA Norm 102 (Ordnung für Leistungen und Honorare der Architektinnen und Architekten) und in den Verträgen mit Wirkung zwischen X und B sowie B und Heizag die Anwendung der SIA Norm 118 (Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten) vereinbart.

Am 20. Oktober 1998 wurde das Verteilzentrum in Betrieb genommen. Im Frühjahr 1999 wurde auf der Nachbarliegenschaft eine Verschmutzung des Erdreichs mit Öl festgestellt. Die Nachforschungen führten zu einem Leck im Öltank der Firma T. Der Tank wurde leergepumpt und die Heizanlage stillgelegt.

Fragen:

A) Wie ist die Rechtslage?

Wie verhält es sich, wenn der von T hergestellte Tank dem geforderten Betriebsdruck nicht standhielt und A zuvor davon Kenntnis hatte, dass T bei der Montage von Grosstanks schon an anderen Orten Probleme hatte?

B) Wie ist die Rechtslage, wenn der Chauffeur C des Öllieferanten O den Öltank aus Unachtsamkeit überfüllte?

Fall 2

§ 5 Literatur

Urs Ch. Nef, Obligationenrecht für Ingenieure und Architekten, 3. Auflage, Zürich 2000, S. 44-46, 117-122, 135-150.

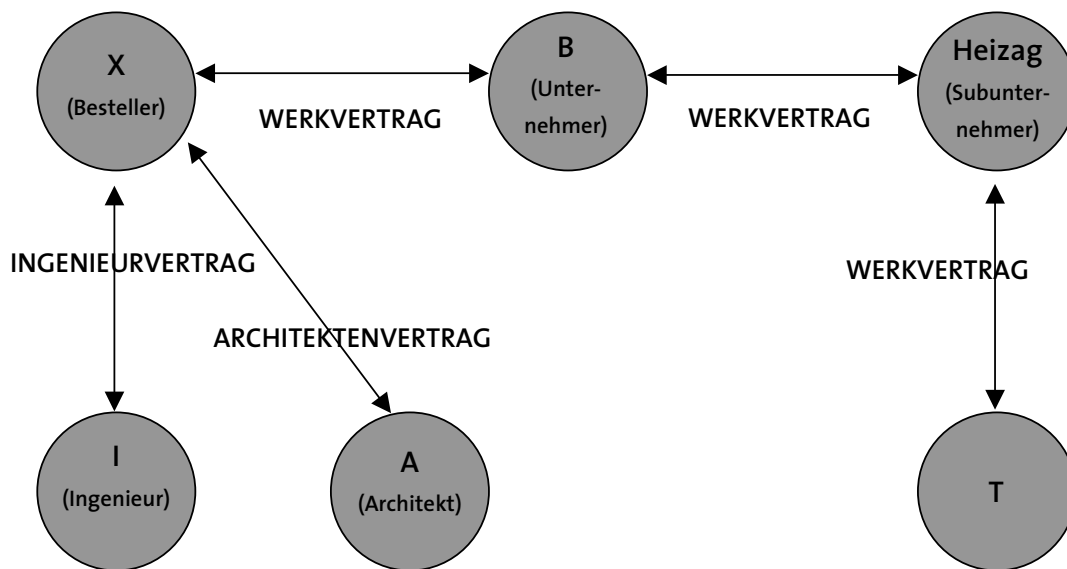
Weiterführende Literatur: Peter Gauch, Der Werkvertrag, 4. Auflage, Zürich 1996.

Anhang: BGE 116 II 307 ff., Bundesgerichtsentscheid betreffend Haftung bei Werkvertrag i.S.v. Art. 363 ff. OR.

§ 6 Frage A

I. Rechtsbeziehungen

Es stehen X und dem Nachbar bezüglich ihres Schadens verschiedene mögliche Haftpflichtige gegenüber:



II. Grundlagen

1. 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 Heizag ist ein Unternehmen, das z.B. als Aktiengesellschaft (AG) konstituiert sein wird. Bei der AG 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.

2. Stellvertretungsrecht

Bei der Stellvertretung sind folgende Personen beteiligt (Nef, Obligationenrecht, S. 89-96):

- der Vertreter, d.h. diejenige Person, die handelt;
- der Vertretene, d.h. diejenige Person, für die gehandelt wird;
- und der Dritte, d.h. diejenige Person, mit welcher ein Rechtsgeschäft abgeschlossen wird.

Es bestehen folgende Rechtsverhältnisse:

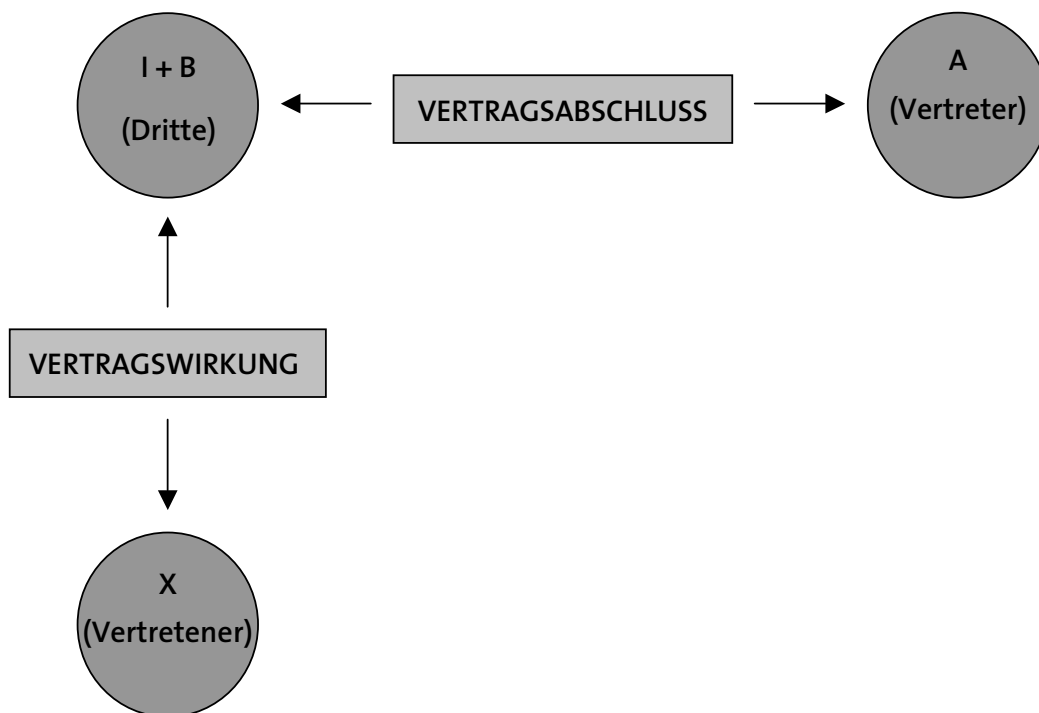
- Zwischen dem Vertretenen und dem Vertreter kann bestehen: ein Arbeitsvertrag, ein Auftrags- oder Geschäftsführungsverhältnis. Dieses sog. Grundverhältnis regelt insbesondere die Pflichten des Vertreters und dessen Haftung gegenüber dem Vertretenen.
- Zwischen dem Vertreter und dem Dritten wird der Vertrag abgeschlossen.
- Zwischen dem Vertretenen und dem Dritten treten die Vertragswirkungen ein.

Stellvertretung im weitesten Sinne bedeutet rechtserhebliches Handeln mit Wirkung für einen anderen.

Im vorliegenden Fall hat A im Auftrag von X Verträge mit I und B abgeschlossen. A handelte bei diesen Vertragsabschlüssen als bevollmächtigter Vertreter von X, er verfügte somit über Vertretungsmacht. Da A in fremden Namen und für fremde Rechnung handelte (Art. 32 Abs. 1 OR), liegt ein Fall von direkter (oder unmittelbarer oder echter) Stellvertretung vor.

Unter einer Vollmacht versteht man die durch Rechtsgeschäfte, Bevollmächtigung, an eine andere Person erteilte Ermächtigung, Vertretungsmacht.

Soweit das Gesetz nicht ausnahmsweise etwas anderes vorsieht, bedarf die Bevollmächtigung zu ihrer Wirksamkeit keiner besonderen Form. Im vorliegenden Fall liegt folgendes Stellvertretungsverhältnis vor:



III. Ansprüche des Bauherrn X

1. Theoretische Grundlagen

- a) Begriff des Werkvertrages i.S.v. Art. 363 ff. OR

Durch den Werkvertrag verpflichtet sich der Unternehmer zur Herstellung eines Werkes (Art. 363 OR). Der Werkvertrag kann als Vertrag auf Erbringung einer Arbeitsleistung charakterisiert werden. Das Gesetz kennt noch andere **Arbeitsleistungsverträge**, insbesondere den Auftrag (Art. 394 ff. OR) und den Arbeitsvertrag (Art. 319 ff. OR). Der Werkvertrag zeichnet sich dadurch aus, dass der Unternehmer ein Werk und damit einen Erfolg seiner Arbeit schuldet (im vorliegenden Fall ist eine funktionierende Öl-Zentralheizungsanlage geschuldet). Im Gegensatz dazu ist der Beauftragte nur verpflichtet, auf ein bestimmtes Ziel hinzuwirken. Es gehört nicht zu seiner vertraglichen Pflicht, dass das Ziel erreicht wird. So kann der Chirurg nicht garantieren, dass die Operation gelingt und der Anwalt nicht, dass der Prozess für seinen Klienten günstig ausgeht. Gemeinsam ist beiden Vertragsarten, dass sowohl der Unternehmer als auch der Beauftragte ihre Arbeit grundsätzlich selbständig ausführen. Im Unterschied dazu hat der Arbeitgeber ein Weisungsrecht gegenüber dem Arbeitnehmer. Es besteht ein Subordinationsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Der Arbeitnehmer schuldet Arbeit auf Zeit. Schematisch lassen sich die Unterschiede zwischen den genannten Arbeitsleistungsverträgen wie folgt darstellen:

Vertragsart	Geschuldete Leistung	Arbeitsausführung	entgeltl./unentgeltl.
Werkvertrag (Art. 363 ff. OR)	Arbeit und Erfolg	selbstbestimmt	entgeltl.
Auftrag (Art. 394 ff. OR)	Arbeit im Hinblick auf ein Ziel	selbstbestimmt	unentgeltl./entgeltl.
Arbeitsvertrag (Art. 319 ff. OR)	Arbeit im Rahmen der Arbeitszeit	fremdbestimmt (Subordinationsverhältnis)	entgeltl.

b) 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 erstel-

len. 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** weitervergift. 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 (Peter Gauch, Der Werkvertrag, 4. Auflage, Zürich 1996, S. 69 ff.).

c) 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.

Anhand der vorne ausgeführten Qualifikationsmerkmale betreffend Arbeitsleistungsverträge 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 Auftrags Elemente 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, Obligationenrecht, 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 und 20 OR) – beliebig festlegen können (Inhaltsfreiheit). Im Gegensatz dazu gilt etwa im Sachenrecht ein Typenzwang. Das Gesetz zählt die sachenrechtlichen Institute abschliessend auf (Grundsatz des “numerus clausus“; Nef, Obligationenrecht, S. 73-76). Die Auflösung des Gesamtvertrages richtet sich gemäss heutiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung ausschliesslich nach Auftragsrecht (Art. 404 OR; BGE 109 II 465 f.; BGE 110 II 382).

d) Werkvertragliche Gewährleistung bei Mangelschäden

Art. 97 ff. OR enthält die allgemeinen Haftungsnormen bei Vertragsverletzungen (Nef, Obligationenrecht, S. 118 ff.).

Für den Verkäufer und den Werkunternehmer hat das Gesetz aber **besondere Regeln** aufgestellt, wenn deren nicht gehörige Erfüllung in der Lieferung oder Herstellung eines mangelhaften Objekts besteht (Gewährleistungsrechte; Kaufvertrag, Art. 197 ff. OR; Werkvertrag, Art. 367 ff. OR).

Ein Mangel liegt u.a. dann vor, wenn die Lieferung nicht so beschaffen ist, wie sie gemäss Vertrag sein sollte. **Es wird unterschieden zwischen geheimen (versteckten) und offenen 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, d.h. sobald als möglich, 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 bzw. versteckte Mängel des Werks noch einige Zeit 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.

Bei rechtzeitiger Mängelrüge hat der Besteller beim Werkvertrag (**anders beim Kaufvertrag, Art. 197 ff. OR**) 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 wird dies selten zutreffen (Abs. 3);
- **Minderung (368 Abs. 2):** Der Besteller kann einen dem Minderwert entsprechenden Abschlag am Lohn machen;
- **unentgeltliche Verbesserung (368 Abs. 2):** Der Besteller kann die unentgeltliche Verbesserung verlangen, sofern diese dem Unternehmer nicht übermässige Kosten verursacht.

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

e) Werkvertragliche Haftung nach Art. 97 OR bei Mangelfolgeschäden

Ist dem Besteller über den reinen Mangelschaden hinaus weiterer Schaden (sog. Mangelfolgeschaden; mittelbarer Schaden) entstanden, so kann er auch für

diesen Ersatz verlangen, wenn den Unternehmer ein Verschulden trifft (Art. 368 Abs. 2 OR).

Diese Verschuldenshaftung folgt den Regeln der allgemeinen vertraglichen Verschuldenshaftung nach Art. 97 ff. OR. Der Gläubiger kann vom Schuldner Schadenersatz fordern, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

- Es muss ein **gültiger Vertrag** zwischen dem Geschädigten und dem Schädiger bestehen;
- 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;
- 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);
- 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 schuldhafte Vertragsverletzung notwendige Ursache für den Schaden gewesen ist: ohne schuldhafte Vertragsverletzung kein Schaden. Der adäquate Kausalzusammenhang ist ein einschränkendes Kriterium: Es soll nur für Schäden haftet werden, die "nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung" durch die in Frage stehende Ursache begünstigt wurden;
- Den Schuldner muss bezüglich der Vertragsverletzung ein **Verschulden (= haftungsbegründende Ursache)** treffen. Ein Verschulden ist ein von der Rechtsordnung disqualifiziertes Verhalten, 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 (Art. 97 OR).

Eine Haftung ohne Verschulden bezeichnet man als Kausalhaftung, eine Haftung, die ein Verschulden voraussetzt, als Verschuldenshaftung. Demnach unterstehen

die **Mängelrechte einer vertraglichen Kausalhaftung, die Haftung für Mangelfolgeschäden dagegen einer vertraglichen Verschuldenshaftung (vgl. Nef, Obligationenrecht, S. 179 ff.).**

f) **Hilfspersonenhaftung**

Zu beachten ist, dass wer die Erfüllung eines Vertrages durch eine **Hilfsperson** vornehmen lässt, für deren Verhalten haftet, wie wenn er selbst gehandelt hätte (Art. 101 Abs. 1 OR; **sog. vertragliche Hilfspersonenhaftung**; Nef, Obligationenrecht, S. 130 ff).

Somit haftet im vorliegenden Fall B für den Beizug der Heizag (Subunternehmer) gegenüber X. Die Heizag Ihrerseits haftet gegenüber B für den Beizug der Hilfsperson T, welche selber im Verhältnis zu B als Subunternehmer zu qualifizieren ist.

g) **Allgemeine Geschäftsbedingungen und SIA-Norm 118**

Unter allgemeinen Geschäftsbedingungen (**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 gegenüber stehen. Konsumenten nehmen den Inhalt der AGB oft nicht genau zur Kenntnis. Es bleibt ihnen so dann 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 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 Ver-

tragsbestandteil 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**.

2. Lösungsskizze

Zwischen X und B bestehen vertragliche Beziehungen (vgl. zur Stellvertretung, vorne S. 15). Die vertragliche Leistung von B besteht in der **schlüselfertigen Ausführung des Verteilzentrums** in Z. Zu diesem Verteilzentrum gehört auch der Öltank, den B nicht nur liefern muss, sondern auch für dessen Herstellung und Inbetriebnahme zu sorgen hat. **Der Vertrag zwischen X und B ist als Generalunternehmervertrag und somit als Werkvertrag i.S.v. Art. 363 ff. OR zu qualifizieren**, denn der Unternehmer B schuldet ein Werk und damit einen Erfolg seiner Arbeit, d.h. vorliegend eine funktionierende Gesamtanlage.

Gemäss Art. 364 Abs. 2 OR ist der Unternehmer 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 **Subunternehmer** Heizag sowie T vertraglich vereinbart worden und damit zulässig sein. Zu beachten ist jedoch, dass der Unternehmer bei einem solchen Beizug für alle beigezogenen Subunternehmer für den unmittelbaren Schaden gemäss Art. 368 OR vollumfänglich einzustehen hat, für den mittelbaren Schaden gemäss Art. 101 OR, ansonsten die Haftung des Unternehmers durch solche Beizüge umgangen werden könnte (vgl. BGE 116 II 308; 111 II 173; siehe vorne S. 22). **Vorliegend hat damit B gegenüber X für die Fehler der Heizag sowie diejenigen von T einzustehen.**

Da das Werk (als solches kann entweder der Tank allein oder die komplette Zentralheizungsanlage oder das Verteilzentrum betrachtet werden) einen Fehler aufweist und vom Vertrag abweicht, liegt ein Werkmangel vor und es kommen die besonderen Gewährleistungsansprüche nach Art. 367 ff. OR zur Anwendung.

Vorliegend handelt es sich um einen geheimen Mangel, den X nicht ohne besondere Fachkenntnisse sofort, d.h. bereits am 20. Oktober 1998, hat erkennen können und müssen. X kann also den Mangel auch noch nach der Feststellung erst im Frühjahr 1999 bei der B i.S.v. Art. 367 OR rügen und hat dann grundsätzlich die Möglichkeit, die Wandelung (Art. 368 Abs. 1 OR) geltend zu machen, einen dem Minderwert entsprechenden Abzug am Werklohn vorzunehmen (Art. 368 Abs. 2 OR) oder die unentgeltliche Verbesserung des Werkes zu verlangen. Die Wandelung bezüglich des Tanks ist möglich, obwohl dieser mit dem Grund und Boden des Bestellers verbunden ist, weil der Tank unbrauchbar geworden ist und ohne unverhältnismässige Nachteile entfernt werden kann (vgl. Art. 368 Abs. 3 OR).

Zu beachten ist allerdings, dass die Parteien im Vertrag vom April 1996 die Anwendung der SIA-Norm 118 vereinbarten. Gemäss Art. 169 dieser Norm hat der Werkbesteller nicht die Wahl, welches Mängelrecht er geltend machen will, **sondern ihm steht zunächst nur ein Anspruch auf Nachbesserung zu**. Erst wenn der Unternehmer die Nachbesserung nicht vornimmt, kann der Besteller entweder die Wandelung oder Minderung fordern.

X kann somit in Bezug auf den unmittelbaren Schaden gegenüber B vorerst lediglich die Nachbesserung des Tankes verlangen.

Für den **Mangelfolgeschaden** nach Art. 368 Abs. 2 OR am Ende (**Mittelbarer Schaden**: Kosten für die Sanierung des verschmutzten Erdreichs des Nachbargrundstückes und Inanspruchnahme von X durch den Nachbarn infolge des verschmutzten Erdreichs) sind die Voraussetzungen von Art. 97 OR zu prüfen:

- Zwischen X und der B besteht ein **Werkvertrag**, welcher durch B **verletzt** wurde.
- Ein **Schaden** ist X durch die Verschmutzung des Erdreichs des Nachbargrundstückes entstanden, da X bspw. als Werkeigentümer vom Nachbarn für Kosten der Sanierung des Erdreichs in Anspruch genommen werden kann (vgl. zur Haftung des Werkeigentümers, hinten S. 29).
- Auch der **adäquate Kausalzusammenhang** ist gegeben, denn die nicht gehörige Erfüllung des Werkvertrages ist nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet, eine Verschmutzung des Erdreichs und die daraus entstandenen Kosten für die Sanierung zu bewirken.

