

Bauen: Ein rechtliches Abenteuer

Prof. Dr. iur. Peter Gauch*
Universität Freiburg/Schweiz

Publiziert in: Schweizerische Baurechtstagung Freiburg 2001, Tagungsunterlagen, S.1 ff. Die Seitenzahlen dieser Publikation sind im nachfolgenden Text in eckiger Klammer eingefügt.

Die Baukunst als Juristenkunst

1. [3] Mein Leben hat es mit sich gebracht, dass ich häufig auch *mit Bauingenieuren* zusammenkam, die mein Fachgebiet – was mich anfänglich zu stören vermochte – eher als Nebensache verstanden. So wie die Juristen früher glaubten, kraft ihrer juristischen Ausbildung auch die wirtschaftlichen Zusammenhänge des Lebens zu verstehen, so glaubten viele Ingenieure, die Beherrschung des Rechts sei als selbstverständliche Zugabe in ihrer technischen Ausbildung eingeschlossen. Dementsprechend verhielten sie sich, wenn sie aufkommende Rechtsfragen (insbesondere Nachforderungen der Unternehmer) unter sich und auf ihre Weise erledigten, bisweilen ohne dass der Bauherr von den Vorgängen überhaupt eine Ahnung hatte. So ist auch nicht verwunderlich, dass etwa die SIA-Norm 198 (betreffend den Untertagebau) das Werk von lauter Ingenieuren ist, deren Ingenieurkunst auch die vertragsrechtlichen Bestimmungen der Norm gestaltet hat.

In den letzten Jahren nun allerdings hat sich die Situation geändert. Die Juristen, von denen es immer mehr gibt, treten beim Bauen immer stärker in den Vordergrund. Ein Ingenieur, den ich für die Realisierung gewaltiger Bauwerke bewundere, hat mir sogar geklagt, dass *die heutige Baukunst zur Juristenkunst verkommen* sei. Obwohl diese Feststellung als Vorwurf gedacht war, hat sie mir gut getan, nachdem sie doch meinem eigenen Wirken die längst ersehnte Bedeutsamkeit verlieh.

2. Dass die Baukunst eine Juristenkunst ist, stimmt natürlich nicht. *Nach wie vor sind es die Ingenieure, Architekten, Bauunternehmer und Sonderfachleute, die planen und bauen.* Man stelle sich nur vor, wie es um unsere Stauwerke, Tunnels, Strassen und Wohnhäuser bestellt wäre, wenn sie von den Juristen geplant und gebaut würden! Das werden sie Gottseidank noch nicht.

Richtig dagegen ist, dass das geltende Recht sich spürbar auf die Projektierung, die Gestaltung, die Konstruktion und die Ausführung der Bauwerke auswirkt, und dass es auch die rechtlichen Verhältnisse unter den Baubeteiligten beherrscht. Dieser Umstand und *die Unsicherheit, die dem Rechtlichen anhaftet*, sind der Grund, weshalb viele Baubeteiligte ob des

Abkürzungen: *Anm.* = Anmerkung; *BGE* = Entscheid des Bundesgerichts, amtliche Sammlung; *BGr.* = Bundesgericht; *BGBM* = Bundesgesetz über den Binnenmarkt; *BR* = (Zeitschrift) Baurecht; *BRK* = Eidgenössische Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen; *E.* = Entscheid; *Fn.* = Fussnote zum vorliegenden Beitrag; *OR* = Schweizerisches Obligationenrecht; *recht* = Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis; *SIA* = Schweizerischer Ingenieur- und Architektenverein; *SJ* = La Semaine Judiciaire; *ZBJV* = Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins; *zit. in Fn. X* = zitiert in Fussnote X zum vorliegenden Beitrag; *ZSR* = Zeitschrift für Schweizerisches Recht.

* Bei der Vorbereitung und Korrektur des Manuskripts wurde ich von GABRIELLA FEHR und MARTIN BEYELER assistiert, denen ich herzlich danke. MARTIN BEYELER hat mir insbesondere auch die Zusammenstellung der im Vergabeteil des Vortrages zitierten Entscheide geliefert.

Baurechts verunsichert sind. Und das wiederum war für mich der Anlass, für meinen diesjährigen Beitrag zur Schweizerischen Baurechtstagung den abenteuerlichen Titel „*Bauen – Ein rechtliches Abenteuer*“ zu wählen. Denn die Unsicherheit ist ja das Merkmal des Abenteurers. So steht es auch im Wörterbuch: Ein risikoreiches Unternehmen sei das Abenteuer, ein Unternehmen mit ungewissem Ausgang.

Das Thema, Klagen und Geschichten

3. Das *Thema vom „rechtlichen Abenteuer“* trage ich schon lange in mir herum. Als ich es aber auf den Programmwurf für die Baurechtstagung setzte, wurde mir von meiner Umgebung bedeutet, das Thema könnte ein Fehler sein, da niemand (und schon gar kein Praktiker) Lust habe, sich einen Vortrag über Abenteuer anzuhören. Warum ich gleichwohl daran festhielt, ist mir entgangen. Wahrscheinlich aber war es meine altersbedingte Sturheit, die mich auf dem „Abenteuer“ beharren liess, obwohl ich doch wusste, dass ein praktisches Thema (etwa ein Vortrag über den zufälligen Untergang des Werkes oder den Tod des Unternehmers) meinem Ansehen weit förderlicher wäre; dies jedenfalls dann, wenn es mir gelingen würde, [4] meine praktischen Gedanken in abstrakte Sätze zu kleiden, nachdem ja abstrakte Vorträge zu konkreten Fragen die juristische Intelligenz des Referenten besonders schön zum Vorschein bringen.

Wie dem auch immer sei: Jedenfalls blieb es beim „rechtlichen Abenteuer“, worüber ich einiges zu berichten weiss, das *so* nicht in den Lehrbüchern steht. Selber habe ich zwar noch nie gebaut oder bauen lassen, mich also noch nie leibhaftig in das Abenteuer begeben. Das überlasse ich lieber den andern, den Abenteuerlustigen, von denen es genügend viele gibt. Folglich kann ich auch nicht mit Selbst-Erlebtem aufwarten, um das Thema aufzufüllen. Hingegen habe ich schon die vielfältigsten *Klagen* gehört, die zum Thema passen. Dies auch von praktizierenden Juristen. Abenteuerlich, klagte mir ein Bauanwalt, sei vor allem der Umgang mit dem öffentlichen Baurecht, etwa mit den Bewilligungsbehörden oder dem Denkmalschutz, der bisweilen sogar dringend erforderliche Investitionen verhindere. Ein anderer legte den Schwerpunkt auf das Nachbarrecht und die bösen Nachbarn, deren Einsprachen entweder „abzukaufen“ oder in langwierig-kostspieligen Verfahren zu beseitigen seien. Und wieder ein anderer beklagte sich über das Urheberrecht der Architekten, das es einem Hauseigentümer verwehre, aus dem Flachdach seines Hauses ein Schrägdach zu machen oder die Hausfassade durch ein weiteres Fenster zu durchbrechen, damit das Licht nicht nur auf den Architekten, sondern auch auf die Bewohner falle. Dass die, die da im Dunkeln sässen, die Architektur eher als finsternen Zwang denn als lichte Kunst empfänden, das müsse man verstehen.

In solchen und anderen Klagen stecken immer konkrete Geschichten, die von konkreten Menschen erlebt wurden. Blicke ich in mein privates Umfeld, so kommen mir *die verschiedensten Geschichten* in den Sinn, die das Abenteuerliche des Bauens belegen. Ich denke etwa an meinen Cousin Heinrich; er verlor Hab und Gut, weil er die Unternehmerrechnungen an den Architekten bezahlte, der mit dem einbehaltenen Geld Konkurs ging. Ich erinnere mich an den jungen Physikprofessor, der sich vom Generalunternehmer und Erbauer seines Mängelstrotzenden Einfamilienhauses so lange hinhalten liess, bis sämtliche Mängelrechte verjährt waren. Und schliesslich könnte ich von zahlreichen Fällen erzählen, in denen der Kostenvoranschlag des Architekten massiv überschritten wurde, die finanziell bedrängten Auftraggeber aber weder den Mut noch das Geld hatten, um sich klagend zur Wehr zu setzen. Einigen von ihnen, die sich anwaltlich beraten liessen, wurde von der Klage abgeraten, weil

die Rechtslage zu ungewiss und die Rechtsprechung des Bundesgerichts¹ ebenso unklar sei wie die einschlägige Literatur. Nachdem auch ich zum besagten Thema publiziert habe² und in meiner Selbstüberschätzung annahm, mein Aufsatz sei von den beratenden Anwälten gelesen worden, fühlte ich mich vom Vorwurf der Unklarheit zutiefst betroffen. Wie viel besser tat es doch Molière, der seine Manuskripte, bevor er sie drucken liess, zunächst seiner Putzfrau zum Lesen gab!

4. Meine Erzählungen liessen sich in bunter Weise fortsetzen, was ich aber nicht tun will, weil darob zu leicht der Eindruck entstände, dass jegliches Bauen in rechtliche Probleme oder gar in Streitigkeiten münde. Das ist beileibe nicht der Fall. *Nicht jedes Abenteuer muss schlecht ausgehen*. Und das rechtliche Abenteuer des Bauens endet in den meisten Fällen gut. Dennoch scheint mir das gewählte Thema geeignet, um einige Aspekte des heutigen Baurechts in Erinnerung zu rufen, die mir besonders am Herzen liegen. Dabei konzentriere ich mich auf das öffentliche Vergabe- und auf das Vertragsrecht, wohl wissend, dass es sich hierbei um zwar wichtige, aber doch begrenzte Ausschnitte des gesamten Baurechts handelt.

Das öffentliche Vergaberecht

5. [5] Ich beginne mit dem öffentlichen Vergaberecht, das namentlich unter dem Einfluss des GATT/WTO-Übereinkommens³ *komplett revidiert und durch die Revision liberalisiert* wurde. Einen Überblick über die Rechtsquellen und eine allgemeine Würdigung des neuen Vergaberechts habe ich bereits an der Schweizerischen Baurechtstagung 1997 präsentiert.⁴ Heute greife ich dieses Rechtsgebiet nochmals heraus, weil die Unsicherheit, die das Abenteuerliche ausmacht, hinsichtlich des neuen Vergaberechts besonders stark zum Vorschein tritt.

Die Zersplitterung

a. Ein Grund für die Verunsicherung ist allein schon die Tatsache, dass das öffentliche Vergaberecht der Schweiz auf einer *Vielzahl verschiedener Rechtsquellen* beruht, die – abgesehen vom GATT/WTO-Übereinkommen (GPA) – teils dem Bundesrecht, teils dem kantonalen Rechte angehören. Oder anders ausgedrückt: Das neue Vergaberecht der Schweiz ist heillos zersplittert. Das BoeB⁵ und die VoeB⁶ ordnen nur das Vergabewesen des Bundes, und das nicht einmal abschliessend. Andere Regeln gelten für die Beschaffungen der Kantone und Gemeinden, deren Vergaberecht in erheblichem Umfang auch durch das Bundesgesetz über den Binnenmarkt (BGBM)⁷ beeinflusst ist. Das BGBM (ein Rahmengesetz) befasst sich (unter anderem) mit den öffentlichen Beschaffungen durch Kantone, Gemeinden und andere Träger kantonalen oder kommunalen Aufgaben, nicht aber mit öffentlichen Beschaffungen des

1 Vgl. z.B. BGE 119 II 249 und 122 III 61.

2 Zum Beispiel in BR 4/89, S. 79 ff.

3 GATT/WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. April 1994, dem der Bund mit Wirkung ab 1. Januar 1996 beigetreten ist.

4 GAUCH/TERCIER, Die Liberalisierung des öffentlichen Baumarktes, Baurechtstagung, Freiburg 1997, Band I, S. 2 ff.

5 Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994.

6 Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 11. Dezember 1995.

7 Bundesgesetz über den Binnenmarkt vom 6. Oktober 1995.

Bundes. Für die Beschaffungen von „Arbeiten, Lieferungen und Dienstleistungen“ beim „Bau und Unterhalt“ der Nationalstrassen gelten die Art. 44 ff. der eidgenössischen Nationalstrassenverordnung⁸, die im Wesentlichen wiederum auf das kantonale Recht verweisen.

Diese Zersplitterung verunsichert die potentiellen Anbieter und viele Vergabebehörden, denen es schwer fällt, sich im neuen Vergaberecht zurechtzufinden. Ein Lichtblick ist freilich die Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB)⁹, welche die Rechtsharmonisierung auf kantonaler Ebene fördert. Ihr sind inzwischen alle Kantone beigetreten. Die Chance, ein Vergabek Konkordat unter Mitbeteiligung des Bundes zu schaffen, wurde jedoch vertan.

b. Das gezeichnete Bild bedarf einer Erweiterung. Neben das GATT/WTO-Übereinkommen, das die umfassende Revision des schweizerischen Vergaberechts ausgelöst hat, tritt demnächst *das Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Schweizerischen Eidgenossenschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens*, das zwar [6] abgeschlossen wurde, aber noch nicht in Kraft ist. Die bevorstehende Umsetzung dieses bilateralen Abkommens führt zu einer erneuten (wenn auch nur partiellen) Revision des eidgenössischen und kantonalen Vergaberechts unter Einschluss der IVöB.

Von der bevorstehenden Revision betroffen sind einerseits die Bezirke und Gemeinden, die das Abkommen (im Verhältnis Schweiz/EU) in den Geltungsbereich des GATT/WTO-Übereinkommens einbezieht.¹⁰ Betroffen sind andererseits aber auch die Unternehmen der Telekommunikation und Eisenbahnen (namentlich die SBB) sowie gewisse Unternehmen in den Sektoren Energie, Wasser und Verkehr, für die das Abkommen (unter Vorbehalt einer „Ausklauklausel“ bei vorhandenem Wettbewerb) besondere Vergaberegeln vorsieht.

