Urteilskopf

108 II 305

59. Auszug aus dem Urteil der II. Zivilabteilung vom 8. Juni 1982 i.S. Reller AG und Brescianini Söhne gegen Einwohnergemeinde Spreitenbach (Berufung)
Regeste (de):
Forderung eines Unterakkordanten gegen eine Gemeinde für Arbeiten an einem Schulhaus auf deren Grundstück im Falle der Zahlungsunfähigkeit des Generalunternehmers.

1. Für Bauarbeiten auf dem Grundstück einer Gemeinde, an dem kein Bauhandwerkerpfandrecht errichtet werden kann (Verwaltungsvermögen), besteht keine subsidiäre Haftung des Gemeinwesens gegenüber einem Bauhandwerker, der als Unterakkordant tätig war und dessen Werklohnforderung wegen Zahlungsunfähigkeit des Generalunternehmers nicht beglichen wurde (Bestätigung der Rechtsprechung; E. 1).

2. Ersatzanspruch des Unterakkordanten gestützt auf Art. 41 OR? (E. 2).

Regeste (fr):
Prétention d'un sous-traitant contre une commune pour des travaux effectués à un bâtiment scolaire sis sur son territoire en cas d'insolvabilité de l'entrepreneur général.

1. Lorsque des travaux de construction ont été effectués à un immeuble communal sur lequel ne peut être constituée une hypothèque légale d'artisan ou d'entrepreneur du fait qu'il appartient au patrimoine administratif, il n'existe aucune responsabilité subsidiaire de la collectivité publique à l'égard d'un entrepreneur qui a travaillé comme sous-traitant et dont la créance en rémunération n'a pas été satisfaite ensuite de l'insolvabilité de l'entrepreneur général (confirmation de la jurisprudence; consid. 1).

2. Droit du sous-traitant fondé sur l'art. 41 CO? (consid. 2).

Regesto (it):
Pretesa di un subappaltatore contro un Comune per lavori effettuati a un edificio scolastico sito su un fondo di proprietà comunale, in caso d'insolvenza dell'imprenditore generale.

1. Ove siano effettuati lavori di costruzione su di un fondo comunale sul quale non può essere costituita un'ipoteca legale d'artigiani imprenditori perché il fondo fa parte del patrimonio amministrativo del Comune, non sussiste alcuna responsabilità sussidiaria dell'ente pubblico nei confronti di un imprenditore che ha prestato la sua opera come subappaltatore e il cui credito non è stato soddisfatto in seguito ad insolvenza dell'imprenditore generale (conferma della giurisprudenza; consid. 1).

2. Diritto del subappaltatore ad ottenere il risarcimento del danno in base all'art. 41 CO? (consid. 2).

Sachverhalt ab Seite 306

A.- Die Einwohnergemeinde Spreitenbach übertrug der Horta Generalunternehmung AG Aarau (im folgenden

”Horta” genannt) als Generalunternehmerin die Erstellung des Unterstufenschulhauses ”Hasel” auf gemeindeeigenen Grundstücken in Spreitenbach. In dem als Werkvertrag bezeichneten Generalunternehmervertrag vom 29. Oktober 1973 wurde für die Ausführung dieses Bauwerks ein Pauschalpreis von Fr. 3’993’400.– vereinbart, zuzüglich Kosten für allfällige Mehraufwendungen sowie für verschiedene im Vertrag näher bezeichnete Positionen; vorbehalten blieb ferner die Erhöhung des Pauschalpreises infolge der Bauteuerung. Nach Ziff. 3.2.5 des Vertrages verpflichtete sich die Horta, die von der Bauherrin geleisteten Zahlungen ausschliesslich zur Befriedigung der am Bau beteiligten Handwerker, Lieferanten etc. zu verwenden. In Ziff. 3.2.6 wurde bestimmt, die Horta sei dafür besorgt, dass keine Bauhandwerkerpfandrechte im Grundbuch eingetragen würden, und leiste soweit nötig Sicherstellungen (gemeint offenbar zur Abwendung allfälliger Bauhandwerkerpfandrechte). Gemäss Ziff. 8.2 hatte die Horta als Sicherstellung die Bürgschaftsverpflichtung einer Bank im Betrage von Fr. 1’000’000.– zu hinterlegen; sie kam dieser Verpflichtung in der Weise nach, dass sie eine entsprechende Solidarbürgschaft der Schweizerischen Bankgesellschaft Aarau beibrachte. Nach Ziff. 7.1 des Vertrages konnte die Gemeinde für die Arbeitsvergebung Spreitenbacher Firmen vorschreiben, sofern der Mehrpreis nicht mehr als 4% der von der Horta vorgeschlagenen Firma betrug und dieser Mehrpreis von der Gemeinde übernommen wurde. In der Folge schloss die Horta mit den zu einer Arbeitsgemeinschaft zusammengeschlossenen Bauunternehmungen Reller AG und Brescianini einen Werkvertrag für die Baumeisterarbeiten im Betrage von Fr. 1’261’142.55 ab, nachdem die Gemeinde Spreitenbach ein Abgebot dieser Unternehmer vom ursprünglich verlangten Werklohn erwirkt hatte.