- Als letzte Voraussetzung muss ein **Verschulden** des Unternehmers, d.h. von B, gegeben sein (Art. 368 Abs. 2 OR am Ende, Art. 97 OR). Ein solches ist B nicht vorzuwerfen, denn nicht der Generalunternehmer selber, sondern der Tankhersteller T hat den Fehler begangen.

Das Verschuldensprinzip wird indessen 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 Hilfspersonenhaftung nach Art. 101 OR zum Zug und der Unternehmer haftet ohne eigenes Verschulden (BGE 116 II 308; vgl. vorne S. 22). Für den Unternehmer gibt es jedoch einen Entlastungsbeweis. Er kann sich von seiner Hilfspersonenhaftung durch den Nachweis befreien, dass ihm selber, hätte er gleich wie die Hilfsperson gehandelt, kein Verschulden vorgeworfen werden könnte (**Hypothetische Vorwerfbarkeit**; Nef, Obligationenrecht, S. 131). Gelingt dieser Nachweis, so entfällt die Haftung des Unternehmers nach Art. 101 OR für den Mangelfolgeschaden, den seine Hilfsperson verursacht hat. Der Tank hatte ein Leck. Es ist die Aufgabe eines korrekt, sorgfältig und professionell arbeitenden Tankherstellers, dafür zu sorgen, dass alle notwendigen Untersuchungen und Prüfungen des Tanks vorgenommen werden und dass der Tank über kein Leck verfügt. T hat es offensichtlich unterlassen, die erforderliche Prüfung vor Inbetriebnahme der Heizung vorzunehmen, was als schuldhaftes Verhalten zu qualifizieren ist. Hätte B gleich wie T gehandelt, wäre auch ihm ein Verschulden vorzuwerfen.

Demnach haftet B für den Mangelfolgeschaden aufgrund von Art. 368 Abs. 2 i.V.m. Art. 101 Abs. 1 OR gegenüber X.

IV. Ansprüche des Nachbarn

1. Gegen T nach Art. 41 OR

a) Voraussetzungen von Art. 41 OR

Zwischen dem Nachbarn und dem Tankhersteller Heizag bzw. T 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 (vgl. 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.** Abge-

leitet 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

Dem Nachbarn ist durch die Verschmutzung seines Grundstücks ein **Schaden** entstanden, da das Erdreich vom Öl gesäubert werden muss, was erhebliche Kosten verursacht.

Da durch den defekten Tank das absolut geschützte Rechtsgut Eigentum verletzt wurde, ist auch die Voraussetzung der **Widerrechtlichkeit** grundsätzlich gegeben. Problematisch ist aber die Tatsache, dass der Schaden nicht durch ein Handeln, sondern durch eine Unterlassung (ungenügende Prüfung des Tanks) herbeigeführt wurde, denn aus naturwissenschaftlicher Sicht kommt als Schadensursache nur ein Geschehen und nicht auch ein Nicht-Geschehen in Betracht. Rechtlich betrachtet wird ein Unterlassen dann als Schadensursache qualifiziert, wenn eine Pflicht zum Handeln besteht. Eine solche Pflicht zum Ergreifen von Schutzmassnahmen besteht insbesondere dort, wo ein gefährlicher Zustand geschaffen oder unterhalten wird (sog. Gefahrensatz). Wird gegen diesen Gefahrensatz verstossen, ist die Widerrechtlichkeit gegeben, da in denjenigen Fällen, bei denen der Gefahrensatz herbeigezogen wird, stets absolut geschützte Rechtsgüter verletzt werden (vgl. dazu Nef, Obligationenrecht, S. 172). Vom Betrieb einer Öl-Heizungsanlage geht potentiell die Gefahr einer Schädigung aus, welche nach geeigneten Vorsichtsmassnahmen ruft. Dazu dürfte auch die genaue Überprüfung des Tankes gehören. Im vorliegenden Fall ist daher auch die Voraussetzung der Widerrechtlichkeit gegeben.

Da ferner sowohl die mangelhafte Überprüfung des Tankes **adäquat kausal** für den eingetretenen Schaden ist als auch davon auszugehen ist, dass bei der Firma T ein **Verschulden** vorliegt, haftet diese gegenüber dem Nachbarn aus Art. 41 OR.

2. Gegen B nach Art. 55 OR

a) Voraussetzungen der Geschäftsherrenhaftung (Art. 55 OR)

Bei der Geschäftsherrenhaftung handelt es sich um eine **einfache Kausalhaftung** (vgl. Nef, Obligationenrecht, S. 184). Das Transportunternehmen haftet dabei als Geschäftsherr für den Schaden, den seine Arbeiter verursacht haben, wenn die

folgenden Voraussetzungen von Art. 55 OR erfüllt sind (vgl. Nef, Obligationenrecht, S. 187).

aa) Schaden

Vgl. vorne, S. 26.

bb) Widerrechtlichkeit

Vgl. vorne, S. 26.

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 Geschäftsherr 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.

gg) Abgrenzung

Während es sich bei Art. 55 OR um eine ausservertragliche Haftungsnorm handelt, beschränkt sich die Anwendung von Art. 101 OR (Hilfspersonenhaftung, vgl. vorne, S. 22) auf das zwischen dem "Geschäftsherrn" und dem Geschädigten bestehende Vertragsverhältnis.

b) Anwendung von Art. 55 OR im vorliegenden Fall

Es fragt sich, ob allenfalls B aufgrund der Geschäftsherrenhaftung nach Art. 55 OR für den Schaden haften, der durch den fehlerhaften Tank der Firma T dem Nachbarn entstanden ist. **Umstritten ist, ob zwischen Generalunternehmer und Subunternehmer ein Subordinationsverhältnis besteht.** In der **Lehre und Rechtsprechung** wird ein solches Unterordnungsverhältnis **verneint** (Brehm, Berner Kommentar, N 10 zu Art. 55 OR; Rey, BGE 96 II 337 ff.). B kann deshalb nicht aufgrund von Art. 55 OR für Handlungen des Subunternehmers T haftbar gemacht werden.

V. Ansprüche des Nachbarn gegen X

1. Werkeigentümerhaftung (Art. 58 OR)

a) Voraussetzungen

Bei der Werkeigentümerhaftung handelt es sich wie vorgehend bei der Geschäftsherrenhaftung um eine **einfache Kausalhaftung** (vgl. Nef, Obligationenrecht, S. 184 ff.).

aa) Schaden

Vgl. vorne, S. 26.

bb) Widerrechtlichkeit

Vgl. vorne, S. 26

cc) Adäquater Kausalzusammenhang

Vgl. vorne, S. 26.

dd) Haftungsbegründende 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).

2. Nachbarrechtliche Ansprüche (Art. 679 ZGB)

Gemäss Art. 679 ZGB kann eine Person, die dadurch geschädigt oder mit Schaden bedroht wird, dass ein **Grundeigentümer sein Eigentumsrecht überschreitet**, auf Beseitigung der Schädigung oder aus Schutz gegen drohenden Schaden und auf Schadenersatz klagen. Die Haftung des Grundeigentümers ist eine **einfache Kausalhaftung**, welche keine Befreiung durch einen Sorgfaltbeweis vorsieht. Die Funktion der Grundeigentümerhaftung liegt v.a. beim privaten Immissionschutz. Grundlage dafür bildet das Verursacherprinzip: Wer schädliche Einwirkungen verursacht, soll für den dadurch entstehenden Schaden einstehen. Die Voraussetzungen für eine Haftung nach Art. 679 ZGB sind:

- **Schaden**, vgl. vorne S. 26.

- **Widerrechtlichkeit:** vgl. vorne S. 26. Es muss eine Überschreitung der Schranken des Grundeigentums (Nachbarrecht) vorliegen.
- **Adäquater Kausalzusammenhang:** vgl. vorne S. 26. Die Schädigung muss auf eine Ausübung der tatsächlichen Herrschaft über das Grundstück zurückgehen, welche die Schranken der Ausübung des Grundeigentums verletzt. Solche Schranken werden durch das Nachbarrecht (Art. 684 ff. ZGB) gesetzt. Die Überschreitung muss nicht durch den Eigentümer selbst erfolgen (d.h. der Eigentümer kann beispielsweise auch für eine Handlung von Mietern haftbar werden), und sie muss nicht auf Verschulden beruhen;
- **Übermässige Eigentumsüberschreitung** als haftungsbegründende Ursache.

3. Falllösung

Die Heizungsanlage und der fehlerhafte Tank wurden durch den Einbau auf dem Grundstück von X zu Eigentum desselben (Art. 642 ZGB). Als Werk kann somit entweder das Geschäftshaus als ganzes oder die Heizungsanlage betrachtet werden. Beides sind künstlich erstellte, mit dem Boden verbundene und auf eine gewisse Dauer angelegte Gebilde und entsprechen damit dem Werksbegriff von **Art. 58 OR**. Da sowohl ein Werkmangel als haftungsbegründende Ursache als auch die übrigen Voraussetzungen (Schaden, Widerrechtlichkeit, adäquater Kausalzusammenhang) gegeben sind, haftet X für den aus dem Werkmangel entstandenen Schaden auf dem Grundstück des Nachbarn.

Vom Grundstück von X gehen schädigende Einwirkungen (Verschmutzung des Erdreichs) auf das Nachbargrundstück aus, welche durch die Ausübung der tatsächlichen Herrschaft über das Grundstück verursacht werden und die Schranken des Grundeigentums verletzen. Da auch die übrigen Voraussetzungen gegeben sind, haftet X gegenüber dem Nachbar auch aus **Art. 679 ZGB**.

VI. Haftung des Architekten

Die Rechtsprechung geht davon aus, dass ein Architekt, der die Pläne ausarbeitet und die Arbeiten vergibt und überwacht, als Hilfsperson i.S.v. Art. 101 OR des Bauherrn zu qualifizieren ist (vgl. etwa BGE 95 II 53 f.). Mit anderen Worten muss der Bauherr in einem solchen Fall für schuldhaftes Fehleinschätzungen seines Archi-

tekten eintreten und kann nicht den ganzen Schaden auf den haftbaren Bauunternehmer abwälzen.

Wird nun der am Bau Beteiligte B (also nicht der Architekt) vom Bauherrn X belangt, kann B gegenüber X einwenden, dass aufgrund des Fehlverhaltens der Hilfsperson A (Architekt), welches aufgrund von Art. 101 OR dem Bauherrn X selber zugerechnet wird, müsse sich nach Art. 43 Abs. 1 OR die Höhe des Schadenersatzes reduzieren. Der Bauherr X muss in diesem Fall einen Teil des Schadens selber tragen, den er allenfalls auf dem Regressweg auf A abwälzen kann.

In Ziff. 1.6. der SIA-Norm Nr. 102, welche vorliegend durch die gegenseitige übereinstimmende Willensäusserung der Parteien Vertragsbestandteil geworden ist – und somit das dispositive Gesetzesrecht (394 ff. OR) verdrängt – sind Vorschriften betreffend die Verantwortlichkeit des Architekten enthalten. Danach hat der Architekt bei verschuldeter, fehlerhafter Auftragserfüllung dem Auftraggeber den entstandenen Schaden zu ersetzen. Eine solche fehlerhafte Auftragserfüllung wird insbesondere bei Verletzung der Sorgfalts- und Treuepflicht, bei Nichtbeachtung oder Verletzung anerkannter Regeln seines Fachgebietes, bei mangelnder Koordination oder Beaufsichtigung sowie bei ungenügender Kostenerfassung angenommen. Kann dem Architekten eine schuldhaftige Sorgfaltspflichtverletzung nachgewiesen werden, so haftet er gegenüber dem Bauherrn B aufgrund der vertraglich vereinbarten SIA-Norm 102 für den entstandenen Schaden.

Vorliegend hatte der Architekt A die Aufgabe, die Projektierung, Planung, Ausführung und Bauleitung für das Verteilzentrum Z auszuüben. Gegenüber dem Ingenieur I bzw. dem Bauunternehmen B standen A somit aufgrund des Vertrages zwischen ihm und dem Bauherrn X Weisungsbefugnisse zu. Er hatte mit anderen Worten Einfluss auf die Arbeit des Unternehmers B, welcher als Spezialist die erforderlichen Arbeiten selbständig ausführte. A war somit Hilfsperson von X im Sinne von Art. 101 OR. Wie aus dem Sachverhalt hervorgeht, wusste A, dass T bei der Montage von Grosstanks schon an anderen Orten Probleme gehabt hatte. Im Rahmen der Bauleitung wäre es seine Pflicht gewesen, den B darauf aufmerksam zu machen, dass er für die Installation des Tanks besser einen anderen Subunternehmer hätte verpflichten müssen. **Das bedeutet somit, dass B den Einwand mit Erfolg geltend machen können, den Bauherrn X treffe aufgrund der Hilfspersonenstellung i.S.v. Art. 101 OR eine Haftung, was zwingend zu einer Reduktion seiner Schadenersatzpflicht führe.** X hätte somit vorerst einen Teil des Schadens selber zu tragen und könnte ihn danach eventuell auf A abwälzen (siehe nachfolgend zur Mehrheit von Haftpflichtigen).

VII. Mehrheit von Haftpflichtigen

1. Theoretische Grundlagen

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 **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. Anwendung im vorliegenden Fall

Im **Aussenverhältnis** haften verschiedene Personen für den beim Nachbarn eingetretenen Schaden. Diese Personen haften dem Nachbarn **solidarisch** für den Schaden, d.h. er kann von beiden den Ersatz des gesamten Schadens fordern. Wird der Nachbar von einem der Haftpflichtigen vollständig befriedigt, erlöscht jedoch auch seine Schadenersatzforderung gegen den andern.

Fraglich ist, wer den beim Nachbarn eingetretenen Schaden **endgültig** tragen muss bzw. welche **Regressansprüche** zwischen den beteiligten Haftpflichtigen

bestehen. Dies beantwortet sich nach dem **Innenverhältnis**, das heisst, es kommt auf das Verhältnis zwischen den Schädigern an.

Die Firma T haftet gegenüber dem Nachbarn nach der Verschuldenshaftung von Art. 41 OR. X haftet dem Nachbar sowohl nach der Werkeigentümerhaftung (Art. 58 OR) als auch nach der Haftung des Grundeigentümers gemäss (Art. 679 ZGB). Laut Art. 51 Abs. 2 OR trägt in erster Linie derjenige den Schaden, der ihn durch unerlaubte Handlung verschuldet hat. Weil die Firma T nach der Verschuldenshaftung gemäss Art. 41 OR haftet, trägt sie deshalb in erster Linie den Schaden. X trifft kein Verschulden, weshalb er lediglich aufgrund einfacher Kausalhaftungen (Art. 58 OR, Art. 679 ZGB) und damit erst in zweiter Linie haftbar gemacht werden kann.

§ 7 Frage B

I. Ansprüche von X gegen den Öllieferanten O nach Art. 184 ff. i.V.m. Art. 97 und Art. 101 OR

1. Theoretische Grundlagen

Art. 97 ff. enthalten die allgemeinen Haftungsnormen für Vertragsverletzungen.

Der Gläubiger kann vom Schuldner Schadenersatz fordern, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind (vgl. vorne S. 20) :

- Vertrag;
- Vertragsverletzung;
- Schaden;
- Natürlicher und adäquater Kausalzusammenhang;
- Verschulden.

Wer die Erfüllung eines Vertrages durch eine **Hilfsperson** vornehmen lässt, haftet für deren Verhalten, wie wenn er selbst gehandelt hätte (vgl. Art. 101 Abs. 1 OR; Hilfspersonenhaftung; vgl. vorne S. 22).

2. Falllösung

Zwischen X und dem Öllieferanten O besteht ein **Kaufvertrag** nach Art. 184 ff. OR. Der Öllieferant hat den Vertrag **nicht gehörig erfüllt**, was zu einem **Schaden** führte. Der Schaden von X darin, dass das Erdreich verschmutzt worden ist, was aufgrund der Sanierungskosten zu einer Vermögensverminderung führt. Ein Schaden ist somit gegeben. Auch die **Vertragsverletzung** durch O ist offensichtlich. Weiter ist der **adäquate Kausalzusammenhang** gegeben, denn das Überfüllen des Tankes ist nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet, den eingetretenen Schaden (Sanierungskosten des verschmutzten Erdreichs) zu bewirken. Zu prüfen bleibt das Verschulden des Öllieferanten, es ist m.a.W. zu fragen, ob im vorliegenden Fall ein Abweichen vom Durchschnittsverhalten eines korrekten und vernünftig arbeitenden Öllieferanten vorliegt. Eine solche Abweichung und damit ein **Verschulden** ist auf Seiten des Öllieferanten nicht gegeben, weshalb er nicht nach Art. 97 OR haftbar gemacht werden kann. O hat aber nach der **Hilfspersonenhaftung** von Art. 101 OR für das Verschulden seines Mitarbeiters und Chauffeurs C einzustehen, wie wenn er selbst gehandelt hätte. Der Chauffeur hat den Tank aus Unachtsamkeit überfüllt. Es ist die Aufgabe eines korrekt und professionell arbeitenden Chauffeurs eines Öllieferanten dafür zu sorgen, dass (u.a. durch Einschalten einer Überfüllsicherung) nicht zu viel Öl in eine Heizungsanlage eingefüllt wird. Der Chauffeur C, der als Hilfsperson des Öllieferanten O zu qualifizieren ist, trifft ein grobes Verschulden, das aufgrund der Bestimmung von Art. 101 OR dem O zuzurechnen ist.

Damit haftet der Öllieferant O gegenüber X aus Art. 184 i.V.m. Art. 101 Abs. 1 OR.

II. Ansprüche des Nachbarn

Zwischen dem Nachbarn und dem Öllieferanten besteht kein Vertrag; es kommen daher lediglich ausservertragliche Ansprüche in Betracht.

1. Gegen den Öllieferanten O nach Art. 55 OR

Der Öllieferant kann unter Umständen aufgrund der Geschäftsherrenhaftung nach Art. 55 OR (vgl. zu den Voraussetzungen im einzelnen die Ausführungen bei Fall 2, S. 27) in Anspruch genommen werden: Der **Schaden**, die **Widerrechtlichkeit** und der **adäquate Kausalzusammenhang** sind gegeben: Der Nachbar hat einen Schaden an seinem Eigentum erlitten, wobei das Überfüllen des Öltanks adäquat

kausal für diesen Schaden ist. Dieser Eingriff in das absolut geschützte Rechtsgut Eigentum des Nachbarn ist widerrechtlich. Auch ist ein funktioneller Zusammenhang zwischen der Verrichtung und der schädigenden Handlung der Hilfsperson C gegeben. Ferner wird zwischen dem Geschäftsherrn O und seinem Angestellten und Chauffeur C ein **Subordinationsverhältnis** bestehen (z.B. Arbeitsvertrag). Ein Verschulden wird nicht vorausgesetzt. Haftungsbegründende Ursache ist eine **Sorgfaltspflichtverletzung des Geschäftsherrn**, welche vom Gesetz vermutet wird. Im vorliegenden Fall wird der Geschäftsherr den **Sorgfaltsbeweis nicht erbringen** können, denn er wird nicht beweisen können, die nötige Sorgfalt sowohl in der Auswahl, der Instruktion als auch der Überwachung seines Mitarbeiters aufgebracht zu haben, denn der Geschäftsherr hat dafür zu sorgen, dass der Vorgang des richtigen Einfüllens von Öl ordnungsgemäss und durch zuverlässige Mitarbeiter erfolgt.

Der Öllieferant O haftet somit gegenüber dem Nachbarn aus Art. 55 OR.

2. Gegen den Chauffeur C nach Art. 41 OR

Der Nachbar kann auch direkt gegen den Chauffeur C nach Art. 41 OR vorgehen. Eine detaillierte Erörterung der Haftungsvoraussetzungen (Schaden, Widerrechtlichkeit, adäquater Kausalzusammenhang, Verschulden) erübrigt sich nach den vorangegangenen Ausführungen, alle Voraussetzungen der Haftung nach Art. 41 OR sind klar gegeben.

