

# Gesetze und Normen sind nicht genug

Autor(en): **Fellmann, Walter**

Objektyp: **Article**

Zeitschrift: **Tec21**

Band (Jahr): **134 (2008)**

Heft 46: **Umgangskultur**

PDF erstellt am: **25.09.2024**

Persistenter Link: <https://doi.org/10.5169/seals-109007>

## **Nutzungsbedingungen**

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern. Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

## **Haftungsausschluss**

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.

# GESETZE UND NORMEN SIND NICHT GENUG

Gemäss traditionellem Berufsethos verstehen sich Ingenieurinnen und Ingenieure als Treuhänder der Bauherrschaft. Das heutige Bedürfnis nach Standardisierung hat jedoch zur Folge, dass ihre Dienstleistungen zunehmend ähnlichen Kriterien unterstellt werden wie Industrieprodukte. Auf der Strecke bleibt die Qualität – denn Gesetze und Normen können zwar die Verteilung des Fehlerrisikos unter den am Bau Beteiligten regeln, zu einer guten Umgangskultur führen sie nicht. Ein Jurist schreibt über deren Rolle im Rechtswesen.

An Bauprojekten sind stets zahlreiche Personen und Unternehmen beteiligt. Die Auftraggeber müssen sich mit Architekten, Ingenieuren und Unternehmern über ihre Wünsche und die realistischen Möglichkeiten der Umsetzung sowie über Details der Planung und der Realisierung des Bauwerks verständigen. Bei all diesen Interaktionen kann es zu Verständigungsschwierigkeiten, zu Missverständnissen und Fehlern kommen. Besonders heikel wird es, wenn ein Unternehmer als Nachfolgeunternehmer mit seiner eigenen Arbeit an die Vorarbeit eines andern Unternehmers anschliesst und dessen Vorarbeit die Grundlage seiner eigenen Arbeit bildet. Weist die Vorarbeit Mängel auf, kann daraus ein Mangel im Werk des Nachfolgeunternehmers entstehen.<sup>1</sup> Dieses Risiko besteht sowohl im Verhältnis zwischen verschiedenen Nebenunternehmern wie auch im Verhältnis zwischen ihnen und den Planern, den Architekten und Ingenieuren. Es fragt sich daher, wie das Recht mit diesen Risiken umgeht.

## RISIKOVERTEILUNG STATT UMGANGSKULTUR

Das Obligationenrecht regelt die Interaktionen der am Bau beteiligten Personen ausdrücklich nur hinsichtlich der Verantwortlichkeit des Bestellers. Dazu stellt es in Art. 369 OR folgende Regel auf: «Die dem Besteller bei Mangelhaftigkeit des Werkes gegebenen Rechte fallen dahin, wenn er durch Weisungen, die er entgegen den ausdrücklichen Abmahnungen des Unternehmers über die Ausführung erteilt hat oder auf andere Weise die Mängel selbst verschuldet hat.» Diese Bestimmung gibt für den Laien auf den ersten Blick nicht viel her. Lehre und Rechtsprechung haben daraus aber die wesentlichen Grundsätze der Risikoverteilung zwischen den an einem Bauprojekt beteiligten Personen abgeleitet.<sup>2</sup>

Art. 369 OR knüpft die Zuweisung des Risikos an die Bauherrschaft an deren Selbstverschulden. Art. 369 OR befasst sich allerdings nur mit einer möglichen Konstellation, nämlich der Weisung des Bestellers über die Ausführung des Werks.<sup>3</sup> Mit solchen Weisungen legt der Besteller verbindlich fest, wie der Unternehmer das Werk auszuführen hat hinsichtlich Konstruktion, Arbeitsverfahren, Werkstoff etc.<sup>4</sup>

Weisungen können vor Beginn der Bauarbeiten oder im Verlauf der Ausführung erteilt werden. Sie können vor Abschluss des Vertrags in Ausschreibungsunterlagen enthalten sein, in den Werkvertrag aufgenommen oder später ausgegeben werden. Der Besteller kann sie mündlich oder schriftlich erteilen, etwa in der Form von Konstruktions- oder anderen Plänen. Die Bauherrschaft kann die Weisungen persönlich oder durch eine bevollmächtigte Hilfsperson, zum Beispiel einen Architekten oder Ingenieur, ausgeben.<sup>5</sup>

## PFLICHT ZU «DENKENDEM GEHORSAM»

Im Auftragsrecht gebietet dem Beauftragten die Sorgfalts- und Treuepflicht des Art. 398 Abs. 2 OR, die Weisungen des Auftraggebers auf ihre Zweckmässigkeit hin zu überprüfen

### Anmerkungen

1 Vgl. dazu etwa Bühler, Züricher Kommentar, 3. Aufl., Zürich 1998, Art. 369 N 24; Gauch, Der Werkvertrag, 4. Aufl., Zürich 1996, N 2038 ff.

2 Vgl. insbesondere zum anrechenbaren Verschulden des Architekten, des Ingenieurs und des Vorunternehmers Bühler, a.a.O., Art. 369 N 18 ff.

3 Vgl. Gauch, a.a.O., N 1918; Zindel/Pulver, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 4. Aufl., Basel 2007, Art. 369 N 3

4 Vgl. Bühler, a.a.O., Art. 369 N 27; Gauch, a.a.O., N 1928; Zindel/Pulver, a.a.O., Art. 369 N 6; BGE 116 II 308

5 Vgl. Gauch, a.a.O., N 1932

und ihn von unzumutbaren Weisungen abzubringen.<sup>6</sup> Im Werkvertragsrecht sieht Art. 369 OR eine ähnliche Abmahnungspflicht vor.<sup>7</sup> Beide Bestimmungen setzen voraus, dass der Beauftragte die Weisungen des Auftraggebers befolgen muss, verbieten ihm aber eine kritiklose Unterordnung. Verlangt wird ein «denkender Gehorsam».<sup>8</sup> Folgerichtig befreit Art. 369 OR den Unternehmer bei fehlerhaften Weisungen des Auftraggebers nur dann von der Mängelhaftung, wenn er die Bauherrschaft ausdrücklich abgemahnt hat.<sup>9</sup>

**Die Pflicht zur Abmahnung beruht auf der Vorstellung, dass der Unternehmer sachverständig ist, während der Bauherrschaft das Fachwissen fehlt. In der modernen Dienstleistungsgesellschaft mit ihrer Arbeitsteilung trifft diese Annahme jedoch häufig nicht (mehr) zu.**

#### SONDERFALL DER SACHVERSTÄNDIG ERTEILTEN WEISUNG

Die Pflicht zur Abmahnung beruht auf der Vorstellung, dass der Unternehmer sachverständig ist, während der Bauherrschaft das Fachwissen fehlt. In der modernen Dienstleistungsgesellschaft mit ihrer Arbeitsteilung trifft diese Annahme jedoch häufig nicht (mehr) zu. Hier stösst der Unternehmer oft auf einen sachverständigen oder sachverständig beratenen Auftraggeber, der über jene fachlichen Spezialkenntnisse verfügt, die es ihm gestatten, die erteilten Weisungen selbst auf ihre Richtigkeit hin zu durchschauen und allfällige Fehler zu erkennen.<sup>10</sup> In solchen Fällen stellt sich alsdann die Frage, inwieweit trotzdem eine Abmahnung erforderlich ist.

Ist die Bauherrschaft sachverständig oder sachverständig beraten, wird der Unternehmer auch ohne Abmahnung von seiner Haftung befreit, wenn er die Fehlerhaftigkeit der Weisung des Auftraggebers weder erkannt hat noch erkennen musste. Demgegenüber fällt eine Haftungsbefreiung ohne Abmahnung nicht in Betracht, wenn der Unternehmer die Fehlerhaftigkeit der Weisung erkannt hat, oder wenn er sie zwar nicht erkannt hat, sie aber hätte erkennen müssen.<sup>11</sup>