Gegen Ende der Schulhauserstellung geriet die Horta in finanzielle Schwierigkeiten. Am 16. Juli 1975 wurde ihr eine Nachlassstundung bewilligt und am 7. April 1976, nachdem kein Nachlassvertrag zustande gekommen war, der Konkurs über sie eröffnet. Die mit der Ausführung der Baumeisterarbeiten betrauten Unternehmer, denen nach der bereinigten Bauabrechnung eine Gesamtforderung von Fr. 1’469’000.– zustand, blieben für einen Teil des Werklohnes ungedeckt. Nachdem sich die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes als rechtlich unmöglich erwiesen hatte, machten sie den erlittenen Ausfall direkt gegenüber der Gemeinde Spreitenbach geltend. Diese bestritt eine entsprechende Schuldpflicht.

B.- Mit Eingabe vom 14. Januar 1976 reichten die Firmen Reller AG und Brescianini Söhne beim Bezirksgericht Baden gegen die Einwohnergemeinde Spreitenbach Klage ein, mit dem Begehren, diese sei zu verpflichten, ihnen Fr. 241’979.90 nebst 5% Zins ab 13. Juli 1975 zu bezahlen. In der Replik wurde die geforderte Summe unter Hinweis auf eine nachträglich eingegangene Zahlung auf Fr. 144’520.– reduziert. Das Bezirksgericht Baden (I. Abteilung) wies die Klage mit Urteil vom 2. Juli 1980 ab.

C.- Die Kläger reichten gegen das bezirksgerichtliche Urteil Appellation an das Obergericht des Kantons Aargau ein. Sie hielten darin am Antrag auf Gutheissung der Klage vollumfänglich fest und stellten eine Reihe von Beweisanträgen. Am 29. Oktober 1981 wies das Obergericht (2. Zivilabteilung) die Appellation ab.

D.- Gegen diesen Entscheid haben die Kläger sowohl Berufung als auch staatsrechtliche Beschwerde an das Bundesgericht erhoben. Mit der Berufung stellen sie den Antrag, das angefochtene Urteil sei aufzuheben und die Beklagte sei zu verpflichten, ihnen Fr. 144’520.– nebst 5% Zins seit 13. Juli 1975 zu bezahlen; eventuell sei die Sache zu allfälliger Aktenergänzung und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Die Beklagte beantragt Abweisung der Berufung. Das Obergericht hat auf Bemerkungen zur Berufung verzichtet.

E.- Die staatsrechtliche Beschwerde ist mit Urteil vom heutigen Tag abgewiesen worden, soweit darauf einzutreten war.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