Der Chauffeur C haftet damit gegenüber dem Nachbarn aus Art. 41 OR.

3. Gegen X nach Art. 58 OR und Art. 679 ZGB

Es kann auf die obigen Ausführungen verwiesen werden (vgl. S. 29). X haftet sowohl nach Art. 58 OR als auch nach Art. 679 ZGB für den beim Nachbarn entstandenen Schaden.

III. Mehrheit von Haftpflichtigen

Dem Nachbarn stehen drei verschiedene Haftpflichtige gegenüber: Öllieferant O, Chauffeur C und der Grund- und Werkeigentümer X. Im **Aussenverhältnis** gilt auch hier, dass der Nachbar grundsätzlich von allen drei Haftpflichtigen den gesamten Schaden verlangen darf, dieser aber nur einmal ersetzt wird.

Im **Innenverhältnis** haftet aufgrund von Art. 51 Abs. 2 OR in erster Linie der Chauffeur C, weil ihn ein Verschulden trifft. X und der Öllieferant O haften aufgrund einer Kausalhaftung, d.h. verschuldensunabhängig. Sie beide trifft kein Verschulden, weshalb sie den Schaden erst in zweiter Linie zu tragen haben. Werden sie vom Nachbar (z.B. aufgrund ihrer besseren finanziellen Situation) als erste in Anspruch genommen, können sie daraufhin Regress auf den Chauffeur C nehmen.

§ 8 Bundesgerichtsentscheid (BGE 116 II 305 ff.)

Urteilstkopf

BGE 116 II 305

55. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 6. Juni 1990 i.S. Y.
gegen X. (Berufung)

Seite 305 (BGE_116_II_305)

I. Regeste

Werkvertrag; Sachgewährleistung des Unternehmers; Weisung des Bestellers hinsichtlich des Bezugs eines Unterakkordanten; Bestimmung des Herabsetzungsbetrages (**Art. 368 und 369 OR**).

1. Weisung des Bestellers über den Bezug eines Unterakkordanten (E. 2c/aa). Wann gelten Vorbehalte gegenüber einer diesbezüglichen Weisung als Abmahnung? (E. 2c/bb). Ausnahmen von der Abmahnungspflicht (E. 2c/cc).
2. Wahlrecht des Bestellers nach **Art. 368 OR**. Machen die Parteien von der dispositiven Natur dieser Regelung Gebrauch und vereinbaren einen Vorrang des Nachbesserungsrechtes, verliert der Besteller seine Ansprüche auf Wandelung oder Minderung, wenn er dem Unternehmer keine Gelegenheit zur Nachbesserung gibt (E. 3a). Die Gewährung einer neuen oder die Erstreckung einer laufenden Garantiefrist stellt keine Nachbesserung dar. Wirkung der Garantieabsprache (E. 3c).
3. Bestimmung des Herabsetzungsbetrages nach **Art. 368 Abs. 2 OR**. Wann können die den Herabsetzungsbetrag übersteigenden Nachbesserungskosten als Mangelfolgeschaden geltend gemacht werden? (E. 4a).
4. Beginn der Zinspflicht hinsichtlich des zurückzuerstattenden Werklohnes sowie des Betrages zur Deckung des Mangelfolgeschadens (E. 7).

II. Sachverhalt

A.- X. erstellte in den Jahren 1972 bis 1977 ein Bürogebäude.
Die Ausführung der Metallfassade, der Verglasung und der

Seite 307 (BGE_116_II_305)

Sonnenstoren wurde Y. übertragen. Die Herstellung und Montage besorgte als dessen Unterakkordantin die M. AG. Ab Frühjahr 1978 zeigten sich Mängel an den Sonnenstoren.

B.- Am 21. Mai 1979 klagte X. gegen Y. auf Nachbesserung, eventuell Beseitigung der Storen oder Kostenersatz für deren Selbstbeseitigung sowie Rückerstattung des Werkpreises, subeventuell auf Minderung.

Mit Klageänderung vom 6. Februar 1984 verlangte X. von Y. die Bezahlung von Fr. 1'511'510.65 als Ersatz der Behebungskosten, des Minderwerts und anderer Schäden bzw. als Rückerstattung des bezahlten Werklohnes, ferner von Fr. 200'753.95 für Schäden am Mobiliar, die Errichtung eines provisorischen Sonnenschutzes und den Mehrverbrauch der Klimaanlage sowie von Fr. 50'000.-- für Expertenkosten und Umtriebe.

In seiner Klageantwort und Widerklage beantragte Y., auf die Klage mangels Passivlegitimation nicht einzutreten, ihn eventuell zu ermächtigen, die Nachbesserung vorzunehmen oder, sofern dies nicht mehr möglich sei, die Klage abzuweisen, sowie die widerklageweise Verurteilung der Klägerin zur Tilgung seiner restanzlichen Werklohnforderung von Fr. 354'883.35.

C.- Das Zivilgericht des Kantons Basel-Stadt schützte am 30. März 1987 die Klage im Umfange von Fr. 968'954.95 nebst Zins und erklärte die Widerklage, deren Forderung es vollumfänglich zur Verrechnung zuliess, als dahingefallen.

Das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt änderte am 16. Juni 1989 dieses Urteil hinsichtlich der Zinsforderung, bestätigte es im übrigen und wies die Mehrforderung der Klägerin sowie die Widerklage des Beklagten als unbegründet ab.

D.- Die vom Beklagten gegen dieses Urteil erhobene eidgenössische Berufung heisst das Bundesgericht teilweise gut, soweit es darauf eintritt.

III. Auszug aus den Erwägungen:

Erwägung 2

2.- c) Der Unternehmer im Werkvertrag schuldet ein mängelfreies Werk und hat sich bei dessen Mangelhaftigkeit je nach Erheblichkeit der Mängel die Wandelung des Vertrages oder die Herabsetzung des Werklohnes gefallen zu lassen oder kann zur Nachbesserung des Werks verpflichtet werden; bei Verschulden haftet er überdies für den Mangelfolgeschaden (**Art. 368 OR**). Überträgt er die Erstellung des Werkes als Hauptunternehmer

Seite 308 (BGE_116_II_305)

einem Drittunternehmer, der zum Besteller nicht in ein Vertragsverhältnis tritt, hat er für den Arbeitserfolg dieses Subunternehmers oder Unterakkordanten als seines Erfüllungsgehilfen einzustehen. Er haftet kausal gegenüber den unmittelbaren Gewährleistungsansprüchen des Bestellers und gegenüber Ansprüchen auf Ersatz von Mangelfolgeschaden gemäss **Art. 101 OR** ([BGE 107 II 439](#); GAUCH, Der Werkvertrag, 3. Aufl. 1985, S. 41 Rz. 146, S. 289 Rz. 1022, S. 291 Rz. 1027 und S. 356 ff. Rz. 1333 ff.; derselbe, Ein Bauwerk - mehrere Unternehmer, ZBJV 118/1982 S. 65 ff., 80 ff.; GAUTSCHI, N 21a zu **Art. 364 OR**). Davon gehen zu Recht auch die Vorinstanz und die Parteien aus.

Der Beklagte beruft sich auf **Art. 369 OR**. Danach entfallen die Sachgewährleistungsansprüche des Bestellers, wenn er durch Weisungen, die er entgegen den ausdrücklichen Abmahnungen des Unternehmers über die Ausführung erteilte, oder auf andere Weise die Mängel selbst zu vertreten hat.

aa) Nach den Feststellungen der Vorinstanz wünschte die Klägerin bzw. ihr Architekt, die Ganzmetallstoren seien von der M. AG herzustellen und zu montieren, obgleich der Beklagte hiefür einen anderen Subunternehmer vorgeschlagen hatte. Das Appellationsgericht erblickt darin zutreffend eine Weisung im Sinne von **Art. 369 OR**. Eine Weisung kann namentlich auch den Beizug bestimmter Unterakkordanten zum Gegenstand haben (GAUCH, Werkvertrag, S. 364 Rz. 1366 und S. 382/3 Rz. 1452 ff.).

bb) Die Sachgewährleistung des Unternehmers entfällt nach **Art. 369 OR** im allgemeinen bloss, wenn der Besteller trotz ausdrücklicher Abmahnung (avis formel, espresso parere) an seiner Weisung festhält. Eine ausdrückliche Abmahnung ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nur anzunehmen, wenn

eine eindeutige Willenskundgabe des Unternehmers vorliegt, aus welcher der Besteller schliessen muss, dass der Unternehmer die Verantwortung für die vorgeschriebene Ausführung ablehne ([BGE 95 II 50](#)). In der Literatur werden an die Willenserklärung teilweise weniger strenge Anforderungen gestellt; doch wird jedenfalls die Mitteilung verlangt, die Weisung sei fehlerhaft, weil sich aus ihrer Befolgung (möglicherweise) ein Werkmangel ergebe (GAUCH, Werkvertrag, S. 366 Rz. 1373). Die Frage, ob die Anforderungen an die Abmahnung entsprechend zu mildern seien, kann vorliegend jedoch offenbleiben. Keine Abmahnung ist ein allgemeiner Vorbehalt des Unternehmers, er würde technisch anders vorgehen oder er hätte einen anderen Subunternehmer vorgezogen (GAUCH,

Seite 309 (BGE_116_II_305)

Werkvertrag, S. 366 Rz. 1373). Solche Vorbehalte können lediglich dann eine Abmahnung darstellen, wenn sie die Weisung im Hinblick auf den vertraglichen Arbeitserfolg beanstanden, wenn sie mindestens Bedenken äussern, der vorgeschriebene Subunternehmer biete nicht die erforderliche Gewähr für eine mängelfreie Ausführung.

Aufgrund ihrer Beweiswürdigung hält die Vorinstanz nicht als erstellt, dass der Beklagte solche Bedenken vorgetragen hätte. Er sei über die Weisung bloss unglücklich gewesen, was eine Verstimmung zwischen ihm und der Subunternehmerin bewirkt habe. Wenn der Beklagte demgegenüber ausführt, er habe sich gegen den Beizug der M. AG energisch zur Wehr gesetzt, unterstellt er einen Sachverhalt, der von den verbindlichen Feststellungen des Appellationsgerichts abweicht und daher im Berufungsverfahren unbeachtet zu bleiben hat. Zudem macht der Beklagte selbst nicht geltend, die Fähigkeiten der vorgeschriebenen Subunternehmerin in Frage gestellt zu haben. Der vom Beklagten angerufenen Literaturstelle bei GAUCH (Werkvertrag, S. 382 Rz. 1453) lässt sich lediglich die Auffassung entnehmen, der Unternehmer könne seine Bedenken gegen die Fähigkeiten oder Zuverlässigkeit eines vorgeschriebenen Subunternehmers auch damit begründen, dieser sei ihm unbekannt. Damit sagt er aber nicht aus, bereits der Einwand der fehlenden persönlichen Bekanntschaft genüge als Abmahnung. Zu Recht verneint daher das Appellationsgericht eine ausdrückliche Abmahnung, an welche grundsätzlich strenge Anforderungen zu stellen sind ([BGE 95 II 51 E. d](#)).

cc) In seinem Eventualstandpunkt macht der Beklagte geltend, eine Haftungsbefreiung sei auch ohne Abmahnung eingetreten, da die Weisung sachverständig erteilt worden sei, und zudem nicht er, sondern die Klägerin Anlass gehabt hätte, an den Fähigkeiten der Subunternehmerin zu zweifeln.

Die gesetzliche Regelung beruht auf der Vorstellung, dass im Werkvertragsrecht der Sachverstand beim Unternehmer liegt. Sie ist jedoch dann einzuschränken, wenn die konkreten Verhältnisse dieser Vorstellung nicht entsprechen, insbesondere der massgebende Sachverstand dem Besteller (oder

seinen Hilfspersonen) zuzurechnen ist. Nach Lehre und Rechtsprechung wird der Unternehmer von seiner Haftung auch dann befreit, wenn er eine Abmahnung unterlassen hat, es sei denn, er habe die Fehlerhaftigkeit der Weisung erkannt oder hätte sie erkennen müssen (nicht publizierter Entscheid des Bundesgerichts vom 20. März 1990 i.S. J. M. AG c.

Seite 310 (BGE_116_II_305)

J. Z.; GAUCH, Werkvertrag, S. 369 ff. Rz. 1388 ff.). Diese für den Bereich der technischen Ausführungsweisungen zutreffende Auffassung kann indessen nicht unbesehen auf Weisungen über den Beizug eines Subunternehmers übertragen werden. Hier steht nicht die Frage des Sachverständs, sondern diejenige nach den einschlägigen Erfahrungen im Vordergrund; dies gilt jedenfalls insoweit, als der vorgeschriebene Subunternehmer nicht wegen seiner Unerfahrenheit, seiner ungenügenden (personellen oder maschinentechnischen) Kapazität oder seiner Branchenfremdheit allgemein als ungeeignet erscheint, die Leistung zu erbringen. Eignet sich der vorgeschriebene Subunternehmer für die auszuführende Arbeit, haftet der Hauptunternehmer ausnahmsweise ohne Abmahnung dann nicht, wenn zwar nicht er, aber der Besteller kraft einschlägiger Erfahrung und Kenntnis Bedenken gegen diesen haben musste (GAUCH, Werkvertrag, S. 382 Rz. 1454). Den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz sind indessen keine Anhaltspunkte zu entnehmen, welche auf eine allgemeine Unfähigkeit der vorgeschriebenen Subunternehmerin oder auf konkrete Bedenken der Klägerin gegen deren Fähigkeiten oder Zuverlässigkeit schliessen liessen.

Weiter ist zu beachten, dass die Funktionsstörungen der Ganzmetallstoren und damit die Mängel der Anlage nach den verbindlichen Feststellungen des Appellationsgerichts auf einen Verschleiss des Führungslagers der Scherenglieder zurückzuführen und damit in erster Linie werkstoffbedingt waren. Die Haftungsbefreiung des Beklagten könnte daher ohne ausdrückliche Abmahnung nur eintreten, wenn ihm auch hinsichtlich der technischen Ausführung bzw. des zu verwendenden Werkstoffes eine sachverständige Weisung erteilt worden wäre, deren Fehlerhaftigkeit er weder erkannte noch hätte erkennen müssen. Dies stellt das Appellationsgericht jedoch nicht fest. Namentlich schliesst es zu Recht aus der Tatsache, dass die Storen von der Klägerin und der Subunternehmerin gemeinsam im Windkanal auf Lärmwirkungen und aerodynamisches Verhalten geprüft wurden, nicht auf eine solche Weisung. Ein offensichtliches Versehen im Sinne von **Art. 63 Abs. 2 OG** liegt dabei nicht vor, wenn die Vorinstanz aus den erhobenen Beweisen angeblich unzutreffende Schlüsse zieht ([BGE 104 II 74](#)). Die vorinstanzliche Beweiswürdigung ist für das Bundesgericht im Berufungsverfahren verbindlich (**Art. 55 Abs. 1 lit. c und Art. 63 Abs. 2 OG**; [BGE 113 II 55](#) mit Hinweisen).

dd) Offenbleiben kann, ob Art. 29 Abs. 5 der SIA-Norm 118 (Ausgabe 1977) zu

einem anderen Ergebnis führen würde, da diese

Seite 311 (BGE_116_II_305)

Ausgabe der genannten Allgemeinen Vertragsbedingungen unbestritten nicht Vertragsbestandteil bildete.

ee) Das Appellationsgericht verneint das Vorliegen verschiedener vom Beklagten behaupteter Mängelursachen (Schadstoffablagerungen, ungenügende Wartung, Entfernung der ursprünglichen Fabrikschmierung) und damit den natürlichen Kausalzusammenhang. Es handelt sich dabei um eine im Berufungsverfahren nicht überprüfbare Tatfrage ([BGE 113 II 351 E. 2a](#)). Soweit der Beklagte geltend machen sollte, durch die Ablehnung einer Oberexpertise zu diesen Fragen sei sein bundesrechtlicher Beweisführungsanspruch verletzt worden, übersieht er, dass **Art. 8 ZGB** bei positivem Beweisergebnis keinen Anspruch auf zusätzliche Beweiserhebungen gibt ([BGE 114 II 291](#)). Mangels natürlicher Kausalität stellt sich daher die Frage nicht, ob die genannten Umstände dem Risikobereich des Bestellers im Sinne von **Art. 369 OR** zuzuordnen wären oder eine Haftungsminderung des Beklagten analog **Art. 44 OR** zu begründen vermöchten (dazu GAUCH, Werkvertrag, S. 386 ff. Rz. 1469 ff.). Ebensowenig bewirkt die Tatsache, dass dem Beklagten ein bestimmter Subunternehmer vorgeschrieben wurde, für sich allein bereits eine teilweise Entlastung des Unternehmers; die Frage stellte sich bloss, wenn der Klägerin die Auswahl dieses Unterakkordanten zum Vorwurf gereichte (SPIRO, Die Haftung für Erfüllungsgehilfen, S. 167 Fn. 7), was nach dem Beweisergebnis zu verneinen ist. Schliesslich resultiert auch aus dem Umstand, dass das Gebäude der Klägerin als Rundbau architektonisch einmalig und nicht herkömmlich gestaltet ist, keine (Teil)entlastung des Unternehmers; er hat die Ausführungstauglichkeit nicht abgemahnt.

Erwägung 3

3.- Der Beklagte macht weiter geltend, die Gutheissung des Minderungsbegehrens der Klägerin verstosse gegen Bundesrecht, da rechtsgenügend Nachbesserung angeboten worden sei.

a) Dem Besteller steht nach **Art. 368 OR** bei gegebenen Voraussetzungen das Wahlrecht zu, Wandelung, Minderung oder Nachbesserung zu beanspruchen ([BGE 109 II 41](#)). Die Regelung ist dispositiver Natur. Vorliegend haben die Parteien die SIA-Norm 118 (Ausgabe 1962) zum Vertragsbestandteil erhoben, welche in Art. 26 Abs. 2 einen Vorrang des Nachbesserungsrechtes normiert, mithin den Unternehmer in den Stand setzt, den Besteller an der Ausübung des Minderungs- oder Wandelungsrechts zu hindern, wenn er bereit und imstande ist, die Mängel frist-

und sachgerecht zu beheben. Folgerichtig verliert der Besteller seine

Seite 312 (BGE_116_II_305)

Ansprüche auf Wandelung oder Minderung, wenn er eigenmächtig die Mängel selbst oder durch einen Dritten beseitigt, ohne dem Unternehmer vorher Gelegenheit zur Nachbesserung zu geben ([BGE 110 II 53](#) zur im Grundsatz unveränderten Regelung nach Art. 169 Abs. 1 der SIA-Norm 118, Ausgabe 1977).

Von dieser Rechtslage geht zutreffend auch das Appellationsgericht aus, hält aber dafür, der Beklagte habe seinen Nachbesserungsanspruch verwirkt, indem weder er noch seine Subunternehmerin fristgerecht eine sachgerechte Mängelbehebung angeboten hätten.

b) Soweit der Beklagte geltend macht, das Appellationsgericht würdige im Rahmen des Verwirkungstatbestandes nur das Verhalten des Hauptunternehmers, lasse jedoch ausser acht, dass die M. AG rechtsgenügend Nachbesserung offeriert habe und sie eine Sanierung hätte durchführen können, sind seine Einwände unbegründet. Das Appellationsgericht vertritt keine abweichende Auffassung, sondern befindet lediglich, weder der Beklagte selbst noch seine Subunternehmerin hätten innert Frist eine sachgerechte Nachbesserung angeboten. Zu prüfen bleibt daher einzig, ob das Appellationsgericht das Nachbesserungsangebot der Subunternehmerin zu Recht für ungenügend hielt, zumal der Beklagte nicht geltend macht, er selbst habe eine hinreichende Mängelbehebung offeriert.

c) Das Appellationsgericht hält für das Bundesgericht verbindlich fest (**Art. 63 Abs. 2 OG; BGE 113 II 27** E. 1a), die M. AG habe bei ihrem Angebot, die defekte Storenanlage zu sanieren, bloss an eine erweiterte Wartung gedacht. Bundesrechtskonform schliesst die Vorinstanz daraus, eine sachgerechte Nachbesserung sei nicht offeriert worden. Denn der Besteller hat sich weder mit einem Flickwerk noch mit einer blossen Behelfslösung zu begnügen (GAUCH, Werkvertrag, S. 330 Rz. 1218 und S. 336 Rz. 1245/6). Dies gilt vorliegend umso mehr, als nach den verbindlichen tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz die aufgetretenen Mängel nicht auf eine ungenügende Wartung der Anlage zurückzuführen waren.