Der Unternehmer muss die Fehlerhaftigkeit der Weisung erkennen, wenn sie offensichtlich ist, man sie also ohne Weiteres erkennen kann.<sup>12</sup> Ist der Fehler nicht augenfällig, muss er ihn erkennen, wenn er zur Überprüfung verpflichtet und aufgrund seines Sachverstands in der Lage ist, den Fehler bei Anwendung der nötigen Sorgfalt zu erkennen.<sup>13</sup> Grundsätzlich darf sich der Unternehmer auf die Richtigkeit einer sachverständig erteilten Weisung verlassen. Zur Nachprüfung ist er nur verpflichtet, wenn er dies versprochen hat oder die Bauherrschaft die Nachprüfung «nach den Umständen des Einzelfalls in guten Treuen erwarten darf».<sup>14</sup> Letzteres ist der Fall, wenn die Nachprüfung der Übung entspricht, weil der Sachverstand des Unternehmers bedeutend weiter reicht als das Fachwissen des Bestellers. Ferner darf die Überprüfung erwartet werden, wenn der Unternehmer Anlass gehabt hätte, an der Richtigkeit der Weisung zu zweifeln oder es ihm aufgrund seiner betrieblichen und technischen Möglichkeiten ein Leichtes wäre, die Weisung nachzuprüfen.<sup>15</sup>

In Bezug auf Pläne verschärft Art. 25 Abs. 2 der SIA-Norm 118 die Rechtslage zulasten der Bauherrschaft. Nach dieser Bestimmung muss der Unternehmer erteilte Weisungen in Form von Plänen nur nachprüfen, «wenn der Bauherr weder durch eine Bauleitung vertreten noch selbst sachverständig, noch durch einen beigezogenen Sachverständigen beraten ist».

Etwas besser ist die Situation für die Bauherrschaft, wenn aufgrund eines Mangels im Werk des Vorunternehmers ein Mangel im Werk des Nachfolgeunternehmers entsteht. Zwar gilt die Regel, dass den Nachfolgeunternehmer für den so verursachten Mangel seines eigenen Werks grundsätzlich keine Haftung trifft.<sup>16</sup> In Anlehnung an die soeben dargestellten Grundsätze greift die Haftungsbefreiung jedoch nur, wenn der Nachfolgeunternehmer den Mangel erkannt und angezeigt hat oder ihn nicht erkennen musste.<sup>17</sup> Erkennen muss er ihn, wenn der Fehler offensichtlich ist oder wenn er ihn bei sorgfältiger Prüfung der Vorarbeit erkennen kann. In Abweichung zu den oben dargestellten Grundsätzen gilt hier die Regel, dass er aufgrund seiner allgemeinen Sorgfaltspflicht gehalten ist, die Vorarbeit zu prüfen. Diese Prüfungspflicht entfällt nur, wenn dies so vereinbart ist oder die Bauherrschaft eine Prüfung nicht erwarten kann, weil sie sie zum Beispiel bereits selbst sachverständig vorgenommen hat.<sup>18</sup>

Diese Ausführungen zeigen, dass das Fachwissen der Bauherrschaft den Unternehmer tendenziell entlastet. Von erheblicher Tragweite ist in diesem Zusammenhang, dass der Bauherrschaft der Sachverstand seiner Berater und Vertreter als eigenes Wissen zugerechnet wird.<sup>19</sup> Der Jurist muss daher mit Nachdruck darauf hinweisen, dass der Beizug von

#### Anmerkungen

6 Fellmann, Berner Kommentar, Bern 1992, Art. 397 N 106

7 Gauch, a.a.O., N 833 und 1937

8 Vgl. Fellmann, a.a.O., Art. 397 N 101; Gauch, a.a.O., 1937

9 Vgl. Bühler, a.a.O., Art. 369 N 41 ff.; Gauch, a.a.O., N 1940 ff.; Zindel/Pulver, a.a.O., Art. 369 N 8 ff.

10 Gauch, a.a.O., N 1955; vgl. auch Fellmann, Art. 397 N 17

11 Vgl. Bühler, a.a.O., Art. 369 N 48 ff.; Gauch, a.a.O., N 1958 ff.; Fellmann, a.a.O., Art. 397 N 19 ff.; Pulver/Zindel, a.a.O., Art. 369 N 14 ff.

12 Gauch, a.a.O., N 1969; vgl. auch Art. 25 Abs. 4 der SIA-Norm 118

13 Gauch, a.a.O., N 1972

14 Gauch, a.a.O., N 1976

15 Gauch, a.a.O., N 1976

16 Gauch, a.a.O., N 2038; vgl. auch Bühler, a.a.O., Art. 369 N 24

17 Gauch, a.a.O., N 2039; vgl. auch Bühler, a.a.O., Art. 369 N 25

18 Gauch, a.a.O., N 2040; vgl. auch Bühler, a.a.O., Art. 369 N 25

19 Vgl. Gauch, a.a.O., N 1956

Der Umstand, dass das Wissen des Prüfindgenieurs der Bauherrschaft als eigener Sachverstand zugerechnet werden kann, führt rechtlich zu einer Schwächung ihrer Stellung, wenn etwas schief läuft.



06

**01 König Friedrich der Grosse von Preussen (1712–1786) im Alter, Gemälde von Anton Graff. Im Rahmen seiner Reformen versuchte Friedrich, alle Regelungsbereiche des preussischen Staats im «Allgemeinen Landrecht für die Preussischen Staaten» von 1794 abschliessend zu normieren. Doch die rund 20 000 Paragraphen bremsten langfristig die weitere Entwicklung des Landes. Ein ähnliches Scheitern könnten heutige Versuche bewirken, die Gewissenhaftigkeit der Fachleute und den sorgsamsten Umgang zwischen allen an einem Bau Beteiligten durch Checklisten, Gesetze und Normen zu ersetzen**  
(Bild: Karl O. Freiherr von Aretin e.a.: Friedrich der Grosse. Herrscher zwischen Tradition und Fortschritt. Bertelsmann, Gütersloh, 1985, S. 9)

#### Anmerkungen

20 Vgl. Hess, Rechtsfragen beim Einsatz von Prüfindgenieuren, BR/DC 1/95, 5 ff., insbes. 7

Prüfindgenieuren die Qualität der Arbeiten am Bau zwar mitunter verbessern mag. Der Umstand, dass das Wissen des Prüfindgenieurs der Bauherrin als eigener Sachverstand zugerechnet werden kann, führt aber rechtlich zu einer Schwächung ihrer Stellung, wenn etwas schief läuft.<sup>20</sup>

#### «SCHWARZER PETER» STATT UMGANGSKULTUR

Die Darstellung der gesetzlichen Regelung und der daraus abgeleiteten Grundsätze zeigt, dass es hier nur darum geht, das Fehlerrisiko zwischen der Bauherrschaft einerseits und den Planern und Unternehmern andererseits zu verteilen. Qualität wird damit nicht geschaffen. Die juristische Fachperson kann bloss sagen, wer den «Schwarzen Peter» behält und die Folgen des Werkmangels zu tragen hat. Eine Umgangskultur, die zu Qualität führt, schafft das Gesetz nicht.

#### SORGFALT ALS VORAUSSETZUNG FÜR QUALITÄT

Zur Qualität der geschuldeten Leistung im Dienstleistungsvertragsrecht sagt das Obligationenrecht nicht viel. Soweit es nicht um eine vertraglich fixierte Leistung geht, begnügt es sich in der Regel mit der Forderung, der Beauftragte habe sorgfältig zu handeln.

**Während im traditionellen Dienstleistungsverhältnis die persönliche Beziehung und die Treue der Parteien eine zentrale Rolle spielten und eine Art Kontrollfunktion wahrnahmen, fällt dieser Präventivfaktor beim Konsum moderner anonymer Dienstleistungen weitgehend weg.**

#### Anmerkungen

21 Oswald, Analyse der Sorgfaltspflichtverletzung im vertraglichen wie ausservertraglichen Bereich, Diss. Zürich 1988, 44; vgl. auch Fellmann, a.a.O., Art. 398 N 17; Weber, Sorgfaltswidrigkeit – quo vadis? ZSR 107 (1988) I 39 ff., 50 ff.

22 Vgl. Fellmann, a.a.O., Art. 398 N 17; Oswald, a.a.O., 118; Walter, Abgrenzung von Verschulden und Vertragsverletzung bei Dienstleistungsobligationen, in: Haftung aus Vertrag, hrsg. von Alfred Koller, St. Gallen 1998, 53

23 Wahrig, Deutsches Wörterbuch, hrsg. von Renate Wahrig-Urfeind, 8. Aufl., Gütersloh/München 2006, 1375

24 Gautschi, Berner Kommentar, Band VI: Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 3. Teilband: Der einfache Auftrag, 3. Aufl., Bern 1971, Art. 398 N 21 a

25 Oswald, a.a.O., 45; vgl. auch Fellmann, a.a.O., Art. 398 N 18

26 Ich habe mich in meinem Beitrag «Der einfache Auftrag und die aktuelle Entwicklung im Recht der freien Berufe», recht 2008, 119 ff., vertieft mit dieser These auseinandergesetzt. Die folgenden Ausführungen stützen sich im Wesentlichen auf diese Arbeit

27 Oswald, a.a.O., 45; vgl. auch Fellmann, a.a.O., Art. 398 N 18

28 Fellmann, a.a.O., Art. 398 N 18

29 Wiegand/Gutknecht, Sorgfaltspflichten des Bankiers, in: Banken und Bankrecht im Wandel, Berner Bankrechtstag, hrsg. von Wolfgang Wiegand, Bern 2004, 159 ff. insbes. 161 f.

30 Müller, Zertifiziertes Qualitätsmanagementsystem in der Anwaltskanzlei, in: Schweizerisches Anwaltsrecht, hrsg. von Walter Fellmann, Claire Huguenin, Tomas Poledna und Jörg Schwarz, Bern 1998, 380

31 EN ISO 9001:2000, 0.2

32 EN ISO 9001:2000, 4.1 Abs. 1

33 Müller, a.a.O., 382

34 Vgl. dazu eingehend Fellmann, Der einfache Auftrag und die aktuelle Entwicklung im Recht der freien Berufe, recht 2008, 130 f.

Nach wohl herrschender Lehre bedeutet Sorgfalt «zunächst nicht ein bestimmtes äusseres Verhalten des Schuldners, sondern (...) eine schuldnerische Eigenschaft, die zu einem gefahrlosen Verhalten und zum Erreichen desjenigen Zwecks, zu dem sich der Schuldner verpflichtet hat, notwendig ist».<sup>21</sup> Bezugspunkt der Sorgfalt ist dabei das Verhalten oder das Leistungsziel, zu dem sich der Schuldner verpflichtet hat. Damit ist gleichzeitig gesagt, dass ohne eine sonstige Leistung Sorgfalt nicht denkbar ist. Sorgfalt setzt vielmehr stets das Vorhandensein einer primären Leistung voraus.<sup>22</sup>

Im deutschen Sprachgebrauch bedeutet Sorgfalt Genauigkeit, Gewissenhaftigkeit.<sup>23</sup> Nach der Meinung von Georg Gautschi ist Sorgfalt daher ein Kriterium menschlichen Verhaltens, namentlich menschlichen Handelns. Sie sei eine Betätigung der Vernunft und des Willens zur Erreichung eines konkreten Ziels, eines bestimmten Erfolgs.<sup>24</sup>

#### STANDARDISIERUNG VON SORGFALTPFLICHTEN

Die enge Verknüpfung von Sorgfalt als schuldnerische Eigenschaft mit dem schuldnerischen Verhalten hat dazu geführt, «sorgfältig» auch für die Beurteilung des äusseren Verhaltens und des daraus resultierenden Erfolgs zu verwenden.<sup>25</sup> Nach meiner Auffassung wird sich diese Tendenz in Zukunft verstärken und zur Standardisierung von äusserem Verhalten führen, das dann das Gütesiegel sorgfältigen Verhaltens erhält.<sup>26</sup> Die Bestrebungen der Qualitätssicherung gehen seit Langem in diese Richtung. Interessant ist dabei, dass das äussere sorgfältige Verhalten nicht zwingend auf eine innere Sorgfalt schliessen lässt.<sup>27</sup> Ist das Leistungsziel erreicht, spielt es jedoch in der Regel keine Rolle, ob der Schuldner auch innerlich die nötige Sorgfalt aufgebracht hat.<sup>28</sup>

Eine Standardisierung äusserlich sorgfältigen Verhaltens können wir seit geraumer Zeit in vielen Bereichen feststellen: Wo immer von einer Organisation, namentlich von juristischen Personen, bei der Erfüllung von Aufträgen Sorgfalt gefordert ist, beobachten wir eine Standardisierung der Abläufe, im Sinne einer Normierung des äusseren Verhaltens. Angeknüpft wird dabei an berufsspezifische Standards.<sup>29</sup>

Diesem Ansatz folgen die sogenannten ISO-Normen. So stellt beispielsweise die Norm ISO 9001 systematische Vorgaben für die Erarbeitung eines Qualitätsmanagementsystems zur Verfügung. Sie beschreibt die Anforderungen an Systeme, die auf der Basis von Modellen aufgebaut werden.<sup>30</sup> Dabei fördert sie einen prozessorientierten Ansatz «für die Entwicklung, Verwirklichung und Verbesserung der Wirksamkeit eines Qualitätsmanagementsystems, um die Kundenzufriedenheit durch die Erfüllung der Kundenanforderungen zu erhöhen».<sup>31</sup> Die jeweilige Organisation muss entsprechend den Anforderungen der Norm «ein Qualitätsmanagementsystem aufbauen, dokumentieren, verwirklichen, aufrechterhalten und dessen Wirksamkeit ständig verbessern».<sup>32</sup>

Karin Müller beobachtet im Zusammenhang mit der Einführung von Qualitätsmanagementsystemen eine Tendenz zur Industrialisierung im tertiären Sektor, zur arbeitsteiligen, anonymen Massenproduktion. Die Dienstleistungen würden nicht mehr als individuelle Leistung eines Menschen, sondern als Produkt verstanden und entsprechend vermarktet, aber auch entsprechend «konsumiert». Während im traditionellen Dienstleistungsverhältnis die persönliche Beziehung und die Treue der Parteien eine zentrale Rolle spielten und eine Art Kontrollfunktion wahrnahmen, fällt dieser Präventivfaktor beim Konsum moderner anonymer Dienstleistungen weitgehend weg.<sup>33</sup>

Meiner Meinung nach wird die Qualität von Dienstleistungen in Zukunft vermehrt anhand von Standards überprüft, indem man das äussere Verhalten des Erbringers der Dienstleistung und die organisatorischen Massnahmen des jeweiligen Unternehmens an Standards misst, die sich aus Normen privater oder halbprivater Normungsinstitutionen ergeben, wie sie im Baurecht der SIA darstellt. In diese Richtung geht auch der von den zuständigen Behörden der EU in der Dienstleistungsrichtlinie vom 12. Dezember 2006 für die Sicherung der Qualität von Dienstleistungen gewählte Ansatz.<sup>34</sup>

Je mehr bei der Ausführung eines Auftrags das persönliche Element in den Hintergrund rückt und durch Leistungen ersetzt wird, die nicht von Individuen, sondern von Institutionen

Es geht um das, was man bis anhin unter dem Berufsethos verstand. Hier gibt es nichts abzuzählen, zu messen oder zu wägen, hier helfen Qualitätskontrollen, wie wir sie aus der industriellen Massenfertigung kennen, nicht weiter.

erbracht werden, desto grössere Bedeutung werden standardisierte Verhaltenspflichten erhalten. Die Verhaltensregeln und Usancen in bestimmten Berufen oder Gewerben, die das Bundesgericht früher noch allein zur Bestimmung des Sorgfaltsmasses heranzog,<sup>35</sup> werden künftig zum Massstab, an dem die Qualität der Dienstleistung gemessen wird. Dienstleistungen werden nicht mehr als individuelle Dienste, sondern – wie industriell hergestellte Produkte – als standardisierte Leistungen aufgefasst.<sup>36</sup> Dadurch verlieren die Unterschiede, die sich aus der konkreten Auftragssituation ergeben können, an Bedeutung. Wo das Mass der erforderlichen Sorgfalt noch eine Rolle spielt, wird es zunehmend abstrakter.<sup>37</sup> Diese Entwicklung wird Inhalt und Tragweite des Begriffs der Sorgfaltspflichtverletzung verändern. Dass es bei der Sorgfalt zunächst um «eine schuldnerische Eigenschaft» geht, «die zu einem gefahrlosen Verhalten und zum Erreichen desjenigen Zweckes, zu dem sich der Schuldner verpflichtet hat, notwendig ist»,<sup>38</sup> wird wohl noch weiter in den Hintergrund gerückt; ebenso die Erkenntnis, dass es im Grundsatz weder eine Sorgfalt an sich noch allgemeine, von den übrigen Leistungspflichten getrennte Sorgfaltspflichten gibt. Die Schaffung von Standards durch Berufsverbände, Selbstregulierungsorganisationen und private oder halbprivate Normierungsinstitutionen wird zur Begründung zahlloser allgemeiner und spezieller (äusserer) Sorgfaltspflichten führen, deren Verletzung das beauftragte Dienstleistungsunternehmen schadenersatzpflichtig macht. Ob das äussere Verhalten der beteiligten Personen durch die erforderliche Anspannung der Willenskräfte und die nötige Sorge geleitet war, wird kaum mehr Bedeutung haben. Die Konsequenz dürfte eine nochmalige Verschärfung der Haftung für Dienstleistungen sein. Gleichzeitig wird sich die Tendenz verstärken, Dienstleistungen als konfektionierte Konsumgüter<sup>39</sup> zu begreifen.

#### GEWISSENHAFTIGKEIT ALS GRUNDHALTUNG SCHAFFT QUALITÄT

Ob die Schaffung immer neuer, allgemeiner und spezieller (äusserer) Sorgfaltspflichten die Qualität von Dienstleistungen letztlich zu heben vermag, bezweifle ich. Zwar haben Normen mit Sanktionsfunktion zweifellos auch eine präventive Wirkung, indem sie ihre Adressaten dazu anhalten, Vorsicht walten zu lassen.<sup>40</sup> Wenn es aber nicht gelingt, bei den Berufsangehörigen innere Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit als Grundhaltung wachzuhalten (oder neu zu wecken), werden weitere Verhaltenspflichten wenig ausrichten. Es geht um das, was man bis anhin unter dem Berufsethos verstand, um die innere Haltung in Bezug auf den Wert des eigenen Berufs und die Pflichten, welche der einzelne mit dessen Ausübung gegenüber anderen und der Gesellschaft übernommen hat. Hier gibt es nichts abzuzählen, zu messen oder zu wägen, hier helfen Qualitätskontrollen, wie wir sie aus der industriellen Massenfertigung kennen, nicht weiter.

Dies gilt auch für den Umgang zwischen der Bauherrschaft und den Architekten, Ingenieuren und Unternehmern, insbesondere aber auch für den Umgang zwischen den Planern und auf dem Bau beschäftigten Unternehmern. Blosser Abmahnungen oder gar blindes Vertrauen auf die Richtigkeit einer vermeintlich sachverständig erteilten Weisung führen nicht per se zu mehr Qualität. Das gilt auch, wenn das Ineingreifen der Schnittstellen normiert ist. Das Leben lässt sich mit Gesetzen nicht abschliessend regeln, auch nicht mit Normen privater Normierungsinstitutionen. Das mussten die Preussen schon im 18. Jahrhundert erfahren. Der Versuch Friedrichs des Grossen, sämtliche Regelungsbereiche des preussischen Staats mit rund 20000 Paragraphen im «Allgemeinen Landrecht für die Preussischen Staaten» (ALR) von 1794 abschliessend zu normieren, scheiterte kläglich. Uns wird es nicht anders ergehen, wenn wir versuchen, die Gewissenhaftigkeit des einzelnen Fachmanns und den sorgsamen Umgang zwischen allen an einem Bau Beteiligten gestützt auf Gesetze oder andere Normen durch Checklisten zu ersetzen.

#### Anmerkungen

35 Vgl. etwa BGE 115 II 64

36 Gehrer/Giger, Handkommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zürich 2007, Art. 398 N 11; vgl. auch Wiegand, Zur Haftung für Dienstleistungen – Urteilsanmerkung Zivilrecht BGE 115 II 62 ff., recht 1990, 140; Wiegand/Gutknecht Sorgfaltspflichten des Bankiers, in: Banken und Bankrecht im Wandel, Berner Bankrechtstag, hrsg. von Wolfgang Wiegand, Bern. 2004, 164

37 Gehrer/Giger, a.a.O., Art. 398 N 11

38 Oswald, a.a.O., 44; vgl. auch Fellmann, a.a.O., Art. 398 N 17; Weber, a.a.O., Art. 398 N 24.

39 Walter, a.a.O., 53

40 Fellmann, Selbstverantwortung und Verantwortlichkeit im Schadenersatzrecht, SZJ 1995, 44 f.

Prof. Dr. iur. Walter Fellmann, Fellmann Tschümperlin Lötscher, Luzern / nebenamtlicher ordentlicher Professor für Schweiz. und Europ. Privatrecht, Universität Luzern, w.fellmann@fellmann-partner.com