

# Die Kausalität bei pflichtwidriger Unterlassung und der Einwand des hypothetischen Alternativverhaltens

Vertragspflichten können nicht nur durch ein pflichtwidriges Tun, sondern auch durch ein pflichtwidriges Unterlassen verletzt werden. Solche Unterlassungen können einen Schaden verursachen. Allerdings ist im Einzelfall zu prüfen, ob der Schaden effektiv durch die Unterlassung verursacht wurde oder ob dieselben Folgen nicht ohnehin, d.h. auch bei einem pflichtgemässen Verhalten, eingetreten wären.

*Une violation d'obligations contractuelles peut découler tant d'une action que d'une omission. De telles omissions peuvent causer un dommage. Il convient néanmoins d'examiner dans chaque cas concret si l'omission a effectivement causé le dommage, ou si un comportement conforme au droit aurait de toute façon engendré les mêmes conséquences.*

Urteil des Bundesgerichts vom 11. November 2020 (4A\_258/2020)

**Thomas Siegenthaler**, Dr. iur., Rechtsanwalt, M.Jur., Fachanwalt SAV für Bau- und Immobilienrecht, Winterthur

## Der Fall

(256) Eine Bauherrschaft plante den teilweisen Neubau eines Mehrfamilienhauses. Weil eines der bestehenden Gebäude unmittelbar an die Kantonsstrasse angrenzte, eröffnete sich der Bauherrschaft die Möglichkeit, auch beim Neubau von den ansonsten geltenden kantonalen Strassenabstandsvorschriften abzusehen (Bestandesschutz). Die Voraussetzung dafür war aber, dass während der Bauarbeiten das komplette Erdgeschoss des bestehenden Bauwerks, welches den zulässigen Mindestabstand zur Strasse unterschritt, intakt belassen würde. Die Bauherrschaft liess im Jahre 2011 einen Teilabbruch der Gebäude durchführen. Die Grundmauern wurden belassen.

Die Bauherrschaft beauftragte dann eine Architektin und es begannen die eigentlichen Bauarbeiten. Während dieser Arbeiten wurden die vom früheren Gebäude übrig gebliebenen Grundmauern bei der Kantonsstrasse abgebrochen. Das führte zu einem Baustopp. Der Kanton verlangte nun die Einhaltung des Strassenabstandes. Die Planung des Projektes musste geändert werden. Die Gebäudeflächen wurden verkleinert.

In der Folge kam es zum Streit über das Architektenhonorar. Die Bauherrschaft machte die Architektin für den Abbruch der Grundmauern und entsprechend dafür verantwortlich, dass das Gebäude von der Strasse zurückversetzt und die Planung des Projektes abgeändert werden musste. Die Architektin habe daher nicht nur kein Honorar mehr zugute, sondern solle darüber hinaus Schadenersatz leisten für die zusätzlichen Kosten der verlängerten Bauphase und für die im Vergleich zum geplanten Projekt verkleinerte Gebäudefläche.

Das Kantonsgericht stellte fest, dass der Architektin im Architektenvertrag die Pflicht übertragen worden war, «die Ausführung des geplanten Bauwerks zu leiten, zu über-

wachen, zu koordinieren und dafür besorgt zu sein, dass das Bauwerk nach den gezeichneten Plänen errichtet werde». Auch habe sie gewusst, dass die Grundmauern bestehen bleiben sollen. Sie sei auch beim unplanmässigen Mauerabbruch auf der Baustelle zugegen gewesen. Als Fachperson habe sie objektiv auch Kenntnis haben müssen, welche baurechtlichen Auswirkungen ein Abbruch der Grundmauern haben würde. Zwar habe nicht die Architektin, sondern der Ingenieur den Bauunternehmer angewiesen, die Grundmauern zu entfernen, aber sie habe es sorgfaltswidrig *unterlassen*, dagegen einzuschreiten. Die Architektin machte gegenüber dem Kantonsgericht hingegen geltend, die Grundmauern seien nicht mehr tragfähig gewesen und hätten auf jeden Fall abgebrochen werden müssen.

Das Kantonsgericht urteilte, dass die Bauherrschaft nicht substantiiert dargetan hätte, dass die Grundmauern bei vertragsgemässem Handeln dennoch hätten erhalten werden können. «Vor diesem Hintergrund seien die der Beschwerdegewerterin vorgeworfenen Unterlassungen nicht überwiegend wahrscheinlich für den durch den Baustopp sowie die Projektänderung resultierenden Schaden, weshalb es an der hypothetischen Kausalität mangle.» Der Schadenersatzanspruch der Bauherrschaft wurde abgewiesen. Dagegen führte die Bauherrschaft Beschwerde an das Bundesgericht.