Der Beklagte rügt in diesem Zusammenhang als offensichtliches Versehen des Appellationsgerichts, dass es die fünfjährige Garantiezusicherung der Subunternehmerin nicht beachte. Ob ein Versehen vorliegt, kann offenbleiben. Die Gewährung einer neuen oder die Erstreckung einer laufenden Garantiefrist stellt keine Nachbesserung dar. Bei rechtsgenügend erfolgter Mängelrüge kommt einer

Garantieabspache im wesentlichen lediglich verjährungsrechtliche Bedeutung zu. Dabei übersieht der Beklagte, dass bereits eine Anerkennung der Gewährleistungspflicht, insbesondere auch der Nachbesserung, die Verjährung unterbricht. Diese Verjährungsfrist aber beträgt nach zutreffender Auffassung auch unter der Ordnung der SIA-Norm 118, Ausgabe 1962, fünf Jahre, so dass insoweit die Klägerin durch die behauptete Zusicherung einer neuen Garantiefrist ohnehin keine Verbesserung ihrer vertraglichen Rechtsstellung erlangt hätte (nicht publizierte Entscheidung des Bundesgerichts vom 21. Dezember 1988 i.S. F. AG c. Kanton Zürich E. 2a entgegen [BGE 97 II 354](#) E. d; GAUCH, Werkvertrag, S. 513 Rz. 1986).

Die Subunternehmerin hat somit keine hinreichende Nachbesserung angeboten und der Beklagte sein Nachbesserungsrecht mit Ablauf der angemessenen gesetzten Frist verwirkt. Dabei kann offenbleiben, ob die Klägerin sich überhaupt mit einer Nachbesserungs-offerte der Subunternehmerin hätte begnügen müssen, wenn der Beklagte als ihr Vertragspartner seine Gewährleistungspflicht weiterhin bestritt.

d) Zutreffend führt schliesslich das Appellationsgericht aus, da der Beklagte sein Nachbesserungsrecht verwirkt habe, sei rechtlich bedeutungslos, ob die Ersatzlösung der Klägerin unter betrieblichen Gesichtspunkten grössere Vorteile als die sanierte, ursprüngliche Anlage gebracht habe. Die diesbezügliche Kritik des Beklagten ist daher unbegründet, soweit sie zufolge unzulässiger neuer tatsächlicher Vorbringen nicht ohnehin unbeachtlich ist (**Art. 55 Abs. 1 lit. c OG**; [BGE 111 II 473](#) E. 1c). Jedenfalls erübrigt sich eine diesbezügliche Ergänzung des Sachverhalts (**Art. 64 Abs. 1 OG**) mangels Rechtserheblichkeit.

Erwägung 4

4.- Den Minderungs- oder Herabsetzungsbetrag beziffert das Appellationsgericht mit Fr. 1'274'714.--. Dieser Betrag entspricht den Kosten der Drittnachbesserung. Der Beklagte kritisiert diese Berechnungsweise.

a) Der Herabsetzungsbetrag nach **Art. 368 Abs. 2 OR** entspricht der proportionalen Kürzung der Vergütung um das Mass des Minderwertes des Werkes ([BGE 111 II 162](#); GAUCH, Werkvertrag, S. 317 ff. Rz. 1154 ff.). Deckt sich der objektive Wert des mängelfrei gedachten Werkes mit der vertraglichen Vergütung, entspricht die Minderung auch betragsmässig dem Minderwert (GAUCH, Werkvertrag, S. 323 Rz. 1182). Aufgrund einer tatsächlichen Vermutung darf mit der Vorinstanz davon ausgegangen

Seite 314 (BGE_116_II_305)

werden, der Minderwert des Werkes entspreche den Kosten der Mängelbehebung ([BGE 111 II 164](#) E. c).

Die Vorinstanz geht an sich zutreffend von einem Gesamtwerk aus. Sie beachtet aber nicht, dass die Parteien für die Storenanlage im Werkvertrag offensichtlich eine eigene und in sich geschlossene Vergütung vereinbart haben. Diese gibt die Klägerin selbst mit Fr. 1'566'266.-- an. Darin sollen ebenfalls die Kosten der Steuerungsanlage enthalten sein, welche ihrerseits nicht mangelbehaftet sein und nach den ursprünglichen Darlegungen der Klägerin einen Wert von Fr. 450'000.-- aufweisen soll. Die Vorinstanz äussert sich zum objektiven Minderwert des Werkes nicht. Insbesondere geht aus ihren tatsächlichen Feststellungen nicht hervor, ob der Minderwert des Gesamtwerkes den Wert des Werkteils Storenanlage überstieg und weshalb. Ist dies nicht der Fall, kann der Herabsetzungsbetrag von vornherein nicht höher sein als die für die Storenanlage geschuldete Vergütung bzw. die proportionale Kürzung dieser Vergütung um den Minderwert der Storenanlage unter Berücksichtigung des Restwerts der mängelfreien Steuerungsanlage. Daran ändert auch die Anlehnung an die Nachbesserungskosten nichts, denn der Herabsetzungsbetrag hat nach **Art. 368 Abs. 2 OR** dem Minderwert des Werkes und nicht den Verbesserungskosten zu entsprechen (GAUCH, Werkvertrag, S. 324 Rz. 1184 ff.). Liegen die Verbesserungskosten über dem relativ ermittelten Herabsetzungsbetrag, fallen sie nicht unter den Begriff der Minderung (GAUCH, Werkvertrag, S. 324 Rz. 1188). Diesfalls aber sind sie dem Besteller auch nicht unter dem Titel eines Schadenersatzes zu vergüten, da er mit der Ausübung seines Minderungsrechtes den Nachbesserungsanspruch verliert und infolgedessen auch denjenigen auf Ersatz von Nachbesserungskosten bei Selbstverbesserung ohne richterliche Ermächtigung ([BGE 107 II 55](#) E. 3), sofern diese Kosten den nach **Art. 368 Abs. 2 OR** zu berechnenden Herabsetzungsbetrag übersteigen (GAUCH, Werkvertrag, S. 325/6 Rz. 1192 ff.). Ein solcher Anspruch bleibt dem Besteller vielmehr nur gewährt, wenn er seinerseits auf dem Nachbesserungsanspruch beharrt und die Drittkosten bei Selbstverbesserung als Mangelfolgeschaden geltend macht. Übt er dagegen sein Wahlgestaltungsrecht zugunsten der Minderung aus, beschränkt sich sein Anspruch auf den Herabsetzungsbetrag nach **Art. 368 Abs. 2 OR** (vgl. [BGE 109 II 41/2](#)). Darüber hinausgehende Nachbesserungskosten kann er diesfalls auch nicht als Mangelfolgeschaden geltend machen, ist der zum Ersatz beanspruchte

Seite 315 (BGE_116_II_305)

Aufwand doch im Mangel selbst begründet und nicht dessen Folge (GAUCH,

Werkvertrag, S. 351 Rz. 1315).

Erwägung 7

7.- Insoweit die Klägerin aus ihrem Minderungsanspruch den geleisteten Werklohn teilweise zurückfordern kann, schuldet der Beklagte diesen Betrag nebst Zins (analog **Art. 208 OR**; GAUCH, Werkvertrag, S. 312 Rz. 1129). Auf dem Betrag zur Deckung des Mangelfolgeschadens schuldet er Schadenszins ([BGE 81 II 519](#) E. 6). Die Zinspflicht beginnt im ersten Fall im Zeitpunkt des Empfangs der rückzuerstattenden Vergütung, im zweiten Fall mit dem Eintritt des Schadens. Von dieser Rechtslage geht zutreffend auch die Vorinstanz aus. Insoweit ist die Berufung unbegründet.

Protokoll: lic. iur. M. Splisgardt

U 051-0736-00

U 851-0710-00

ÜBUNGEN ZUM RECHT (GRUNDZÜGE UND BAURECHT)

D-ARCH / MO 10-12h / HIL E1

Fall 3

Am 24. Dezember 2002 benutzte A im Skigebiet von M den Sessellift, welchen die X-AG betreibt.

Bei der Abfahrt war A gezwungen, durch eine scharfe Rechtskurve dem "Pistenrowdy" B auszuweichen, welcher ohne Rücksicht auf die anderen Pistenbenützer in einer Schussfahrt der Talstation entgegenfuhr. Wegen seines abrupten Manövers stürzte A und rutschte auf der steilen, vereisten Piste ca. 30 Meter weit in einen Masten des Liftes. Dort blieb er mit einem Unterschenkelbruch liegen. A wurde noch am gleichen Tag in einer Privatklinik operiert. Infolge eines Kunstfehlers musste er sich eine Woche später einer zweiten Operation unterziehen. A ist für längere Zeit arbeitsunfähig und fordert Schadenersatz für die Spitalkosten, den Erwerbsausfall sowie Genugtuung für die erlittene Unbill.

Gegenüber wem kann A allenfalls vorgehen?

§ 9 Literatur und Anhang

Urs Ch. Nef, Obligationenrecht für Ingenieure und Architekten, Zürich 2000, S. 159-163; 168 ; 171-173; 179; 184; 192-194; 201-202; 216-219; 221-222.

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

Vgl. BGE 126 III 113 und BGE 121 III 358 (www.bger.ch).

§ 10 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, Obligationenrecht, S. 29). Eine Obligation kann u.a. aus folgenden drei Rechtsgründen entstehen (Nef, Obligationenrecht, 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. 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.).

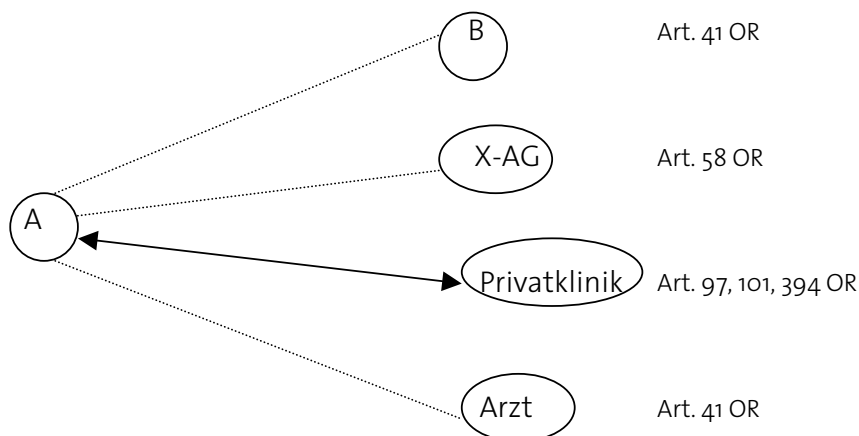
Nebst der Unterscheidung von vertraglicher und ausservertraglicher Haftung können die Haftungsarten weiter in zwei Typen aufgeteilt werden: Sowohl im vertraglichen als auch im ausservertraglichen Bereich gibt es zum einen die sog. **Verschuldenshaftung** und zum andern die sog. **Kausalhaftung**.

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).

§ 11 Lösungsskizze

I. Rechtsbeziehungen



II. Ansprüche von A gegen B

Zwischen A und B besteht kein Vertrag. Vorliegend ist deshalb zu prüfen, ob eine Haftung im ausservertraglichen Bereich von B gegenüber A entstanden ist. Im Folgenden werden die einzelnen Voraussetzungen der Grundnorm der ausservertraglichen Haftung nach Art. 41 OR untersucht.

- a) Voraussetzungen von Art. 41 OR

Vgl. vorne Fall 2, S. 25.

- b) Anwendung von Art. 41 OR im vorliegenden Fall

Vorliegend ist A ein **Schaden** (Spitalkosten, Erwerbsausfall) entstanden.

Das Verhalten von B ist **widerrechtlich**, weil sich A einen Unterschenkelbruch zuzog und deshalb seine körperliche Integrität bzw. das absolut geschützte Rechtsgut Leib und Leben verletzt wurde.

Betreffend die Kosten der ersten Operation und des daraus resultierenden Verdienstaufalles ist der **adäquate Kausalzusammenhang** gegeben: Das Verhalten von B ist nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet, einen solchen Schaden zu bewirken. Bezüglich der zweiten Operation ist zwar der natürliche Kausalzusammenhang gegeben: Ohne das rücksichtslose Verhalten von B hätte sich A auch keiner zweiten Operation unterziehen müssen. Hingegen fehlt es betreffend die Kosten der zweiten Operation und des sich daraus ergebenden Verdienstaufalles an der Adäquanz: B kann nicht für den Schaden verantwortlich gemacht werden, der als Folge der zweiten Operation entstanden ist. Ein Pistenrowdy muss nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung nicht damit rechnen, derartige Schäden hervorzurufen. Die Kosten und Folgen der zweiten Operation können seinem Verhalten nicht zugerechnet werden.

Zu prüfen bleibt, ob B ein **Verschulden** trifft: B hat A nicht mit Absicht verletzt. Sein Verhalten ist jedoch zumindest als fahrlässig, wenn nicht gar als eventualvorsätzlich (dolus eventualis) zu beurteilen, sofern er die Verletzung von A in Kauf genommen hätte. Dem Sachverhalt sind keine Anhaltspunkte zu entnehmen, die an der Urteilsfähigkeit von B Zweifel aufkommen lassen würden. Demnach ist die **subjektive Voraussetzung** für den Verschuldensvorwurf gegeben. Das rücksichtslose Fahren auf der Piste ist als ein Abweichen vom Verhalten eines durchschnittlichen, vernünftigen und korrekten Skifahrers zu betrachten. Für die Beurteilung des Verschuldens können die FIS-Regeln herangezogen werden, welche Verhaltensregeln für Skifahrer und andere Pistenbenützer statuieren. Diese Regeln verkörpern keine Gesetzesbestimmungen, wurden sie doch nicht vom Staat in einem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren, sondern von einer privaten Organisation erlassen. Sie können aber – wie vorliegend – Anhaltspunkte dafür liefern, ob eine Abweichung vom Normverhalten und damit ein Verschulden vorliegt oder nicht. FIS-Regel 3 besagt unter dem Titel "Wahl der Fahrspur": "Der von hinten kommende Skifahrer muss seine Fahrspur so wählen, dass er vor ihm fahrende Skifahrer nicht gefährdet." B hat diese Regel offensichtlich verletzt, weshalb sein Verhalten als von der Norm abweichend zu beurteilen ist. Damit ist auch die **objektive Komponente** des Verschuldens gegeben.

Da alle Voraussetzungen von Art. 41 OR erfüllt sind, haftet B gegenüber A für den aus der ersten Operation entstandenen Schaden. Bezüglich der zweiten Operation fehlt es an der Voraussetzung des adäquaten Kausalzusammenhangs, weshalb B für diesen Schaden nicht einzustehen hat.

III. Ansprüche von A gegen die X AG

1. Werkeigentümerhaftung

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**. Haftungsbegründende Ursache ist demnach nicht ein Verschulden, sondern eine bestimmte Unregelmässigkeit, ein Werkmangel (vgl. Nef, Obligationenrecht, S. 192 ff.):

- a) Voraussetzungen von Art. 58 OR

Vgl. vorne, Fall 2, S. 29.

- b) Werkeigentümerhaftung im vorliegenden Fall

Im vorliegenden Fall ist die X-AG Eigentümerin des Sessellifts und damit Haftungssubjekt der Werkeigentümerhaftung. Der Sessellift (inklusive des Mastes) entspricht der Definition des **Werkbegriffs** nach Art. 58 OR, weshalb er als Werk i.S.v. Art. 58 OR anzusehen ist. Zudem sind sowohl die Voraussetzungen des **Schadens** wie der **Widerrechtlichkeit** gegeben (vgl. vorne S. 51).

Fraglich ist, ob das Werk vorliegend einen **Mangel** aufweist. Der Masten des Liftes enthielt keinerlei Schutzvorrichtungen (z.B. Polsterung), welche den Schaden hätten verhindern können. Ein Sesselliftbetreiber muss sich des Gefahrenpotentials bewusst sein, welches von seinem Werk ausgeht. Er darf nicht damit rechnen, dass das Werk stets bestimmungsgemäss benutzt wird, sondern muss auch den erkennbaren Gefahren, die sich aus einem bestimmungswidrigen Gebrauch ergeben, wirksam entgegentreten. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung hält des-

halb dafür, dass in bestimmten Fällen (z.B. wenn ein bestimmter Neigungswinkel der Piste gegeben ist oder sich der Masten nahe an der Skipiste befindet) eine Polsterung der Skilift- oder Sesselliftmasten zur Verkehrssicherungspflicht des Werkeigentümers gehört (vgl. BGE 126 III 113; BGE 121 III 358). Vorliegend stürzte A auf einer steilen und vereisten Piste und prallte gegen den Sesselliftmasten. Da sich dieser in unmittelbarer Nähe zur Piste und in abschüssigem Gelände befindet, hätte er mit einer Schutzvorrichtung (Netz, Polsterung) versehen werden müssen. Da dies offenbar nicht geschehen ist, ist der Sessellift bzw. der Masten als Werk mangelhaft, womit auch die Voraussetzung des Werkmangels gegeben ist.

Betreffend den **Kausalzusammenhang** kann auf die Ausführungen vorne (S. 51) verwiesen werden: Demnach war der Werkmangel lediglich zum Schaden, der sich aus der ersten Operation ergeben hat, adäquat kausal, währenddem für den Schaden der zweiten Operation die Adäquanz nicht gegeben ist. Somit haftet die X-AG gegenüber A aus Art. 58 OR nur für den Schaden der ersten Operation.

2. Haftung nach Art. 1 Abs. 1 EHG i.V.m. Art. 5 Abs. 1 PBG

Das Personenbeförderungsgesetz (Bundesgesetz über die Personenbeförderung und die Zulassung als Strassentransportunternehmung vom 18. Juni 1993; Personenbeförderungsgesetz, PBG; SR 744.10) regelt die regelmässige und gewerbsmässige Personenbeförderung auf der Strasse und die Zulassung als Strassentransportunternehmung im Personen- und im Güterverkehr (Art. 1 Abs. 1 PBG). Das Gesetz gilt in überwiegendem Umfang auch für Eisenbahnen, Luftseilbahnen, Skilifte, Schlittenseilbahnen, Aufzüge und ähnliche Transportanlagen mit Seiltrieb oder Seilfahrbahn sowie für alle anderen Transportmittel, soweit diese nicht anderen Erlassen unterstehen (Art. 1 Abs. 2 PBG). Gemäss Artikel 2 des Personenbeförderungsgesetzes hat der Bund grundsätzlich das ausschliessliche Recht, Reisende mit regelmässigen Fahrten zu befördern; er verfügt m.a.W. in diesem Bereich über eine Monopolstellung. Für die gewerbsmässige, regelmässige Personenbeförderung kann das Eidgenössische Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) eine Konzession erteilen (Art. 4 PBG). Vom Personenbeförderungsregal ausgenommen ist die regelmässige Personenbeförderung, die nicht gewerbsmässig ist (Art. 3 Abs. 1 PBG). Nach Art. 5 Abs. 1 PBG sind die Schweizerische Post und die konzessionierten Unternehmungen dem Bundesgesetz vom 28. März 1905 über die Haftpflicht der Eisenbahn- und Dampfschif-

fahrtsunternehmen und der Schweizerischen Post (Eisenbahnhaftpflichtgesetz, EHG, SR 221.112.742) unterstellt.

