Urteilskopf

116 Ib 367

46. Auszug aus dem Urteil der II. öffentlichrechtlichen Abteilung vom 23. November 1990 i.S. Zentrale Inkassostelle der Kies- und Transportwerke Bern und Umgebung und Mitbeteiligte sowie VSL International AG gegen Schweizerische Eidgenossenschaft (Verwaltungsrechtliche Klagen)
Regeste (de):
Verantwortlichkeit des Bundes für das Verhalten seiner Beamten bei der Submission. Art. 3, Art. 10, Art. 11 VG; Art. 41 OR; V vom 31. März 1971 über die Ausschreibung und Vergebung von Arbeiten und Lieferungen bei Hoch- und Tiefbauten des Bundes (Submissionsverordnung).

1. Zulässigkeit einer verwaltungsrechtlichen Klage nach Art. 3 Abs. 1, Art. 20 Abs. 1 VG, mit der Schadenersatz wegen widerrechtlicher Arbeitsvergebung durch Beamte des Bundes geltend gemacht wird; Abgrenzung zur zivilrechtlichen Klage (E. 1, 2).

2. Widerrechtlichkeit der schädigenden Handlung oder Unterlassung als Voraussetzung der Haftung nach Art. 3 Abs. 1 VG und Art. 41 Abs. 1 OR (E. 4).

3. Widerrechtlichkeit bei der Submission (Art. 3 Abs. 1 VG), besonders nach Art. 8 der Submissionsverordnung: Die Auswahl eines Bewerbers als Generalunternehmer, welcher sich später als zahlungsunfähig erweist, ist nicht widerrechtlich (E. 5).

4. Widerrechtlichkeit bei der Abwicklung des Werkvertrags (Art. 41 Abs. 1 OR): erhöhte Sorgfaltspflicht im Interesse der Subunternehmer? (E. 6).

Regeste (fr):
Responsabilité de la Confédération pour le comportement de son fonctionnaire lors d'une soumission. Art. 3, art. 10, art. 11 LRCF; ordonnance du 31 mars 1971 sur la mise en soumission et l'adjudication de travaux et de fournitures du bâtiment et du génie civil par la Confédération (ordonnance sur les soumissions).

1. Recevabilité d'une action de droit administratif fondée sur les art. 3 al. 1 et art. 20 al. 1 LRCF, pour demander la réparation d'un dommage en raison d'une adjudication illicite de travaux par un fonctionnaire de la Confédération; délimitation avec l'action civile (consid. 1, 2).

2. Le caractère illicite de l'acte ou de l'omission causant un dommage est la condition de la responsabilité au sens des art. 3 al. 1 LRCF et art. 41 al. 1 CO (consid. 4).

3. Illicéité lors de la soumission (art. 3 al. 1 LRCF), en particulier au regard de l'art. 8 de l'ordonnance sur les soumissions: le choix, comme entrepreneur général, d'un concurrent qui s'avère par la suite insolvable, n'est pas illicite (consid. 5).

4. Illicéité lors du déroulement du contrat d'entreprise: devoir de diligence accru en faveur des sous-traitants? (consid. 6).

Regesto (it):
Responsabilità della Confederazione per il comportamento dei suoi funzionari in occasione di un appalto pubblico. Art. 3, art. 10, art. 11 LResp; ordinanza sulla messa a concorso e l'aggiudicazione di lavori e forniture nell'edilizia e nel genio civile (ordinanza sugli appalti).

1. Ammissibilità di un'azione di diritto amministrativo, fondata sugli art. 3 cpv. 1 e art. 20 cpv. 1 LResp e

promossa per chiedere il risarcimento del danno risultante da un'aggiudicazione illecita di lavori da parte di funzionari della Confederazione; delimitazione rispetto all'azione di diritto civile (consid. 1, 2).

2. Illiceità dell'atto o dell'omissione dannosi quale presupposto della responsabilità ai sensi degli art. 3 cpv. 1 LResp e art. 41 cpv. 1 CO (consid. 4).

3. Illiceità in occasione di un appalto (art. 3 cpv. 1 LResp), in particolare con riferimento all'art. 8 dell'ordinanza sugli appalti: non è illecita la scelta quale appaltatore di un concorrente che risulti in seguito insolvente (consid. 5).