## Der Entscheid

Zum Kausalzusammenhang bei Unterlassungen stützte sich das Bundesgericht in seinem Urteil auf zwei rechtliche Feststellungen:

«Bei einer Unterlassung bestimmt sich der Kausalzusammenhang danach, ob der Schaden auch bei Vornahme der unterlassenen Handlung eingetreten wäre. Es geht um einen hypothetischen Kausalverlauf, für den nach den Erfahrungen des Lebens und dem gewöhnlichen Lauf der Dinge eine überwiegende Wahrscheinlichkeit sprechen muss (BGE 124 III 155 E. 3d S. 165 mit Hinweis)» (E. 3.4.2).

«Da bei einer Unterlassung die Prüfung der natürlichen Kausalität die Beantwortung derselben Frage voraussetzt wie der Einwand des rechtmässigen Alternativverhaltens, nämlich jener, ob der Eintritt des Schadens verhindert worden wäre, wenn sich der potenzielle Schädiger rechtskonform verhalten hätte (Urteil 4A\_350/2019 vom 9. Januar 2020 E. 3.2.2; [...]), gehen beide in demselben Prüfschritt auf» (E. 3.4.3).

Entsprechend der allgemeinen Regel über die Verbindlichkeit der Feststellungen zum natürlichen Kausalzusammenhang sind die Feststellungen des Sachrichters im Zusammenhang mit Unterlassungen für das Bundesgericht bindend. Nur wenn die hypothetische Kausalität ausschliesslich gestützt auf die allgemeine Lebenserfahrung festgestellt wird, unterliegt sie der freien Überprüfung durch das Bundesgericht (BGE 132 III 715 E. 2.3 S. 718 f.).

Im vorliegenden Fall hatte die Vorinstanz ihre Feststellungen zur hypothetischen Kausalität nicht allein auf die allgemeine Lebenserfahrung abgestützt, sondern sich zur These der Architektin bekannt, wonach die Grundmauern ohnehin hätten abgebrochen werden müssen. Das Bundesgericht war an diese tatsächliche Feststellung gebunden. Die Beschwerde der Bauherrschaft wurde daher abgewiesen.

## Die Anmerkungen

Der Fall liegt in der Konvergenzzone zweier Grundsätze des allgemeinen Haftpflichtrechts:

- Hypothetischer Kausalzusammenhang bei Unterlassungen: Der Kausalzusammenhang bestimmt sich bei einer vertragswidrigen Unterlassung danach, ob der Schaden auch bei Vornahme der unterlassenen Handlung eingetreten wäre.<sup>1</sup> Diese Kausalität ist zwangsläufig bloss eine hypothetische (weil sich die Dinge ja gerade *nicht* so ereignet haben). Es ist der Geschädigte, welcher den Kausalzusammenhang – bei Unterlassungen eben den hypothetischen Kausalzusammenhang – beweisen muss. Dafür reicht das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit,<sup>2</sup> was bedeutet: «Nach dem Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit gilt ein Beweis als erbracht, wenn für die Richtigkeit der Sachbehauptung nach objektiven Gesichtspunkten derart gewichtige Gründe sprechen, dass andere denkbare Möglichkeiten vernünftigerweise nicht massgeblich in Betracht fallen.»<sup>3</sup>
- Einwand des rechtmässigen Alternativverhaltens: Dies ist der Einwand des potenziell Haftpflichtigen, dass der Eintritt des Schadens nicht verhindert worden wäre, wenn er (der potenziell Haftpflichtige) sich rechtskonform ver-

halten hätte.<sup>4</sup> Die Beweislast dafür trägt der potenziell Haftpflichtige,<sup>5</sup> wobei das Bundesgericht zum Beweismass in BGE 131 III 115 E. 3.3 S. 120 Folgendes ausgeführt hat: «[...] im Hinblick darauf, dass auch der Entlastungsbeweis betreffend rechtmässiges Alternativverhalten strikt zu erbringen ist, muss dieser Beweis als gescheitert betrachtet werden, wenn sich im konkreten Fall ergibt, dass der Schaden auch bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt *möglicherweise* eingetreten wäre. Die damit verbleibende Möglichkeit, dass der Schadenseintritt dennoch vermieden worden wäre, schliesst die Haftungsbefreiung aus (BGE 110 II 136 E. 2a [...]).»