Artikel 1 Absatz 1 des Eisenbahnhaftpflichtgesetzes lautet: "Wenn beim Bau oder Betrieb einer Eisenbahn oder bei Hilfsarbeiten, mit denen die besondere Gefahr des Eisenbahnbetriebes verbunden ist, ein Mensch getötet oder körperlich verletzt wird, so haftet der Inhaber der Eisenbahnunternehmen für den daraus entstandenen Schaden, sofern er nicht beweist, dass der Unfall durch höhere Gewalt, durch Verschulden Dritter oder durch Verschulden des Getöteten oder Verletzten verursacht ist." Die Haftung nach dem Eisenbahnhaftpflichtgesetz ist eine **scharfe Kausalhaftung** (Gefährdungshaftung; vgl. die Übersicht über die Gefährdungshaftungen bei Nef, Obligationenrecht, S. 200). Gefährdungshaftungen finden sich generell in Spezialgesetzen, welche für Bereiche erlassen wurden, in welchen nach Meinung des Gesetzgebers ein erhöhtes Schädigungspotential vorhanden ist. So gibt es etwa Gefährdungshaftungen für den Motorfahrzeughalter, den Halter eines Luftfahrzeuges oder den Inhaber einer Kernanlage. Haftpflichtig ist, wer aus dem Betrieb der Anlage wirtschaftliche Vorteile zieht und darüber die tatsächliche Verfügungsmacht ausübt.

Haftungssubjekt des Eisenbahnhaftpflichtgesetzes ist der Inhaber der Eisenbahnunternehmen. Dieser haftet für körperliche Schäden, welche beim Bau oder Betrieb der Eisenbahn entstehen. Haftungsbegründende Ursache ist damit der Bau oder Betrieb der Eisenbahn. Die Haftung setzt aber voraus, dass sich die typische Gefahr des Betriebes verwirklicht und daraus ein Schaden entstanden ist. Gefordert ist m.a.W. ein adäquater Kausalzusammenhang zwischen der Verwirklichung der Betriebsgefahr und dem Schaden.

Vorliegend betreibt die X-AG eine Sesselliftanlage. Da sie Personen regelmässig und gewerbmässig befördert, findet gemäss vorstehenden Ausführungen das Personenbeförderungsgesetz Anwendung: Die X-AG benötigt für den Betrieb der Sesselbahn eine Bundeskonzession. Da sie somit ein eidgenössisch konzessioniertes Unternehmen ist, untersteht sie dem Eisenbahnhaftpflichtgesetz und hat für Schäden einzustehen, die aus dem Betrieb der Sesselliftanlage entstehen (Art. 1 Abs. 1 EHG). A prallt in den Masten der Sesselliftbetreiberin X-AG und zieht sich Verletzungen zu. Fraglich ist aber, ob der Betrieb der Anlage zum Schaden geführt hat. Dies ist zu verneinen. Ein ungepolsterter Masten kann nicht als typische Betriebsgefahr einer Sesselliftanlage betrachtet werden, weshalb die X-AG nicht nach Art. 1 EHG haftbar ist.

IV. Ansprüche von A gegen die Privatklinik

Mit der Aufnahme des Patienten A in der Privatklinik ist zwischen A und der Klinik ein Vertrag entstanden. Das Vertragsverhältnis zwischen dem Patienten und der Klinik ist – sofern es sich nicht um ein öffentliches Spital handelt und damit öffentlich-rechtliche Normen zur Anwendung kommen – als Auftrag i.S.v. Art. 394 ff. OR zu qualifizieren (Nef, Obligationenrecht, S. 148). Die Privatklinik ist somit verpflichtet, den Auftrag vertragsgemäss auszuführen (Art. 394 Abs. 1 OR). Inhalt des Vertrages ist die sorgfältige Behandlung des Unterschenkelbruches des Patienten A. Vorliegend musste sich A infolge eines Kunstfehlers einer zweiten Operation unterziehen, weshalb der Vertrag seitens der Privatklinik nicht richtig erfüllt wurde. Da A daraus ein Schaden entstanden ist, stellt sich die Frage, ob die Privatklinik für diesen Schaden haftbar gemacht werden kann. Es sind deshalb die Voraussetzungen der vertraglichen Haftung nach Art. 97 ff. OR zu prüfen (Nef, Obligationenrecht, S. 120 und 121; vgl. vorne S.7 und 20):

- Es muss ein **gültiger Vertrag** zwischen dem Geschädigten und dem Schädiger bestehen.
- Dieser Vertrag muss durch den Schädiger (Schuldner) verletzt worden sein. Die **Vertragsverletzung** bei der vertraglichen Haftung tritt an die Stelle der Widerrechtlichkeit bei der ausservertraglichen Haftung und liegt vor, wenn der Schuldner den Vertrag nicht oder “nicht gehörig“ erfüllt hat.
- Es muss ein **Schaden** vorliegen; vgl. vorne S.7 und 26.
- Zwischen dem Schaden und der Vertragsverletzung (haftungsbegründende Ursache) muss sowohl ein **natürlicher wie ein adäquater Kausalzusammenhang** bestehen.
- Den Schuldner muss bezüglich der Vertragsverletzung ein **Verschulden** (= haftungsbegründende Ursache) treffen; vgl. dazu die Ausführungen vorne S. 8. 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.

Zu beachten ist, dass wer die Erfüllung eines Vertrages durch eine Hilfsperson vornehmen lässt, für deren Verhalten haftet, wie wenn er selbst gehandelt hätte (Art. 101 Abs. 1 OR; sog. vertragliche Hilfspersonenhaftung; Nef, S. 130 ff.; vgl. vorne S. 22). Der Geschäftsherr hat für das Verhalten der **Hilfsperson** einzustehen, wenn ihm, hätte er in gleicher Weise wie die Hilfsperson gehandelt, ein Verschulden

vorgeworfen werden könnte (sog. hypothetische Vorwerfbarkeit). Ein eigenes Verschulden des Geschäftsherrn ist nicht erforderlich, **weshalb die Hilfspersonenhaftung nach Art. 101 OR eine Kausalhaftung ist**. Der Geschäftsherr hat jedoch eine Entlastungsmöglichkeit: Er wird von seiner Haftpflicht befreit, wenn er beweisen kann, dass die Hilfsperson jene Sorgfalt angewendet hat, zu der er selber verpflichtet war (Nef, Obligationenrecht, S. 131). Es findet also – gleich wie in Art. 97 Abs. 1 OR – eine Beweislastumkehr betreffend das Verschulden (der Hilfsperson) statt.

Wie vorstehend ausgeführt, besteht zwischen A und der Privatklinik ein **Vertrag**, welcher **verletzt** wurde. Weiter ist A durch diese Vertragsverletzung ein **Schaden** entstanden. Die Vertragsverletzung ist damit **adäquat kausal** für den aus der zweiten Operation entstandenen Schaden. Die Operation wurde durch einen Arzt, der als Hilfsperson der Klinik i.S.v. Art. 101 OR zu betrachten ist, durchgeführt. Die Klinik hat deshalb für das Verhalten des Arztes einzustehen, wenn diesen ein **Verschulden** trifft und der Klinik der Entlastungsbeweis nicht gelingt. Zu prüfen bleibt somit, ob den Arzt ein Verschulden trifft: Die zweite Operation wurde aufgrund eines Kunstfehlers bei der ersten Operation notwendig. Ein solcher Fehler kann etwa aufgrund von Unwissenheit, Nachlässigkeit oder Ungeschicklichkeit entstehen. Diese Gründe stellen ein Abweichen vom Normverhalten eines Arztes dar, denn ein Patient darf davon ausgehen, dass ein korrekter und vernünftiger Arzt sorgfältig operiert und über alle für die Operation notwendigen Fachkenntnisse und Fähigkeiten verfügt und die Behandlung gewissenhaft durchführt. Ist dies nicht der Fall, ist das Verhalten des Arztes als schuldhaft anzusehen. Die Klinik wird den Entlastungsbeweis nicht erbringen können, da sie nicht nachweisen kann, dass der Arzt diejenige Sorgfalt angewendet hat, zu der sie selber verpflichtet war.

Die Privatklinik haftet gegenüber A aus Art. 394 Abs. 1 OR ff. i.V.m. Art. 97 Abs. 1 OR und Art. 101 Abs. 1 OR für den Schaden der zweiten Operation.

V. Ansprüche von A gegen den operierenden Arzt

Zwischen A und dem operierenden Arzt besteht kein Vertrag. Es kommen deshalb lediglich ausservertragliche Schadenersatzansprüche in Frage. Im folgenden werden die Voraussetzungen der allgemeinen ausservertraglichen Verschuldenshaftung nach Art. 41 ff. OR geprüft (vgl. vorne S. 25).

Da A sich einer zweiten Operation unterziehen musste und dadurch einen zusätzlichen Verdienstausfall hatte, ist ihm ein **Schaden** entstanden.

Die Operation stellt eine Körperverletzung und damit einen Eingriff in das absolut geschützte Rechtsgut Leib und Leben dar, weshalb sie grundsätzlich **widerrechtlich** ist. Liegt eine wirksame Einwilligung des Patienten in einen ärztlichen Eingriff vor, so ist der Eingriff nicht widerrechtlich, sondern durch den Rechtfertigungsgrund der Einwilligung gedeckt. Die Einwilligung setzt aber stets eine vollständige Aufklärung des Patienten über die Risiken des Eingriffs voraus (Nef, Obligationenrecht, S. 170). Die Rechtsprechung hat Grundsätze entwickelt, wann eine gültige Einwilligung vorliegt und inwiefern den Arzt eine Aufklärungspflicht trifft (vgl. etwa BGE 117 Ib 197 ff.). Darauf soll hier aber nicht weiter eingegangen werden. Im vorliegenden Fall liegt ein Kunstfehler vor, der nicht durch die Einwilligung von A in die Operation gedeckt ist. Denn für einen Kunstfehler, der stets auf einem Fehlverhalten des Arztes beruht, gibt es keine gültige Einwilligung des Patienten. Damit ist die Voraussetzung der Widerrechtlichkeit gegeben.

Zwischen dem Verhalten des Arztes und dem eingetretenen Schaden ist der **adäquate Kausalzusammenhang** gegeben: Das als Kunstfehler einzustufende Verhalten ist nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet, den Schaden, der aufgrund der notwendig gewordenen zweiten Operation entstanden ist, zu bewirken.

Wie bereits ausgeführt, trifft den operierenden Arzt ein **Verschulden**, da der Kunstfehler ein Abweichen vom Normverhalten darstellt. Im Gegensatz zur vertraglichen Haftung nach Art. 97 OR bzw. zur vertraglichen Hilfspersonenhaftung nach Art. 101 OR hat A das Verschulden des Arztes im Rahmen der Haftung nach Art. 41 OR zu beweisen.

Da alle Voraussetzungen von Art. 41 OR gegeben sind, haftet der Arzt neben der Privatklinik gegenüber A aus Art. 41 OR für den aus der zweiten Operation entstandenen Schaden.

VI. Mehrheit von Haftpflichtigen

1. Theoretische Grundlagen

Vgl. vorne S. 33.

2. Schadensaufteilung im vorliegenden Fall

Vorliegend stehen A für den Schaden der ersten Operation der Pistenrowdy B sowie die X-AG als Haftpflichtige gegenüber. Für den Schaden der zweiten Operation haften sowohl die Privatklinik als auch der operierende Arzt. Im **Aussenverhältnis** haften damit verschiedene Personen für den bei A eingetretenen Schaden. Diese Personen haften A gegenüber **solidarisch** für den Schaden, d.h. er kann sowohl von B als auch von der X-AG Ersatz des gesamten Schadens der ersten Operation, und von der Klinik wie auch dem Arzt Ersatz des gesamten Schadens der zweiten Operation fordern. Wird A von einem dieser Personen vollständig befriedigt, erlöscht auch seine Schadenersatzforderung gegenüber den übrigen Personen.

Fraglich ist jedoch, wer den bei A eingetretenen Schaden endgültig tragen muss bzw. welche **Regressansprüche** zwischen den beteiligten Haftpflichtigen bestehen. Dies beantwortet sich nach dem **Innenverhältnis**, d.h. es kommt auf das Verhältnis zwischen den Schädigern an:

Für den Schaden der ersten Operation haftet B aus unerlaubter Handlung (Art. 41 OR), währenddem die X-AG lediglich aufgrund einer einfachen Kausalhaftung (Werkeigentümerhaftung; Art. 58 OR) haftet. Nach der **Kaskadenordnung** von Art. 51 Abs. 1 OR haftet damit in erster Linie der Pistenrowdy B für den Schaden der ersten Operation. Sollte A den gesamten Schaden gegenüber der X-AG geltend machen, da sie wirtschaftlich besser gestellt sein dürfte als B, kann die X-AG gegen B Regress nehmen, sodass dieser den Schaden der ersten Operation endgültig zu tragen hat.

Für den Schaden der zweiten Operation haben sowohl die Privatklinik als auch der operierende Arzt einzustehen. Die Klinik haftet gegenüber A aus Vertrag (Hilfspersonenhaftung; Art. 101), währenddem den Arzt die Haftpflicht aus unerlaubter Handlung (Art. 41 OR) trifft. Gemäss Art. 51 Abs. 1 OR hat der Arzt den Schaden in erster Linie zu tragen. Sollte A seinen Schadenersatzanspruch gegen die Klinik geltend machen, kann diese auf den Arzt Rückgriff nehmen. Einen solchen Anspruch stützt die Klinik auf das vertragliche Verhältnis mit dem Arzt ab (Arbeitsvertrag; Art. 319ff. OR). Nach einer allerdings umstrittenen Lehrmeinung haftet der Arbeitnehmer gemäss Art. 321e Abs. 2 OR nur für grobes Verschulden voll (M. Rehbinder, Berner Kommentar, Band VI, 2. Abteilung, 2. Teilband, 1. Abschnitt, Bern 1985, N 25 ff. zu Art. 321e).

VII. Genugtuungsansprüche von A

1. Theoretische Grundlagen

Schadenersatz und Genugtuung sind stets streng auseinanderzuhalten: Im Gegensatz zum Schadenersatz, welcher als finanzieller Ausgleich einer ungewollten Vermögensverminderung definiert werden kann, ist die Genugtuung finanzieller Ausgleich von physischem und seelischem Leid. Mit der Genugtuung soll m.a.W. eine erlittene immaterielle Unbill ausgeglichen werden. Diese kann in Zusammenhang mit Tod, Körperverletzung oder einer schweren Persönlichkeitsverletzung neben der wirtschaftlich messbaren Vermögensverminderung resultieren und beruht immer auf einer Verletzung der Persönlichkeit (Nef, Obligationenrecht, S. 221 f.). Grundlage des Genugtuungsanspruchs bei einer Körperverletzung ist Art. 47 OR. Anspruchsberechtigt ist der Verletzte. Für die erfolgreiche Geltendmachung des Genugtuungsanspruches nach Art. 47 OR sind folgende Voraussetzungen erforderlich (Nef, Obligationenrecht, S. 223 f.):

- **Immaterielle Unbill:** diese kann etwa körperliche Schmerzen, seelisches Leid und verminderte Lebensfreude umfassen;
- **Widerrechtliche Verletzung:** die Verletzung der körperlichen Integrität als absolutes Recht ist stets widerrechtlich;
- **Adäquater Kausalzusammenhang** zwischen der haftungsbegründenden Ursache und der immateriellen Unbill;
- **Haftungsbegründende Ursache:** bei der Verschuldenshaftung muss ein Verschulden des Verletzers vorliegen, währenddem bei Kausalhaftungen auch ohne zusätzliches Verschulden des Verletzers eine Genugtuung zugesprochen werden kann.

2. Anwendung im vorliegenden Fall

Vorliegend hat A sowohl durch das rücksichtslose Verhalten des Pistenrowdys B als auch durch die Fehlleistung des Arztes bei der Operation eine immaterielle Unbill (körperliche Schmerzen, ev. auch seelisches Leid) erlitten. Da gemäss vorstehenden Ausführungen auch die Widerrechtlichkeit, der adäquate Kausalzusammenhang sowie die haftungsbegründende Ursache (Verschulden) gegeben sind, hat A grundsätzlich einen Anspruch auf Genugtuung aus Art. 47 OR gegen B

und den Arzt. Allerdings wird diese auf Grund der derzeitigen Rechtsprechung mangels "Schwere" der Verletzung (Art. 49 Abs. 2 OR) kaum gerechtfertigt sein (vgl. dazu die Fallgruppen und Beispiele bei Nef, Obligationenrecht, S. 224 f.). Denkbar wäre auch ein Genugtuungsanspruch von A gegen die X-AG. Allerdings dürfte ein solcher Anspruch schon deshalb gänzlich abzulehnen sein, weil das Fehlverhalten der X-AG, welches zum Werkmangel führte – unter Berücksichtigung der gesamten Umstände und im Vergleich zum Verhalten von B und vom Arzt –, nicht als gravierend zu qualifizieren ist.

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 ge-

* 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.

legentlich 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 Werkeigentümerhaftung, 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

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.

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 Schwenzer, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Bern 2003, 301, welche dieses Konzept vertreten.

7 Oftinger (FN 1), Bd. II/1, 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“.

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. Im 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 Unterhalten¹¹. 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

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“.

11 Ebenso Roberto (FN 10), 114.

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

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 eine Unsorgfalt bedeutet.“¹⁸. Die Konstruktion von „besonderen“ Sorgfaltspflichten, deren Verlet-

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.

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

zung 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 Produkthaftpflichtgesetz, 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.

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.

Bestand bezüglich der Mangelhaftigkeit des Werks Unklarheit, hat das Gericht im Rahmen der freien Beweiswürdigung gelegentlich von der eingetretenen Schädigung den Schluss auf den mangelhaften 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

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. Unter-
teilbd.: 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.

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 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 Schalterhalle 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 öffne, 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

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.

²⁶ RVJ 1989, 189 ff.

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 erwischt 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 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 Mo-

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.

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

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

torfahrzeugs den Strassenverhältnissen und den weiteren Umständen anzupassen³².

3. 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, 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

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“.

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 Ho-

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.

tels, 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. 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* aus³⁶. 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 Produkthaftpflichtgesetzes 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 Produkthaftpflicht. Beide Haftungen knüpfen an die Benutzung von

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.

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

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

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.

gefasst. 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.

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

Übungen zum Recht (Grundzüge und Baurecht) — öffentliches Recht

Fall 4: Wohnhaus

A. Sachverhalt

In der Wohnzone 4 (W4) der Gemeinde G. sind gemäss dem Baugesetz zulässig: Entweder 4 Vollgeschosse und ein zurückgestaffeltes Dachgeschoss, alle zu Wohnzwecken, oder 4 Vollgeschosse zum Wohnen und ein Sockelgeschoss, in dem nur Hilfsräume (Veloplätze, Bastelräume, Waschküchen etc.) eingerichtet werden dürfen.

Bauherr B. hatte ein Baugesuch für 4 Vollgeschosse und ein zurückgestaffeltes Dachgeschoss eingereicht. Einsprachen von Nachbarn oder andern Dritten sind nicht erhoben worden. Die kommunale Baubehörde hat das Baugesuch ohne Auflagen und Bedingungen am 30. April 2005 bewilligt. Der Bau ist Ende April 2007 vollendet worden.

Der Nachbar N. stellt fest, dass B. fünf Vollgeschosse zum Wohnen gebaut hat.

B. Fragen:

1. Worin besteht sachverhätlich der Mangel des Bauwerks?
2. Kann N. etwas gegen den Bau unternehmen? Was und in welchen Verfahren?
3. Welches sind die Aufgaben der Gemeinde im vorliegenden Fall? Muss die Gemeinde reagieren?
4. Welche Handlungsalternativen hat die Gemeinde? Nach welchen Grundsätzen muss sie Ihre Entscheide ausrichten?

C. Lösungsskizze:

1. Mangel des Bauwerkes

1.1 Baubewilligungspflicht

Gemäss Art. 22 RPG muss eine Baubewilligung eingeholt werden, damit gebaut werden kann. Die Kantone können die Voraussetzungen der Bewilligungspflicht ausdehnen. Sie dient den Behörden dazu um festzustellen, ob ein bauliches Vorhaben mit den massgebenden Vorschriften des Baurechts (des Bundes, des Kantons und der Gemeinde) übereinstimmt. Sie dient primär der präventiven Kontrolle. Sind die Voraussetzungen gegeben, muss die Bewilligung grundsätzlich erteilt werden. Deshalb spricht man auch von einer Polizeierlaubnis, da nur die Schranken des Gesetzes beachtet werden müssen. Der Gesuchsteller kann die Schranken heute aber nicht mehr ohne weiteres dem Gesetz entnehmen. Die Behörden haben oft einen Beurteilungsspielraum zur Verfügung (v.a. im Bereich der Aesthetik), weshalb nicht mehr von einer rein polizeilichen Verfügung gesprochen werden kann, sondern vielmehr von einer polizeilich-planungsrechtlichen Bewilligung. Der Neubau war ohne Zweifel bewilligungspflichtig.

1.2 Inhalt der erteilten Baubewilligung

Bauherr B hat eine Baubewilligung für vier Vollgeschosse und ein zurückgestaffeltes Dachgeschoss erhalten. Die Eingabe entsprach der rechtlichen Vorgabe, denn gemäss dem Baugesetz kann entweder ein Gebäude mit vier Vollgeschossen und einem zurückgestaffelten Dachgeschoss, alle zu Wohnzwecken, errichtet werden oder vier Vollgeschosse zum Wohnen und ein Sockelgeschoss, in dem nur Hilfsräume eingerichtet werden können.

1.3 Ausführung des Neubaus

Bauherr B hat tatsächlich aber fünf Vollgeschosse zum Wohnen gebaut, was weder der erteilten Baubewilligung noch den massgebenden gesetzlichen Grundlagen entspricht. Damit hat er die Verfügung (Baubewilligung) nicht eingehalten, sondern überschritten. Erstellt der Bauherr abweichend von der Baubewilligung eine Baute, wird von formeller Rechtswidrigkeit gesprochen, sofern diese der Bewilligungspflicht untersteht (zu diesem Begriff siehe hinten 3.2).

1.4 Fazit

Der Mangel des Bauwerkes besteht darin, dass Bauherr B fünf Vollgeschosse zum Wohnen statt der bewilligten vier und einem zurückgestaffelten Dachgeschoss errichtet hat. Damit hat er die Verfügung nicht eingehalten.

2. Beschwerdemöglichkeiten und Verfahren

2.1 Baukontrolle

Die Baukontrolle dient der Feststellung, dass die errichtete Baute oder Anlage bewilligungs- und baurechtskonform ist. I.d.R. muss der Bauherr die Vollendung des Werkes melden. Bei positivem Ausgang ergeht die Nutzungsfreigabe. Danach nehmen die Baupolizeibehörden regelmässig Kontrollen vor, um unbewilligte Änderungen und mangelhafte Zustände festzustellen.

Im vorliegenden Fall ist davon auszugehen, dass die Baupolizeibehörde noch keine Kenntnis von der Vollendung des Werkes und der Nichteinhaltung der Verfügung hat.

2.2 Verwaltungsinterne Beschwerde

Beschwerdeobjekt im verwaltungsinternen Beschwerdeverfahren ist eine Verfügung. Ausnahmsweise kann auch ein rechtsetzender Erlass Beschwerdeobjekt sein, wenn dies das kantonale Gesetz vorsieht. Beschwerdeinstanz ist nicht die verfügende Behörde, sondern i.d.R. eine hierarchisch übergeordnete oder eine spezielle Beschwerdebehörde. Mit der Beschwerde können grundsätzlich alle Mängel des Zustandekommens und des Inhaltes der angefochtenen Verfügung geltend gemacht werden.

N kann sich nicht gegen die Verfügung beschweren, da sie rechtskräftig ist. Voraussetzungen für eine Beschwerdeführung ist neben der Beschwerdeberechtigung die Erhebung einer Einsprache (Einwendung) während des Auflageverfahrens und die Einhaltung der Beschwerdefrist von in der Regel 30 Tagen nach Eröffnung der erteilten Baubewilligung.

N kann gegen die Baubewilligung selbst nichts mehr unternehmen.

Da ein sonstiges Handeln der Verwaltung und damit ein Beschwerdeobjekt fehlt, ist eine Beschwerde nicht möglich.

2.3 Anzeige an die verfügende Behörde

Der Nachbar kann die verfügende Behörde darauf aufmerksam machen, dass die Baute nicht rechtmässig ist (nicht der Bewilligung entspricht).

Die Behörde ist grundsätzlich gehalten, gegen Baurechtswidrigkeiten einzuschreiten; sie muss deshalb auch Anzeigen von Privaten, die auf solche Verhältnisse hinweisen, nachgehen. Handelt es sich beim Anzeiger um einen Nachbar und werden seine geschützten Nachbarinteressen durch baurechtswidrige, eigenmächtig erstellte Bauten beeinträchtigt, hat er einen Anspruch auf das Einschreiten der Baubehörde.

2.4 Rechtsverweigerungsbeschwerde

Der beeinträchtigte Nachbar kann diesen Anspruch mittels Rechtsverweigerungsbeschwerde durchsetzen, wenn die zuständige Behörde trotz dieses Anspruchs passiv bleibt. Bei diesem Rechtsmittel handelt es sich um ein förmliches, welches an einer Gerichtsinstanz erhoben wird. Das Verbot der Rechtsverweigerung wird verletzt, wenn eine Gerichts- oder Verwaltungsbehörde untätig bleibt oder das gebotene Handeln unnötig hinauszögert, obwohl sie zum Tätigwerden verpflichtet wäre. Diese Beschwerde ist aber nur dann möglich, wenn der Betroffene einen Anspruch auf Behandlung seiner Begehren hat.

Das Verbot der Rechtsverweigerung ergibt sich aus den Verfahrensgarantien (Art. 29 BV).

2.5 Aufsichtsbeschwerde

Bei der Aufsichtsbeschwerde handelt es sich um einen formlosen Rechtsbehelf, durch den eine Verfügung oder eine andere Handlung oder Unterlassung einer Verwaltungsbehörde bei deren Aufsichtsbehörde beanstandet und darum ersucht wird, die Verfügung abzuändern oder aufzuheben oder eine andere – zum Beispiel disziplinarische Massnahme zu treffen. Aufsichtsbeschwerden richten sich an die für die kritisierte Behörde zuständige Aufsichtsinstanz. In der Regel handelt es sich dabei um eine übergeordnete Verwaltungsbehörde.

Mit der Aufsichtsbeschwerde soll auf einen bestimmten Sachverhalt aufmerksam gemacht werden, der ein aufsichtsrechtliches Einschreiten gebietet, dazu ist deshalb

jedermann legitimiert. Im Gegensatz zur verwaltungsinternen Beschwerde ist ein persönliches Betroffensein nicht erforderlich.

N als Nachbar hat damit die Möglichkeit, eine Aufsichtsbeschwerde an eine übergeordnete Instanz anzubringen mit dem Rügegrund, dass die verfügende Behörde nach erfolgter Anzeige nichts gegen den rechtswidrigen Zustand unternommen hat.

2.6 Fazit

Der ordentliche Beschwerdeweg bleibt N verwehrt, da kein Rügegrund ersichtlich und die Frist abgelaufen ist. Er kann Anzeige bei der verfügenden Behörde erstatten und auf die rechtswidrigen Zustände aufmerksam machen. Bleibt diese untätig, kann N eine Rechtsverweigerungsbeschwerde und/oder eine Aufsichtsbeschwerde erheben. Zu empfehlen ist aber die Rechtsverweigerungsbeschwerde, da sie als förmliche Beschwerde einen Anspruch auf Behandlung gewährleistet.

3. Aufgaben der Gemeinde

3.1 Vollzug Gesetze

Die Gemeinde ist zuständig für den Vollzug ihrer Baugesetze. Liegt eine Gesetzeswidrigkeit vor, müssen die zuständigen Organe der Gemeinde von Amtes wegen einschreiten.

Die meisten kantonalen Baugesetze sehen vor, dass die zuständige Gemeindebehörde über die Entfernung oder die Abänderung rechtswidrig ausgeführter Bauten und Anlagen sowie der Wiederherstellung des früheren Zustandes zu verfügen hat, wenn die Ausführung den gesetzlichen Vorschriften oder den genehmigten Plänen nicht entspricht oder sonst ein unrechtmässiger Zustand geschaffen wurde.

Gelangt N an die zuständige Baubehörde der Gemeinde und macht auf die momentan unzulässigen Verhältnisse aufmerksam, so ist diese, wie schon erwähnt, verpflichtet einzuschreiten.

3.2 Formelle und materielle Rechtswidrigkeit

Eine Baute ist formell rechtswidrig, wenn sie der Bewilligungspflicht unterliegt und ohne Baubewilligung oder in Abweichung der erteilten Baubewilligung erstellt wurde.

Bauherr B hat ohne Baubewilligung ein fünftes Vollgeschoss zum Wohnen errichtet, damit liegt eine formelle Rechtswidrigkeit vor.

Materiell rechtswidrig ist die Baute, wenn sie inhaltlich nicht hätte bewilligt werden dürfen.

In casu liegt auch eine materielle Rechtswidrigkeit vor, falls im nachträglichen Bewilligungsverfahren (Siehe unten 3.3) keine Ausnahmegewilligung erteilt wird.

Bei materieller Rechtswidrigkeit besteht grundsätzlich ausreichender Anlass zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes, was sich schon aus dem Legalitätsprinzip ergibt. Die Gemeinde G. ist damit von Amtes wegen verpflichtet, einzuschreiten.

3.3 Nachträgliches Baubewilligungsverfahren

Die Baute hält die massgebenden Bauvorschriften nicht ein oder sie entspricht nicht der erhaltenen Bewilligung. Der Mangel kann mittels Durchführung eines nachträglichen Bewilligungsverfahrens behoben werden.

Dabei handelt es sich um keine Sanktion, sondern um eine Bereinigung eines verfahrensrechtlich rechtswidrigen Zustandes. Es dient der Überprüfung, ob die Baute, so wie sie vorhanden ist, bewilligungsfähig ist.

Die Gemeindebehörde muss vor anderen Massnahmen ein nachträgliches Bewilligungsverfahren durchführen. Zieht die Behörde eine Abbruchverfügung in Betracht, muss sie damit vorweg prüfen, ob nicht eine Ausnahmegewilligung erteilt werden kann. Wird eine solche erteilt, ist die Baute nicht materiell rechtswidrig.

Fazit: Eine ordentliche Bewilligung kommt nicht in Frage, da das Gebäude mit den fünf Vollgeschossen zum Wohnen in der Wohnzone 4 nicht dem Gesetz entspricht. Aber auch eine Ausnahmegewilligung wird in diesem Fall kaum gewährt. Ansonsten bestünde die Gefahr, dass jeder in dieser Masse versucht, entgegen den Vorschriften zu bauen.

3.4 Strafverfahren

Die Gemeindebehörde ist ebenfalls zur Einreichung einer Strafanzeige wegen Bauens ohne Baubewilligung verpflichtet.

Durch die Strafanzeige wird das Strafverfahren unabhängig vom Verwaltungsverfahren ins Rollen gebracht. Falls durch die Gemeinde doch eine Ausnahmegewilligung erteilt wird, kommt B nicht unbedingt ungestraft davon. Schliesslich darf er für sein formell-rechtswidriges Verhalten nicht belohnt werden. Bauen ohne Baugewilligung ist ein strafrechtlich relevantes Fehlverhalten.

4. Handlungsalternativen der Gemeinde

4.1 Pflicht zur Umsetzung der Baugewilligung

Gebäude oder Teile von solchen, die gesetzeswidrig sind, müssen grundsätzlich abgebrochen werden. Bauten, die dem geltenden Recht widersprechen, sind demnach zu beseitigen. Wie bei allen Verwaltungshandlungen ist aber auch hier das Verhältnismässigkeitsprinzip zu beachten.

4.2 Verhältnismässigkeit

Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit verlangt, dass die Massnahmen der Verwaltung zur Verwirklichung des im öffentlichen Interesse liegenden Ziels **geeignet** und **erforderlich** sind. Zudem muss der angestrebte Zweck in einem **vernünftigen Verhältnis** zu den auferlegten Belastungen der Privaten stehen.

Auf die Verhältnismässigkeit kann sich auch ein bösgläubiger Bauherr berufen. Bösgläubig handelt, wer vorsätzlich oder fahrlässig ohne Baugewilligung oder in Abweichung einer solchen baut. Es ist anzunehmen, dass B, der die Baugewilligung sehr gut kannte (sie entsprach seinem eigenen Baugesuch) bösgläubig gehandelt hat. Der Bösgläubige darf aber – im Gegensatz zum Gutgläubigen – nicht erwarten, dass eine Interessenabwägung zu seinen Gunsten ausgeht.

4.2.2 Eignung

Die Verwaltungsmassnahme muss geeignet sein, um das im öffentlichen Interesse angestrebte Ziel zu erreichen. Zu prüfen ist damit die Zwecktauglichkeit einer Massnahme. Der Rückbau des fünften Vollgeschosses zum Wohnen ist ohne weiteres geeignet, den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen. Damit wäre die Baugewilligung eingehalten.

4.2.3 Erforderlichkeit

Die Massnahme hat zu unterbleiben, wenn eine gleich geeignete, aber mildere Massnahme herangezogen werden kann, um den gleichen Erfolg zu bewirken.

Eine Abbruchverfügung darf nur dann erlassen werden, wenn diese bei objektiver Betrachtung als die einzig geeignete erscheint, um einen aktuellen baurechtswidrigen Zustand zu beheben.

a) Belassen der Baute

Kann die baurechtswidrige Baute (oder ein Bauteil) nicht bewilligt werden, so ist zwischen den Interessen an der Rechtsdurchsetzung und an der Beibehaltung des bestehenden Zustandes abzuwägen. Dabei ist das Interesse an der richtigen Durchführung des objektiven Rechts grundsätzlich gewichtiger. Ein Abbruch kann nur dann unterbleiben, wenn die Abweichung vom Erlaubten unbedeutend ist oder unter den besonderen Umständen des Einzelfalls nur ein geringes öffentliches Interesse an der Einhaltung der Bauvorschriften besteht (BGE 111 Ib 221), wenn die berührten öffentlichen Interessen den Schaden, der einem Eigentümer aus dem Abbruch entsteht, nicht zu rechtfertigen vermögen. Geringfügig ist eine Abweichung dann, wenn nur wenig von der materiellen Vorschrift abgewichen wird und sie der Bauherrschaft nur einen geringen Nutzen bringt.

Trifft diese Voraussetzung nicht zu, so ist der rechtmässige Zustand wiederherzustellen. Eine andere Lösung würde nur die Verletzung von Bauvorschriften honorieren.

Die Höhe der Kosten ist i.d.R nicht von Bedeutung.

Im vorliegenden Fall ist die Abweichung nicht geringfügig. Das erlaubte Nutzungsmass wird erheblich überschritten.

Bevor ein Abbruchbefehl angeordnet wird, hat die Behörde zu prüfen, ob eine andere mildere Massnahme den rechtmässigen Zustand wiederherstellt.

b) Nutzungsänderung

Eine andere geeignete Massnahme könnte ein Verbot sein, das fünfte Vollgeschoss zu Wohnzwecken zu nutzen, oder die Bedingung, ein Wohnvollgeschoss in einen Bastelraum oder das Erdgeschoss in einen Veloabstellraum umzuwandeln. Die Gemeinde G. kann also eine Nutzungsänderung vorschreiben, die eindeutig eine

mildere Massnahme als die Rückbauverfügung darstellt. Die Nutzungsänderung ist somit geeigneter, den rechtskonformen Zustand wiederherzustellen.

c) Fazit

Die Gemeinde G. kann keine Verfügung erlassen, welche beinhaltet, das fünfte Vollgeschoss zurückzubauen, da die Verhältnismässigkeit nicht gegeben ist.

Vielmehr kann eine Massnahme in Betracht gezogen werden, die den rechtmässigen Zustand gleichermassen wiederherstellt und nur die Nutzung des Gebäudes betrifft.

4.2.4 Verhältnismässigkeit von Eingriffszweck und Eingriffswirkung

Diese Prüfung erübrigt sich, da eine Rückbauverfügung an der Erforderlichkeit scheitert.

4.3 Ersatzvornahme

Jeder Verhaltens- oder Zustandsstörer kann zur Beseitigung eines ordnungswidrigen Zustandes herangezogen werden.

Die Verfügung richtet sich an Bauherr B. Der Störer muss die gesetzwidrige Baute entfernen oder die rechtmässige Lage durch eine andere vorgegebene Massnahme wiederherstellen.

Tut er dies nicht, kann die zuständige Behörde eine Ersatzvornahme anordnen. Das heisst, die Verwaltung selbst oder ein beauftragter Dritter wird den Abbruch oder die andere Massnahme auf Kosten des Störers vornehmen. Die Handlung muss zuvor angedroht werden.

Weigert sich Bauherr B das fünfte Vollgeschoss anzupassen, wird die Baupolizeibehörde zur Ersatzvornahme greifen.

4.4 Unmittelbarer Zwang

Wenn der Handlungspflichtige eine Ersatzvornahme gewaltsam verhindert oder wenn eine schwere Gefährdung der öffentlichen Sicherheit unmittelbar droht oder eine schwere Störung bereits eingetreten ist, kann die Verwaltung direkt eingreifen. Auch hier ist das Verhältnismässigkeitsprinzip von Bedeutung.

Ist keine Gefährdung vorhanden und wurde die Ersatzvornahme nicht gewaltsam verhindert, so kommt der unmittelbare Zwang nicht in Frage.

4.5 Verwaltungsstrafen

Wenn es ein Gesetz oder eine Verordnung vorsieht, kann bei Verletzung des Baurechts die zuständige Verwaltungsbehörde eine Busse auferlegen. Die Verwaltungsstrafen dienen der Sanktionierung von Verstößen gegen das Verwaltungsrecht und bezwecken damit dessen Durchsetzung, während das Strafrecht andere Rechtsgüter schützt.

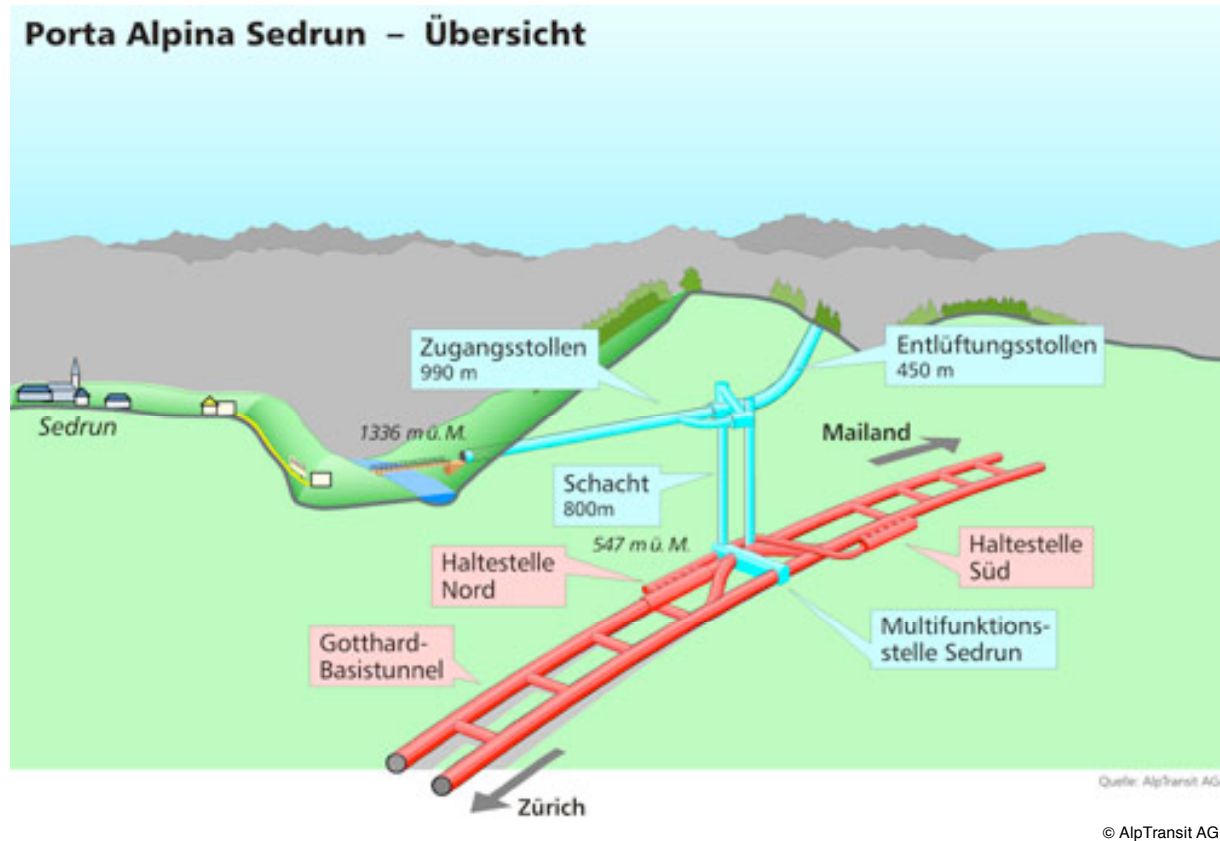
B könnte für sein rechtswidriges Bauen eine Busse erhalten.

4.6 Fazit

Einen Abbruchbefehl wird die Gemeinde G. mangels Verhältnismässigkeit nicht erteilen. Vielmehr wird eine andere geeignete, mildere Massnahme angeordnet, die durch eine Ersatzvornahme ausgeführt werden kann, falls der Bauherr B nicht handelt. Da es sich bei der Lösung, die nur eine Nutzungsänderung vorsieht, um eine von der bewilligten verschiedene Baute handelt, ist ein neues Baubewilligungsverfahren durchzuführen.

Übungen zum Recht (Grundzüge und Baurecht) – öffentliches Recht

Fall 5:



A. Sachverhalt:

Für den Bau des Gotthard-Basistunnels (rot) wurde südlich von Sedrun ein Bauzugang realisiert. Über einen 800 m tiefen vertikalen Schacht (blau) gelangt man auf das Tunnelniveau, von wo aus der Tunnel nach Norden und Süden vorgetrieben wird. Die im Gotthard-Basistunnel vorgesehene Nothalte- und Multifunktionsstation Sedrun (blau) soll zu einer permanenten Haltestelle ausgebaut werden. Mit dieser Umsteigestation kann die Surselva mit einem Lift direkt erreicht werden. Dadurch würde die Region direkt an das europäische Hochleistungs-Eisenbahnnetz angeschlossen

B. Fragen:

1. Welche planungs- und baurechtlichen Entscheide sind bis zur Inbetriebnahme der Porta Alpina notwendig?
2. Für welche Belange und Entscheide ist der Bund, sind die Kantone und ist die Gemeinde Sedrun zuständig?
3. Welche Kriterien sind für die planungs- und baurechtlichen Entscheide massgebend?

Frage 1: Welche planungs- und baurechtlichen Entscheide sind bis zur Inbetriebnahme der Porta Alpina notwendig?

1. Frage zur Einholung einer Baubewilligung / Massgebendes Verfahren

Zunächst stellt sich die Frage, ob die Anlagen der Porta Alpina Sedrun Bauten im Sinne des Raumplanungsgesetzes sind. Sodann ist zu prüfen, ob es sich um Bauten im Bereich des Eisenbahnrechts handelt. Wenn dies bejaht wird, stellt sich die Frage der Planungskompetenz (Bund oder Kanton).

Bei der Haltstelle Süd, der Haltstelle Nord, der Multifunktionsstelle Sedrun, dem 800 Meter tiefen Schacht vom Zugangs- und Entlüftungsstollen zu den Tunnelröhren inklusive dem darin zu errichtenden Lift, dem Zugangsstollen selbst wie auch dem Portal auf 1336 m.ü.M. handelt es sich allesamt um Bauten oder Anlagen im Sinne des Raumplanungsgesetzes, da unter einer Baute eine künstlich geschaffene und auf Dauer angelegte Einrichtung in fester Beziehung zum Erdboden, welche zudem geeignet ist, die Vorstellung über die Nutzungsordnung zu beeinflussen, verstanden wird (vgl. BGE 113 Ib 315).

Deswegen ist dafür grundsätzlich eine Baubewilligung nötig, zumal das Bundesrecht nach Art. 22 Abs. 1 RPG einheitlich für die ganze Schweiz die Pflicht begründet, eine Baubewilligung einzuholen.

Im vorliegenden Fall geht es um ein Areal (Haltstelle Süd, der Haltstelle Nord, der Multifunktionsstelle Sedrun, dem 800 Meter tiefen Schacht vom Zugangs- und Entlüftungsstollen zu den Tunnelröhren bzw. der Lift darin, dem Zugangsstollen selbst wie auch dem Portal), das vorwiegend dem Bahnbetrieb dient und deshalb grundsätzlich der Eisenbahnhoheit des Bundes und nicht dem kommunalen und kantonalen Planungsrecht unterliegt (Art. 18 EBG).

Im Bereich des Eisenbahnrechts hält Art. 18 Abs. 3 EBG fest, dass Bauten und Anlagen, die unmittelbar dem Bahnbetrieb dienen, vom kantonalen Verfahren befreit sind. Damit soll gewährleistet werden, dass das Verfahren, der Entscheid wie auch der Rechtsmittelweg konzentriert werden. Dabei müssen die materiellen Vorschriften des Kantons im Bewilligungsverfahren des Bundes (Plangenehmigungsverfahren) berücksichtigt werden, soweit die einzelnen Anordnungen den Bahnbetrieb nicht unverhältnismässig einschränken (Art. 18 Abs. 3 EBG). Andere Bauten und Anlagen der Bahnen (so genannte Nebenanlagen) sind von den kantonalen Bewilligungsverfahren nicht befreit (vgl. Art. 18m EBG).

1.1 Frage der Abgrenzung von Nebenanlagen

Die Abgrenzung zwischen den dem Bahnbetrieb dienenden von den übrigen Bauten erweist sich in der Praxis oft als schwierig. Im Zusammenhang mit Eisenbahnanlagen hat das Bundesgericht verschiedene Abgrenzungskriterien entwickelt. Primär wird auf den Verwendungszweck der Baute oder Anlage oder des betroffenen Teils abgestellt. Gefordert wird ein Zweck, der in einem engen, unmittelbaren Zusammenhang mit dem Bau und Betrieb der jeweiligen Anlage steht.

Beispielsweise gelten Lagerhallen nur dann als Bauten im Sinne des EBG, wenn sie im Hinblick auf den unmittelbar bevorstehenden Bahntransport oder zwecks Weiter-

leitung nach dem Transport als Zwischenlager für Bahngüter dienen und zu diesem Zweck aus einleuchtenden bahnbetrieblichen Gründen in unmittelbarer Nähe eines Bahnhofs bzw. der Geleiseanlagen erstellt werden müssen; einer kantonalen Bewilligung bedarf jedoch beispielsweise ein Bauvorhaben eines Gewerbetriebes für die Lagerung, Sortierung und Zerkleinerung von Altmetall im Hinblick auf dessen Weitertransport per Bahn (vgl. BGE 111 Ib 38).

Der unmittelbare Zusammenhang mit dem Bahnbetrieb ist bei Geleise- und Perronanlagen sowie den dazugehörigen Untergeschossen, Sicherheitseinrichtungen, Stellwerkanlagen oder Stromverteilungsnetzen und bei Lokomotivdepots, Stations- und Bahnhofgebäuden zu bejahen, weswegen das Plangenehmigungsverfahren nach EBG einschlägig ist.

1.2 Mischbauten

So genannte Mischbauten, welche nicht ausschliesslich dem jeweiligen Betrieb dienen, sondern auch einen betriebsfremden Teil beinhalten, unterliegen dem eisenbahnrechtlichen Genehmigungsverfahren, wenn der bahnbetriebliche Teil überwiegt (vgl. Art. 18 Abs. 1 EBG).

Das Bundesgericht entschied in einem Fall betreffend den Hauptbahnhof Zürich, dass sogar auf ein Ladenzentrum von erheblicher Grösse (Shopville), welches in eine Bahnhofanlage eingebaut wurde, das eisenbahnrechtliche Plangenehmigungsverfahren zur Anwendung komme, wenn es im Vergleich mit dem Gesamtbauwerk flächen- und volumenmässig von untergeordneter Bedeutung und baulich und funktionell völlig in dieses einbezogen sei (vgl. BGE 122 II 265 E. 5). Folgendes Beispiel diene als Gegenüberstellung: Ein als Allee ausgeschiedener Bereich diene in erster Linie dem Fussgängerverkehr und zwar nicht nur demjenigen vom und zum Bahnhof, sondern allen an der Bahnhofstrasse zirkulierenden oder die Gleisunterführung benützenden Fussgängern, wobei ein besonders enger Zusammenhang dieser Fläche mit den eigentlichen Betriebseinrichtungen der Bahn nicht ersichtlich war, weswegen das betreffende Grundstück in die kommunale Nutzungsplanung einbezogen wurde (ZBI 1996 373 ff., BGE 1A.147/1994).

1.3 Behandlung von allfälligen Nebenanlagen

Übrige Bauten, d.h. solche, die nicht ganz oder überwiegend dem Bahnbetrieb dienen (sog. Nebenanlagen), werden nicht von der Einholung kantonalen bzw. kommunaler Bewilligungen befreit (vgl. BGE 115 Ib 166, E. 3a). Sie unterstehen vollumfänglich dem kantonalen Planungs- und Baurecht und werden somit in die kantonale bzw. kommunale Nutzungsplanung einbezogen. Als solche gelten im Eisenbahnrecht Bauten und Anlagen, die den oben genannten Kriterien nicht entsprechen, gleichgültig ob diese inner- oder ausserhalb des Bahnareals liegen. Darunter können beispielsweise Postbahnhöfe, Mietwohnungen, Hotels, Reisebüros, Verwaltungsgebäude oder Anschlussgleise fallen.

Sofern es sich nicht um eine in allen Bauzonen zonenkonforme Baute oder Anlage handelt, bedürfen demnach **betriebsfremde** Bauten oder Anlagen aufgrund des Systems des RPG auch noch eines planerischen Zulassungsentscheids, d.h. der Änderung des kantonalen Richtplans und des kommunalen Nutzungsplans.

Die Nebenanlagen dürfen zudem nur mit Zustimmung der Bahnunternehmung

bewilligt werden, wenn die Nebenanlage entweder Bahngrundstücke beansprucht oder an solche angrenzt oder die Betriebssicherheit beeinträchtigen könnte (vgl. Art. 18m Abs. 2 lit. a und b EBG).

1.4 Planungshoheit betreffend Anlagen der Porta Alpina Sedrun

Bei den Einrichtungen der Umsteigestation Porta Alpina Sedrun (Haltestelle Süd, der Haltestelle Nord, der Multifunktionsstelle Sedrun, dem 800 Meter tiefen Schacht vom Zugangs- und Entlüftungsstollen zu den Tunnelröhren bzw. der Lift darin, dem Zugangsstollen selbst wie auch dem Portal) handelt es sich um Anlagen, die unmittelbar oder zumindest überwiegend dem Bahnbetrieb dienen. Aus diesem Grund ist für die Inbetriebnahme das so genannte Plangenehmigungsverfahren einschlägig.

Als Nebenanlage ist eine allfällige Zufahrtsstrasse zu qualifizieren, welche der kantonalen bzw. kommunalen Planungshoheit untersteht. Sollte der Zubringerdienst auf der Schiene vom Bahnhof Sedrun zum Lift erfolgen, würde dieser wiederum dem EBG und damit der Planungshoheit des Bundes unterstehen. Bei allfälligen weiteren Anlagen (z.B. Tourismusanlagen) wäre zu prüfen, ob diese dem Bahnbetrieb unmittelbar oder überwiegend dienen. Wenn dies verneint wird, unterstehen sie der kantonalen und kommunalen Planungshoheit.

2. Plangenehmigungsverfahren

Nach Art. 18 Abs. 1 des Eisenbahngesetzes (EBG; SR 742.101) dürfen Bauten und Anlagen, die ganz oder überwiegend dem Bau und Betrieb einer Eisenbahn dienen (Eisenbahnanlagen), nur mit einer Plangenehmigung erstellt oder geändert werden. Was als Eisenbahn im Sinne des Eisenbahngesetzes gilt, wird in Art. 1 Abs. 2 EBG umschrieben. Danach sind Eisenbahnen Unternehmungen, die nach ihrer Zweckbestimmung von jedermann zur Beförderung von Personen und Gütern benützt werden können und deren Fahrzeuge auf oder an Schienen laufen.

Mit der Plangenehmigung wird festgestellt, dass die Vorschriften der Eisenbahnverordnung und der Ausführungsbestimmungen eingehalten sind (vgl. Art. 6 Abs. 2 der Verordnung vom 23. November 1983 über Bau und Betrieb der Eisenbahnen [Eisenbahnverordnung, EBV; SR 742.141.1]). Gegenstand der Plangenehmigung sind nur bauliche und technische Massnahmen. Die Plangenehmigungsverfügung gilt gleichzeitig als Baubewilligung (vgl. Art. 6 Abs. 3 EBV), welche einzig zum Ziel hat festzustellen, dass keine öffentlichen Interessen der Erstellung des Werkes in der geplanten Form entgegenstehen (vgl. BGE 101 Ib 277 E. 2d).

Mit der Plangenehmigung werden alle nach Bundesrecht erforderlichen Bewilligungen erteilt (vgl. Art. 18 Abs. 3 EBG). Kantonale Pläne und Bewilligungen sind nicht erforderlich (vgl. Art. 18 Abs. 4 Satz 1 EBG). Das kantonale Recht ist jedoch zu berücksichtigen, soweit es die Bahnunternehmung in der Erfüllung ihrer Aufgaben nicht unverhältnismässig einschränkt (vgl. Art. 18 Abs. 4 Satz 2 EBG). Die zuständige Behörde darf die Genehmigung nicht versagen, wenn das geplante Werk im Einklang mit den Vorschriften des Bundesrechts steht.

3. Raumplanerische Bewältigung auf kantonaler und kommunaler Ebene (Richtplan sowie Nutzungs- und Zonenplan)

Bei der Umsteigestation der Porta Alpina Sedrun (Haltestelle Süd, der Haltestelle

Nord, der Multifunktionsstelle Sedrun, dem 800 Meter tiefen Schacht vom Zugangs- und Entlüftungsstollen zu den Tunnelröhren bzw. der Lift darin, dem Zugangsstollen selbst wie auch dem Portal) handelt es sich um ein Areal, das dem Bahnbetrieb dient und deshalb grundsätzlich der Eisenbahnhoheit des Bundes und nicht dem kommunalen und kantonalen Planungsrecht unterliegt (Art. 18 EBG).

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, wie sich das Plangenehmigungsverfahren auf die Planungsinstrumente des Kantons (Richtplan) bzw. der Gemeinde (Nutzungsplan) auswirkt.

3.1 Gegenstand eines Richtplans

Das Raumplanungsgesetz des Bundes sieht in den Art. 6 ff. RPG vor, dass die Kantone die Ergebnisse ihrer Richtplanung in einem Richtplan festhalten. 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 (kommunalen) Nutzungspläne. 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 trifft er keine verbindliche Ordnung; man spricht daher von der so genannten Behördenverbindlichkeit der Richtpläne.

Der Richtplan soll nach Art. 6 Abs. 3 lit. a und lit. b RPG auch Aufschluss über den Stand und die anzustrebende Entwicklung der Besiedlung, des Verkehrs, der Versorgung und der Errichtung öffentlicher Bauten und Anlagen geben. Die Anlage der Porta Alpina Sedrun wird demnach im kantonalen Richtplan Eingang finden müssen, zumal es sich um eine öffentliche Baute und Anlage handelt, welche zudem Auswirkungen auf den Verkehr wie auch die Besiedlung der Region haben wird.

Das Verhältnis zwischen kantonalem Richtplan und dem Sachplan des Bundes wird eingehend unter Frage 2 Ziff. 2 behandelt.

3.2 Pflicht des Bundes zur Erstellung eines Sachplans

Neben dem kantonalen Richtplan sowie dem eigenen Plangenehmigungsverfahren wird der Bund einen Sachplan nach Art. 13 RPG erstellen müssen, da das ganze Vorhaben Alpen transit eine raumwirksame Aufgabe des Bundes ist. Nach Art. 14 Abs. 1 RPV (Raumplanungsverordnung; SR 700.1) erstellt der Bund Sachpläne zur Planung und Koordination seiner Aufgaben, soweit sich diese erheblich auf Raum und Umwelt auswirken. Dies ist in casu gegeben, zumal es sich bei der Porta Alpina Sedrun wie auch dem Alpen transit schlechthin um ein grösseres Bauvorhaben handelt, welches durch die bessere Erschliessung erhebliche Auswirkungen (evtl. sogar hinsichtlich der Besiedlung) auf die Region Gotthard und insbesondere die Surselva hat.

Die Planung funktioniert im Raumplanungsrecht nach dem so genannten „Gegensstromprinzip“. Nach Art. 6 Abs. 4 RPG sind die Kantone verpflichtet, die Sachpläne des Bundes bereits bei der Grundlagenfertigung zu berücksichtigen. Umgekehrt wird der Bund nach Art. 17 Abs. 1 Satz 2 RPV verpflichtet, bei der Erarbeitung oder Anpassung eines Sachplans den kantonalen Richtplan zu berücksichtigen. Damit beruht die Rücksichtnahme bezüglich der Planung auf Gegenseitigkeit. Weder dem Sach-

noch dem Richtplan kommt für den Planungsprozess der Vorrang zu. Einschränkend ist dabei festzuhalten, dass der Bund sämtliche für die Realisierung eines Vorhabens erforderlichen Anordnungen in einer für die Kantone verbindlichen Art treffen kann (vgl. Art. 23 Abs. 1 RPV).

Im Zuge des Erstellens des Sachplans hat der Bund bzw. die zuständige Bundesstelle für eine gedeihliche Zusammenarbeit mit den betroffenen Behörden des Bundes, der Kantone und des benachbarten Auslands besorgt zu sein (vgl. Art. 18 Abs. 1 lit. a RPV). Wenn ein geltender kantonaler Richtplan die Erreichung der mit einem Sachplan angestrebten Ziele verhindern oder unverhältnismässig erschweren würde, so haben der Kanton und die zuständige Bundesstelle die Verfahren für die entsprechende Anpassung des Richtplans und für die Erarbeitung des Sachplans miteinander zu koordinieren (vgl. Art. 18 Abs. 2 RPV).

Während des Verfahrens sind der betroffene Kanton, die Gemeinden sowie die betroffene Bevölkerung in geeigneter Weise anzuhören (vgl. Art. 19 Abs. 1 RPV). Sollten Widersprüche zwischen dem Sachplan und dem Richtplan festgestellt werden, so sind diese – sofern sie nicht anderweitig ausgeräumt werden können – in einem Bereinigungsverfahren zu erledigen (vgl. Art. 20 Abs. 2 und 3 RPV). Die Auswirkungen des Betriebs der Porta Alpina Sedrun auf den Kanton und die Gemeinden sind im Richtplanverfahren zu ermitteln.