4. Illiceità durante lo svolgimento del contratto di appalto (art. 41 cpv. 1 CO): obbligo accresciuto di diligenza nell'interesse dei subappaltatori? (consid. 6).

Sachverhalt ab Seite 368

BGE 116 Ib 367 S. 368

Im Jahre 1986 beschloss der Bund, die Armeeapotheke in Ittigen durch einen grossen Anbau zu erweitern. Das Amt für Bundesbauten schrieb die Arbeiten gemäss Art. 2 Abs. 1 der Submissionsverordnung (SR 172.056.12) öffentlich aus. Acht Unternehmungen bewarben sich für die Bauarbeiten. Am 30. September 1986 übertrug das Amt für Bundesbauten die Baumeisterarbeiten am Ergänzungsbau der Armeeapotheke der Firma Kästli Bau AG, welche das Angebot mit dem niedrigsten Preis eingereicht hatte. Für die Ausführung der Arbeiten zog die Kästli Bau AG zahlreiche Unterakkordanten bei, darunter die heutigen Kläger.
Am 31. Dezember 1987, noch vor Ende der Bauarbeiten, stellte die Kästli Bau AG den Betrieb ein, und im Sommer 1988 wurde

BGE 116 Ib 367 S. 369

der Konkurs über sie eröffnet. Den Unterakkordanten wurde die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts verweigert. Die Gläubiger der 5. Klasse erhielten eine Konkursdividende von 40%. Am 29. Mai 1989 erhoben die in der Zentralen Inkassostelle der Kies- und Transportbetonwerke Bern und Umgebung zusammengeschlossenen sowie drei weitere Subunternehmer verwaltungsrechtliche Klage gegen die Schweizerische Eidgenossenschaft mit dem Begehren, der Bund habe ihnen den im Konkurs der Kästli Bau AG erlittenen Schaden zu ersetzen. Am 20. September 1989 erhob die VSL International AG, welche ebenfalls als Subunternehmer im Konkurs der Kästli Bau AG zu Schaden gekommen war, verwaltungsrechtliche Klage gegen die Schweizerische Eidgenossenschaft auf Leistung von Schadenersatz.
Nach einer Instruktionsverhandlung am 9. Mai 1990 wurde das Verfahren vorläufig auf die Fragen beschränkt, ob die verwaltungsrechtlichen Klagen zulässig seien, ob - wenn sie zulässig sind - der Bund bei schlechter Erfüllung einer gesetzlichen Aufgabe grundsätzlich für den zwischen Dritten entstandenen Schaden hafte, und ob - wenn dies zutrifft - im vorliegenden Fall die für den Bund handelnden Beamten sich widerrechtlich verhalten haben. Für den Fall, dass anstelle der verwaltungsrechtlichen die zivilrechtliche Klage zulässig sein sollte, erklärten sich die Parteien damit einverstanden, dass der Prozess vor dem Bundesgericht zu Ende geführt werde. Das Bundesgericht weist die Klagen als verwaltungsrechtliche Klagen und, unter Vorbehalt allfälliger Ansprüche aus Art. 672 ZGB, als zivilrechtliche Klagen ab. Bezüglich der Ansprüche aus Art. 672 ZGB wird

das Verfahren weitergeführt.

Erwägungen

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. a) Die Kläger stützen ihre Ansprüche auf das Verantwortlichkeitsgesetz. Sind solche Ansprüche des Bundes oder gegen den Bund streitig, urteilt das Bundesgericht als einzige Instanz auf dem Wege der verwaltungsrechtlichen Klage (Art. 10 Abs. 1 VG in Verbindung mit Art. 116 ff. OG). b) Das Amt für Bundesbauten erteilte den Auftrag für die Erweiterung der Armeeapotheke einer Unternehmung, über welche später der Konkurs eröffnet wurde. Die Kläger werfen dem Amt für Bundesbauten vor, es hätte dies voraussehen müssen und den Auftrag nicht der Kästli Bau AG erteilen dürfen. Die Kästli

Bau AG sei auch sonst mit dem Auftrag überfordert gewesen, was das Amt für Bundesbauten schon anhand der schlechten Referenzen über diese Unternehmung hätte feststellen können. Mit der Erteilung des Auftrages an die Kästli Bau AG habe das Amt für Bundesbauten die Submissionsverordnung verletzt und damit den Schaden, den die Kläger im Konkurs der Kästli Bau AG erlitten hätten, rechtswidrig verursacht. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Submissionsverordnung fällt die Beschlussfassung einer Behörde über den Zuschlag ausgeschriebener Arbeiten zwar unter die Verwaltungstätigkeit im weitesten Sinn. Sie ist aber nicht Ausübung staatlicher Hoheitsgewalt gegenüber den Bewerbern. Vielmehr nimmt das Gemeinwesen die Offerte eines Bewerbers zum Abschluss eines privatrechtlichen Geschäfts (Werkvertrag) an, während es die Offerten der andern Bewerber ablehnt (BGE 101 IV 410 E. 1b, mit Hinweis). Dennoch richtet sich die Auswahl eines Bewerbers nach den Vorschriften der Submissionsverordnung, also nach Bestimmungen des öffentlichen Rechts. Soweit die Kläger ihren Anspruch auf Schadenersatz damit begründen, die Arbeiten am Erweiterungsbau der Armeeapotheke seien auf rechtswidrige Weise vergeben worden, erheben sie einen öffentlichrechtlichen Anspruch, der nach Art. 116 lit. c OG mit verwaltungsrechtlicher Klage geltend gemacht werden muss. c) Die verwaltungsrechtliche Klage gegen den Bund auf Leistung von Schadenersatz ist ausserdem nur dann zulässig, wenn ein Beamter den behaupteten Schaden dem Kläger in Ausübung seiner amtlichen Tätigkeit zugefügt hat (Art. 3 Abs. 1 VG). Die Errichtung von Bauten und Anlagen des Bundes gehört zum allgemeinen Aufgabenbereich des Eidgenössischen Departementes des Innern (Art. 4 lit. g der Verordnung vom 9. Mai 1979 über die Aufgaben der Departemente, Gruppen und Ämter (AufgabenV; SR 172.010.15)). Innerhalb des Departementes ist das Amt für Bundesbauten zuständig für Neu- und Umbau, Erweiterung und Unterhalt der Bauten und Anlagen des Bundes, eingeschlossen diejenigen des Eidgenössischen Militärdepartementes und der Eidgenössischen Technischen Hochschulen und der mit ihnen verbundenen Anstalten, soweit nicht andere Stellen zuständig sind (Art. 5 Ziff. 8 lit. a AufgabenV). Nach dem Bundesratsbeschluss vom 17. November 1914 betreffend die Zuständigkeit der Departemente und der ihnen unterstellten Amtsstellen zur selbständigen Erledigung von Geschäften (SR 172.011) ist das Eidgenössische

Departement des Innern zur Vergebung von Bauarbeiten und Lieferungen in Beträgen über 1 Mio. Franken

ermächtigt (Art. 5 Abs. 1 Ziff. 6); das Amt für Bundesbauten ist für solche Vergebungen bis zu Beträgen von 1 Mio. Franken an einen einzelnen Unternehmer ermächtigt (Art. 9 Ziff. 4) und ausserdem gemäss Art. 9 Ziff. 6 zuständig für die "Vorbereitungen für Wettbewerbe in Ansehung von Projekten zu grössern Bauten; Oberleitung und Überwachung der Ausführung der Bauten bei Aufstellung der Pläne und Bauleitung durch Architekten ausserhalb der Baudirektion" (heute: Amt für Bundesbauten). Die Beamten, welche im Rahmen dieser Zuständigkeitsvorschriften die Baumeisterarbeiten für die Armeeapotheke vergaben und dabei an die Vorschriften der Submissionsordnung gebunden waren, handelten in Ausübung ihrer amtlichen Tätigkeit, denn sie durften die Auswahl unter den Bewerbern nicht mit der für das Zivilrecht charakteristischen (Vertrags-)Freiheit treffen. d) Bevor die Klage beim Bundesgericht erhoben wird, muss der Anspruch beim Eidgenössischen Finanzdepartement geltend gemacht werden (Art. 10 Abs. 2, 20 Abs. 2 VG). Bestreitet der Bund den Anspruch oder erhält der Geschädigte innert drei Monaten keine Stellungnahme, so hat dieser innert weiteren sechs Monaten bei Folge der Verwirkung Klage einzureichen (Art. 10 Abs. 2, 20 Abs. 3 VG). Ausserdem erlischt die Haftung des Bundes, wenn der Geschädigte sein Begehren auf Schadenersatz nicht innert eines Jahres seit Kenntnis des Schadens, auf alle Fälle nach zehn Jahren seit dem Tage der schädigenden Handlung des Beamten, einreicht (Art. 20 Abs. 1 VG). Die Kästli Bau AG stellte den Betrieb am 31. Dezember 1987 ein; im Sommer 1988 wurde über sie der Konkurs eröffnet. Die Kläger 1 reichten ihre Schadenersatzbegehren am 2. September 1988 und am 9. Dezember 1988 beim Eidgenössischen Finanzdepartement ein. Dieses lehnte mit Schreiben vom 25. November 1988 und vom 4. Januar 1989 die Forderungen ab. Die Begehren und anschliessend die Klage wurden somit rechtzeitig eingereicht. Die Klägerin 2 reichte das Schadenersatzbegehren am 22. Dezember 1988 ein. Das Eidgenössische Finanzdepartement wies es am 3. Juli 1989 ab. Die Klage wurde am 20. September 1989 erhoben. Die Fristen nach Art. 10 und Art. 20 VG sind damit eingehalten.