Das Bundesgericht stellt im vorliegenden Entscheid unter E. 3.4.3 fest, dass die «Prüfung der natürlichen Kausalität» und der «Einwand des rechtmässigen Alternativverhaltens» im gleichen «Prüfschritt» aufgehen. Das liegt daran, dass beiden Grundsätzen dieselbe Frage zugrunde liegt, nämlich «ob der Eintritt des Schadens verhindert worden wäre, wenn sich der potenzielle Schädiger rechtskonform verhalten hätte».<sup>6</sup> Vom Bundesgericht nicht angesprochen wird, dass es diese an sich identische Frage in seiner Rechtsprechung gänzlich unterschiedlichen Beweisregeln unterstellt – je nachdem, ob die Frage vom Geschädigten (hypothetische Kausalität) oder vom potenziell Haftpflichtigen (Einwand des rechtmässigen Alternativverhaltens) angegangen wird. Auflösen lässt sich dieser (vermeintliche) Widerspruch wohl nur, wenn man davon ausgeht, dass es primär Sache der Gläubigerin ist, die natürliche Kausalität nachzuweisen, wobei das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit gilt. Dieser Beweis kann durch den Gegenbeweis des potenziell Haftpflichtigen erschüttert werden.<sup>7</sup> Nur wenn dem Geschädigten der Nachweis der natürlichen Kausalität (im Sinne einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit) gelingt, geht es dann darum, ob der potenziell Haftpflichtige den strikten Nachweis erbringen kann, dass der Schaden ohne das vertragswidrige Verhalten (Tun oder Unterlassen) trotz der eigentlich gegebenen überwiegenden Wahrscheinlichkeit *dennoch* eingetreten wäre. Der strikte Beweis des rechtmässigen Alternativverhaltens wird somit erst relevant, wenn die

<sup>1</sup> BGER 4A\_605/2019 vom 27. Mai 2020, E 5.5.2.

<sup>2</sup> BGE 132 III 305 E. 3.5 S. 311; BGE 124 III 155 E. 3d S. 165 f.; BGE 121 III 358 E. 5; BGE 115 II 440 E. 6a S. 449 f.

<sup>3</sup> BGER 4A\_458/2008 vom 21. Januar 2009, E. 2.3; BGE 130 III 321 E. 3.3 S. 325.

<sup>4</sup> BGE 139 V 176 E. 12.4.2 S. 196: «...objection, par laquelle le défendeur à l'action en responsabilité fait valoir que le dommage serait également survenu s'il avait agi conformément au droit.»; BGE 131 III 115 E. 3.1 S. 119: «[...] Grundsatz, dass keine Haftung greift, wenn der präsumtiv Haftpflichtige beweist, dass ein rechtmässiges Alternativverhalten denselben Schaden bewirkt hätte wie das tatsächlich erfolgte rechtswidrige Verhalten.»; BGE 122 III 229 E. 5a/aa S. 233.

<sup>5</sup> BGER 4A\_449/2018 vom 25. März 2019, E. 5.4; BGE 133 III 121 E. 4.1.3 S. 129 f.

<sup>6</sup> Vgl. BGER 4A\_350/2019 vom 9. Januar 2020, E. 3.2.2: «Juger de la causalité naturelle dans le cas d'une omission règle le sort de l'objection fondée sur le comportement de substitution licite, puisque cette objection présuppose une interrogation fondée sur la même hypothèse (le dommage aurait-il été empêché dans l'hypothèse où le défendeur aurait agi conformément au droit ?).»

<sup>7</sup> Für das Gelingen des Gegenbeweises ist bloss erforderlich, dass der Hauptbeweis erschüttert wird, nicht aber auch, dass der Richter von der Schlüssigkeit der Gegendarstellung überzeugt wird (BGE 120 II 393 E. 4b S. 396 f.; BGE 76 II 188 E. 3 S. 194).

natürliche Kausalität im Sinne überwiegender Wahrscheinlichkeit bereits feststeht.<sup>8,9</sup>

Im Ergebnis haben sich die Gerichte im vorliegenden Fall jedenfalls danach ausgerichtet, dass der strikte Beweis des rechtmässigen Alternativverhaltens erst relevant wird, wenn die natürliche Kausalität im Sinne überwiegender Wahrscheinlichkeit bereits feststeht: Die Architektin hatte einge-

wendet, dass ihr pflichtgemässes Einschreiten gegen den Abbruch der Grundmauern nicht verhindert hätte, dass die Grundmauern letztlich ohnehin hätten abgerissen werden müssen. Wenn das Gericht nun zulasten der Architektin einen *strikten* Beweis verlangt hätte (also einen Nachweis im Sinne von BGE 131 III 115 E. 3.3 S. 120, dass gar keine irgendwie geartete *Möglichkeit* bestand, die Grundmauern zu «retten»), hätte sich die Architektin wohl nicht entlasten können, denn eine absolute bautechnische Unmöglichkeit war die «Rettung» der Grundmauern wohl kaum. Dagegen erachteten es die Gerichte offenbar als ausreichend, dass die Architektin Zweifel an der von der Bauherrschaft geltend gemachten hypothetischen Kausalität wecken bzw. wachhalten konnte<sup>10</sup> und dass diese Zweifel von der Bauherrschaft dann nicht widerlegt wurden. Es wurde von der Architektin also kein strikter Nachweis verlangt. Es reichte, dass sie den von der Bauherrschaft zu erbringenden Beweis der natürlichen Kausalität erschüttern konnte, indem sie (in den Worten des BGE 130 III 321 E. 3.3 S. 325) eine «Möglichkeit, dass es sich auch anders verhalten könnte», aufzeigte, welche eine «massgebende Rolle spielte» und «vernünftigerweise in Betracht fiel».