Der Sachplan hat dabei Sachziele, die Abstimmung der Raumordnungsziele, die Mittel wie auch die Koordination der verschiedenen Behörden zum Gegenstand (vgl. Art. 14 Abs. 2 und 3 RPV). Ein solcher Sachplan („Sachplan Alptransit“) besteht für das ganze NEAT-Bauvorhaben seit dem 1. März 1999. Dieser Sachplan wird aufgrund der Planung der Porta Alpina Sedrun angepasst werden müssen.

3.3 Gegenstand eines Nutzungs- bzw. Zonenplans

Unter Nutzungsplanung versteht man die Erarbeitung einer raumplanerischen Nutzungsordnung. Mit ihr wird bezüglich Ort, Art und Mass die zulässige Bodennutzung eigentümerverbindlich festgelegt (Art. 21 Abs. 1 RPG). Hauptaufgabe der Nutzungsplanung bildet dabei die Trennung von Bau- und Nichtbaugebiet, wobei das Ergebnis dieses Planungsprozesses der Nutzungsplan ist (Art. 14 Abs. 1 RPG).

Nutzungspläne sind demnach Regeln, die Zweck, Ort und Ausmass der zugelassenen Bodennutzung allgemeinverbindlich festlegen und zwar unter Berücksichtigung der Richtpläne (vgl. Art. 26 Abs. 2 RPG).

Der Zonenplan ist eine Art Nutzungsplan, welcher als Rahmennutzungsplan ein Gemeindegebiet den Hauptnutzungszonen des RPG zuteilt. Das RPG sieht in Art. 14 Abs. 2 RPG drei Zonenarten vor: Die Bauzone, die Landwirtschaftszone und die Schutzzone. Die bundesrechtliche Zonenordnung ist jedoch nicht abschliessend. Das kantonale Recht kann vielmehr weitere Nutzungszonen vorsehen. Im Kanton Graubünden gibt es Bau-, Landwirtschafts- und Schutzzone (vgl. Art. 26 Abs. 2 Raumplanungsgesetz für den Kanton Graubünden (KRG); BR 801.100). Dabei wird die Bauzone im Kanton Graubünden noch weiter unterteilt.

Da das Bahnareal aufgrund des Plangenehmigungsverfahrens im raumplanerischer Hinsicht dem Bund untersteht, wird es keiner der genannten Zonen zugewiesen (Bau-, Landwirtschafts- und Schutzzone). Das Bahnareal wird auf dem Zonenplan

als weisse Fläche in Erscheinung treten.

3.4 Fazit

Die Nutzung des Areals der Porta Alpina Sedrun wird durch eisenbahnrechtliche Plangenehmigung dem Eisenbahnverkehr gewidmet. Die Gemeinde Sedrun und der Kanton Graubünden können bezüglich der dem Bahnbetrieb dienenden Teile (Haltestelle Süd, der Haltestelle Nord, der Multifunktionsstelle Sedrun, dem 800 Meter tiefen Schacht vom Zugangs- und Entlüftungsstollen zu den Tunnelröhren bzw. der Lift darin, dem Zugangsstollen selbst wie auch dem Portal) – ausserhalb des Plangenehmigungsverfahrens und der Anhörung im Sachplanverfahren, an dem sie teilnehmen – nicht mehr planerisch tätig werden. Dies folgt aus der Zuständigkeitsordnung des Eisenbahngesetzes, welche den Eisenbahnbau als Bundesaufgabe vorsieht. Sie haben ihre Richt- und Nutzungspläne demnach den Vorgaben der Plangenehmigung anzupassen. Hinsichtlich der Nebenanlagen (z.B. Zubringerstrasse oder mit der Station verbundene Tourismusanlagen) bleiben der Kanton für den Richtplan und die Gemeinde für Nutzungs- wie auch Zonenplan zuständig.

Als Fazit ist festzuhalten, dass sowohl der kantonale Richtplan des Kantons Graubünden wie auch der Nutzungsplan der Gemeinde Sedrun hinsichtlich der dem Bahnbetrieb dienenden Teile angepasst werden müssen, wobei die Plangenehmigung berücksichtigt werden muss. Da das Bahnareal in raumplanerischer Hinsicht dem Bund untersteht, wird es keiner der kantonalen Raumplanungszonen zugewiesen.

4. Allfällige weitere Bewilligungen

Nicht zu prüfen ist, ob eine Umweltverträglichkeitsprüfung durchzuführen sowie ob Konzessionen zu erteilen sind.

Frage 2: Für welche Belange und Entscheide ist der Bund, sind die Kantone und ist die Gemeinde Sedrun zuständig?

1. Verteilung der Kompetenzen zwischen Bund, Kanton und Gemeinde

Aufgrund seiner Beschränkung auf Grundsatzregelungen in Art. 75 Abs. 1 BV ist der Bund nicht befugt, flächendeckende Raumplanung zu betreiben, sondern hat sich auf den Erlass von Grundsätzen zu beschränken. Nimmt der Bund selbst Aufgaben wahr, die im Raum wirksam sind (z.B. Eisenbahnen), so hat er für die Erfüllung dieser Aufgaben die nötigen Konzepte und Sachpläne zu erstellen und sie aufeinander abzustimmen (Art. 13 RPG).

In casu ist zu differenzieren zwischen dem eisenbahnrechtlichen (insbesondere dem Plangenehmigungsverfahren) und dem raumplanerischen Aspekt des Vorhabens. Der eisenbahnrechtliche Aspekt wird durch Bundesrecht geregelt. Im Planungsrecht kommt es zu einer Spaltung zwischen kantonaler und kommunaler Kompetenz (Gemeinde).

1.1 Zuständigkeit für das Plangenehmigungsverfahren

Da der Eisenbahnbau und damit das Plangenehmigungsverfahren eine Bundesaufgabe nach Eisenbahngesetz darstellt, ist der Bund für das Verfahren zuständig.

Gemäss Art. 18 Abs. 2 lit. b EBG ist vorliegend das Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) die zuständige Plangenehmigungsbehörde (Auflageprojekte nach Art. 12 des Alptransit-Beschlusses (ATB; SR 742.104)). Leitbehörde ist das Bundesamt für Verkehr (BAV; Art. 11 Abs. 2 lit. g der Alptransit-Verordnung (AtraV; SR 741.104.1)).

Wenn in casu davon ausgegangen wird, dass lediglich eine Haltestelle (Haltestellen Nord und Süd) sowie dieser dienende Anlagen wie Lift, Zugangstollen und Portal geplant werden, ist davon auszugehen, dass dies unmittelbar dem Bahnbetrieb dient und vom Plangenehmigungsverfahren erfasst ist. Die materiellen Vorschriften des Kantons sind im Bewilligungsverfahren des Bundes (Plangenehmigungsverfahren) zu berücksichtigen. Die Anlage selbst ist damit vom kantonalen Planungsverfahren befreit.

1.2 Zuständigkeit zum Erlass des Sachplans

Der Sachplan wird vom zuständigen Bundesamt, in casu dem Bundesamt für Verkehr (Abkürzung BAV; vgl. Art. 17 Abs. 1 RPV) und das ARE (Bundesamt für Raumentwicklung) erarbeitet. Der Sachplan wird vom Bundesrat auf Antrag des zuständigen Departements verabschiedet (vgl. Art. 21 Abs. 1 RPV). Die Sachpläne sind behördenverbindlich (Art. 22 Abs. 1 RPV).

1.3 Zuständigkeit zum Erlass des Richtplans

Die Zuständigkeit für die Richtplanung liegt bei den Kantonen (vgl. Art. 6 Abs. 1 RPG). Die Richtpläne werden durch eine zentrale Stelle in der kantonalen Verwaltung vorbereitet und nach der Bereinigung des Entwurfs muss der Richtplan von der

zuständigen Behörde – je nach Kanton Regierungsrat oder kantonales Parlament - mittels formellem Beschluss festgesetzt werden.

Im Kanton Graubünden wird der Richtplan gemäss Art. 14 Abs. 2 des kantonalen Raumplanungsgesetzes (KRG) von der Regierung erlassen bzw. geändert.

Die kantonalen Richtpläne müssen durch den Bundesrat genehmigt werden (vgl. Art. 11 Abs. 1 RPG). Dabei wird geprüft, ob der Richtplan dem Raumplanungsgesetz und übrigen Bundesrecht entspricht und ob er raumwirksame Aufgaben von Bund und Nachbarkantonen sachgerecht berücksichtigt. Der Genehmigungsentscheid des Bundesrates ist endgültig.

1.4 Zuständigkeit zum Erlass des Nutzungsplans und des Zonenplans

Die Nutzungsplanung ist Aufgabe der Gemeinden (vgl. Art. 25 RPG, welches den Kantonen die Zuständigkeitsordnung überlässt). Im Kanton Graubünden wird die Zuständigkeit zum Erlass des Nutzungsplans und des Zonenplans den Gemeinden übertragen (vgl. Art. 21 Abs. 1, Art. 22 Abs. 2 sowie Art. 26 KRG).

Dabei muss die Gemeinde Sedrun die planerischen Festlegungen des Bundes beachten und die bestehenden Zonen- und Nutzungspläne anpassen. Die Gemeinde darf keinen Nutzungsplan erlassen, welche dem kantonalen Richtplan oder einem Sachplan des Bundes widerspricht (vgl. Art. 26 Abs. 2 RPG).

Da das Bahnareal aufgrund des Plangenehmigungsverfahrens im raumplanerischer Hinsicht dem Bund untersteht, wird es keiner der genannten kantonalen Zonen zugewiesen (Bau-, Landwirtschafts- und Schutzzonen). Das Bahnareal wird auf dem Zonenplan als weisse Fläche in Erscheinung treten und damit von der kantonalen und kommunalen Planung ausgenommen.

2. Verhältnis Plangenehmigung – Baubewilligung

Aufgrund des Eisenbahngesetzes steht dem Bund die Kompetenz zu, die Planung der Anlage Porta Alpina Sedrun umfassend zu regeln, weswegen der Kanton diese Gegebenheiten im Richtplan berücksichtigen muss.

Die Plangenehmigung ersetzt alle nach Bundesrecht oder kantonalem Recht erforderlichen Bewilligungen oder Pläne. Die im Plangenehmigungsverfahren zu genehmigenden Bauten bedürfen weder einer Baubewilligung nach Art. 22 RPG noch einer Ausnahmbewilligung nach Art. 24 RPG.

Frage 3: Welche Kriterien sind für die planungs- und baurechtlichen Entscheide massgebend?

1. Ausgangslage

Der Sachplan des Bundes muss mit den Anforderungen des Raumplanungsrechts übereinstimmen (vgl. Art. 21 Abs. 2 lit. a RPV). Damit wird auf die Ziele und Planungsgrundsätze des Raumplanungsrechts (vgl. Art. 1 und art. 3 RPG) Bezug genommen. Dabei wird den verschiedenen Bewilligungsbehörden (insbesondere auch den kantonalen) ein Anhörungsrecht eingeräumt (vgl. Art. 18d Abs. 1 EBG). Die Berücksichtigungspflicht bedeutet, dass die Plangenehmigungsbehörde die Anwendung kantonalen Rechts selbständig und abschliessend zu prüfen und dieses sowie darauf gestützte Anträge in die Interessenabwägung einzubeziehen hat.

Im Folgenden werden verschiedene raumplanerische Grundsätze, welche für das Plangenehmigungsverfahren zu berücksichtigen und in die Interessenabwägung einzubeziehen sind, erörtert.

Zu zeigen ist, dass die Plangenehmigung sich unter Berücksichtigung der im positiven Recht normierten Ziele und Grundsätze (vgl. die Umschreibung in Art. 1 und 3 RPG), als in einem überwiegenden öffentlichen Interesse stehend erweist und unter allen betroffenen Aspekten (so u.a. der Landwirtschaft, des Natur- und Landschaftsschutzes) verhältnismässig ist. Erheblich sind unter anderem Bestrebungen, die natürlichen Lebensgrundlagen zu schützen, die räumlichen Voraussetzungen für die Wirtschaft zu schaffen, das wirtschaftliche Leben in den einzelnen Landesteilen zu fördern, eine ausreichende Versorgungsbasis zu sichern, der Landwirtschaft genügende Flächen geeigneten Kulturlandes zu erhalten, Anlagen in die Landschaft einzuordnen, naturnahe Landschaften und Lebensräume zu erhalten, regionale Bedürfnisse zu berücksichtigen und störende Ungleichheiten abzubauen (Art. 1 Abs. 2 lit. a - d, Art. 3 Abs. 2 lit. a, b und d, Abs. 4 lit. a RPG).

Dabei wird zu beachten sein, dass angesichts der grossen strukturellen Probleme aufgrund der geringen Industrialisierung sowie dem schwindenden Agrarsektor in der Surselva dem wirtschaftlichen Interesse an der Realisierung der Anlage Porta Alpina Sedrun eine grosse Bedeutung zukommt.

1.1 Naturschutz / Landschaftsschutz / Vermeidung von nachteiligen Auswirkungen auf die natürlichen Lebensgrundlagen

Nach Art. 3 Abs. 4 lit. c RPG sollen nachteilige Auswirkungen auf die natürlichen Lebensgrundlagen vermieden oder gesamthaft gering gehalten werden. Dabei wird vor allem die Frage der verkehrstechnischen Erschliessung der Umsteigestation (z.B. durch Zufahrtsstrasse) bzw. des Ausmasses der Anlagen oder Nebenanlagen (z.B. Einkaufsmöglichkeiten in oder im Umfeld der Umsteigestation) untersucht und - je nach die Umsteigestation umgebende Zone – möglichst gering gehalten werden.

Ein raumplanerisches Interesse, welches durch das Projekt Porta Alpina Sedrun beeinträchtigt werden könnte, ist der Landschaftsschutz. Abzuklären wäre, ob allenfalls ein Objekt, welches in einem Inventar des Bundes nach Art 5 NHG aufgeführt oder

anderweitig von besonderer Bedeutung ist, beeinträchtigt wird. Wenn ein solches Schutzobjekt gefährdet würde, wäre zu prüfen, wie das Projekt möglichst schonend vollzogen werden könnte.

Nach Art 18 NHG ist dem Aussterben einheimischer Tier- und Pflanzenarten durch die Erhaltung genügend grosser Lebensräume (Biotope) und andere geeignete Massnahmen entgegenzuwirken. In casu wäre abzuklären, inwieweit z.B. Riedgebiete und Moore, seltene Waldlandschaften, Hecken etc. durch das Projekt in Mitleidenchaft gezogen werden. Lässt sich eine Beeinträchtigung schutzwürdiger Lebensräume durch technische Eingriffe unter Abwägung aller Interessen nicht vermeiden, so hat der Verursacher für besondere Massnahmen zu deren bestmöglichem Schutz, für Wiederherstellung oder sonst für angemessenen Ersatz zu sorgen.

1.2 Schutz der Landwirtschaft / Erfordernis des sachgerechten Standorts

Das Raumplanungsgesetz bestimmt, dass die Landschaft zu schützen bzw. zu schonen ist (Art. 1 Abs. 2 lit. a und Art. 3 Abs. 2 RPG). Für öffentliche oder im öffentlichen Interesse liegende Bauten und Anlagen sind sachgerechte Standorte (bzw. Linienführungen) zu bestimmen. Darüber ist im Rahmen einer Interessenabwägung zu entscheiden (BGE 121 II 8; 115 Ib 311 E. 5). Da in casu die Tunnelausgänge aufgrund der bereits ausgeführten Arbeiten schon vorgegeben sind, wird diesem Kriterium im Rahmen der Abwägung wenig Gewicht zukommen. Es wird aber darauf zu achten sein, dass das Portal wie auch die allfällige Zubringerstrasse oder Zubringergeleise sich schonend in die Umgebung (sei es Landwirtschafts- oder gar Schutzzone) einfügen lässt.

Anzunehmen ist, dass mit der Anlage Porta Alpina Sedrun auch der Landwirtschaft für die Bewirtschaftung geeignete Flächen entzogen werden. Aufgrund von notorischen Betriebsaufgaben sollte aber genügend gleichwertiges Land zur Kompensation vorhanden sein.

Überdies ergibt sich aufgrund der besseren verkehrstechnischen Erschliessung der Surselva für einige Landwirte die Möglichkeit, sozialverträglich ganz oder teilweise aus der Landwirtschaft auszusteigen und eventuell im Tourismusbereich einen neuen Arbeitsplatz zu finden.

1.3 Wirtschaftliches sowie sozialpolitisches Interesse an der Porta Alpina Sedrun

Unbestritten ist, dass ein Projekt wie die Porta Alpina Sedrun von grosser wirtschaftlicher Bedeutung für die Region Surselva ist. Das regionale Interesse an der besseren Erschliessung und damit an der Schaffung von neuen Impulsen für den Tourismus bildet ein gewichtiges Argument für die Realisierung des Projekts. Notorisch ist, dass Bergregionen wie die Surselva als Randgebiete verkehrstechnisch ungünstig gelegen sind bzw. durch eine bessere Anbindung an den öffentlichen Verkehr (z.B. Verkürzung der Zugfahrt von Mailand um zwei Stunden) neue Touristen (z.B. aus dem norditalienischen Raum) ansprechen werden.

Diesem Interesse liegt die Erkenntnis zugrunde, dass in der Surselva - wie praktisch fast im ganzen Kanton Graubünden - nur der Tourismus noch eine nachhaltige wirtschaftliche Perspektive bietet. Die Industrie spielt traditionell überhaupt keine Rolle (im Kanton Graubünden gibt es einige wenige Standorte im Churer Rheintal und im Vorderprättigau) und das Gewerbe ist nur insoweit existenzfähig, als von Seiten des

Tourismus Impulse erfolgen.

Nur die Landwirtschaft stellt noch einen wichtigen wirtschaftlichen Faktor dar, wobei auch ihre Bedeutung abnehmend ist. Notorisch ist, dass die Zahl der Beschäftigten in diesem Sektor stark abnimmt. Das öffentliche Interesse an einem gut funktionierenden und florierenden Tourismus ist demnach unbestrittenermassen ein sehr gewichtiges Argument für die Realisierung des Projekts.

1.4 Gesamtinteressenabwägung

Wie ausgeführt, besteht ein sehr gewichtiges wirtschaftliches und sozialpolitisches Interesse von Region und Gemeinden an der Realisierung des Anschlusses Porta Alpina Sedrun.

Auch wenn im Rahmen der Realisierung der Porta Alpina Sedrun ein gewisser Verlust an natürlichen Werten in Kauf zu nehmen ist, sind die damit einhergehenden Einwirkungen auf Natur und Landschaft gesamthaft betrachtet relativ gering.

Auch das Interesse der Landwirtschaft an der Erhaltung der vom Bahnareal beanspruchten landwirtschaftlichen Flächen vermag angesichts der umschriebenen Sach- und Rechtslage das gewichtige wirtschaftliche und sozialpolitische Interesse an der Realisierung der Porta Alpina Sedrun nicht aufzuwiegen.

2. Vermeidung von Widersprüchen zu bestehenden Sachplänen

Des Weiteren wird darauf zu achten sein, dass keine Widersprüche zu bestehenden Sachplänen sich ergeben. Der Sachplan Alptransit wird untersucht und allenfalls angepasst werden müssen. Zudem müssen der kantonale Richtplan und die kommunale Nutzungsplanung den Sachplan berücksichtigen.

In casu stellt sich zudem die Frage, ob der bestehende Sachplan Alptransit überarbeitet oder lediglich angepasst werden soll. Da das Vorhaben Porta Alpina Sedrun in weiten Teilen bereits bestehende Anlagen der Nothalte- und Multifunktionsstelle Sedrun benutzt und die Änderungen im Rahmen einer Gesamtprojekt sich als marginal erweisen, ist lediglich von einer Anpassung des Sachplans auszugehen.