Offene Fragen

6. Für die Verunsicherung sorgt nicht nur die Zersplitterung des neuen Vergaberechts, sondern vor allem auch die Tatsache, dass das neue Recht *viele Rechtsfragen* aufwirft, die einer Beantwortung bedürfen. Auf Fragen allgemeiner Art habe ich an der Schweizerischen Baurechtstagung 1997¹¹ hingewiesen. Im Zuge der praktischen Rechtsanwendung sind jetzt aber konkrete Fragen hinzugetreten. Sie sind äusserst zahlreich und beschlagen die verschiedensten Gebiete des Vergaberechts, was auch die folgende Auswahl der inzwischen ergangenen Gerichtsentscheide zeigt, die sich teils auf das Bundes-, teils auf das kantonale Vergaberecht beziehen. Die ausgewählten und verkürzt rapportierten Entscheide betreffen:

a. *Die Frage, was ein öffentlicher Auftrag ist.* Von der Beantwortung dieser (Grund-)Frage hängt ab, welche Geschäfte dem öffentlichen Vergaberecht unterstehen. Dazu die folgenden Entscheide:

Nach BGE 125 I 209 (= BR 4/99, S. 141, Nr. S27) bezeichnet der Begriff des öffentlichen Beschaffungswesens die Gesamtheit der Leistungen, die ein öffentlicher Auftraggeber bei

⁸ Verordnung vom 18. Dezember 1995.

⁹ Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994.

¹⁰ Für Schweizer Anbieter hat dies umgekehrt zur Folge, dass sie sich in der EU auch auf Bezirks- und Gemeindeebene zu gleichen Bedingungen wie EU-Anbieter bewerben können (bis dahin gilt: 3% günstiger = gleich günstig) und ihnen auch bei solchen Bewerbungen der Rechtsmittelweg offen steht.

¹¹ Vgl. Fn. 4.

privaten Anbietern auf privatrechtlicher Basis gegen Bezahlung erwirbt. Im so beschriebenen Markt tritt der Staat als Nachfrager von Leistungen auf. Dies aber ist nicht der Fall, wenn ein Kanton sein Plakatierungsmonopol an Private verpachtet, von denen er sich für seine eigene Leistung bezahlen lässt. Mithin sind für dieses Geschäft die öffentlichen Vergaberegeln nicht anwendbar.

Nach der BRK (006/1999 = BR 4/99, S. 139, Nr. S20) wird der Begriff des „öffentlichen Beschaffungsgeschäfts“ weder im GPA noch im Bundessubmissionsrecht definiert. Im Sinne der Förderung des Wettbewerbs und des wirtschaftlichen Einsatzes staatlicher Mittel liegt es aber, dass auch da von öffentlicher Beschaffung gesprochen wird, wo der Staat eine seiner Leistungen auslagert und dauerhaft durch eine private Unternehmung erfüllen lässt. Auch hier soll das Vergabekriterium des „wirtschaftlich günstigsten Angebots“ die Auswahl des Leistungsträgers dominieren und mithin Vergaberecht zur Anwendung gelangen.

b. *Die Vorbefassung der Anbieter.* Zur Vorbereitung der Ausschreibung ziehen die Vergabebehörden oft auch Planer und Unternehmer bei, die später als Anbieter auftreten. Daraus ergibt sich die heikle Frage, wie derart vorbereitete Planer und Unternehmer im [7] Vergabeverfahren zu behandeln (insbesondere: ob sie aus dem Verfahren auszuschliessen) sind.¹² Dazu die folgenden Entscheide:

Nach der BRK (014/1998 = BR 4/99, S. 139, Nr. S21) verschafft sich eine Auftraggeberin mittels des technischen Dialoges bei einer Unternehmung die für die Ausschreibung notwendigen Kenntnisse über technische Aspekte ihres Vorhabens. Nimmt diese Unternehmung an der darauffolgenden Ausschreibung teil, sind Gleichbehandlungs- und Transparenzgebot genau zu achten: Die Vorbefassung der Dialogpartnerin muss nach Form und Inhalt deklariert werden und darf sich in keiner Weise als Vorteil auswirken.

Nach dem Verwaltungsgericht AG (E. vom 16.7.1998 = BR 4/98, S. 129, Nr. 341) genießt ein Anbieter, der bei der Ausarbeitung der Ausschreibungsunterlagen mitgewirkt hat, einen unzulässigen Vorteil nicht nur puncto Zeit, sondern auch bezüglich seiner Kenntnisse des Vorhabens, ganz abgesehen davon, dass sich bei seiner Beteiligung am Verfahren das Risiko bewusster Manipulation kaum vermeiden lässt. Für den Ausschluss eines derart vorbereiteten Anbieters ist nicht erforderlich, dass er tatsächlich einen konkreten Vorteil erlangte; vielmehr genügt schon ein die sbezüglicher Anschein.

Umgekehrt muss aber die Vorbefassung im Zusammenhang mit dem konkreten Vorhaben stehen. Ein Unternehmer, der mit dem Unterhalt eines Gebäudes beschäftigt ist, darf also nicht allein deswegen von der Vergabe der Sanierungsarbeiten an diesem Gebäude ausgeschlossen werden. Kein zwingender Ausschlussgrund liegt aber auch da vor, wo die Vergabestelle sich Ratschläge von Architekten oder Ingenieuren erteilen liess. Dies gilt so lange, als nicht die Rat Erteilenden die Submission zu beeinflussen vermögen. Unzulässig wäre es also z.B., dass die beratenden Anbieter die Eignungs- oder Zuschlagskriterien auf sich ‚zuschneiden‘ liessen.

In jedem Falle verlangt der Grundsatz der Transparenz eine genaue Offenlegung der Verhältnisse in den Ausschreibungsunterlagen, sobald potentielle Anbieter bei der Pro-

¹² Art. VI Abs. 4 GPA untersagt es den Vergabestellen, „auf eine den Wettbewerb ausschaltende Art und Weise von einer Firma, die ein geschäftliches Interesse an der Beschaffung haben könnte, Ratschläge ein(zu)holen oder an(zu)nehmen, welche bei der Ausarbeitung der Spezifikationen für eine bestimmte Beschaffung verwendet werden können“.

jektierung mitgewirkt haben, ihre Vorbefassung also zum Ausschluss führen könnte.

c. *Die Unterangebote.* Sie haben die Baubranche schon seit jeher beschäftigt und beschäftigen sie auch unter dem neuen Vergaberecht. Zur Diskussion steht die Frage, ob die Vergabebehörde berechtigt oder gar verpflichtet ist, „ungewöhnlich niedrige Angebote“ („Unterangebote“) aus dem Verfahren auszuschneiden. Das Problem, das auch im GATT/WTO-Übereinkommen angesprochen wird¹³, ist heikel und wird noch verkompliziert durch die Tatsache, dass schon der Begriff des Unterangebotes umstritten ist. Zur Illustration die folgenden Entscheide:

Nach dem Verwaltungsgericht GR (E. vom 1.5.1998 = BR 2/2000, S. 61, Nr. S24) bringt es die Übernahme der GPA-Vergabepinzipien mit sich, dass Unterangebote nicht mehr nach bisherigen Vergleichsschemata ermittelt werden können. Vielmehr ist es in einem liberalisierten Beschaffungsmarkt zulässig, dass ein Anbieter mit einkalkuliertem Risiko ein bezüglich des Preises zu [8] niedriges Angebot einreicht, solange dieses nur die Eignungs- und Zuschlagsbedingungen erfüllt.

Nach einem späteren Entscheid des gleichen Gerichts (E. vom 9.9.1998 = BR 2/2000, S. 61, Nr. S25) ist es im liberalisierten Beschaffungsmarkt Sache der Unternehmungen, wie und mit welchem Risiko sie ihre Preise kalkulieren; Unterangebote sind in den Grenzen des lautereren Wettbewerbs zulässig. So ist nichts dagegen einzuwenden, dass ein Anbieter einen internen Preis errechnet und ihn anschliessend, aus finanziellen Reserven schöpfend, auf den im Angebot figurierenden Verlustpreis reduziert. Selbst die massive Unterschreitung von Tarif- oder Preisvorgaben von Berufsverbänden begründet für sich allein noch keinen Grund zur vertieften Überprüfung der Preisstruktur eines Angebots, da solche Vorgaben mitunter am Markt vorbei postuliert werden.

Unlauter i.S. des UWG handelt hingegen, wer die Reduktion des wahren Preises auf den Verlustpreis durch illegale Mittel erzielt, wie z.B. durch Steuerhinterziehung, Nichteinhaltung von Gesamtarbeitsverträgen, Missachtung von Sicherheitsvorschriften o.ä.

Nach dem Verwaltungsgericht ZH (E. vom 24.3.1999 = BR 2/2000, S. 61, Nr. S26) kann ein Unterangebot nicht vom Verfahren ausgeschlossen werden, ohne dass dem Anbieter zunächst Gelegenheit eingeräumt wird, die Seriosität seines Preises darzutun.

Auch ein offerierter Verlustpreis ist nicht zum vornherein als unzulässig zu betrachten. Vielmehr kann es im Interesse des Anbieters liegen, vordergründig einen Verlust einzukalkulieren, z.B. zum Zwecke der Auslastung seiner Maschinen, der Weiterbeschäftigung seiner Angestellten oder der Fussfassung in einem neuen Geschäftsbereich. Unzulässig aber sind gemäss Art. XIII Abs. 4 lit. a GPA solche Verlustpreise, die aus Nichteinhaltung der Teilnahmebedingungen oder aus minderwertiger Ausführung der Leistung resultieren.

d. *Die vergabefremden Eignungs- und Zuschlagskriterien.* Den Zuschlag soll nach dem öffentlichen Vergaberecht nur erhalten, wer zur Ausführung des ausgeschriebenen Auftrages überhaupt geeignet ist; kommen mehrere (geeignete) Anbieter für den Zuschlag in Frage, so gilt der Grundsatz, dass das „wirtschaftlich günstigste Angebot“ den Zuschlag erhält. In der Theorie wird nun gelehrt, dass die Vergabebehörde unter Vorbehalt gesetzlicher Ausnahmen

¹³ Vgl. Art. XIII Abs. 4 lit. a GPA: „Erhält eine Beschaffungsstelle ein Angebot, das ungewöhnlich niedriger ist als andere eingereichte Angebote, so kann sie beim Anbieter Erkundigungen einziehen und sicherstellen, dass er die Teilnahmebedingungen einhalten und die Auftragsmodalitäten erfüllen kann.“

nur solche Eignungs- und Zuschlagskriterien verwenden darf, welche die leistungsbezogene Eignung der Anbieter und die Wirtschaftlichkeit des Angebotes betreffen. Andere Kriterien sind vergabefremd und unzulässig. Wie verhält es sich in der Praxis? Dazu die folgenden Entscheide:

Nach der BRK (11/97 = BR 2/98, S. 50, Nr. 172) ist es nach dem Sinn und Zweck des neuen Vergaberechts nicht mehr zulässig, den Zuschlag an protektionistische Kriterien (z.B. an die Herkunft eines bestimmten Produktes, an die örtliche Nähe eines Anbieters oder an seine wirtschaftliche oder fiskalische Bedeutung für die Region) zu binden. Das wirtschaftlich günstigste Angebot ermittelt sich vielmehr nach den Vergabekriterien Termin, Qualität, Preis, Wirtschaftlichkeit, Betriebskosten, Kundendienst, Umweltverträglichkeit usf.

Nach dem Verwaltungsgericht AG (E. vom 28.5.1999 = BR 2/2000, S. 57, Nrn. S10 und S11) sind Eignungskriterien, die nicht die leistungsbezogene Eignung des Anbieters betreffen, und Zuschlagskriterien, die nicht die Wirtschaftlichkeit des Angebotes beschlagen, vergabefremd und daher unzulässig. Regional-, steuer- oder strukturpolitische Gesichtspunkte sind ebenfalls vergabefremd. In jedem Falle sind Kriterien zu verwenden, die objektiv nachprüfbar und auf den wirtschaftlichen Nutzen der konkreten Leistung bezogen formuliert sind.

[9] *Nach dem Verwaltungsgericht GR (E. vom 9.2.1999 = BR 2/2000, S. 58, Nr. S14)* wirken sich Zuschlagskriterien, die auf Wirtschaftsfaktoren wie Steuerdomizil, Vermeidung von Konkursen und Unterstützungspflichten innerhalb der Gemeinde basieren, krass diskriminierend auf auswärtige Anbieter aus. Derartige Anforderungen stellen verkappte Handelshemmnisse dar und verzerren den freien Wettbewerb. Es handelt sich um untaugliche, vergabefremde Kriterien.

Nach dem Verwaltungsgericht AG (E. vom 28.5.1999 = BR 2/2000, S. 59, Nr. S17) behält das SubmD AG die an sich vergabefremde Lehrlingsausbildung ausdrücklich als Zuschlagskriterium vor. Ungeklärt ist indes die Frage, ob die Lehrlingsausbildung auch unter den Eignungskriterien figurieren dürfe. Diese Frage ist klar zu verneinen, da nicht ersichtlich ist, inwiefern die rein technische und organisatorische Eignung eines Anbieters, ein konkretes Projekt zu realisieren, vom Umstand, dass der Anbieter Lehrlinge ausbildet, abhängig sein könnte.

Nach einer späteren Entscheidung des gleichen Gerichts (E. vom 15.9.1999 = BR 2/2000, S. 59, Nr. S18) ist die Frage, ob ein Anbieter Lehrlinge ausbildet oder nicht, nach SubmD AG nur dann als Zuschlagskriterium zu berücksichtigen, wenn sich bezüglich der anderen Kriterien gleichwertige Angebote gegenüberstehen. Das Kriterium der Lehrlingsausbildung ist also nicht von grosser Bedeutung und nur subsidiär zuzuziehen.

Nach dem Verwaltungsgericht ZH (E. vom 15.12.1998 = BR 2/2000, S. 56, Nr. S6) sind ökologische Gesichtspunkte in den Zuschlagskriterien zulässig, wenn sie Eigenschaften des Produktes betreffen, die sich am Einsatzort auswirken, wie z.B. der Wärmedämmwert einer Isolation oder der Schadstoffgehalt des verwendeten Materials. Stets jedoch muss Art. 3 BGBM respektiert werden, und es ist darauf zu achten, dass sich hinter derartigen ökologischen Zuschlagskriterien keine Privilegierung von Ortsansässigen verbirgt.

Nach dem Verwaltungsgericht AG (E. vom 28.5.1999 = BR 2/2000, S. 57, Nr. S7) darf

ein klarer und erheblicher Vorteil bezüglich der Umweltverträglichkeit zu einer unterschiedlichen Bewertung zweier sonst gleichwertiger Angebote führen. Die Distanz zwischen Firmensitz und Ausführungsort darf jedoch nur bei grossen Differenzen zwischen den verschiedenen Angeboten berücksichtigt werden. Überdies müssen zu diesem Punkt regelmässig weitergehende Abklärungen (z.B. betreffend Alter und Kapazität der verwendeten Fahrzeuge) getätigt werden, damit sich das Kriterium nicht diskriminierend auswirkt.

e. *Die Doppelprüfung der Eignung.* In der Abfolge des Vergabeverfahrens folgt die Ermittlung des „wirtschaftlich günstigsten Angebotes“ auf die vorausgehende Eignungsprüfung. Zuerst ist die Eignung zu prüfen, dann das „wirtschaftlich günstigste Angebot“ zu ermitteln, das den Zuschlag erhält. Besonders deutlich zeigt sich dieser Verfahrensablauf beim selektiven Verfahren.¹⁴ Und hier stellt sich insbesondere auch die Frage, ob bei der Ermittlung des „wirtschaftlich günstigsten Angebotes“ auch eine allfällige „Mehr- oder Mindereignung“ der jeweils in Frage kommenden (geeigneten) Anbieter berücksichtigt werden darf. Dazu die folgenden Entscheide:

Nach der BRK (006/1999 = BR 4/99, S. 141, Nr. S26) hat im selektiven Verfahren die Prüfung der Eignung bei der Präqualifikation stattzufinden. Bei der späteren Prüfung der [10] Zuschlagskriterien muss diese Bewertung ausser Acht bleiben – d.h. eine Doppelprüfung ist untersagt –, da alle präqualifizierten Anbieter als geeignet zu betrachten sind und eine allfällige Mehr- oder Mindereignung keine Beachtung bezüglich des Zuschlags erheischen darf.

Nach dem Verwaltungsgericht VD (E. vom 22.1.1999 = BR 2/99, S. 57, Nr. S11) können sich die verschiedenen Kriteriengruppen überlappen. So kann die Eignung des Anbieters auch beim Zuschlag eine Rolle spielen. Stets jedoch muss beim Zuschlag das Kriterium des wirtschaftlich günstigsten Angebotes miteinbezogen werden.

f. *Die Bekanntgabe der Zuschlagskriterien.* Welche Zuschlagskriterien für die konkrete Vergabe massgeblich sind, muss den (potentiellen) Bewerbern schon aus Gründen der Transparenz zum Voraus bekanntgegeben werden. Art. 21 Abs. 2 BoeB verlangt explizit, dass die massgeblichen Kriterien „in den Ausschreibungsunterlagen in der Reihenfolge ihrer Bedeutung aufzuführen“ sind. Für das BoeB und auch sonst stellt sich nun aber die Frage nach dem erforderlichen Umfang der Bekanntgabe und nach ihrer Bindungswirkung für die Vergabebehörden. Dazu die folgenden Entscheide:

Nach der BRK (E. 006/1999 = BR 4/99, S. 141, Nr. S25) sind die Zuschlagskriterien in ihrer Gesamtheit (mitsamt den Unterkriterien) in der Ausschreibung bekanntzugeben. Die Auftraggeberin ist insofern daran gebunden, als sie diese Kriterien nachgängig weder umstellen noch abändern darf und als sich ihr Ermessensspielraum nunmehr durch deren Rahmen abgegrenzt sieht.

Nach dem Verwaltungsgericht FR (E. vom 16.7.1999 = BR 4/99, S. 142, Nr. S30) bleibt die blosse Bekanntgabe einer Rangfolge von Zuschlagskriterien (ohne genauere, z.B. prozentuale Angaben über die Gewichtung der einzelnen Kriterien) sinnlos. Daher ist es

¹⁴ Zum offenen Verfahren vgl. BRK 012/1998 vom 4.2.1999 (= BR 2/99, S. 53, Nr. S1). Im offenen Verfahren werden Eignungs- und Zuschlagskriterien gleichzeitig geprüft. Beide Kriteriengruppen müssen jedoch nichtsdestotrotz einer separaten Prüfung unterzogen werden.

unerlässlich, dass die Vergabebehörde schon in den Ausschreibungsunterlagen nicht nur angibt, welchen Zuschlagskriterien welcher Rang zukommt, sondern auch, welches relative Gewicht das einzelne Kriterium hat.

Nach dem Verwaltungsgericht AG (E. vom 28.5.1999 = BR 4/99, S. 142, Nrn. S28 und S29) enthält das SubmD AG (anders als z.B. das GPA) keine Bestimmung zur Frage, ob die intendierte Gewichtung der einzelnen Zuschlagskriterien in den Ausschreibungsunterlagen anzugeben sei. Es beschränkt sich darauf festzuhalten, dass die Kriterien als solche aufgeführt werden müssen.

Auch aus übergeordnetem Recht lässt sich keine Pflicht zur Bekanntgabe der Gewichtung der Zuschlagskriterien herleiten, so dass der Entscheid darüber im Belieben der Auftraggeberin verbleibt, was zwar der Transparenz abträglich ist, den Ermessensspielraum der Behörde aber erweitert.

Ausserdem hat die Vergabebehörde das Recht, eine prozentuale Gewichtung der Zuschlagskriterien auch nach Offerteröffnung noch abzuändern, selbst wenn sie publiziert wurde. Denn sollte sich das anfangs gewählte Bewertungsschema als untauglich erweisen, gebietet der Grundsatz der Verhältnismässigkeit den Vorzug der genannten Lösung vor einer Neuauflage des Ausschreibungsverfahrens.

g. *Die Legitimation zur Vergabebeschwerde.* Soweit der Zuschlagsentscheid oder eine andere Verfügung der Vergabebehörde nach dem anwendbaren Vergaberecht beschwerdefähig ist, stellt sich die Frage, welche Personen zur Beschwerdeführung legitimiert sind. Dazu die folgenden Entscheide:

Nach der BRK (E. 005/1998 = BR 2/99, S. 54, Nr. S4) ist zur Beschwerdeführung legitimiert, wer [11] durch eine Verfügung berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Änderung oder Aufhebung hat. Das Interesse muss ein individuelles sein; die Wahrung öffentlicher oder ideeller Interessen reicht zur Legitimation nicht aus. Erforderlich sind eine stärkere Berührtheit als ‚bei jedermann‘ sowie eine besondere Beziehung zur Streitsache.

Im Vergabeverfahren haben nicht nur die primären Adressaten der Verfügung (nicht berücksichtigte oder ausgeschlossene Mitbewerber) ein Beschwerdeinteresse, sondern auch die sekundären Adressaten (z.B. ein Konkurrent, der an der Marktteilnahme gehindert wird). Bei Letzteren kommt dem Kriterium der besonderen Beziehung zur Streitsache grosses Gewicht zu; dieses ist eng auszulegen, ansonsten die Beschwerde zur Popularbeschwerde würde. Folglich braucht auch ein sekundärer Adressat ein unmittelbares, eigenes und selbständiges Interesse zur Beschwerdeführung.

Nach dem Verwaltungsgericht ZH (E. vom 25.11.1998 = BR 2/99, S. 59, Nr. S16) ist zur Führung der Beschwerde nur berechtigt, wer durch die Verfügung unmittelbar betroffen ist. Er muss ein schutzwürdiges (rechtliches oder faktisches) Interesse an der Aufhebung der Verfügung sowie einen besonderen Zusammenhang mit der Streitsache aufweisen. Sekundäre Adressaten von Zuschlagsverfügungen (wie z.B. die Arbeitnehmer des nicht berücksichtigten Unternehmens) sind nur unter ganz besonderen Umständen beschwerdeberechtigt. Allein die Tatsache, dass sich die Verfügung auf ihre Beschäftigungslage auswirken könnte, vermag keine unmittelbare Betroffenheit der Arbeitnehmer zu begründen.

In der Gesetzgebung zum Vergabeverfahren ist kein Verbandsbeschwerderecht vorgesehen, so dass der Vertreter eines Arbeitnehmerverbandes zu seiner Legitimation dartun

müsste, dass er Interessen der grossen Mehrheit der Mitglieder, die betroffen sein müssen, vertritt, dass er zur Wahrung dieser Interessen statutarisch befugt ist und dass jedes dieser Mitglieder selber legitimiert wäre.

h. *Die Zeit des Vertragsabschlusses bei beschwerdefähiger Zuschlagsverfügung.* Ist der Zuschlag beschwerdefähig, so stellt sich die Frage, wann der zugeschlagene Vertrag abgeschlossen werden darf und worin die Rechtsfolgen eines verfrühten Abschlusses bestehen. Dazu die folgenden Entscheide:

Nach der BRK (E. 08/1996 = BR 4/97, S. 121, Nr. 30) darf der Vertrag in extensiver Auslegung des Art. 22 BoeB (abgesehen von Fällen ausserordentlicher Dringlichkeit) erst abgeschlossen werden, wenn die Beschwerdefrist ohne Einreichung einer Beschwerde abgelaufen ist, in einer allfälligen Beschwerde keine aufschiebende Wirkung verlangt oder ein Gesuch um aufschiebende Wirkung abgelehnt wurde.

Nach einem späteren Entscheid (010/97 = BR 4/98, S. 119 ff.) ist ein Vertragsabschluss vor der Zuschlagsverfügung sicher verfrüht; er verletzt Art. 22 Abs. 1 BoeB und ist damit widerrechtlich. Erweist sich die Zuschlagsverfügung im Beschwerdeverfahren allerdings als rechtmässig, so wird diese Widerrechtlichkeit geheilt. Nichtig ist ein verfrüht abgeschlossener Vertrag nur (aber immerhin) dann, wenn die Zuschlagsverfügung wegen eines Mangels aufgehoben werden muss.

Nach dem Verwaltungsgericht FR (E. vom 3.2.1999 = BR 2/99, S. 60, Nr. S18) darf der Vertrag nach Massgabe des Art. 14 IVöB nicht abgeschlossen werden, bevor die Frist zur Einreichung von Beschwerden gegen den Zuschlagsentscheid abgelaufen ist. Damit der Rechtsschutz des unterlegenen Anbieters sich nicht auf den Anspruch auf Schadenersatz reduziert, ist der verfrüht geschlossene Vertrag allenfalls sogar nichtig.

[12] *Nach dem Verwaltungsgericht LU* (E. vom 20.4.1999 = BR 4/99, S. 145, Nr. S43) hat die Beschwerde von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung. Somit kann die Auftraggeberin den Vertrag mit dem Anbieter bereits nach Fällung des Zuschlagsentscheides abschliessen. Sie braucht dazu weder den Entscheid der Beschwerdeinstanz bezüglich der aufschiebenden Wirkung noch das Verstreichen der Rechtsmittelfrist abzuwarten. Geht sie so vor, trägt sie allerdings das Risiko der Schadenersatzpflicht gegenüber einem im Beschwerdeverfahren obsiegenden Anbieter.

Nach dem Bundesgericht (E. vom 2.3.2000 = SJ 2000 I) ist (bei kantonalen Beschaffungen und nach Ausschöpfung des kantonalen Beschwerdeweges) eine staatsrechtliche Beschwerde des betroffenen Submittenten auch dann zulässig, wenn der Beschaffungsvertrag mit einem Konkurrenten bereits abgeschlossen wurde. Die Gutheissung der Beschwerde ändert aber nichts an der Gültigkeit des abgeschlossenen Vertrages. Doch stellt das Bundesgericht fest, inwiefern die angefochtene Verfügung Bundesrecht verletzt (Art. 9 Abs. 3 BGBM), was dem verletzten Submittenten eine Schadenersatzklage erlaubt.

Mit den aufgezählten Fragen ist der Fragenkatalog, der die Praktiker heutzutage beschäftigt, noch lange nicht ausgeschöpft.¹⁵ Ausserdem zeigt sich, dass das heutige Vergaberecht, kaum

¹⁵ Weitere Fragen betreffen zum Beispiel: a. Die vergaberechtliche Behandlung von Baukonzessionsverträgen. b. Die Wahl des Vergabeverfahrens. c. Die vergabewidrigen Angebote. d. Die vergaberechtliche Behandlung von Varianten. e. Das Transparenzgebot und sein Einfluss auf die Dokumentationspflicht der Vergabebehörden. f. Die vergaberechtliche Zulässigkeit von Eventualpositionen, Alternativpositionen oder

revidiert, einer Weiterentwicklung bedarf, um z.B. eine elektronische Vergabe zu gestatten oder ein geeignetes Verfahren zur Vergabe besonders komplexer Aufträge bereitzustellen. Im EU-Raum ist die diesbezügliche Diskussion bereits im Gange. Ich aber möchte die Diskussion um das öffentliche Vergaberecht hier abbrechen, um zum Vertragsrecht hinüber zu wechseln.

Das Vertragsrecht

7. Mit dem Vertragsrecht gelangen wir auf vergleichsmässig gesicherten Boden. Denn im Unterschied zum neuen Vergaberecht ist das Vertragsrecht *ein seit langem eingelebtes Rechtsgebiet*, dessen Konturen sich über Generationen hinweg durch Lehre und Rechtsprechung gefestigt haben. Tausende von Juristen haben daran gearbeitet. Unzählige Bücher sind erschienen: originelle und solche, die nichts Erwähnenswertes haben, ausser dass sie gedruckt wurden. Das gilt für das Vertragsrecht überhaupt, und im Besonderen auch für das Recht der baubezogenen Verträge:

So ist, um ein Beispiel herauszugreifen, nur noch selten bestritten, dass der Bauleistungsvertrag mit dem Bauunternehmer auch dann ein reiner Werkvertrag ist, wenn es sich um einen [13] General- oder Totalunternehmervertrag handelt.¹⁶ Die Vertragsprobleme, die sich beim Einsatz von Subunternehmern ergeben, sind weitgehend geklärt.¹⁷ Und was die rechtliche Zuordnung des Architektur- und Ingenieurvertrages angeht, differieren die Meinungen, wenn man von Aussenseitern absieht, lediglich noch in der Frage, ob der Gesamtvertrag des Architekten oder Ingenieurs (der sowohl die Planung als auch die Bauleitung umfasst) ausschliesslich dem Auftragsrecht oder zum Teil auch dem Werkvertragsrecht untersteht. Das Bundesgericht qualifiziert den Planungsvertrag als Werkvertrag, den Bauleistungsvertrag als Auftrag und den Gesamtvertrag als gemischten Vertrag, den es jedoch insgesamt der auftragsrechtlichen Regel des Art. 404 OR unterstellt¹⁸, die jeder Auftragspartei ein jederzeitiges Recht zur Vertragsauflösung gibt. Dass es diese Auflösungsregel in ständiger Praxis und unbeirrt durch dogmatische Anfechtungen als zwingende („unabdingbare“) Gesetzesbestimmung bewertet¹⁹, ist aus meiner Optik zwar bedauerlich, worauf ich aus schierer Gewohnheit hinweise. Für die nächste Zukunft aber ist diese Rechtsprechung als Konstante hinzunehmen. Denn unter den verschiedenen von der Rechtsprechung abweichenden Auffassungen (§o argumentiert das Bundesgericht in einem jüngeren Entscheid²⁰) gebe es nach wie vor keine, die sich allgemei-

Optionsrechten. g. Die zahlenmässig beschränkte Einladung präqualifizierter Anbieter. h. Die Dauer der Offertbindung. i. Die Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebotes, insbesondere bei offerierten Einheitspreisen. k. Die Durchführung von Gesamtleistungs- und anderen Wettbewerben. l. Die vergabemässige Berücksichtigung mittelständischer Interessen. m. Die Neutralität der Vergabebehörden. n. Die Rechte des Zuschlagsempfängers. o. Die Mehrfachziele des neuen Vergaberechts und die Lösung von Zielkonflikten. p. Die Beschwerdefrist und den Beginn des Fristenlaufes bei der Anfechtung der Ausschreibung und anderer Verfügungen. q. Die Gewährung der aufschiebenden Beschwerdewirkung.

¹⁶ Vgl. etwa BGE 114 II 53 ff. und 117 II 274; immer noch abweichend das Kantonsgericht Schwyz, E. vom 24. November 1998 (= BR 2/2000, S. 46 ff., mit ausführlich-kritischer Besprechung von VIKTOR AEPLI).

¹⁷ Vgl. neuerdings RAINER SAXER, *Der Subunternehmer und sein Vertrag*, Diss. Freiburg, Zürich 1999; zum Untervertrag im Allgemeinen: ROMEO CERUTTI, *Der Untervertrag*, Diss. Freiburg 1990.

¹⁸ Vgl. BGE 109 II 464 ff.; 110 II 382 ff.; 114 II 56 und weitere. Ich selber stimme dieser Rechtsprechung im Wesentlichen zu, glaube aber gute Gründe zu haben, den Gesamtvertrag ausschliesslich dem Auftragsrecht zu unterstellen (PETER GAUCH, *Der Werkvertrag*, 4. Aufl., Zürich 1996, Nr. 57 ff.). Nach BÜHLER, *Zürcher Kommentar*, N 171 zu Art. 363 OR, ist der Gesamtvertrag werkvertraglich, nicht auftragsrechtlich zu qualifizieren, wenn der Architekt die Verwirklichung des von ihm geleiteten Bauwerkes massgeblich beeinflusst.

¹⁹ Statt vieler: BGE 115 II 464 ff.; BGr. ZBJV 1997, S. 333 f.

²⁰ BGr. ZBJV 1997, S. 334.

ne Anerkennung zu verschaffen vermocht hätte, weshalb das Gericht keinerlei Anlass habe, von seiner Rechtsprechung abzurücken.²¹ Schade, möchte ich beifügen, und gleichzeitig mit Erleichterung konstatieren, dass sich eine analoge Rechtsprechung zu Art. 377 OR, der dem Werkbesteller die jederzeitige Abbestellung des noch unvollendeten Werkes (wenn auch mit anderen Schadenersatzfolgen) erlaubt, nicht herausgebildet hat.²² Hoffen wir, es bleibe dabei!

Die Auslegung und Ergänzung der Verträge

8. [14] Meine Hinleitung zum Vertragsrecht könnte fast den Eindruck erwecken, dass das Wort vom rechtlichen Abenteuer jedenfalls nicht auf das Vertragsrecht passe, da hier die Dinge fest geordnet und Überraschungen kaum zu erwarten seien. Der Eindruck aber wäre falsch, was sich schon mit Bezug auf *die Auslegung und die Ergänzung der abgeschlossenen Verträge* zeigt:

a. In den Schranken des Gesetzes sind die Parteien zwar frei, den Inhalt des Vertrages durch Vereinbarung festzulegen (Art. 19 OR). Kommt es jedoch zu einem gerichtlichen Streit darüber, was vereinbart wurde, so obliegt es dem Richter²³, den vereinbarten Inhalt des Vertrages durch *Auslegung* zu ermitteln. Lässt sich im Prozess feststellen, was die Parteien bei Vertragsabschluss wirklich und übereinstimmend gewollt haben, so bestimmt sich der vereinbarte Vertragsinhalt nach dem übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien (Art. 18 OR), was als „subjektive“ Auslegung bezeichnet wird.²⁴ In den übrigen (weit häufigeren) Fällen greift der Richter zur „objektiven“ Auslegung und entscheidet normativ, was von den Parteien nach Treu und Glauben als vereinbart gilt.²⁵

So oder anders lässt sich das Ergebnis, zu dem der auslegende Richter gelangt, kaum je zuverlässig prognostizieren. Denn trotz aller Regeln und gedanklicher Hilfsmittel, die für die Auslegung der Verträge erfunden wurden, ist es unausweichlich, dass das Auslegungsergebnis immer auch von der inneren „Identität“ des Richters (insbesondere von seiner intellektuel-

²¹ Zu diesem Argument des Bundesgerichts vgl. meine Geschichte in ZSR 119, 2000 I, S. 23:

„Was für ein kurioses Argument!“, meinte ein pensionierter Richter, der sich im Laufe der Zeit angewöhnt hatte, in allen Ereignissen das Paradoxe zu sehen. „Stellen Sie sich vor“, sagte er mir, „wohin es führt, falls das Bundesgericht sein Argument für bare Münze nimmt! Dann ist ‚nach dem logischen Verlauf der Dinge‘ (das sagte er!) eine Änderung der Rechtsprechung ausgeschlossen. Denn einerseits wird das Bundesgericht seine Rechtsprechung erst ändern, wenn eine abweichende Auffassung *allgemein anerkannt* ist; andererseits aber ist *keine* Auffassung *allgemein* anerkannt, *bevor* auch das Bundesgericht sie anerkannt hat, womit sie dann aber keine *abweichende* Auffassung mehr ist.“ Meinen zaghaften Einwand, die „allgemeine Anerkennung“, von der das Gericht spreche, beziehe sich wahrscheinlich nur auf die Literatur, empfand er als „unbehelflich“, da auch eine „allgemeine Anerkennung“ durch die Literatur, wenn überhaupt, nicht zu erwarten sei, bevor das Bundesgericht sich zu einer bestimmten Auffassung bekannt habe. Und meinen weiteren Einwand, das Gericht könnte in ein und demselben Augenblick (ich dachte an die juristische Sekunde) eine abweichende Auffassung sowohl anerkennen als auch als „allgemein anerkannte Auffassung“ in seine Rechtsprechung übernehmen, verwarf er mit einer verächtlichen Handbewegung (die wohl der erwähnten Sekunde galt). Eher glaube er, würde das Bundesgericht seine bisherige Rechtsprechung zu Art. 404 OR eines Tages einfach vergessen, was ja schon einmal, in BGE 120 V 305 f., passiert sei. PETER GAUCH, Zum Stand der Lehre und Rechtsprechung, ZSR 119, 2000 I, S. 23.

²² Zur diesbezüglichen Lehre vgl. PETER GAUCH, Der Werkvertrag, zit. in Fn. 18, Nr. 582 ff.

²³ Das Wort ‚*Richter*‘ verstehe ich im Sinne eines generischen Maskulins, das auch *die Richterin* einschliesst. Analog halte ich es auch mit anderen Ausdrücken wie z.B. ‚Anwalt‘ oder ‚Rechtswissenschaftler‘.

²⁴ Vgl. z.B. BGE 118 II 365; 121 III 123; 125 III 308; 126 III 379; BGr. SJ 2000 I, S. 308.

²⁵ Vgl. z.B. BGE 121 III 123; 126 III 379; BGr. SJ 2000 I, S. 308.

len, emotionalen und sozialen Persönlichkeit) abhängt.²⁶ In den Akt seiner Interpretation gehen „zahllos viele Faktoren ein, die vollkommen unkontrollierbar sind: (seine) soziale und psychische Geschichte ..., seine Erwartungen und Interessen, seine augenblickliche Verfassung“ und dergleichen.²⁷ So kommt es, dass manche Parteien erst im Nachhinein erfahren, was sie vereinbart haben. Und bisweilen ist die Überraschung so gross, dass die Parteien glauben, im falschen Vertrag zu sitzen. Das gilt namentlich für naturwissenschaftlich geschulte Leute, deren Ausbildung es den Ausgebildeten erschwert, „die in jede Lektüre eingehende Interpretation überhaupt zu bemerken“.²⁸ Wer jedoch weiss, dass jede richterliche Auslegung die persönlichen Eigenschaften der Richter enthüllt, der geht mit dem Eindruck davon, dass sich ein ganz normales Ereignis vollzogen hat.

b. Was die Parteien ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart haben, reicht kaum je aus, um sämtliche Rechtsfragen zu regeln, die den Vertragsinhalt betreffen. Soweit die Kontrahenten es unterlassen, eine Frage zu regeln, die sich nicht schon aus zwingendem [15] Gesetzesrecht beantwortet, ist ihr Vertrag nach üblicher Sprechweise „lückenhaft“²⁹, weshalb er der *Ergänzung* bedarf. Diese Ergänzung, die eine Vertragslücke schliesst, erfolgt durch dispositives Gesetzesrecht oder (soweit auch das Gesetz versagt) durch den angerufenen Richter mit einer von ihm selbst geschaffenen Regel, die er in der Art eines Gesetzgebers³⁰ oder nach Massgabe des hypothetischen Parteiwillens³¹ bildet.³² Und wiederum sind die Parteien vor Überraschungen nicht gefeit.

Für Überraschungen sorgen vielfach nicht nur die vom Richter selbst geschaffenen Ergänzungsregeln, sondern auch die ergänzenden Regeln des dispositiven Gesetzesrechts (etwa jene des Art. 373 Abs. 2 oder der Art. 367 ff. OR), welche die Parteien im Voraus nicht bedacht oder die sie anders verstanden haben, als der angerufene Richter sie versteht. Obwohl es zur richterlichen Vertragsergänzung und zur Auslegung des Gesetzes eine Fülle von hilfreichen Gerichts- und Lehrsätzen gibt, hängen auch diese Denkopoperationen in erheblichem Umfang von der inneren „Identität“ des Richters ab, die das Ergebnis beeinflussen.³³ Wie sämtliche Vorgänge des menschlichen Denkens sind auch sie eingebettet „in den Gesamtprozess des psychischen Geschehens“, in den „Kontext der Gefühle und Affekte“ und das „Wert- und

²⁶ Das gilt auch für die subjektive Auslegung. Denn auch der Entscheid darüber, ob ein übereinstimmender wirklicher Vertragswille der Parteien (und gegebenenfalls welcher Wille) nachgewiesen ist, vollzieht sich nicht losgelöst von der inneren Identität des Richters, auf dessen Vorstellung es diesbezüglich ankommt.

²⁷ HANS MAGNUS ENZENSBERGER, *Mittelmass und Wahn*, Frankfurt 1988, S. 33.

²⁸ HARRY COLLINS/TREVOR PINCH, *Der Golem der Forschung*, Berlin 1999, S. 191.

²⁹ In Wirklichkeit sind praktisch alle Verträge lückenhaft; und der einzelne Vertrag weist normalerweise eine Mehrzahl von Lücken auf.

³⁰ In diesem Fall ergänzt der Richter zunächst das Gesetz mit einer generell-abstrakten Norm (Art. 1 Abs. 2 ZGB), um dann die Vertragslücke mit der so gebildeten Regel auszufüllen. Das ist der Weg, der sich anbietet, wenn der ergänzungsbedürftige Vertrag hinsichtlich der zu entscheidenden Frage keine individuelle Besonderheit aufweist.

³¹ In diesem Fall stellt der Richter darauf ab, was die Parteien als vernünftig und korrekt (redlich) handelnde Vertragspartner gewollt und deshalb vereinbart haben würden, falls sie bei Vertragsabschluss die offen gebliebene Frage für ihren konkreten Vertrag selber geregelt und so die Vertragslücke vermieden hätten.

³² Gewohnheitsrechtliche Normen, die anwendbar wären, gibt es höchst selten, weshalb im Bereiche der vertraglichen Lückenfüllung das dispositive Gesetzesrecht und das Richterrecht ganz in den Vordergrund rücken. Vorbehalten bleibt eine Ergänzungsabrede, durch welche die Parteien die Lücke selber füllen. Aber auch sie bedarf im Streitfall der richterlichen Auslegung, die dann häufig wiederum eine objektive Auslegung ist.

³³ Zu diesem Aspekt der Gesetzesauslegung vgl. schon PETER GAUCH, *Argumente*, recht 2000, S. 92 f.

Motivsystem“ der jeweiligen Person.³⁴ Sind am Entscheid mehrere Richter beteiligt, was meistens zutrifft, so vermindert dies zwar den Einfluss der einzelnen Richterperson, lässt dafür aber auch gruppodynamische Abläufe in die Motivationslage der Beteiligten eingehen. Das Gleiche gilt auch für die Auslegung der Verträge.

Sorgfältige und unsorgfältige Vertragsgestaltung

9. Um sich vor Überraschungen zu schützen, bemühen sich einzelne Parteien um eine *sorgfältige Aushandlung und Redaktion des Vertrages*. Das ist unter dem erwähnten Gesichtspunkt gewiss richtig und empfehlenswert. Bei aller Sorgfalt aber lässt sich nicht vermeiden, dass Unklarheiten zurück- und unregelte Fragen offen bleiben. Überhaupt wage ich zu behaupten, dass der Text eines Vertrages aus sich heraus nie „klar“ ist, weil es immer der Hörer oder Leser ist, der einem Wort oder Satz einen Sinn gibt und damit die Bedeutung einer Aussage bestimmt.³⁵ Dementsprechend kann die Auslegung des Vertrages sich nie mit dem [16] Wortlaut begnügen, sondern muss immer auch weitere Auslegungsmittel (z.B. die Entstehungsgeschichte oder den Zweck des Vertrages) einbeziehen.

Auf einem anderen Standpunkt steht freilich die juristische Auslegungslehre, wenn sie postuliert, dass es richtigerweise beim Wortlaut des Vertrages sein Bewenden hat, falls die übrigen Auslegungsmittel nicht sicher einen anderen Schluss erlauben.³⁶ Dieses Postulat setzt implizite voraus, dass der Wortlaut des Vertrages für sich allein einen Schluss erlauben kann, was aber nicht zutrifft, weil alles, was gesprochen oder geschrieben wird, auf vielseitige Weise verstehbar³⁷ und die Idee „der einen, der einzigen und wahren Bedeutung eines Textes aus einer empirischen Perspektive einfach unhaltbar“³⁸ ist.³⁹ „So haben wir“ denn auch „für vieles nur *ein* Wort, wo wir mehrere haben sollten“⁴⁰; umgekehrt haben wir für vieles *kein* Wort, dafür aber viele Worte, die *vieles* besagen; und alles zu sagen oder zu schreiben, was wir uns vorstellen, wenn wir etwas sagen oder schreiben, gelingt uns kaum, ganz abgesehen davon, dass selbst dann, wenn dies gelänge, der Hörer oder Leser entschiede, welchen Sinn er dem Gesagten oder Geschriebenen gibt.

10. So betrachtet, bleibt auch bei sorgfältigster Redaktion immer das Risiko, dass der auslegende Richter, wenn es zum Streit kommt, den Vertragstext anders deutet, als die eine oder andere Partei ihn verstanden hat. Vielen Parteien ist dies nicht bewusst. *Andere dagegen suchen bewusst das Abenteuer oder nehmen es in Kauf*, indem sie auf eine sorgfältige Aushandlung oder Redaktion des Vertrages verzichten. Typische Beispiele derart abenteuerlichen Verhaltens sind:

³⁴ Vgl. DIETRICH DÖRNER, Die Logik des Misslingens, Hamburg 1989, S. 14.

³⁵ Das ist das hermeneutische Grundprinzip. Vgl. dazu HEINZ VON FOERSTER, Wahrheit ist die Erfindung eines Lügners, 3. Aufl., Heidelberg 1999, S. 100 und 156.

³⁶ BGE 117 II 622; JÄGGI/GAUCH, Zürcher Kommentar, N 369 zu Art. 18 OR, und WOLFGANG WIEGAND, Basler Kommentar, 2. Aufl., N 18 zu Art. 18 OR, jeweils mit zahlreichen Hinweisen.

³⁷ HEINZ VON FOERSTER, Wahrheit, zit. in Fn. 35, S. 156.

³⁸ BERNHARD PÖRKSEN, in: HEINZ VON FOERSTER, Wahrheit, zit. in Fn. 35, S. 72.

³⁹ Der Richter mag zwar versucht sein, einem bestimmten Wort oder einem Satz eine absolute Bedeutung beizugeben, weil *er* das Wort oder den Satz in dieser Bedeutung versteht. Dann aber begeht er den fatalen Fehler, dass er sich selbst mit *allen* verwechselt. Oder es fehlt ihm einfach an der Fähigkeit, sich anderes, was ebensogut sein könnte, vorzustellen.

⁴⁰ GEORG CHRISTOPH LICHTENBERG, Schriften und Briefe I, 6. Aufl., Frankfurt a. M. 1998, S. 301, Nr. 464.

a. *Der bewusste Verzicht auf die vertragliche Klärung möglicher Streitfragen*, deren Konfliktpotential schon bei Vertragsabschluss voraussehbar ist. Entweder wird die Frage von der vertraglichen Regelung überhaupt ausgeklammert; oder sie wird im Vertrag so offen umschrieben und geregelt, dass jede Partei der gewählten Formulierung zustimmen kann, obwohl jede Partei erahnt, dass die andere sie anders versteht.

Den Vertragsjuristen mag dies unvernünftig erscheinen. Für die Vertragschliessenden aber ist die Inkaufnahme späterer Auseinandersetzungen oft das kleinere Übel als das mögliche Scheitern oder auch nur die Verzögerung des angestrebten Vertragsabschlusses. Das vermag auch erklären, weshalb die Juristen, wenn es um den Vertragsabschluss geht, häufig „draussen“ bleiben oder, wenn sie dabei sind, eher als Spielverderber denn als willkommene Hilfe empfunden werden. Ein Unternehmer sagte mir, dank seiner fachkundigen Juristen habe er zwar das Fürchten gelernt, aber viele Verträge „verloren“. Ein anderer bemängelte die Fachkunde eines beigezogenen Juristen, der bei den Vertragsverhandlungen weder in der Lage gewesen sei, zwischen Einheitspreissummen und Pauschalpreisen zu unterscheiden, noch das Wesen einer funktionalen Leistungsbeschreibung oder den teuerungsrelevanten [17] Unterschied gekannt habe, den die SIA-Norm 118 zwischen dem Pauschal- und dem Globalpreis mache.⁴¹ Und ein Architekt geriet ob meinem Ratschlag, den Entwurf eines geplanten Architektenvertrages von einem Juristen überprüfen zu lassen, völlig ausser sich. Ob ich denn glaube, meinte er, dass er sich auch noch um juristische Ratschläge kümmern könne, wenn ihm schon die schlechte Auftragslage genügend Kummer bereite. Was half es mir da, mich auf die Autorität von Bundesrichter *Hans Peter Walter* zu berufen, der an der Schweizerischen Baurechtstagung 1997 empfohlen hatte, „den Juristen für einmal bereits vorbeugend und nicht bloss heilend beizuziehen“?⁴²

b. *Die undifferenziert-unbedachte Anreicherung des Vertrages mit einer Fülle verschiedenster Dokumente*, die zu Vertragsbestandteilen erklärt werden. Das Ergebnis ist bekannt:

- Der Vertrag steht vor uns *wie eine voll gestopfte Gans am Thanksgiving-Tag*, den wir im Zuge der Globalisierung auch in der Schweiz zu feiern beginnen. Zu seinen Ingredienzen gehören nebst dem individuellen Vertragstext und der Leistungsbeschreibung auch „unverdaute“ Normen des SIA und anderer Fachverbände⁴³, Ausschreibungstexte, Pläne, geologische Gutachten und bisweilen sogar die Verhandlungsprotokolle.

Um etwas Ordnung in das Kunterbunt zu bringen, werden die einzelnen Bestandteile zwar in eine Rangordnung gebracht, die für den (sicheren) Fall, dass Widersprüche auftreten, als Widerspruchsregel dient. Und dennoch: Wer so kontraktiert, der kontraktiert ins Blaue hinaus, wohl in der Hoffnung, dass dann, wenn es darauf ankommt, in irgendeinem Bestandteil eine vorrangige Regel auftaucht, die seinen Standpunkt stützt. Welche Rolle dabei das geologische Gutachten oder die Verhandlungsprotokolle spielen, ist mir freilich schleierhaft, da sich daraus keine Vertragsregeln ergeben. Das Verhandlungsprotokoll kann höchstens als Auslegungshilfe dienen und das zum Vertragsbestandteil erklärte Gutachten des Geologen massgeblich sein für die Beantwortung der Frage, von welchen geologischen Voraussetzungen die Vertragschliessenden ausgegangen sind.

⁴¹ Nach Art. 41 SIA-Norm 118 unterscheidet sich der Pauschalpreis vom Globalpreis dadurch, dass er keiner Teuerungsabrechnung unterliegt.

⁴² HANS PETER WALTER, *Der Baustreit*, Baurechtstagung, Freiburg 1997, Band I, S. 44.

⁴³ Mit dem Wort „unverdaut“ meine ich, dass die erwähnten Normen unkritisch übernommen wurden, was in vielen Fällen zutrifft und nach Vertragsabschluss zu unliebsamen Entdeckungen führen kann.

- Ich weiss nicht, was die Parteien dazu bewegt, ihre Verträge in der umschriebenen Weise zu überfüllen. In einem gewichtigen Vertrag fand ich sogar eine *Klausel, die nach den SIA-Normen 118 und 198 auch die „übrigen anerkannten Normen des SIA und anderer schweizerischer Fachverbände“ als anwendbar erklärt*, so dass alle diese Normen Bestandteile des Vertrages sind.

Dass dieser Generalverweis ein Schuss ins Ungewisse ist, liegt auf der Hand, um so mehr, als der Verweis weder die Kriterien der vorausgesetzten „Anerkennung“ präzisiert, noch die Frage beantwortet, ob mit den „übrigen anerkannten Normen des SIA und der anderen schweizerischen Fachverbände“ nur „rechtliche“ oder auch „technische“ Normen⁴⁴ gemeint sind. Ich glaube nicht, dass es jemanden gibt, der die Übersicht über die Vielzahl der angesprochenen Normen und deren Inhalt hat, um mit Sicherheit beurteilen zu können, welche Regeln mit dem erwähnten Verweis konkret übernommen wurden. [18] Jedenfalls ist mir noch niemand begegnet, der von sich behaupten könnte, dass er die Normen des SIA und der anderen schweizerischen Fachverbände (ich meine: *sämtliche* Normen) auch nur gelesen hätte. Von den Naturwissenschaftlern wird sogar gesagt, dass das Lesen ohnehin kein Bestandteil ihrer beruflichen Kultur sei.⁴⁵

Ich selber hätte schon die hellste Mühe, wenn ich nur beschreiben müsste, welche Vertragslage aus der kombinierten Übernahme der SIA-Norm 118 und der ihr „wesensfremden“⁴⁶ SIA-Norm 198 entsteht, auch wenn die Rangordnung zwischen den beiden Normen im konkreten Vertrag fixiert ist.⁴⁷ Im bereits erwähnten Vertrag ist diesbezüglich stipuliert, dass „das Kapitel 4.6 der Norm 198 (Bestellungsänderungen und Fristanpassungen) den entsprechenden Bestimmungen der Norm 118 vorgeht“, während im übrigen die Bestimmungen der SIA-Norm 118 den Vorrang vor jenen der SIA-Norm 198 haben. Welche Schwierigkeiten sich aus diesem Ineinandergreifen der beiden Normen ergeben, lässt sich leicht erahnen, wenn man die beiden Normenwerke kritisch analysiert, statt sie unkritisch zu übernehmen.⁴⁸

11. Meine Schilderung mag insgesamt als übertrieben erscheinen, trifft sich aber mit dem, was ich in den letzten Jahren an baurechtlichem Vertragsstoff zu Gesicht bekam. Viele Verträge erinnern mich an das Sammelsurium in Second-Hand-Läden. In einer Diskussion über *die heutige Gestaltung der baurechtlichen Verträge*, in der ich dieses Bild beschwor, wurde mir freilich ein Zweifaches entgegnet:

a. Erstens wurde mir entgegen gehalten, dass den Auftragnehmern der Baubranche *häufig gar keine andere Wahl* bleibe, als dem vom Auftraggeber vorpräparierten Vertragswerk mit all seinen Bestandteilen praktisch „verhandlungslos“ zuzustimmen, falls sie den Auftrag, auf den sie angewiesen seien, tatsächlich erhalten wollten. Auch wenn sie den Nonsens einsähen, wären sie nicht in der Lage, etwas dagegen zu tun; denn vor der Übermacht sei jeder schwach.

⁴⁴ Dass auch die sogenannt „technischen“ Normen immer wieder vertragliche Regeln enthalten, die in die Vertragsposition der Parteien eingreifen, ist vielen unbekannt.

⁴⁵ HARRY COLLINS/TREVOR PINCH, zit. in Fn. 28, S. 190.

⁴⁶ „Wesensfremd“ deshalb, weil Aufbau, Terminologie und Inhalt der SIA-Norm 198 nicht auf die SIA-Norm 118 abgestimmt sind, obwohl die Norm 198 als „Ergänzung“ zur Norm 118 gedacht ist.

⁴⁷ Zu den Eigenarten der beiden Normen gehört, dass sich schon ihre Widerspruchsregeln widersprechen. Nach Art. 21 der SIA-Norm 118 geht diese Norm der Norm 198 vor. Nach Art. 0.24 der SIA-Norm 198 gehen ihre „Besonderen Bestimmungen“ (gemeint Art. 4. 1 - 4. 6) den Regeln der SIA-Norm 118 vor. Ausführlich dazu: PETER GAUCH, Das unerschöpfliche Vertragsrecht, Baurechtstagung, Freiburg 1999, Band I, S. 11 f.

⁴⁸ Vgl. dazu PETER GAUCH, Das unerschöpfliche Vertragsrecht, zit. in Fn. 47, S. 11 f.

Das trifft in der Tat in vielen Fällen zu und gilt namentlich auch bei Verträgen über Leistungen, die sich das Gemeinwesen auf dem Wege der Submission beschafft. Hier ist der Verhandlungsraum der Auftragnehmer besonders gering; und der Trost, dass in einem gerichtlichen Auslegungstreit allenfalls die Unklarheitsregel⁴⁹ zu ihren Gunsten spielt, ist kaum ausreichend, um dieses Defizit wettzumachen. Dasselbe gilt für Art. 7 des Kartellgesetzes, der durch die Auftraggeberin verletzt wird, wenn sie eine marktbeherrschende Stellung missbraucht, um von einem Vertragspartner unangemessene Geschäftsbedingungen zu erzwingen.⁵⁰ Mir ist jedenfalls kein Fall bekannt, in dem sich ein Auftragnehmer auf diese Bestimmung berufen und die aus ihrer Verletzung fließenden Ansprüche (Art. 12 ff. KG) geltend [19] gemacht hätte.⁵¹ Das mag einerseits damit zusammenhängen, dass das unglücklich formulierte Kartellgesetz und die zugehörige (oft sybillinische) Literatur für Nichteingeweihte kaum durchschaubar und schon die Begriffselemente der Marktbeherrschung schwer zu begreifen sind.⁵² Und andererseits haben viele Auftragnehmer gar nicht die Kraft, sich auf einen derartigen Streit mit ungewissem Ausgang einzulassen.

b. Zweitens wurde mir entgegnet, dass meine Schilderung unvollständig sei, weil ich *die Mediations- und die anderen Streitbeilegungsklauseln* übersehe, die sich in der Vertragspraxis einer zunehmenden Beliebtheit erfreuten.⁵³

Dass solche Klauseln nützlich sind, wenn sie zur Vermeidung gerichtlicher Streitigkeiten beitragen, ist zwar evident. Ebenso evident ist aber auch, dass es besser ist, das Streitrisiko durch eine sorgfältige Vertragsgestaltung zu verringern, als den Vertragsstreit – im Vertrauen auf eine vereinbarte Streitbeilegungsklausel – durch eine diffuse Vertragsgestaltung zu provozieren. Überhaupt ist die Prophylaxe auch im Zusammenhang mit der Vertragsgestaltung besser als die spätere Heilung durch Gerichts- oder andere Verfahren.⁵⁴ Das ist jedenfalls der Standpunkt eines Juristen, der von freiwilligen Abenteuern abrät. Einen anderen Standpunkt vertrat ein Bauunternehmer, der in der diffusen Gestaltung der Verträge eine Chance für die nachträgliche „Aufbesserung“ der vereinbarten Vertragspreise sah, in die er notabene auch die Kosten für sein „Claims-Management“ eingerechnet habe. So habe eben „eine jede Sache ihre Werktags- und Sonntagsseite“.⁵⁵

Lehre und Rechtsprechung

12. Die Auslegung, die Ergänzung und die Gestaltung der Verträge sind dem Gesagten zufolge Quellen der Unsicherheit, die das vertragliche Abenteuer ausmachen. Dazu kommen die Lehre und die Rechtsprechung zum Vertragsrecht, deren Konturen sich zwar gefestigt haben, die aber nach wie vor für Unsicherheit auch im Bauvertragsrecht sorgen. Literatur und Judikatur sind *voll von kontroversen Lehr- und Gerichtssätzen*, wobei es zu jeder Meinung verschie-

⁴⁹ Diese Auslegungsregel besagt, dass im Zweifel über die Bedeutung vorformulierter Bestimmungen diejenige Bedeutung vorzuziehen ist, die für den Verfasser oder Verwender einer unklaren Bestimmung ungünstiger ist.

⁵⁰ Vgl. dazu PETER GAUCH, Das unerschöpfliche Vertragsrecht, zit. Fn. 47, S. 32 f.

⁵¹ Zu diesen Ansprüchen vgl. HUBERT STÖCKLI, Ansprüche aus Wettbewerbsbehinderung, Diss. Freiburg 1999, insbesondere S. 155 ff.

⁵² Vgl. dazu HUBERT STÖCKLI, zit. in Fn. 51, S. 51 ff.

⁵³ Vgl. dazu HEINER EIHOLZER, Die Streitbeilegungsabrede, Diss. Freiburg 1998; HANS PETER WALTER, Der Baustreit, zit. in Fn. 42, S. 49 ff.

⁵⁴ Vgl. dazu HANS PETER WALTER, Der Baustreit, zit. in Fn. 42, S. 43 ff.

⁵⁵ GEORG CHRISTOPH LICHTENBERG, zit. in Fn. 40, S. 553, Nr. 677.

dene Gegenmeinungen gibt, die sich ihrerseits widersprechen. Das gilt nicht nur für das allgemeine Vertragsrecht, sondern auch für das Vertragstypenrecht.

So gibt es auch für das Auftrags- und das Werkvertragsrecht, die im Zentrum des Bauvertragsrechts stehen, keine gesetzliche Bestimmung, die nicht kontrovers interpretiert oder ergänzt würde. Schon die Frage, welche Verträge dem Auftrags- und welche dem Werkvertragsrecht unterstehen, ist in den Randgebieten umstritten. Umstritten sind auch die Merkmale der auftragsrechtlichen Substitution (Art. 399 OR), die Honorarfolgen der nicht richtigen Auftragsbefolgung, der Begriff der Werkablieferung oder Abnahme (Art. 367 Abs. 1/371 Abs. 2 OR), der Begriff der werkvertraglichen Zusicherung, des „unbeweglichen Bauwerkes“ (Art. 371 Abs. 2 OR) oder der „ungefähren Preisbestimmung“ (Art. 374 OR).

[20] Das sind nur einige Beispiele aus dem grossen Bereich der Streitfragen, die das Auftrags- und Werkvertragsrecht durchziehen. Nehmen wir noch die einfache Gesellschaft der Baukonsortien oder z.B. die Bankgarantie, die Bürgschaft oder den Versicherungsvertrag hinzu, so erweitert sich das Spektrum der Kontroversen um ein Vielfaches. Ich denke etwa an die solidarische Haftung der Gesellschafter für Vertragsverletzungen eines Mitgeschafters, an die Abgrenzung zwischen Garantievertrag und Bürgschaft, an das Regressrecht der Haftpflichtversicherer oder an die Frage, ob man eine Bürgschaft auch „auf erstes Anfordern“ vereinbaren kann oder ob eine solche Ausgestaltung der Bürgschaft an Art. 492 Abs. 4 OR scheitert⁵⁶.

13. Die Vielfalt der kontroversen Meinungen, die von Lehre und Rechtsprechung vertreten werden, ist zwar ein geschätztes Attribut der Rechtstheorie, für den Baupraktiker aber gar nicht durchschaubar und selbst für den praktizierenden Juristen ein Labyrinth, in dem er sich häufig verliert. Wer sich kontraktierend ins Vertragsrecht begibt, begibt sich auch von daher in *eine abenteuerliche Situation*, da ja das Recht, in das er sich begibt, auf weite Strecken hin unsicher ist.

Freilich gibt es *das Gesetz*, das aber der Auslegung und Ergänzung durch die Lehre und Rechtsprechung bedarf, ganz abgesehen davon, dass es in einer Vielzahl unbestimmter Rechtsbegriffe oder anderer Ermessensverweise die entscheidende Macht dem Richter überträgt. Auch trifft es zu, dass für die Auslegung und Ergänzung des Gesetzes verschiedene Methoden entwickelt wurden, die jedoch nicht verhindern, dass es bei der Meinungsvielfalt bleibt.

Diese Situation ist für viele ein Ärgernis, in Wirklichkeit aber *unvermeidbar*, weil Lehre und Rechtsprechung nicht vom Himmel fallen. Vielmehr werden sie von Menschen gemacht, die als solche immer nur imstande sind, die Dinge aus ihrer eigenen Lage heraus zu sehen. Dementsprechend schlagen sich ihre Erfahrungen, ihre persönlichen Eigenschaften, ihre Bedürfnisse und (Ab-)Neigungen zwangsläufig auch in ihre Lehr- und Gerichtssätze nieder, was die Vielzahl der rechtlichen Meinungen erklärt. Anders wäre es bloss, wenn Lehre und Rechtsprechung mechanische Vorgänge und die daran beteiligten Juristen eine Art trivialer Maschinen wären, die allesamt auf den gleichen „Input“ mit dem gleichen „Output“ reagierten.⁵⁷ Das aber ist so wenig der Fall wie in der Quantenphysik, wo die jeweiligen Messgeräte bestimmen, was Wirklichkeit wird.

⁵⁶ Nach Art. 492 Abs. 4 OR „kann der Bürge auf die ihm in diesem Titel (gemeint Art. 492 ff. OR) eingeräumten Rechte nicht zum voraus verzichten“, „soweit sich aus dem Gesetz nicht etwas anderes ergibt“. Zu den Rechten, die „dieser Titel“ dem Bürgen einräumt, gehört auch das grundsätzliche Recht des Bürgen, dem Gläubiger die Einreden (unter Einschluss der Einwendungen) entgegenzusetzen, die dem Hauptschuldner oder seinen Erben zustehen (vgl. Art. 502 Abs. 1 OR mit den dort enthaltenen Ausnahmen).

⁵⁷ Zum Bild von den trivialen Maschinen vgl. HEINZ VON FOERSTER, *Sicht und Einsicht*, Heidelberg 1999, S. 12.

14. Als ich diese Gedanken⁵⁸ in einem Vertragskurs für Baupraktiker vortrug, wurde ich spontan gefragt, *auf was sich denn der Praktiker verlassen könne*.

a. „*Verlassen*“, gab ich hyperbelhaft⁵⁹ zur Antwort, „könne er sich auf nichts, auch nicht auf die Aussage eines habilitierten Professors, die ihren Status der Wissenschaftlichkeit⁶⁰ mit den gegenteiligen Aussagen anderer Professoren teile. Immerhin aber gebe es zu vielen [21] Rechtsfragen eine herrschende Meinung oder etablierte Rechtsprechung; und darauf könne man sich *pragmatisch einrichten*; denn erstens werde die Rechtsprechung durch die herrschende Meinung beeinflusst, die ihrerseits durch die Rechtsprechung beeinflusst werde; und zweitens lehre die Erfahrung, dass eine herrschende Meinung oder Rechtsprechung sich oft über Jahre und Jahrzehnte hin halte, was unserem Bedürfnis nach Rechtssicherheit entgegenkomme.“

b. „*Ganz sicher aber*“, fügte ich bei, „könne man nie sein, ob nicht eines Tages ein Paradigmenwechsel eintrete“. Dabei dachte ich auch an *die Rechtsprechung des Bundesgerichts*, die sich – bei allem Beharrungsvermögen – gerade in der jüngeren Vergangenheit durch kreative Lösungsansätze hervortat. Etwas Ähnliches wie *Wagners* revolutionärer „Tristan-Akkord“, der die ganze Harmonielehre umgeworfen hat⁶¹, kam mir zwar nicht in den Sinn, wohl aber der eine oder andere Entscheid, in dem der Wille zur Veränderung aufschien. Zwei dieser Entscheide möchte ich hervorheben:

- *Im ersten Entscheid* (BGr. vom 7.1.1999)⁶² ging es um einen *Grundstückkauf* und die Weigerung des Käufers, einen Teil des vereinbarten Kaufpreises zu bezahlen, obwohl das verkaufte Grundstück grundbuchlich auf ihn übertragen worden war. In der Tat war nur ein Teil des Kaufpreises öffentlich beurkundet und der Rest in einem besonderen Vertrag als „Darlehen“ versprochen worden, was den Grundstückkaufvertrag nach herrschender Lehre und Rechtsprechung formungültig machte. Gab dies dem Käufer aber das Recht, die Bezahlung des nicht öffentlich verurkundeten Restpreises als nicht geschuldet zu verweigern?

Die Frage muss verneint werden. Alles andere widerspräche dem Rechtsempfinden. Und so empfindet auch das Bundesgericht. Zwar besteht es auf seiner konstanten (in der Literatur aber überwiegend abgelehnten⁶³) Rechtsprechung, wonach der formungültige Vertrag unheilbar nichtig (der Formmangel also auch nicht durch Erfüllung heilbar) sei; und die (ebenfalls umstrittene) Rechtsfrage, ob sich eine Leistungspflicht des missbräuchlich handelnden Käufers allenfalls aus dem Rechtsmissbrauchsverbot (Art. 2 Abs. 2 ZGB) ergeben könne, lässt es offen. Dafür beruft es sich (und das ist die kreative Idee!) auf die Zauberfigur der Vertrauenshaftung, die seit einiger Zeit für manche Begründung gut ist.⁶⁴ Denn zwischen den Parteien eines formungültigen, aber grösstenteils abgewi-

⁵⁸ Ausführlich dazu: PETER GAUCH, Zum Stand der Lehre und Rechtsprechung, zit. in Fn. 21, S. 29 ff.

⁵⁹ Als Hyperbel bezeichnet man bekanntlich eine rhetorisch erlaubte Übertreibung.

⁶⁰ HANS MAGNUS ENZENSBERGER, zit. in Fn. 27, S. 57.

⁶¹ HERBERT ROSENDORFER, Die besten Geschichten, München 1999, S. 117.

⁶² ZBJV 1999, S. 173 ff.; voller Wortlaut des Entscheides: Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht 1999, Nr. 62, S. 387 ff.

⁶³ Statt vieler: GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht, Band I, 7. Auflage, Zürich 1998, Nr. 558 ff.; JÖRG SCHMID, Die öffentliche Beurkundung, Diss. Freiburg 1988, Nr. 767 ff.

⁶⁴ Vgl. BGE 120 II 331 Erw. 5; 121 III 350 Erw. 6c; 123 III 220 Erw. 4e.

ckelten Vertragsverhältnisses bestehe eine rechtliche Sonderverbindung, welche die Beteiligten nach Treu und Glauben zu einem loyalen Verhalten verpflichte. Diese Verpflichtung aber verletze der Käufer durch seine Weigerung, den Restpreis zu bezahlen, weshalb er dem Verkäufer für den dadurch verursachten Schaden hafte, der sich auf den Betrag der verweigerten Restzahlung belaufe.

Das Ergebnis überzeugt. Der Käufer hat zu zahlen. Die Begründung ist trickreich.⁶⁵ Der Sache nach korrigiert sie das Dogma von der unheilbaren Formnichtigkeit, ohne das überholte Dogma selbst zu beseitigen. Das Dogma ist gerettet, und dem Verkäufer ist geholfen! Einmal mehr zeigt sich, wie erfindungsreich der juristische Geist ist, wenn es darum geht, Symptome zu bekämpfen, statt das Übel an der Wurzel zu packen. Wer sich damit nicht begnügen will, der hält es mit Jörg [22] Schmid, der am Schluss seiner kritischen Urteilsanmerkung schreibt: „Dass das Bundesgericht die Formungültigkeit überdenkt und das Dogma der“ unheilbaren „Formnichtigkeit aufgibt, ist überfällig“.⁶⁶

- *Der zweite Entscheid* (BGE 123 III 292 ff.) betrifft das allgemeine Vertragsrecht, und zwar *die Bestimmung des Art. 21 OR*, wonach eine übervorteilte Vertragspartei innerhalb eines Jahres erklären kann, dass sie den Vertrag nicht halte. Zum gesetzlichen Tatbestand der Übervorteilung gehört, dass eine Partei eine Schwäche der andern ausbeutet, um den Vertrag mit dem offenbaren Leistungsmissverhältnis abzuschliessen. Art. 21 Abs. 1 OR nennt drei Schwächelagen: die Notlage, die Unerfahrenheit und den Leichtsin.

Im entschiedenen Fall ging es unter anderem um den Begriff der Notlage. Erforderlich und genügend für die Annahme einer Notlage sei (so meint das Bundesgericht), dass ein Verhandlungspartner den Abschluss des für ihn ungünstigen Vertrags gegenüber der Inkaufnahme drohender Nachteile als das kleinere Übel betrachtet, sofern diese Güterabwägung auch in objektiver Betrachtung als vertretbar erscheint. Genau das aber treffe zu, wenn ein Fussballclub einen ungünstigen Mietvertrag über einen Fussballplatz abgeschlossen habe, weil er ohne den Platz in seiner Existenz bedroht gewesen wäre und demzufolge auf den Spielplatz angewiesen war.

Mit diesem weiten Verständnis der Notlage verstärkt das Bundesgericht den Schutz des Benachteiligten, dessen Vertragsleistung in einem offenbaren Missverhältnis zur vereinbarten Gegenleistung steht. Da auch im Bauwesen offenbar ungleichgewichtige Verträge aus Gründen der Existenzgefahr abgeschlossen werden, bietet der Entscheid auch diesbezüglich einen Ansatzpunkt für verstärkten Vertragsschutz. Stellt man allerdings allein auf den Wortlaut des Art. 21 Abs. 2 OR ab, so hat der Ausgebeutete nur die Wahl, sich entweder auf die Unverbindlichkeit des ganzen Vertrages zu berufen oder den wucherischen Vertrag unverändert gelten zu lassen. Aber auch in dieser Hinsicht greift das Bundesgericht kreativ ein, indem es dem Ausgebeuteten unter bestimmten Voraussetzungen erlaubt, den wucherischen Vertrag mit einem veränderten Inhalt gelten zu lassen, der das offenbare Leistungsmissverhältnis durch Reduktion der übersetzten oder Anhebung der untersetzten Leistung beseitigt. Damit „präzisiert“ das Gericht seine frühere Rechtsprechung und setzt sich in Einklang mit der heute herrschenden Lehre.

- c. Die beiden Entscheide des Bundesgerichts (lit. b) wurden hier in stark verkürzter Form rapportiert, wobei – ob der Kürze – viele Einzelheiten und Gedankengänge verloren gingen. So verhält es sich namentlich mit dem zweiten Entscheid, worin das Bundesgericht sich unter anderem auf den „Zeitgeist“ und darauf beruft, dass *die „materielle Vertragsgerechtigkeit“*

⁶⁵ Kritisch dazu JÖRG SCHMID, BR 4/99, S. 155. f., Anmerkung zu Nr. 281.

⁶⁶ JÖRG SCHMID, zit. in Fn. 65, S. 156.

die „formale Vertragsfreiheit“ zunehmend verdränge (BGE 123 III 298). Damit bringt das Gericht zum Ausdruck, dass die Idee der materiellen Vertragsgerechtigkeit dem heutigen Zeitgeist entspricht,⁶⁷ und dass das Rechtsgefühl der Richter, das auch in die Urteile einfließt, durch den jeweiligen Zeitgeist mitgeprägt wird. Das nährt nun *die Hoffnung, dass die Rechtsprechung zum Vertragsrecht sich im Sinne der materiellen Gerechtigkeit weiterentwickelt*. Diesbezüglich gibt es noch einiges zu tun, und zwar in den verschiedensten Gebieten des Vertragsrechts. Drei Beispiele mögen dies zeigen. Sie betreffen:

- *Die Allgemeinen Vertragsbedingungen*. Nach dem Konsensualismus, dem die einhellige Lehre und Rechtsprechung verhaftet sind, schöpfen sie ihre Geltungskraft aus der vertraglichen [23] Einigung der Parteien, und zwar selbst dann, wenn sie von keiner Partei gelesen oder von der einen Partei der anderen aufgezwungen wurden. Diese Einbindung in den Konsens gestattet dem Richter zwar eine Ungewöhnlichkeitskontrolle nach dem Wundertütenprinzip⁶⁸, was aber keineswegs ausreicht, um die materielle Vertragsgerechtigkeit herzustellen. Die Folge davon ist, dass der Vertrag sich zu einem Instrument der Repression entwickelt hat. Der Konsens wurde zum Symbol der Gerechtigkeit, hinter dem die Vertragsstarken ihre ungerechten Bedingungen verstecken. In BGE 122 III 123 anerkennt auch das Bundesgericht, dass die Verfasser Allgemeiner Vertragsbedingungen ihre Stärke benützen, um ihre Position zu Lasten der weniger Gewandten zu verbessern, von denen notorisch sei, dass sie die Bedingungen in den meisten Fällen gar nicht lesen.

Mit Rücksicht auf diese Situation habe ich an der letzten Baurechtstagung postuliert⁶⁹, dass jetzt auch die schweizerischen Gerichte zu einer Gerechtigkeitskontrolle der Allgemeinen Vertragsbedingungen übergehen und inhaltlich unangemessene Bedingungen für unwirksam erklären sollten. Das Bundesgericht hat diesen Schritt bis anhin noch nicht getan, vielleicht auch deswegen nicht, weil es an den erforderlichen Vorbringen der Prozessvertreter gefehlt hat. Und Art. 8 UWG⁷⁰, der einen möglichen Ansatzpunkt für eine zumindest rudimentäre Inhaltskontrolle gewesen wäre, wurde durch die gesetzeskritischen Dogmatiker ins Abseits gestellt, noch bevor er in Rechtskraft erwachsen war.

Die Zeit für einen Wechsel aber ist überreif. Wird er durch die Einführung der richterlichen Inhaltskontrolle vollzogen, was eines Tages geschieht (geschehen muss!), so hat dies einen tiefgreifenden Einfluss auch auf die Verträge der Baupraxis, die mit Allgemeinen und zum Teil unangemessenen Bedingungen vollgestopft sind. Viele Bedingungen der bereits abgeschlossenen Verträge sind dann nicht mehr haltbar, was für die eine oder andere Partei ein böses Erwachen zur Folge hat. Ich denke nicht zuletzt auch an die NE-AT-Verträge, von denen ich nicht glaube, dass sie unter geistiger Vorwegnahme einer richterlichen Inhaltskontrolle komponiert wurden.

Aber auch abgesehen von den bereits abgeschlossenen Verträgen wird die Einführung einer richterlichen Inhaltskontrolle von erheblicher Bedeutung sein. Denn allein schon die Tatsache, dass es eine solche Kontrolle gibt, wird zu einer nachhaltigen Umgestaltung der baurechtlichen Vertragspraxis führen. Die Redaktoren, Herausgeber und Verwender der Allgemeinen Vertragsbedingungen werden sich aus prophylaktischen Gründen genötigt sehen, „ihre“ Bedingungen so auszugestalten oder anzupassen, dass sie einer Gerech-

⁶⁷ Vgl. dazu die profunde Untersuchung von EVA MARIA BELSER zur „Freiheit und Gerechtigkeit im Vertragsrecht“, Diss. Freiburg 2000.

⁶⁸ Nach der Ungewöhnlichkeitsregel, welche dieses Prinzip enthält, sind ungewöhnliche Bestimmungen, mit der eine Partei nicht gerechnet hat und aus ihrer Sicht vernünftigerweise auch nicht rechnen musste, unverbindlich.

⁶⁹ PETER GAUCH, Das unerschöpfliche Vertragsrecht, zit. in Fn. 47, S. 31.

⁷⁰ Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986.

tigkeitskontrolle standhalten. Dass sie es täten, wäre auch aus anderen Überlegungen richtig. Denn unfaire Vertragsbedingungen stören die vertragliche Zusammenarbeit; sie haben eine negative Wirkung auf die Bauleistung, „rentieren“ also nicht und sind demzufolge schon aus wirtschaftlichen Gründen zu vermeiden.

- *Die gesetzliche Mängelhaftung des Werkunternehmers* (Art. 367 ff. OR). Bei Ablieferung eines mangelhaften Werkes stattet sie den Besteller mit verschiedenen Mängelrechten aus (Art. 368 OR), die einen gerechten Ausgleich für die Vertragsverletzung des Unternehmers schaffen. Das aber ist nur die eine Seite der Medaille. Die andere besteht in der *strengen Rüge- und Verjährungsordnung* (Art. 370/371 OR), durch die das Gesetz die legitimen Gläubigerinteressen des Bestellers überaus stark beschneidet. Die Unterlassung einer rechtzeitigen Mängelrüge hat den Verlust der Mängelrechte für den nicht rechtzeitig gerügten Mangel zur Folge; und die kurzen Verjährungsfristen (ein oder fünf Jahre seit Ablieferung des Werkes) schränken die Klagbarkeit der [24] Mängelrechte spürbar ein. Dieser Umstand und die Erfahrung, dass sich die gesetzliche Ordnung für viele Besteller als eigentliche „Verwirkungs-“ oder „Verjährungsfalle“ entpuppt, ist mit dem heutigen Rechtsgefühl nur schwer vereinbar.

Nun ist der Richter zwar nicht befugt, die gesetzliche Ordnung „mir nichts, dir nichts“ ausser Kraft zu setzen. Was er aber im Sinne der materiellen Vertragsgerechtigkeit tun kann, ist, bei der Auslegung und Anwendung der gesetzlichen Rüge- und Verjährungsbestimmungen in vermehrtem Masse auch auf die schutzwürdigen Belange des Bestellers Rücksicht zu nehmen. Das gilt vorab mit Bezug auf die Bemessung der Rügefrist und die Zuteilung der Beweislast für deren Einhaltung.⁷¹ Die gesetzliche Rügepflicht des Bestellers darf nicht dazu dienen, das Unternehmerrisiko für eine mangelhafte Werkleistung zu minimieren.⁷² Und noch weniger rechtfertigt es sich, die gesetzliche Rügeordnung auch auf Fälle auszudehnen, in denen ein nachbesserungspflichtiger Unternehmer die (angeblich) geleistete Nachbesserungsarbeit abgeliefert.⁷³ Im Gegensatz zu einer verbreiteten Ansicht hat deshalb das Bundesgericht entschieden, dass der Besteller nicht verpflichtet ist, einen fortbestehenden Mangel erneut zu rügen, wenn der nachbesserungspflichtige Unternehmer den gerügten Mangel nicht oder nicht vollständig beseitigt hat.⁷⁴

Was sodann die Verjährung der Mängelrechte angeht, so beträgt die Verjährungsfrist, wie wir wissen, bei „unbeweglichen Bauwerken“ bloss fünf Jahre und bei den übrigen Werken sogar nur ein Jahr seit der Ablieferung (Art. 371 OR). Diese Kürze der Fristen führt zu schweren Misshelligkeiten im Rechtsleben, weshalb sie je länger desto mehr als ungerecht empfunden wird. Eine Rechtsprechung, welche dieses Empfinden aufnimmt, vermeidet zumindest, dass der Anwendungsbereich der bloss einjährigen Verjährungsfrist durch eine unnötig-restriktive Interpretation des „unbeweglichen Bauwerkes“ noch ausgedehnt wird.⁷⁵ Und was den Mangelfolgeschaden angeht, findet sie vielleicht sogar eine

⁷¹ Zur Frage der Beweislast vgl. PETER GAUCH, *Der Werkvertrag*, zit. in Fn. 18, Nr. 2164 ff. und 2190 ff.

⁷² Entsprechend stossend ist denn auch der Flachdachentscheid, den das Bundesgericht in BGE 107 II 172 ff. gefällt hat. Ein Bauherr hatte Mitte Oktober entdeckt, dass das gebaute Dach „offenkundig undicht war“. Nach BGE 107 II 177 galt aber nicht „nur die schriftliche Rüge vom 10. November, sondern auch eine allfällige mündliche vom 4. November ... als verspätet“, obwohl die am Bau beteiligten Firmen auf den 4. November zu einem Augenschein eingeladen worden waren. Dass eine solche Praxis die Rügepflicht des Bestellers zu Gunsten der Unternehmer überdehnt, liegt auf der Hand.

⁷³ PETER GAUCH, *Der Werkvertrag*, zit. in Fn. 18, Nr. 2178.

⁷⁴ Entscheid vom 1.4.1997 = BR 2/99, S. 47, Nr. 76.

⁷⁵ Eine solche Interpretation aber liegt verschiedenen Entscheiden der bisherigen Rechtsprechung zu Grunde. Zum Beispiel hat das Bundesgericht in BGE 93 II 242 ff. entschieden, dass der Erneuerungsanstrich eines

Lösung, die es verhindert, dass die kurze Verjährung des Schadenersatzrechts eintreten kann, noch bevor der Schaden eingetreten ist. Genau diese Möglichkeit aber besteht, wenn auch das Recht auf Ersatz des Mangelfolgeschadens mit der Ablieferung des Werkes zu laufen beginnt.⁷⁶

- *Die Versicherungsverträge.* Sie gehören zwar nicht zu den Bauverträgen im engeren Sinne, wohl aber zu ihren Begleitverträgen, da ohne Versicherung kaum je gebaut wird. Gesetzlich geregelt sind die (privaten) Versicherungsverträge im antiquierten Versicherungsvertragsgesetz vom 2. [25] April 1908, das die starken Versicherer gegen die schwachen Versicherungsnehmer schützt, dieweil unsichtbare Hände es verstehen, die längst fällige Gesamtrevision des Gesetzes (das pure Gegenteil eines sozialen Privatrechts!) immer wieder hinauszuschieben. Dass unter diesen Umständen die Gerichte gefordert sind, das gesetzte Recht des Versicherungsvertrages durch eine fortschrittliche Auslegung und Ergänzung den heutigen Rechtsauffassungen anzupassen, versteht sich von selbst. Inwieweit die Gerichte dies tun, vermag ich nicht zu überblicken. Einzelne Entscheide aber erwecken das ungute Gefühl, dass die Rechtsprechung ebenso antiquiert ist wie das Gesetz, das sie auslegend anwendet. Das gilt namentlich für diverse Entscheide zur vorvertraglichen Anzeigepflicht des Versicherungsnehmers (Art. 4 ff. VVG), deren gesetzliche Regelung mit ihren horrenden Verletzungsfolgen in offensichtlicher Weise gegen das Gebot der Vertragsgerechtigkeit verstösst. Würde hier das Bundesgericht mit der gleichen Kreativität zu Werke gehen, wie es sie in anderen Dingen an den Tag legt, um auf eine „zeitgerechte“ Vertragsgerechtigkeit hinzuwirken, so wären für die benachteiligten Versicherungsnehmer schon einige Punkte gewonnen. Der Zeitgeist aber weht, wo er will. Und in der einen Abteilung des Bundesgerichts weht er vielleicht etwas anders als in der anderen.

Der Prozess

15. Der grosse Platz, den ich der Rechtsprechung eingeräumt habe, rechtfertigt sich schon deshalb, weil die Gerichte „die erste, vielleicht auch die letzte grosse Erfindung auf dem Gebiete des Rechtes“ sind⁷⁷. *Damit will ich die Vertragsparteien allerdings nicht ermuntern, ihre Streitigkeiten leichthin vor die Gerichte zu tragen.* Denn mit jedem Prozess, auch einem gewonnenen, geht etwas verloren. Und jeder Prozess ist ein Abenteuer mit ungewissem Ausgang. Dafür sorgt schon der Umstand, dass sich der Sachverhalt, der dem Prozesse zugrunde liegt, im Laufe des Verfahrens („in dem Fiktionen, Vermutungen, unterschiedliche Kognitionen und formalisierte Beweisregeln eine wesentliche Rolle spielen“)⁷⁸ unweigerlich verändert, namentlich aber auf das „Rechtsrelevante“ reduziert. „Was nicht in das System (etwa der Beweismittel) oder den Begriff (etwa des Schadens oder der Schuld) passt, fällt heraus“. Und

Hauses kein „unbewegliches Bauwerk“ im Sinne des Art. 371 Abs. 2 OR sei. Und in BGE 113 II 267 f. hielt es dafür, dass schon der blosser Umstand, dass die voraussichtliche Dauer der Benützung auf drei Monate festgesetzt war, „gegen die Annahme eines unbeweglichen Bauwerkes und damit gegen die Anwendbarkeit der längeren Verjährungsfrist“ spreche. Zu überzeugen vermag mich weder der eine noch der andere Entscheid.

⁷⁶ Vgl. BGE 106 II 138 f.; kritisch: PETER GAUCH, Der Werkvertrag, zit. in Fn. 18, Nr. 2255; vgl. auch den Lösungsvorschlag in Nr. 2259 ff.

⁷⁷ Ich zitierte den amerikanischen Rechtshistoriker WILLIAM SEAGLE.

⁷⁸ Die in diesem Abschnitt mit Anführungs- und Schlusszeichen zitierten Stellen stammen von JÖRG MÜLLER. Nachzulesen sind sie in seinem Beitrag „Jurisprudenz – eine Wissenschaft?“, veröffentlicht im Bulletin der Vereinigung Schweizerischer Hochschuldozenten, November 2000, S. 7 ff.

was schliesslich als gerichtlich festgestellter Sachverhalt zurückbleibt, ist „ein Konstrukt der je urteilenden Richterinnen und Richter“. Juristisch ist der Sachverhalt damit geklärt, klar aber ist er wirklich nur juristisch.⁷⁹

Was wundert's da, dass viele Parteien „ihren“ Fall kaum mehr erkennen, nachdem er die Gerichte durchwandert hat! Ein Architekt war ausser sich, weil in seinem Honorarprozess alle Elemente verloren gingen, von denen er geglaubt hatte, dass sie für ihn sprächen. Ein privater Bauherr, der mit einem mächtigen Unternehmer um eine Minderung der Vergütung prozessierte, konnte nicht begreifen, dass seine schwache Finanzlage in den Augen der Richter keine Rolle spielte. Eine Bestellerin, welche die Rüge essentieller Mängel mit Rücksicht auf eine schwere Erkrankung ihres Malermeisters verzögert hatte, vermochte nicht zu verstehen, weshalb ihre menschliche Rücksichtnahme im prozessualen Streit um die Verspätung der Mängelrüge unbeachtlich blieb. Und ein Unternehmer, der auf eine Mehrvergütung für bestellte [26] Mehrleistungen⁸⁰ klagte, verlor sein ganzes Vertrauen in die Rechtsprechung, weil die unbeweisbaren Bestellungenänderungen ins prozessuale Nichts verschwanden. Wie ein Kartenhaus im Winde fiel sein Vertrauen zusammen.

Andere, mit denen ich sprach, sahen das Übel weniger bei den Gerichten als bei den Anwälten, die dem Gericht von vornherein nur den nach ihrem Empfinden relevanten Ausschnitt der Geschichte vorgetragen hatten, und dies, was den Gegenanwalt betreffe, sogar noch falsch. Ein Ingenieur, der geschlagen aus einem mehrjährigen Haftpflichtprozess hervorging, war entrüstet über die breite Aufzählung von Fehlern, welche ihm die Klageschrift des Gegenanwaltes zum Vorwurf machte. Im Bewusstsein, dass Ingenieure keine Fehler machen, verstand ich seine Entrüstung. Da er die Welt der Juristen nur wenig kannte, konnte er ja auch nicht wissen, dass die Rechtsschriften der Anwälte immer voll sind von Fehlern, welche andere begangen haben. Das ist berufsbedingt und hängt vielleicht auch damit zusammen, dass die Fehler der anderen die vergnüglichsten sind. Sie erfüllen uns mit der Genugtuung, dass die anderen nicht besser sind als wir selbst, obwohl sie unsere Fehler vermeiden, dafür aber eigene begehen, die viel dümmer sind als die unsrigen.⁸¹ Die allergrösste Genugtuung empfinden jene Anwälte, die zu ihrem Berufe kamen wie Dichter, die keine Verse machen können; und diese sind wirklich gefährlich.

16. Jeder Prozess, habe ich gesagt, ist ein Verlust. *Der beste Prozess ist deshalb der vermiedene*, auch wenn einzelne Anwälte dies anders sehen, weil alles, was sie sehen, dem Geschäfte dient. Bisweilen erstaunt es mich, mit welcher Kühnheit sie zum Prozesse raten, um dann, wenn der Prozess verloren ist, so erbärmlich dazustehen wie ein abgebrannter Vulkan am ersten August.

Ebenso erstaunlich ist aber für viele Anwälte, mit welcher Penetranz ihre Baukunden auf den Prozess hin steuern, sich allen vernünftigen Einigungsvorschlägen verschliessen, um unbelehrbar den Weg durch die Gerichte zu gehen. Bei Vertretern öffentlicher Bauherren hängt dieses Verhalten bisweilen auch damit zusammen, dass ein gerichtliches Verdikt sie von der Mühsal befreit, einen abgeschlossenen Vergleich intern verantworten zu müssen. Bei anderen bestätigt sich der Satz, „dass Menschen meist um so unbelehrbarer sind, je mehr Macht sie ausüben“⁸². Und wieder andere haben schon immer gestritten, weshalb ihnen der Streit zur Gewohnheit wurde, die sich früher oder später auch gegen den eigenen Anwalt richtet. Ich

⁷⁹ Formulierung in Anlehnung an PETER VON MATT, *Die verdächtige Pracht*, München 1998, S. 185.

⁸⁰ Zur Mehrvergütung im Allgemeinen vgl. RAINER SCHUMACHER, *Die Vergütung im Bauwerkvertrag*, Freiburg 1998, S. 96 ff.

⁸¹ Vgl. GEORG CHRISTOPH LICHTENBERG, zit. in Fn. 40, S. 257, Nr. 176.

⁸² HANS MAGNUS ENZENSBERGER, zit. in Fn. 27, S. 196.

weiss von einem Buchhalter, der sich im Abrechnungsprozess um sein neues Einfamilienhaus mit zwei Anwälten zerstritten hatte, bevor es auch nur zum erstinstanzlichen Urteil kam. Und wenn er nicht gestorben ist, so prozessiert er noch immer: jetzt gegen seine Anwälte!

Insgesamt freilich hält sich das Prozessieren in Grenzen. Zwar trifft es zu, dass *die Zahl der Bauprozesse* in den letzten Jahren gestiegen ist⁸³. Gemessen an der Menge der abgeschlossenen Verträge ist sie aber nach wie vor verschwindend klein. Denn nach wie vor wird der Grossteil auch der baubezogenen Verträge in gegenseitigem Einvernehmen abgewickelt, ohne dass es zu unüberwindbaren Streitigkeiten käme. Auch bei Werk- oder anderen Verträgen, deren Erfüllung sich zeitlich in die Länge zieht, vollzieht sich die Abwicklung regelmässig zur Zufriedenheit der Parteien. Treten wirkliche oder vermeintliche Störungen auf, so [27] werden sie überwiegend durch die Parteien selbst bereinigt. Fast wäre ich versucht zu sagen, dass der Vertrag ein Vorgang sei, der sich durch seinen Ablauf tendenziell verbessert. Ob und auf welche Weise dies geschieht, hängt ganz von den Beteiligten ab.

Der real gelebte Vertrag

17. In jüngeren Jahren hatte ich noch geglaubt, dass die Parteien sich bei der Abwicklung ihrer Verträge und bei der Bereinigung ihrer Konflikte vorwiegend durch die vorgegebene Rechtsordnung leiten lassen. Die Bedeutung der Dinge, mit denen wir uns beschäftigen, sehen wir eben schrecklich vergrössert. Bei mir war es die Jurisprudenz, deren Bedeutung ich überschätzte, ähnlich einem Vogelkundler, der glaubt, die Vögel bedürften der Ornithologie, um fliegen zu können.⁸⁴ Inzwischen aber habe ich erkannt, dass für den *real gelebten Vertrag* andere Kriterien (bisweilen auch die Marktmacht eines Vertragspartners) eine ebenso bedeutende Rolle spielen. Aufs Ganze gesehen, wäre es sogar naiv zu glauben, dass die Parteien ihr tatsächliches Vertragsverhalten unentwegt nach dem vereinbarten und ergänzten Inhalt des durch den Vertragsabschluss begründeten Rechtsverhältnisses richten und beurteilen. Viele der einschlägigen Sätze, welche diesen Vertragsinhalt beherrschen, sind den „gewöhnlichen“ Vertragsparteien schon gar nicht bekannt.

Von daher betrachtet, erhält das Abenteuer des Vertrages eine neue Dimension. Es ist *eine menschliche Dimension*, indem das Funktionieren des Vertrages von den daran beteiligten Menschen abhängt. Ob diese Menschen nun selber Vertragsparteien sind oder für eine Partei des Vertrages handeln, ändert nichts an der Tatsache, dass ihre menschlichen Eigenarten und Qualitäten für den Ablauf der Vertragsgeschichte ausschlaggebend sind. Wo es menschlich nicht klappt, ist auch der beste Vertrag in Gefahr. So kenne ich manche Vertragsgeschichte, die ein trauriges Ende nahm, nur weil der Bau- und der Projektleiter oder der Architekt und sein Auftraggeber sich nicht verstanden. Und einige Geschichten kenne ich, in denen die vorvertragliche Freundschaft der Beteiligten ob der Vertragsabwicklung zerbrach, weil es nicht gelang, das Vertragliche vom Persönlichen zu trennen. Vielleicht gilt auch hier die Regel, dass man mit dem gleichen Menschen nur *eine* Beziehung haben sollte.

18. Wenn schon das Funktionieren des einzelnen Vertrages in der umschriebenen Weise „menschenabhängig“ ist, so gilt dies um so mehr für *das ganze Vertragskonglomerat*, das sich um die Errichtung eines Bauwerkes bildet. Im Normalfall umschliesst es eine Vielzahl von

⁸³ Vgl. HANS PETER WALTER, *Der Baustreit*, zit. in Fn. 42, S. 40 f.

⁸⁴ Das Bild stammt wahrscheinlich von GEORG CHRISTOPH LICHTENBERG, ohne dass es mir aber gelang, die Fundstelle ausfindig zu machen.

Verträgen, die mit Unternehmern, Nebenunternehmern⁸⁵, Architekten, Ingenieuren und anderen Planern vereinbart, und von diesen wiederum mit Subunternehmern⁸⁶, Subplanern und Zulieferanten geschlossen werden. Eine solche Vertragshäufung, die mit Projektsteuerungs-, Gerüstbau- und weiteren Verträgen noch angereichert wird, geriert nicht nur die Gefahr von leistungsmässigen Leerläufen. Vielmehr lehrt die Praxis, dass viele Leistungserbringer nur gerade ihre eigene Leistung im Auge haben, nicht auch das Endprodukt des gesamten Bauwerkes, das den Bauherrn allein interessiert. Diese und andere Erfahrungen veranlassen die Bauherren, die Zahl der involvierten Verträge nach Möglichkeit zu verringern, indem sie immer häufiger einen General- oder Totalunternehmer beiziehen. Ausserdem entstand die Idee, [28] die beteiligten Leistungserbringer in einem übergreifenden Rahmenvertrag teammässig zusammenzubinden, um die Zusammenarbeit über die Grenzen der Einzelverträge hinaus zu fördern. Die Idee ist bestechend, hat sich in der Schweiz aber noch kaum durchgesetzt.

Ob die übergreifend vereinbarte Zusammenarbeit sich allerdings auch auf der Baustelle bewährt, hängt wiederum von den Menschen ab, von denen sie erwartet wird, insbesondere auch vom Mass des Vertrauens, das sie einander entgegenbringen. Dass es in der Bauwirtschaft um das gegenseitige Vertrauen nicht durchwegs zum Besten steht, werden die Insider bestätigen. Deshalb wäre schon viel gewonnen, wenn die Führungskräfte der segmentierten Baubranche schon auf der Hochschule und in der späteren Fortbildung dazu angeleitet würden, mit allen anderen, die sich an der Verwirklichung eines Bauvorhabens beteiligen, am gleichen Strick zu ziehen. „A no-blame culture based on mutual interdependence and trust“, müsse gelehrt werden, las ich in einem Bericht zur Lage der britischen Bauwirtschaft. Und das, meine ich, lässt sich auch auf die Schweiz übertragen.

Schluss

19. Mit diesem Hinweis auf das Menschliche kehre ich zurück zum Anfang meines Vortrages. Mit „Bauen – Ein rechtliches Abenteuer“ habe ich den Vortrag betitelt. Abschliessend möchte ich nun beifügen, dass *das rechtliche Abenteuer des Bauens immer auch ein menschliches Abenteuer* ist. Nicht nur die Vertragsparteien oder ihre Leute sind Menschen. Menschen sind auch die Mitglieder der Vergabebehörden, die Richter, die Rechtswissenschaftler und die übrigen Akteure des Rechtsbetriebes. Und niemand kann von all diesen Menschen erwarten, dass sie aufhören, Mensch zu sein, nur weil sie das Recht entwickeln, anwenden oder lehren. Die Naturwissenschaftler unter Ihnen werden ob diesem Satz vielleicht erstaunt sein, dann aber doch zugeben, dass es sich in ihrem Gebiete exakt gleich verhält.⁸⁷ Die Gewissheit, die sie im eigenen Gebiete nicht finden, kann ihnen auch das Recht nicht bieten.

Korr.: MD, 15.02.2005

⁸⁵ Darüber vgl. ERWIN SCHERRER, Nebenunternehmer beim Bauen, Diss. Freiburg 1994.

⁸⁶ Darüber RAINER SAXER, zit. in Fn. 17.

⁸⁷ Vgl. HARRY COLLINS/TREVOR PINCH, zit. in Fn. 28, S. 174: „Man kann von Naturwissenschaftlern und übrigens auch von Technikern nicht verlangen, dass sie aufhören, Mensch zu sein“.