2. a) Nach Art. 117 lit. a OG ist die verwaltungsrechtliche Klage unzulässig, wenn die zivilrechtliche Klage nach Art. 41 OG

offensteht. Gemäss Art. 41 lit. b OG beurteilt das Bundesgericht als einzige Instanz zivilrechtliche Ansprüche von Privaten und Organisationen gegen den Bund, wenn der Streitwert wenigstens Fr. 8'000.– beträgt. b) Die Kläger 1 berufen sich, unter Hinweis auf die Unpfändbarkeit des Verwaltungsvermögens, auf eine erhöhte Sorgfaltspflicht des Bundes. Auch die Klägerin 2 macht geltend, das Amt für Bundesbauten habe nach der Vergebung der Arbeiten seine Sorgfaltspflicht verletzt, weil es hinsichtlich der Verwendung des Werklohnes nicht die zum Schutze der Subunternehmer notwendigen Vorkehren getroffen habe. Die Kläger stützen diese Forderungen somit auf die nach ihrer Auffassung rechtswidrige Erfüllung des mit der Generalunternehmerin abgeschlossenen Werkvertrags. Während sich die Auswahl des Generalunternehmers nach öffentlichrechtlichen Bestimmungen richtet, unterstehen der Abschluss und die Durchführung des Werkvertrags zwischen dem Gemeinwesen und dem Unternehmer allein dem Privatrecht. Der Bund tritt dabei als Subjekt des Zivilrechtes auf. Gemäss Art. 11 Abs. 1 VG haftet er in dieser Beziehung nach den Bestimmungen des Zivilrechts. Der eingeklagte Schadenersatzanspruch wird deshalb nach Art. 41 lit. b OG vom Bundesgericht als einziger Instanz beurteilt, sofern der Streitwert mindestens Fr. 8'000.– beträgt. Da der Streitwert im vorliegenden Fall Fr. 8'000.– überschreitet, sind die eingereichten Klagen als zivilrechtliche Klagen entgegenzunehmen, soweit sie sich auf die Durchführung des mit der Kästli Bau AG geschlossenen Werkvertrags beziehen. Das ist zulässig, weil die Parteien selbst beantragt haben, die Klagen seien als zivilrechtliche Klagen zu behandeln, falls die verwaltungsrechtliche Klage nicht zulässig sein sollte. Da für die zivilrechtliche Klage nach Art. 41 lit. b OG keine zu Art. 10 und 20 VG analoge Verwirkungsfrist besteht, ist auf die Klagen einzutreten. c) Die Kläger rufen zur Begründung ihres Anspruches auch Art. 672 ZGB an. Sie machen damit einen zivilrechtlichen Anspruch im Sinne von Art. 41 lit. b OG geltend. Die Klagen sind deshalb auch in dieser Hinsicht als zivilrechtliche Klagen entgegenzunehmen. Nach der Instruktionsverhandlung vom 9. Mai 1990 wurde das Verfahren vorläufig auf die Eintretensfrage und auf die weitere Frage beschränkt, ob ein widerrechtliches Verhalten der Beamten vorliege.

Deshalb lässt sich heute nicht entscheiden, ob die Kläger

BGE 116 Ib 367 S. 373

ihren Anspruch zu Recht auf Art. 672 ZGB stützen. Falls die Klage nicht sonst gutgeheissen wird, ist das Verfahren in diesem Punkt weiterzuführen.

3. a) Soweit das OG keine besonderen Bestimmungen enthält (Art. 40 OG), finden auf das Verfahren sowohl der verwaltungsrechtlichen als auch der zivilrechtlichen Klage die Vorschriften des Bundesgesetzes vom 4. Dezember 1947 über den Bundeszivilprozess (BZP; SR 273) Anwendung. b) Die Kläger 1 haben gemeinsam Klage erhoben. Das ist zulässig, denn gemäss Art. 24 Abs. 2 lit. b BZP können mehrere Personen in der gleichen Klage als Kläger auftreten, wenn gleichartige, auf einem im wesentlichen gleichartigen tatsächlichen und rechtlichen Grunde beruhende Ansprüche den Streitgegenstand bilden und die Zuständigkeit des Bundesgerichtes für jeden einzelnen Anspruch begründet ist. c) Die Klägerin 2 leitet ihre Ansprüche aus dem gleichen Ereignis wie die Kläger 1 ab. Über ihre Ansprüche kann daher im gleichen Urteil entschieden werden, ohne dass die beiden Verfahren zu vereinigen sind.

4. a) Zwischen den klagenden Subunternehmern und der Beklagten beziehungsweise dem für diese handelnden Amt für Bundesbauten bestanden keine direkten vertraglichen Beziehungen. Die Kläger machen denn auch keine Ansprüche aus Vertrag geltend. Ihr allfälliger Schadenersatzanspruch richtet sich deshalb nach Art. 3 Abs. 1 VG, soweit sie geltend machen, das Amt für Bundesbauten habe ihnen den behaupteten Schaden im Submissionsverfahren zugefügt. Soweit sich die Kläger aber darauf berufen, das Amt für Bundesbauten habe sie auch bei der Erfüllung des Werkvertrags geschädigt, stützen sie sich sinngemäss auf das Privatrecht, und ihr allfälliger Schadenersatzanspruch richtet sich nach Art. 41 Abs. 1 OR. Sowohl nach Art. 3 Abs. 1 VG als auch nach Art. 41 Abs. 1 OR haftet die Beklagte nur, wenn sie den behaupteten Schaden den Klägern widerrechtlich zugefügt hat. Im vorliegenden Fall ist somit zu prüfen, ob das Amt für Bundesbauten, das heisst die zuständigen Beamten, bei der Vergebung der Baumeisterarbeiten oder bei der Überwachung des Bauvorganges und den damit verbundenen Aufgaben - durch Tun oder Unterlassen - widerrechtlich gehandelt haben. b) Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung und herrschender Lehre liegt den Blankettnormen nach Art. 3 Abs. 1 VG und Art. 41 Abs. 1 OR die sogenannte objektive Widerrechtlichkeitstheorie

BGE 116 Ib 367 S. 374

zugrunde. Danach ist die Schadenszufügung widerrechtlich, wenn sie gegen eine allgemeine gesetzliche Pflicht verstösst, sei es, dass ein absolutes Recht des Geschädigten verletzt (Erfolgsunrecht) oder eine reine Vermögensschädigung durch Verstoss gegen eine einschlägige Schutznorm bewirkt wird (Verhaltensunrecht). Die Widerrechtlichkeit liegt im objektiven Normverstoss und entfällt, wenn ein Rechtfertigungsgrund vorliegt (BGE 115 II 18 E. 3a, mit Hinweisen). Vorausgesetzt wird dabei, dass die verletzten Verhaltensnormen zum Schutz vor solchen Schädigungen dienen (vgl. OFTINGER/STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band II/1, 4. Aufl., S. 35 (Rz. 101)). c) Wer eine Handlung unterlässt, zu der er von der Rechtsordnung nicht verpflichtet ist, verstösst nicht gegen diese und handelt nicht rechtswidrig. Eine allgemeine Rechtspflicht, im Interesse anderer tätig zu werden, besteht nicht. Widerrechtlichkeit durch Unterlassen kann daher nur entstehen, wenn das Gesetz ein Handeln verlangt oder die Unterlassung ausdrücklich ahndet. Dabei versteht sich von selbst, dass die Verletzung einer Handlungspflicht nicht irgendwelche beliebigen Schadenersatzpflichten auszulösen vermag; vielmehr ist die Handlungspflicht nur dann haftpflichtrechtlich von Bedeutung, wenn sie im Interesse des

Geschädigten besteht und aus einer Schutzvorschrift zu dessen Gunsten folgt. Widerrechtliche Unterlassung setzt damit eine Garantenstellung für den Geschädigten voraus (BGE 115 II 19 E. b, mit Hinweisen). Schutznormen, welche eine Garantenstellung begründen, können sich aus irgendeinem Teil des objektiven, selbst des ungeschriebenen Rechts, und aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen ergeben (BGE 115 II 20 E. c, mit Hinweisen).

5. a) In Anwendung dieser Grundsätze und nach der Praxis ist die Schadenszufügung dann widerrechtlich im Sinne von Art. 3 Abs. 1 VG, wenn die Tätigkeit des Beamten gegen Gebote und Verbote der Rechtsordnung verstösst, die dem Schutze des verletzten Rechtsgutes dienen (BGE 107 Ib 163 f. E. 3a; BGE 103 Ib 68). Ein solcher Verstoss kann unter Umständen in der Überschreitung oder im Missbrauch des dem Beamten durch Gesetz eingeräumten Ermessens liegen. Die Rechtsprechung hat auch die Verletzung von allgemeinen Rechtsgrundsätzen als widerrechtlich bezeichnet (BGE 89 I 493 E. e, BGE 107 Ib 164). b) Im vorliegenden Fall kann sich die Widerrechtlichkeit vor allem aus der Verletzung einer Bestimmung der Submissionsverordnung ergeben. Allerdings begründet rechtswidriges Verhalten

BGE 116 Ib 367 S. 375

der Behörde nach dem Gesagten nicht in jedem Fall eine Haftung nach Art. 3 Abs. 1 VG, sondern nur dann, wenn es gegen eine Bestimmung der Submissionsverordnung verstösst, welche gerade dem Schutz des verletzten Rechtsgutes dient. Auch der von den Klägern 1 angerufene BGE 89 II 47 setzt einen solchen Schutz voraus. c) Art. 8 der Submissionsverordnung enthält die Grundsätze für die Vergebung von Arbeiten. Nach Abs. 1 sind Arbeiten an denjenigen Bewerber zu vergeben, der das günstigste Angebot macht; das günstigste Angebot ist dabei dasjenige, das bei fachgerechter und rechtzeitiger Ausführung der Arbeiten den tiefsten Preis aufweist. Bei gleich günstigen Angeboten sind zusätzlich frühere gute Leistungen, Wohnsitz oder Geschäftsniederlassung in der Nähe des Ausführungsortes der Arbeiten und die Abwechslung unter den Bewerbern zu berücksichtigen (Abs. 2). Ein Angebot ist nicht zu berücksichtigen, wenn es den Submissionsbedingungen nicht entspricht, verspätet oder inhaltlich ungeeignet ist oder der Bewerber keine genügende Erfahrung und Sachkenntnis aufweist oder unlauteren Wettbewerb treibt (Abs. 3). Im Unterschied zu einigen kantonalen und kommunalen Submissionsverordnungen ist die Zahlungsfähigkeit des Bewerbers kein Zuschlagskriterium. Die Behörde des Bundes, welche Arbeiten vergibt, hat deshalb nicht zu prüfen, ob ein Bewerber zum Zeitpunkt der Submission und auch später seine Zahlungspflichten erfüllen kann. Die Submissionsverordnung enthält zum vornherein keinerlei Bestimmungen, welche die Gläubiger vor der Wahl eines wirtschaftlich schwachen Bewerbers schützen könnten. d) Das Amt für Bundesbauten verstiess somit nicht gegen ein zum Schutz der Gläubiger des Bewerbers erlassenes Gebot oder Verbot der Rechtsordnung, als es die Arbeiten für die Erweiterung der Armeeapotheke an die Kästli Bau AG vergab, ohne zu prüfen, ob diese ihre finanziellen Verpflichtungen erfüllen konnte. Sein Verhalten ist nicht widerrechtlich im Sinne von Art. 3 Abs. 1 VG; der Bund haftet wegen der Vergebung der Arbeiten nicht für den Schaden, den die Gläubiger der Kästli Bau AG im Konkurs erlitten. e) Die Kläger berufen sich zusätzlich auf den Schutz von Treu und Glauben. Zur Begründung verweisen sie auf ihr Vertrauen in die richtige Anwendung der Submissionsverordnung. Da jedoch das Amt für Bundesbauten bei der Vergebung der Arbeiten die Submissionsverordnung nicht verletzt hat, erweisen sich die Vorbringen der Kläger als unbegründet.

BGE 116 Ib 367 S. 376

6. a) Soweit die Kläger rügen, die handelnden Beamten hätten auch nach der Vergebung der Arbeiten ihre Sorgfaltspflicht verletzt, berufen sie sich nicht auf eine ausdrückliche Vorschrift, welche eine Garantenstellung im Sinne von Art. 41 Abs. 1 OR und damit eine erhöhte Sorgfaltspflicht der Bundesorgane im Interesse der Subunternehmer begründet, wenn Bauarbeiten an einen Generalunternehmer vergeben werden. Sie tun dies zu Recht nicht, denn das Bundesprivatrecht kennt keine derartige Vorschrift.

Damit bleibt zu prüfen, ob die von den Klägern behauptete Sorgfaltspflicht sich aus einem allgemeinen Rechtsgrundsatz ergibt. b) Zunächst trifft denjenigen eine Schutzpflicht, der eine Gefahr schafft (vgl. für die Haftung des Staates BGE 89 I 493 E. e). Der Bund hat mit der Vergebung der Arbeiten an die Kästli Bau AG indessen keine Gefahrensituation geschaffen, die für ihn eine Schutzpflicht im Interesse der Subunternehmer zur Folge gehabt hätte. c) Auch aus dem Grundsatz von Treu und Glauben können die Kläger nichts für sich ableiten, denn wo jemand weder nach Vertrag noch nach Gesetz zu einem bestimmten Verhalten verpflichtet ist, kann eine solche Pflicht höchstens in engen Grenzen bestehen. 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 Zahlungsschwierigkeiten des Generalunternehmers aufgrund konkreter Anhaltspunkte von Anfang an gerechnet werden muss und der Bauherr wissen muss, dass bei der Ausführung des Bauvorhabens Vertragspartner des Generalunternehmers zu Schaden kommen, wenn er bei der Durchführung des Werkvertrags nicht die Vorsichtsmassnahmen trifft, die ihm zivilrechtlich möglich sind (BGE 108 II 311 E. b). Aus den Akten - unter Berücksichtigung der Beweisanträge, welche die Kläger im Anschluss an die Instruktionsverhandlung gestellt haben - ergeben sich keine Anhaltspunkte, wonach von Anfang an mit der späteren Zahlungsunfähigkeit der Kästli Bau AG hätte gerechnet werden müssen. Dass der Bund im Vertrag mit der Kästli Bau AG einen Vorbehalt - Verwendung der

Zahlungen für die Subunternehmer - anbrachte, vermag daran nichts zu ändern. Die Kläger machen nicht geltend, sie selber hätten den Bund auf solche Verdachtsgründe hingewiesen. d) Eine erhöhte Sorgfaltspflicht und mit ihr eine Haftung des Bundes lassen sich auch nicht daraus ableiten, dass an Liegenschaften, die zum Verwaltungsvermögen gehören, keine Bauhandwerkerpfandrechte errichtet werden können. Das öffentliche Recht bietet keine Grundlage für eine solche Staatshaftung. Das Bundesprivatrecht kennt nur den Anspruch des Bauhandwerkers auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandrechts, nicht aber eine persönliche Haftung des Grundeigentümers für die Werklohnforderungen von Handwerkern, mit denen dieser nicht in einem Vertragsverhältnis steht. Die Einführung einer solchen Haftung auf dem Wege der Lückenfüllung, wie es die Kläger verlangen, würde nicht in das System unseres Zivilrechts passen, das eine ausservertragliche Haftung nur für widerrechtliche Schädigungen und ungerechtfertigte Bereicherungen kennt (BGE 103 II 238 f. E. 5).
e) Die zuständigen Beamten haben somit auch bei der Erfüllung des Werkvertrags nicht widerrechtlich gehandelt.