1. In der Berufungsschrift wird vorab geltend gemacht, die

BGE 108 II 305 S. 308

Vorinstanz habe Bundesrecht verletzt, indem sie in Anlehnung an die Rechtsprechung des Bundesgerichts das Vorliegen einer Gesetzeslücke verneint und den Klägern anstelle des an Verwaltungsvermögen einer Gemeinde unzulässigen Bauhandwerkerpfandrechts nicht ein direktes Forderungsrecht gegenüber der Beklagten zugebilligt habe. Das Bundesgericht wird ersucht, seine bisherige Praxis in Wiedererwägung zu ziehen und dahin abzuändern, dass den für ein Werk auf öffentlichem Grund tätigen Bauhandwerkern in dem Umfang ein direkter Zugriff gegen das Gemeinwesen zuerkannt werde, als ihnen für ihre Werklohnforderung kein Bauhandwerkerpfandrecht zustehe und sie vom Generalunternehmer, mit dem sie in einem Vertragsverhältnis stehen, keine Deckung erhalten könnten. In BGE 103 II 238 f. E. 5 hat es das Bundesgericht in einem vergleichbaren Fall abgelehnt, eine Gesetzeslücke anzunehmen, die auf dem Wege der Rechtsprechung ausgefüllt werden könnte. Es handelte sich um eine Baute auf einem Grundstück der Eidgenossenschaft, das zum Verwaltungsvermögen gehörte und auf dem deshalb kein Bauhandwerkerpfandrecht eingetragen werden konnte (PTT-Anlage auf dem Chasseral, die unter anderem verschiedenen Zwecken der Telephonie und des Fernsehens dient und deren Ausführung einem später zahlungsunfähig gewordenen Generalunternehmer übertragen worden war). Das Bundesgericht führte aus, dass die mit der Klage geforderte subsidiäre Haftpflicht des Staates für die ungedeckte Werklohnforderung sich aus dem öffentlichen Recht ableiten lassen müsste, dass das öffentliche Recht des Bundes jedoch keine Grundlage dafür biete und dass eine solche Haftung auch nicht in das System des schweizerischen Zivilrechts passen würde; letzteres kenne eine ausservertragliche Haftung grundsätzlich nur für widerrechtliche Schädigungen und ungerechtfertigte Bereicherungen. Da es sich im vorliegenden Fall um ein Bauwerk auf einem Grundstück handelt, das zum Verwaltungsvermögen einer Gemeinde gehört, müsste sich die Grundlage für die Haftung der Beklagten eigentlich aus dem kantonalen öffentlichen Recht ergeben. In der Berufung wird nicht geltend gemacht, dass das aargauische Recht eine entsprechende Regelung enthalte. Das Bundesgericht wäre im übrigen auch nicht in der Lage, im Rahmen des vorliegenden Verfahrens die Anwendung kantonalen Rechts zu überprüfen. Auf die in BGE 103 II 238 f. vertretene Auffassung zurückzukommen und durch Annahme einer Gesetzeslücke im

BGE 108 II 305 S. 309

Bundeszivilrecht eine subsidiäre Staatshaftung für ungedeckte Bauhandwerkerforderungen einzuführen, besteht kein Anlass. Dass der Gesetzgeber nicht vorausgesehen hat, Bauhandwerker könnten in Fällen wie dem vorliegenden zu Schaden kommen, reicht hiefür ebensowenig aus wie der Umstand, dass die gegenwärtige Rechtslage nicht zu befriedigen vermag. Es ginge zu weit, annehmen zu wollen, die Rechtsordnung müsse den Bauhandwerkern dort, wo das ihnen eingeräumte Privileg des gesetzlichen Pfandrechts versage, notwendigerweise ein anderes Privileg einräumen. Es kommt immer wieder vor, dass das einem gewissen Personenkreis eingeräumte Vorrecht sich aus zwingenden Gründen nicht auszuwirken vermag. Es ist Sache des Gesetzgebers, in solchen Fällen für Abhilfe zu sorgen, wenn er die Situation als untragbar erachtet. Der Richter vermag

auf dem Wege der Lückenfüllung nur dort zu helfen, wo die Rechtsordnung sonst an einem unlösbaren Widerspruch leiden würde. Das ist bei der Unzulässigkeit des Bauhandwerkerpfandrechts an Grundstücken, die zum Verwaltungsvermögen eines Gemeinwesens gehören, nicht der Fall. Das Pfandrechtsprivileg setzt naturgemäss voraus, dass an einer Liegenschaft überhaupt ein Pfandrecht bestellt werden kann. Wo dies nicht möglich ist, folgt daraus nicht zwangsläufig, dass eine ganz andere Art von Privileg, nämlich die subsidiäre Haftung des Grundeigentümers mit seinem gesamten Vermögen, an die Stelle des Pfandrechts treten muss. Auch LIVER, auf dessen kritischen Besprechungen der bundesgerichtlichen Praxis die Berufung Bezug nimmt, sieht die Lösung der von ihm als unbefriedigend und mehr als stossend bezeichneten Situation nicht einfach in der Bejahung einer voraussetzungslosen Haftung des Gemeinwesens. Er betrachtet es vielmehr als eine Verletzung der Sorgfaltspflicht, wenn ein Bauherr, der sich jeder Verantwortung gegenüber den Bauhandwerkern entschlägt, einen Generalunternehmer einschiebt, der keine Gewähr für die Bezahlung der Unternehmer und Bauhandwerker zu bieten vermag; daraus will er eine direkte Haftung des betreffenden Bauherrn ableiten (vgl. ZBJV 115/1979, S. 262; ZBJV 116/1980, S. 154 oben). Eine Sorgfaltspflichtverletzung als solche reicht jedoch nicht durchwegs aus, eine Haftung zu begründen.

2. In zweiter Linie wird geltend gemacht, die Pflicht der Beklagten zur Bezahlung des Restguthabens der Kläger ergebe sich aus der Verletzung von sogenannten Schutzpflichten, die auf Grund von Art. 2 ZGB auch ohne direkte Vertragsbeziehungen

aus dem Bestehen geschäftlicher Kontakte erwüchsen. Ansatzpunkt für die Entstehung eines Schutzverhältnisses mit besonderen Pflichten sei die culpa in contrahendo; in ein solches Schutzverhältnis könne neben den Hauptpartnern auch ein Dritter miteinbezogen sein. Die Beklagte habe den Klägern gegenüber in mehrfacher Beziehung solche Schutzpflichten verletzt, indem sie nicht nur einen zahlungsunfähigen Generalunternehmer gewählt, sondern beim Abschluss und bei der Abwicklung des Generalunternehmervertrages nicht besser dafür gesorgt habe, dass die Handwerker von der Horta aus den Zahlungen der Beklagten auch wirklich befriedigt würden. So habe sie sich als Bauherrin nicht das Recht ausbedungen, die Bauhandwerker direkt auszuzahlen oder die richtige Verwendung ihrer Zahlungen an die Horta durch einen Treuhänder überwachen zu lassen. Mit der Bezeichnung eines Kontos für die Überweisungen der Beklagten an die Horta in Ziff. 3.2.3 des Generalunternehmervertrages sei zudem gegenüber den Bauhandwerkern der Anschein eines speziellen Kontos und damit einer besonderen Sicherung der Bezahlung der Handwerkerforderungen erweckt worden; dieser Anschein begründe eine Pflicht zum Schutz des geweckten Vertrauens. Auch die verschiedenen direkten Kontakte zwischen der Beklagten und den Handwerkern bei der Arbeitsvergebung und in der Phase der Vertragserfüllung hätten ein besonderes Vertrauensverhältnis begründet. Die sich daraus ergebenden Schutzpflichten habe die Beklagte krass verletzt, indem sie auf Anweisung der Horta Zahlungen auf ein anderes als das vertraglich bezeichnete Konto geleistet und die Kläger nie gewarnt, sondern im Gegenteil versucht habe, diese zu beschwichtigen. a) Die Berufung geht davon aus, dass zwischen der Beklagten und den Klägern kein Vertragsverhältnis zustande gekommen sei. Damit steht auch nach Auffassung der Kläger fest, dass die eingeklagte Forderung nicht aus der Verletzung einer von der Beklagten vertraglich übernommenen Pflicht abgeleitet werden kann. Als Rechtsgrundlage für die Forderung kommt daher nur eine Ersatzpflicht aus ausservertraglicher Schädigung in Betracht. Wenn vom dogmatisch schwer einzuordnenden Fall der culpa in contrahendo (vgl. dazu BGE 101 II 268 f. E. 4) zunächst einmal abgesehen wird, könnte sich eine Schadenersatzpflicht der Beklagten somit nur ergeben, wenn die Voraussetzungen des Art. 41 OR erfüllt wären. Nach Abs. 1 dieser Bestimmung wird schadenersatzpflichtig, wer einem andern widerrechtlich Schaden zufügt, sei es mit

Absicht, sei es fahrlässig. Nach Art. 41 Abs. 2 OR ist ebenso zum Ersatz des verursachten Schadens verpflichtet, wer einem andern in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise absichtlich Schaden zufügt. b) Art. 41 Abs. 1 OR kommt hier als Grundlage für eine Schadenersatzpflicht schon deshalb nicht in Frage, weil es an der Voraussetzung der Widerrechtlichkeit des Verhaltens der Beklagten fehlt. Die Beklagte hat nicht gegen eine allgemeine gesetzliche Pflicht verstossen und insbesondere kein absolutes Recht der Kläger wie das Eigentum oder das Persönlichkeitsrecht verletzt, wenn sie beim Abschluss und bei der Abwicklung des Generalunternehmervertrages mit der Horta nicht besser dafür sorgte, dass die Forderungen der Kläger von der Horta auch wirklich bezahlt würden. Als Rechtsnorm, aus der sich eine besondere Schutzpflicht der Beklagten ergeben haben soll, wird in der Berufung einzig Art. 2 ZGB genannt. Der Grundsatz des Handelns nach Treu und Glauben knüpft jedoch, wie sich aus dem Wortlaut von Art. 2 Abs. 1 ZGB ergibt, an bereits bestehende Rechte und Pflichten einer Person an: "Jedermann hat in der Ausübung seiner Rechte und in der Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln." Wo jemand weder nach Vertrag noch nach Gesetz zu einem bestimmten Verhalten verpflichtet ist, kann eine solche Pflicht höchstens in eng umgrenzten Ausnahmefällen selbständig aus Art. 2 ZGB abgeleitet werden. Es würde jedenfalls zu weit führen, dem Besteller eines Werks gestützt auf Art. 2 ZGB allgemein die Pflicht auferlegen zu wollen, beim Abschluss und bei der Abwicklung eines Generalunternehmervertrages geeignete Vorkehren dafür zu treffen, dass die vom Generalunternehmer zu bezahlenden Handwerker für ihre Werklohnforderungen auch wirklich befriedigt werden. Eine solche Pflicht könnte höchstens dort in Erwägung gezogen werden, wo mit der Zahlungsunfähigkeit des Generalunternehmers auf Grund konkreter Anhaltspunkte von Anfang an gerechnet werden muss. Davon kann hier indessen keine Rede sein. Auch die Kläger machen nicht geltend, dass die Beklagte Anlass gehabt habe, der Horta bei Abschluss des Generalunternehmervertrages zu misstrauen, oder dass sie von Verdachtsgründen Kenntnis gehabt habe, die sie den Klägern in einer gegen Treu und Glauben verstossenden Weise verschwiegen habe. Unter diesen Umständen war es aber allein Sache der Kläger, sich der Horta gegenüber Sicherheiten auszubedingen, um sich vor Verlusten zu schützen. Die von jedem Vertragsschliessenden

zu erwartende Sorgfalt bei der Wahrung der eigenen Interessen kann nicht unter Berufung auf Art. 2 ZGB leichthin auf eine andere Person verschoben werden. Auch was den Vorwurf der Kläger betrifft, sie hätten sich auf den Anschein verlassen, dass die Verwendung der Zahlungen der Beklagten an die Horta zur Befriedigung der Bauhandwerker durch den Generalunternehmervertrag gesichert sei, fehlt es am Nachweis eines gegen Art. 2 ZGB verstossenden Verhaltens der zuständigen Organe der Beklagten. Es trifft nicht zu, dass diese durch entsprechende Handlungen oder Unterlassungen in treuwidriger Weise einen solchen Anschein erweckt hätten. Dafür genügt insbesondere nicht, dass im Generalunternehmervertrag ein besonderes Konto der Horta für die Überweisungen der Beklagten und eine Bankbürgschaft zur Sicherung der Verpflichtungen der Horta gegenüber der Beklagten vorgesehen waren. Im übrigen wird nicht geltend gemacht, dass der Gemeinderat der Einwohnergemeinde Spreitenbach den Klägern nach den ersten Anzeichen der schlechten finanziellen Lage der Horta falsche Angaben über die Sicherung der Bauhandwerkerforderungen gemacht habe. Auf allfällige Beschwichtigungsversuche anderer Leute, die nicht befugt waren, die Beklagte zu vertreten, durften sich die Kläger ohnehin nicht verlassen. c) Einen weiteren Anwendungsbereich als Art. 41 Abs. 1 OR weist Abs. 2 dieser Bestimmung insoweit auf, als die Ersatzpflicht bereits durch ein gegen die guten Sitten verstossendes Verhalten ausgelöst wird. Die in der Berufung gegenüber der Beklagten erhobenen Vorwürfe gehen denn auch eher in diese Richtung. Art. 41 Abs. 2 OR erlaubt die Ausdehnung der sich aus Abs. 1 ergebenden Schadenersatzpflicht auf Fälle, wo zwar keine Widerrechtlichkeit vorliegt, das Rechtsgefühl aber dennoch eine Ersatzpflicht verlangt, so z.B. bei der Verleitung zum Vertragsbruch unter besonders stossenden Bedingungen, bei der Schädigung durch unterlassene Warnung vor einer Gefahr oder bei der unaufgeforderten Erteilung eines

falschen Rates (VON TUHR/PETER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, I. Bd., S. 416 f.; DESCHENAUX/TERCIER, La responsabilité civile, S. 76/77). Ob ein Fall wie der vorliegende diese Voraussetzung erfüllen würde, kann offen bleiben, da die Ersatzpflicht nach Art. 41 Abs. 2 OR nur bei absichtlicher Schädigung eintritt. Davon kann aber hier keine Rede sein. Eine Schädigungsabsicht der Beklagten wird denn auch von den Klägern nicht geltend gemacht. Art. 41 Abs. 2

OR fällt somit als Grundlage für die eingeklagte Forderung ebenfalls weg. d) Die Kläger berufen sich ferner auf culpa in contrahendo als Ausgangspunkt für die Bejahung einer besonderen Schutzpflicht der Beklagten ihnen gegenüber. Das Bundesgericht anerkennt in seiner Rechtsprechung grundsätzlich eine gegenseitige Aufklärungspflicht von Parteien, die in Vertragsverhandlungen eintreten (vgl. BGE 105 II 79 f. E. 2a; BGE 102 II 84). Diese sich aus Art. 2 ZGB ergebende Aufklärungspflicht ist aber sachlich nicht unbegrenzt und wurde bisher nur im Verhältnis künftiger Vertragspartner untereinander bejaht. Selbst wenn in Übereinstimmung mit der in der Berufung vertretenen Auffassung angenommen werden wollte, die Beklagte hätte nach Treu und Glauben eine Aufklärungspflicht auch gegenüber den Klägern als Vertragspartnern der Horta gehabt, weil sie mit ihnen direkte Kontakte gehabt habe, liesse sich daraus keine Schadenersatzpflicht der Beklagten herleiten. Die Beklagte hat den Klägern nichts verschwiegen, was diese hätten wissen müssen, selber aber nicht in Erfahrung bringen konnten. Die Kläger hatten auch keinen Grund anzunehmen, dass die Beklagte im Generalunternehmervertrag mit der Horta für eine Sicherung der Werklohnforderungen der Bauhandwerker sorgen werde. Nur wenn von einer solchen Sicherung vorerst die Rede gewesen, im Vertrag mit der Horta dann aber ohne Benachrichtigung der Kläger davon abgesehen worden wäre, könnte sich die Frage einer Schadenersatzpflicht der Beklagten im Sinne einer culpa in contrahendo stellen. Die Kläger bringen jedoch selber nicht vor, dass ihnen von seiten der Beklagten irgendwelche Zusicherungen hinsichtlich der Ausgestaltung des Generalunternehmervertrages mit der Horta, insbesondere in bezug auf die Sicherung ihrer Werklohnforderungen, gemacht worden seien. Unter diesen Umständen kann eine Schadenersatzpflicht der Beklagten im Sinne der Haftung für culpa in contrahendo nicht in Frage kommen. Soweit die Kläger aber nicht nur eine Aufklärungspflicht, sondern eine darüber hinausgehende Schutzpflicht der Beklagten geltend machen, würde die Rechtsprechung zur culpa in contrahendo hiefür ohnehin keine Grundlage bieten.