<sup>8</sup> R. H. WEBER/S. EMMENEGGER, Berner Kommentar, Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97–109 OR, 2. Aufl., Bern 2020, N 410 zu Art. 97; vgl. BGE 4A\_87/2019 vom 2. September 2019, E. 4.1.3.2: «Erst wenn ein Zusammenhang zwischen der Pflichtverletzung und dem Schaden in einem gewissen Mass erstellt ist, kann sich die Frage einer Beweislastumkehr stellen – so im Rahmen des rechtmässigen Alternativverhaltens, für das die Beweislast beim Schädiger liegt (BGE 131 III 115 E. 3.1 S. 119 mit Hinweisen).»; Eine andere Erklärung für die (vermeintlich) widersprüchliche Beweislastverteilung geben F. KRAUSKOPF/D. ZELLWEGGER, Unterlassungen als Haftungsursache, in: Fellmann/Weber, HAVE 2019, Zürich 2019, S. 78: «Während bei der Annahme einer haftungsbegründenden Unterlassung in erster Linie vom Geschädigten zu beweisen ist, der Schaden wäre bei Vornahme der gebotenen Handlung nicht eingetreten, obliegt beim Anknüpfen an ein Tun umgekehrt dem Schädiger der Nachweis, der Schaden wäre auch bei Vornahme der gebotenen (rechtmässigen) Handlung eingetreten, um sich von der Haftung befreien zu können. Im Unterschied zur hypothetischen Kausalität bei der Unterlassung gilt hinsichtlich des Einwands des rechtmässigen Alternativverhaltens das Regelbeweismass der vollen Überzeugung. [...] Die Abgrenzung zwischen Tun und Unterlassen erlangt also Bedeutung sowohl in Bezug auf die Beweislast als auch das Beweismass.»

<sup>9</sup> In casu nicht relevant war, dass der strikte Nachweis des rechtmässigen Alternativverhaltens auch in all jenen Fällen notwendig ist, wo die Kausalität einer Unterlassung gesetzlich vermutet wird, was im Resultat wohl bei der Tierhalterhaftung nach Art. 56 OR der Fall ist.

<sup>10</sup> Ein Gegenbeweis besteht darin, den Hauptbeweis dadurch zu vereiteln, dass «beim Richter Zweifel an der Richtigkeit der Gegenstand des Hauptbeweises bildenden Sachbehauptungen» wachgehalten werden (BGE 120 II 393 E. 4b S. 396 f.; BGE 115 II 305 S. 305).

## Übermässigkeit der Kosten der Nachbesserung

Eine Nachbesserung kann nach Art. 368 Abs. 2 OR nur verlangt werden, wenn sie «dem Unternehmer nicht übermässige Kosten verursacht». Der vorliegende Fall gab dem Bundesgericht die Gelegenheit, seine Rechtsprechung zu diesem Thema zu präzisieren.

*Selon l'art. 368 al. 2 CO, il n'est possible d'obliger l'entrepreneur à réparer l'ouvrage que «si la réfection est possible sans dépenses excessives». La présente affaire a donné l'occasion au Tribunal fédéral de préciser sa jurisprudence à ce sujet.*

Urteil des Bundesgerichts vom 6. August 2020 (4A\_78/2020)

**Thomas Siegenthaler**, Dr. iur., Rechtsanwalt, M.Jur., Fachanwalt SAV für Bau- und Immobilienrecht, Winterthur

zelfirma die Nachbesserung nicht vornahm, machte die Bauherrschaft den Nichterfüllungsschaden in der Höhe der Kosten der Nachbesserung geltend – insgesamt CHF 46 695.55.

### Der Fall

**(257)** Eine Einzelfirma erstellte im Rahmen des Umbaus eines Hauses eine Deckenbeleuchtung, welche den Eindruck eines Sternenhimmels erwecken sollte. Die Kosten für diese Lichtinstallation betragen CHF 13 024.90 (zzgl. MwSt.). Die Bauherrschaft machte später geltend, die Installation sei mangelhaft. Sie verlangte die Nachbesserung. Als die Ein-

### Der Entscheid

Die Erwägungen dieses Entscheids wurden bereits in BR/DC 2020, S. 344 ff., Nr. 536, von PETER REETZ dargestellt. Darauf wird verwiesen. Letztlich ausschlaggebend waren folgende Aussagen des Bundesgerichts: