

**Das Bauvertragsrecht.  
Einige Gedanken zum 65. Geburtstag von Herrn Jagenburg**

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

Publiziert in: Festschrift für WALTER JAGENBURG, München 2002, S. 227 ff. Die Seitenzahlen dieser Publikation sind im nachfolgenden Text in eckiger Klammer eingefügt.

*Ehre, Schrecken und Thema*

1. [227] Die Einladung der Herausgeber, in Ihre Festschrift zu schreiben, hat mich, lieber Herr JAGENBURG, geehrt und erschreckt. *Geehrt* hat sie mich, weil jeder<sup>1</sup>, der eine solche Einladung erhält, geneigt ist, sie trotz all ihrer Zufälligkeiten dem eigenen Verdienste zuzurechnen. Gerade Wissenschaftler und die, die sich dafür halten, sind sensibel auf Anerkennung bedacht, was vielleicht damit zusammenhängt, dass sie mit sehr viel Eifer oft nur wenig erreichen, selbst wenn sie zu ihrer Wissenschaft nicht wenig beitragen. Das erklärt denn auch, weshalb sie es nur selten wagen, sich die Gewöhnlichkeit ihrer Tätigkeit einzugestehen, sondern die wissenschaftliche Tätigkeit als etwas Besonderes begreifen.<sup>2</sup>

Der *Schrecken* dagegen entsprang der Einsicht, dass es mir kaum möglich sei, den Stand, den Sie durch Ihre eigenen Publikationen vorgeben, auch nur in etwa zu erreichen, da unter Fachgenossen ja keiner dem andern etwas vormachen kann. Auch empfand ich es als schwierig, etwas Lesenswertes beizutragen, wo doch ein deutscher Buchverlag für sich in Anspruch nimmt, „die letzten ungelösten Rätsel des Baurechts“ in seinem Angebot zu führen.<sup>3</sup> Und schliesslich gehöre ich als [228] Deutschschweizer zu jenen, die eine andere Sprache schreiben als sprechen, weshalb das Geschriebene der Eleganz entbehrt, mit der Sie und andere die deutsche Jurisprudenz bereichern. Der Zwiespalt zwischen Mundart und Hochdeutsch ist ein Handikap, mit dem jeder Schriftsteller der deutschen Schweiz (auch der juristische) zu kämpfen hat.<sup>4</sup> Und so muss auch ich mich ausgiebig quälen, um die richtigen Worte in die richtige Reihenfolge zu bringen, während meine deutschen Kollegen in nur kurzer Zeit Brillantes produzieren. Dass man in Deutschland neuerdings Kurse in „Deutsch für Juristen“ anbietet<sup>5</sup>, ist für mich ein schwacher Trost, nachdem sich die angebotenen Kurse gewiss nur an die jüngere Generation richten, die es verpasst hat, durch die gute alte Deutschschule zu gehen.

Umgekehrt, und das ist ein Vorteil, war ich schon lange vor der Globalisierung immer wieder gezwungen, durch die Löcher des Schweizer Käses hinauszuschauen, um auf diese Weise die engen Grenzen des heimischen Rechtssystems zu durchbrechen. Der Blick ins Ausland hat mich auch nach Deutschland und damit zu Ihnen geführt. Zunächst sind Sie mir als

---

\* Ich danke meinem Assistententeam, insbesondere Frau lic. iur. Tina Balzli, für die kritische Durchsicht des Manuskripts und die eingefügten Korrekturen.

<sup>1</sup> Hier wie auch an anderen Stellen meines Beitrages ist das „masculinum“ („jeder“, „Autor“, „Professor“, „Richter“ usw.) generisch verstanden, soweit sich aus dem Zusammenhang nicht etwas anderes ergibt.

<sup>2</sup> Vgl. dazu HARRY COLLINS/TREVOR PINCH, *Der Golem der Forschung*, Berlin 1999, S. 144.

<sup>3</sup> „Die letzten ungelösten Rätsel des Baurechts schwarz auf weiss im RWS Verlag“, so lautet der Text auf dem Verlagsprospekt.

<sup>4</sup> Vgl. HUGO LOETSCHER, *Vom Erzählen erzählen*, Diogenes Verlag, Zürich 1999, S. 153 f.

<sup>5</sup> JuS 2001, Heft 9, Lernbogen S. 66.

Autor, dann als Mensch begegnet. Das mag zwar eine unscharfe Trennung sein, da in jedem Text die menschliche Eigenart seines Autors mitschwingt. Und doch ist es etwas anderes, den Autor persönlich als nur in seiner literarisierten Gestalt zu kennen. Erst wenn man ihn sprechen hört, lachen hört und seine Gangart sieht, beginnt man zu erahnen, weshalb er *so* schreibt, wie er schreibt. So verhält es sich auch bei jenen Autoren, deren Konterfei am Anfang eines Aufsatzes, auf der Rückseite eines Buches oder unter den fotografierten Redaktoren einer Zeitschrift aufscheint. „Ceci n'est pas une pipe“, hatte RENÉ MAGRITTE auf sein Pfeifen-Bild geschrieben. Das ist nicht der Verfasser, könnte man unter solche Verfasser-Bilder schreiben. Ja, es ist nicht einmal das Bild des *Verfassers*, sondern ein Bild, das der Betrachter sich von einem Bilde macht, das einige Zeit zuvor (bisweilen zehn Jahre früher) aufgenommen wurde.

2. Da meine Begegnungen mit Ihnen nicht beim Textlichen blieben, sondern das Persönliche hinzukam, hat mich die Möglichkeit, in diese Festschrift zu schreiben, nicht nur geehrt und erschreckt, sondern vor allem auch gefreut. Dabei blieb es, obwohl mich schon die Suche nach einem *Thema*, zu dem ich schreiben könnte, erheblich in Anspruch nahm. Ich habe viele Möglichkeiten (von den Wirrnissen des neuen Vergaberechts [229] bis zu der Abnahme des Bauwerkes und den nachwirkenden Vertragspflichten<sup>6</sup>) erwogen, um dann schliesslich das allgemeine Thema „Bauvertragsrecht“ zu wählen. Dazu möchte ich „einige Gedanken“ ausbreiten, die unausweichlich unter dem Einfluss meiner „Vorarbeiten“ stehen, die ich schon anderswo veröffentlicht habe.<sup>7</sup>

Dass es nur *einige* Gedanken sind, die ich zum angezeigten Thema niederschreibe, liegt auf der Hand. Das ergibt sich schon aus der Beschränkung auf zehn bis fünfzehn Seiten, die man mir auf den Schreibweg gegeben hat. Diese Seiten liessen sich mühelos mit fremden Gedanken füllen, wobei dann ein Drittel des Platzes durch die zitierten Namen im Fussnotenapparat aufgebraucht würde. Nebst den Zitaten von JAGENBURG ständen da jene von HEIERMANN, KAPELTMANN, KORBION, LOCHER, NICKLISCH, VON CRAUSHAAR und VYGEN, um aus der „Crème de la crème“ des deutschen Baurechts nur einige der Koryphäen herauszuheben. Aus der Schweiz kämen z.B. AEPLI, TERCIER, SCHUMACHER und KOLLER hinzu, aus Belgien BRABANT und FLAMME, aus England WALLACE, aus Frankreich MALINVAUD, aus Italien RUBINO-SAMMARTANO und aus den Vereinigten Staaten JUSTIN SWEET, der sein letztes Buch „Sweet on Construction Law“ in Israel geschrieben hat. Viele würden auch im Package mit andern aufgeführt, da sie im Duett, Trio oder Quartett publizieren oder sich im fortgeschrittenen Alter auf die angenehme Position eines Herausgebers zurückgezogen haben. Das Ganze hätte allein schon wegen der vielen Zitate einen wissenschaftlichen Anstrich. Denn die Wissenschaftlichkeit einer Publikation bemisst sich vor allem nach der Fachkompetenz ihres Autors; und diese wiederum bemisst sich nach der Belesenheit, über die der Autor sich in den Fussnoten ausweist, obwohl schon GEORG CHRISTOPH LICHTENBERG (1742 - 1799) in seine genialen Sudelbücher schrieb, dass „mancher unserer sehr mittelmässigen Gelehrten ein grösserer Mann hätte werden können, wenn er nicht so viel gelesen hätte“<sup>8</sup>.

[230] Bei den gegebenen Platzverhältnissen bleibt mir nun aber nichts anderes übrig, als die Zitate (namentlich die juristischen) auf ein Minimum zu reduzieren, wodurch die beigemischten „Selbstzitate“ noch auffälliger werden. Das heisst jedoch nicht, dass ich alle Ge-

<sup>6</sup> Mit diesen Pflichten füllte PATRICK MIDDENDORF (Nachwirkende Vertragspflichten, Diss. Freiburg/Schweiz 2002) ein ganzes Buch, was ich nicht ohne Genugtuung (ich war der Doktorvater!) vermerke.

<sup>7</sup> Vgl. insbesondere PETER GAUCH, Der Werkvertrag, 4. Aufl., Zürich 1996; Bauen – Ein rechtliches Abenteuer, in: Schweizerische Baurechtstagung, Freiburg 2001, Tagungsunterlage, S. 1 ff.; und: Auslegung, Ergänzung und Anpassung schuldrechtlicher Verträge: in Die Rechtsentwicklung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert, Zürich 2001, S. 209 ff.

<sup>8</sup> GEORG CHRISTOPH LICHTENBERG, Schriften und Briefe, Sudelbücher II, Carl Hanser Verlag, 6. Aufl., München 1998, S. 429, Nr. 168.

danken, die ich hier ausbreite, als eigene Erfindung in Anspruch nehme. Eigenes zum Fremden hinzuzufügen, gelingt einem ohnehin nur selten, da fast alles, was man schreibt, die Spuren der Vorgänger zeigt.<sup>9</sup> Das gilt auch für das Bauvertragsrecht, wozu es sogar ganze Bücher gibt, die nur aus den Vorgängern leben. Auch wenn nichts Neues einfällt, kann sich durch solche „Spurenbücher“ einen wissenschaftlichen Namen erschreiben, da heutzutage schon das bloße Sammeln von publizierten Gerichts- und Lehrsätzen als „wissenschaftliche Leistung“ gilt. Denn ähnlich den Geologen, die in abgelagerten Materialien graben, orientieren wir Juristen uns mit Vorliebe an den angehäuften Ablagerungen der Lehre und Rechtsprechung, auch wenn wir publizieren. Ein Autor, dessen Name mir entfallen ist, war so unfreundlich, dass er von „Leichen“ sprach, die da „umgebettet würden“. Das makabere Gleichnis mag überzeichnet sein. Tatsache aber ist, dass geistige Veränderungen, die sich unter der Oberfläche entwickeln<sup>10</sup>, erst mit grosser Verzögerung in das juristische Bewusstsein einfließen, weshalb der träge Strom der Rechtswissenschaft sich so schnell nicht von seinem Laufe abbringen lässt.

### *Das Fachgebiet des Bauvertragsrechts*

3. Nach dieser Einleitung, deren Hauptzweck darin bestand, das hilflose Gefühl zu überwinden, das mich vor den leeren Seiten eines jeden neuen Aufsatzes erfasst, komme ich nun zum *Bauvertragsrecht*. Gemessen am Baurecht überhaupt, ist dies auf den ersten Blick ein nur kleines, fast inzestuöses Fachgebiet, das es noch kaum an einer Universität zu einem Lehrstuhl gebracht hat. Dazu ist es *zu* praxisbezogen, was es für die dünne Luft der akademischen Höhen ungeeignet macht. Denn was viele Universitätslehrer antreibt, sind nicht die Bedürfnisse der Praxis, sondern das [231] Vergnügen an der juristischen Konstruktion, die schon JHERINGS „Scherz und Ernst“ in den Juristenhimmel transzendiert hat.

Andererseits aber ist das Bauvertragsrecht ein Ausschnitt aus dem übergreifenden Vertragsrecht, von dem es sich nur durch den Baubezug seiner Verträge abhebt. So gesehen wird das scheinbar kleine Fachgebiet ganz gewaltig ausgedehnt. Da für das Bauen die meisten Vertragstypen des Gesetzes und viele Innominatkontrakte zum Einsatz kommen, umfasst es eine bunte Palette verschiedenster Verträge. Und überdies nimmt es teil an den Allgemeinen Lehren des Vertragsrechts, welche die Basis auch des Bauvertragsrechtes bilden.

### *Die Qualifizierung der Verträge*

4. Im Mittelpunkt der baubezogenen Verträge steht der Bauvertrag des Unternehmers, der die Ausführung der körperlichen Bauarbeiten schuldet. Dazu gesellen sich der Architektur- und Ingenieurvertrag, der Konsortialvertrag, der Baulieferungsvertrag, die Baubürgschaft, der Baugarantievertrag, das Baudarlehen, die Bauversicherung usw. Zur Erweiterung der klassischen Vertragsmodelle werden auch neue oder modifizierte Vertragsarten eingeführt, die nicht selten unter angloamerikanischen Namen (etwa „Construction Management - Vertrag“<sup>11</sup> oder „Guaranteed Maximum Price - Vertrag“<sup>12</sup>) daherkommen, was sie als Importgut kennzeichnet. Irgendeiner entdeckt sie, und dann sind sie da. So geschah es auch mit dem Leasingvertrag. An ihn aber haben wir uns bereits so sehr gewöhnt, dass wir das Wort „Leasing“

<sup>9</sup> Vgl. PAUL FEYERABEND, *Irrwege der Vernunft*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt 1989, S. 456.

<sup>10</sup> Vgl. STEPHEN GAY GOULD, *Zufall Mensch*, Deutscher Taschenbuch Verlag, München 1994, S. 83.

<sup>11</sup> Vgl. dazu etwa KLAUS ESCHENBRUCH und KLAUS D. KAPPELLMANN, NZBau 2001, S. 585 ff. und 592 ff.

<sup>12</sup> Vgl. dazu etwa EKKEHARD MOESER, ZfBR 1997, S. 113 ff., und LUTZ GRÜNHOF, NZBau 2000, S. 313 ff.

schon als einheimische Wortschöpfung begreifen und aufkeimende Zweifel, ob der eine oder andere „Leasingvertrag“ nicht doch eine gewöhnliche Miete sei, tapfer unterdrücken.

a. Der rechtliche Umgang mit diesen und weiteren Verträgen, die zum Arsenal des Baurechts gehören, wirft mannigfache Fragen auf. Bisweilen beginnt die Schwierigkeit schon mit der rechtlichen Zuordnung eines abgeschlossenen Vertrages zu einem bestimmten Vertragstyp des Besonderen Vertragsrechts, weil das Vertragstypenrecht des Gesetzes für die [232] darin geregelten Verträge je verschiedene Regeln vorsieht und ausserdem nicht alle Verträge, die in der Baupraxis vorkommen, besonders regelt. Durch diese Zuordnung, die man bekanntlich als „*Qualifizierung*“ bezeichnet, wird die „Rechtsnatur“ des konkreten Vertrages bestimmt. Dass dies mit ausgeprägtem Eifer geschieht, entspricht dem anerzogenen Schubladendenken der Juristen, die etwa darüber streiten, ob *der typische Gerüstebauvertrag*<sup>13</sup> ein Werkvertrag<sup>14</sup>, ein Mietvertrag oder ein aus Werk- und Mietvertrag gemischtes Vertragsverhältnis<sup>15</sup> sei.<sup>16</sup> Ich selber verwerfe die rein werkvertragliche Lösung, weil sie nicht zum vereinbarten Leistungsprogramm des typischen Gerüstebauers passt, der das geschuldete Gerüst (ähnlich wie ein gemietetes Festzelt) nur zum Zwecke der Gebrauchsüberlassung errichtet, die das Hauptelement des Vertrages bildet.<sup>17</sup> Das vorrangige Gebrauchsinteresse seines Vertragspartners rechtfertigt es auf jeden Fall, die Haftung des Gerüstebauers für Mängel seines Gerüsts einheitlich nach Mietvertragsrecht zu behandeln, auch wenn sein Vertrag ein gemischtes Vertragsverhältnis sein sollte.

b. Das Beispiel vom Gerüstebauvertrag mag für die Schweiz etwas weit her geholt zu sein, da seine Qualifikation in der hiesigen Vertragsdiskussion eine untergeordnete Rolle spielt. Viel zu reden und kontrovers zu schreiben gab dagegen *die Qualifizierung des Architekturvertrages*, der von einem selbständigen Architekten abgeschlossen wird. Um die schweizerische Kontroverse zu verstehen, muss man zunächst wissen, dass der (einfache) Auftrag, den das Obligationenrecht in Art. 394 ff. OR [233] regelt, im Unterschied zum Auftrag des BGB (§ 662) auch entgeltlich sein kann. Diese gesetzgeberische Vorgabe schuf die Voraussetzung zur jahrelang umkämpften Streitfrage, ob der entgeltliche Architekturvertrag ein Auftrag im Sinne des Gesetzes (Art. 394 ff. OR) oder ob er ein Werkvertrag (Art. 363 ff. OR) sei. Die heute herrschende und auch vom schweizerischen Bundesgericht vertretene Meinung stellt auf den Inhalt des jeweiligen Architekturvertrages ab. Danach ist der reine Planungsvertrag des Architekten ein Werkvertrag, der Bauleitungsvertrag (der den Architekten zur leitenden Überwachung der Bauausführung verpflichtet) ein Auftrag und der Gesamtvertrag des Vollarchitekten ein aus Werkvertrag und Auftrag gemischter Vertrag, dessen Auflösung aber insgesamt

<sup>13</sup> Im typischen Gerüstebauvertrag (oder „Gerüstgestellungsvertrag“) übernimmt der Gerüstebauer die entgeltliche Verpflichtung, mit eigenem Material ein Gerüst aufzustellen, das errichtete Gerüst seinem Vertragspartner (dem Bauherrn oder einem Unternehmer) zum Gebrauche zu überlassen und nach erfolgtem Gebrauch wieder abzubauen.

<sup>14</sup> So: BGE 113 II 264 ff.

<sup>15</sup> So: ROLAND HÜRLIMANN, Baurecht (BR, Schweiz) 1989, S. 74 f., wenn es sich um ein individuell geplantes Gerüst (mit individuellem Zuschnitt auch des Materials) handelt.

<sup>16</sup> Aus Deutschland vgl. etwa HORST LOCHER, in: Festschrift GELZER, Düsseldorf 1991, S. 349; BURKHARD LOTZ, BauR 2000, S. 1806 ff.

<sup>17</sup> Anders verhält es sich beim *atypischen* Gerüstebauvertrag, worin der Gerüstebauer das aus eigenem Material errichtete Gerüst in das Eigentum seines Vertragspartners übertragen muss. Trifft dies zu, so handelt es sich um einen reinen Werkvertrag, sofern auch das Erfordernis der Entgeltlichkeit erfüllt ist. Überhaupt kein *selbständiger* Vertrag liegt vor, soweit ein Bauunternehmer im Rahmen und zur Ausführung der von ihm übernommenen Bauarbeiten ein Gerüst als Arbeitsmittel beizustellen und vorzuhalten hat. Das Beistellen und Vorhalten geht hier in der werkvertraglichen Gesamtverpflichtung des Unternehmers auf.

dem Auftragsrecht unterliegt.<sup>18</sup> Dementsprechend gelten für den Planungsvertrag andere Regeln als für den Bauleitungs- und den Gesamtvertrag des Architekten, was sich praktisch vor allem auch auf die vorzeitige Beendigung auswirkt, da der auftragsrechtliche Art. 404 OR jeder Auftragspartei ein jederzeitiges Recht zur Vertragsauflösung gibt (Art. 404 Abs. 1 OR) und eine Schadenersatzpflicht (beschränkt auf den Ersatz des Vertrauensschadens) nur bei „unzeitiger“ Auflösung entstehen lässt (Art. 404 Abs. 2 OR). Das Bundesgericht geht in seiner ständigen Praxis sogar so weit, dass es die Auflösungsregel des Art. 404 OR, unbekümmert durch dogmatische Anfechtungen, als zwingende („unabdingbare“) Gesetzesbestimmung bewertet<sup>19</sup>, was aus meiner Sicht zwar eine bedauerliche Missdeutung der Bestimmung, vorerhand aber als Konstante hinzunehmen ist.

Die geschilderte Qualifizierung des Architekturvertrages, die sinngemäss auch für den Ingenieurvertrag gilt, beruht auf der Überlegung, dass der Architekt in seiner vertraglichen Funktion als Planer ein bestimmtes Arbeitsergebnis (nämlich die Pläne) und damit ein Werk schulde, während die Übernahme der Bauleitung zwar zu sorgfältiger Arbeit, aber zu keinem Arbeitsergebnis verpflichtet. Hier habe man es mit einer „obligation de moyens“, dort mit einer „obligation de résultat“ zu tun, womit eine Dichotomie aufscheint, welche die ganze Lehre von den [234] vertraglichen Leistungspflichten beherrscht.<sup>20</sup> Ob die schlichte Zweiteilung in „obligation de moyens“ und „obligation de résultat“ den tatsächlichen Vertragsverhältnissen gerecht wird, möchte ich allerdings bezweifeln. Zudem stelle ich mir die Frage, ob wir dem Bauleitungsvertrag des Architekten die werkvertragliche Qualifikation auch dann absprechen würden, wenn es im schweizerischen Obligationenrecht den entgeltlichen Auftrag gar nicht gäbe. Bisweilen kommt mir der Gedanke, dass die gesetzliche Umschreibung der Vertragstypen auf die Interpretation des vertraglichen Leistungsinhaltes zurückwirkt, indem wir dazu tendieren, den vereinbarten Inhalt eines konkreten Vertrages so auslegen, dass er die gesetzlichen Merkmale eines anvisierten Vertragstyps erfüllt. Das vermöchte zu erklären, weshalb der bauleitende Architekt nach verbreiteter Auffassung in Deutschland einen werkvertraglichen Erfolg (ein Werk) schuldet<sup>21</sup>, während dies nach der in der Schweiz überwiegend vertretenen Auffassung nicht der Fall ist.

Ob mein Erklärungsversuch tauglich ist oder nicht, mag offen bleiben. Jedenfalls aber unterstellen wir in der Schweiz auch den *Baubetreuungsvertrag* dem Auftrags- (nicht Werkvertrags-) recht, und zwar gleichgültig, ob der Baubetreuer die Bauarbeiten als direkter oder indirekter Stellvertreter seines Auftraggebers vergibt.<sup>22</sup> Gleich wird es sich mit dem *Projektsteuerungsvertrag* verhalten, mit dem sich die schweizerische Literatur und Rechtsprechung noch nicht eingehend befasst haben. Ein reiner Werkvertrag dagegen ist *der Bauvertrag des Unternehmers*, der die entgeltliche Ausführung der körperlichen Bauarbeiten schuldet, auch wenn der Unternehmer das geschuldete Werk aus selbst gelieferten Stoffen herzustellen hat.<sup>23</sup> In diesem Fall handelt es sich bei seinem Vertrag um einen Werklieferungsvertrag, der sich im schweizerischen Recht von den übrigen Bauwerkverträgen nur durch die

<sup>18</sup> Vgl. BGE 109 II 464 ff.; 110 II 382 ff.; 114 II 56 und weitere. Ich selber stimme dieser Qualifizierung im Wesentlichen zu, glaube aber gute Gründe zu haben, den Gesamtvertrag ausschliesslich dem Auftragsrecht zu unterstellen (PETER GAUCH, Der Werkvertrag, zit. in Anm. 7, Nr. 57 ff.).

<sup>19</sup> Statt vieler: BGE 115 II 464 ff.; BGr. Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (ZBJV) 1997, S. 333 f.

<sup>20</sup> Statt vieler: FRANZ WERRO, La distinction entre l'obligation de résultat et l'obligation de moyens ..., Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR) 1989 I, S. 253 ff.

<sup>21</sup> Z.B. BGHZ 82, S. 100 = NJW 1982, S. 438 ff.

<sup>22</sup> Vgl. PETER GAUCH, Der Werkvertrag, zit. in Anm. 7, Nr. 352 ff. und BGE 115 II 61.

<sup>23</sup> BGE 117 II 274. Denn nach schweizerischem Recht „ist es dem Werkvertrag nicht, wie nach gemeinem Recht wesentlich, dass der Besteller den Stoff liefere“ (BGE 21, S. 191). Der Baugrund, auf dem gebaut wird, ist nach hiesiger Rechtsauffassung kein „Stoff“, aus dem das Werk errichtet wird. Das Gesetz zählt ihn nicht zum Werkstoff (BGE 15, S. 841). Vielmehr unterscheidet es ausdrücklich zwischen Baugrund und Stoff (so: Art. 365 Abs. 3 und 376 Abs. 3 OR).

Stofflieferungspflicht des Unternehmers unterscheidet. Bei der werkvertraglichen Qualifikation bleibt es [235] auch dann, wenn der Bauvertrag des Unternehmers ein General- oder Totalunternehmervertrag ist.<sup>24</sup>

5. Die Zuordnung eines konkreten Vertrages zu einem bestimmten Vertragstyp des Gesetzes entscheidet nach Lehre und Rechtsprechung darüber, welches *besondere Regelungsprogramm des Gesetzes* auf den betreffenden Vertrag zur Anwendung kommt. Und dies wiederum ist von erheblicher Bedeutung, weil das gesetzliche Recht der verschiedenen Vertragstypen wesentliche Unterschiede aufweist, ohne dass immer einsichtig ist, weshalb gleiche oder analoge Fragen bald so, bald anders geregelt sind. In vielen Punkten gewinnt man den Eindruck, dass der Unterschied auf historischem Zufall beruht. Dogmatisch ist das kodifizierte Recht der besonderen Vertragstypen jedenfalls nur wenig durchdacht.<sup>25</sup> Und aufs Ganze betrachtet zeigt sich, dass es dem gesetzlichen Vertragstypenrecht an einer wertemässigen Harmonisierung fehlt.

Das soeben Gesagte ist ein Systemmangel des Gesetzes, der aber kaum überrascht, nachdem wir seit BERNARD RUSSELL wissen, dass sogar die Mathematik widersprüchlich sein kann. Eine völlige Harmonie des juristischen Gesetzes ist zwar anzustreben, aber nie völlig zu erreichen. Da die Mehrzahl der vertragstypischen Gesetzesbestimmungen dispositiver Natur sind, wird die praktische Auswirkung des Mangels jedoch gemindert. Denn die Parteien haben es in der Hand, eigene Regeln zu vereinbaren, die dem Dispositivrecht des Gesetzes vorgehen. Aber auch insoweit, als es an einer erforderlichen Abrede fehlt, der Vertrag also lückenhaft ist, kommen dispositive Gesetzesbestimmungen, die an sich einschlägig sind, nicht ohne weiteres zur Anwendung. Vielmehr sind sie anwendbar nur dann, wenn sie den vereinbarten Inhalt des lückenhaften Einzelvertrages sinnvoll ergänzen<sup>26</sup>, was zu einer gewissen Flexibilisierung der Typenordnung führt.<sup>27</sup> Bezogen auf das schweizerische Recht kann dies zum Beispiel bedeuten, dass ein Bauherr, der beim Totalunternehmervertrag auf die Ausführung des vom Unternehmer erarbeiteten Projektes verzichtet, die bereits geleistete Arbeit zwar zu vergüten hat, von der dispositiven Pflicht zur Schadloshaltung des Unternehmers (Art. 377 OR)<sup>28</sup> aber befreit ist. So hat das Bundesgericht für einen [236] konkreten Fall entschieden, dass der Bauherr mangels Einigung über das ihm unterbreitete Projekt gegen Entschädigung der bereits erbrachten Leistungen den Totalunternehmervertrag auflösen könne, ohne schadenersatzpflichtig zu werden.<sup>29</sup>

Lässt sich der konkrete Vertrag keinem gesetzlichen Vertragstyp zuordnen, so liegt ein Innominatvertrag vor, der nach geläufiger Einteilung entweder ein Mischvertrag oder ein Vertrag sui generis ist. Ob und inwieweit Regeln des gesetzlichen Vertragstypenrechts auch auf solche Verträge zur Anwendung kommen, bildet Gegenstand zahlreicher Theorien, die namentlich zum gemischten Vertrag entwickelt wurden.<sup>30</sup> Meines Erachtens beurteilt sich die

<sup>24</sup> Vgl. etwa BGE 114 II 53 ff. und 117 II 274.

<sup>25</sup> FELIX DASSER, Vertragstypenrecht im Wandel, Zürich 2000, S. 71.

<sup>26</sup> JÄGGI/GAUCH, Zürcher Kommentar, N 517 zu Art. 18 OR.

<sup>27</sup> Vgl. FELIX DASSER, zit. in Anm. 25, S. 94 ff.

<sup>28</sup> Nach Art. 377 OR kann der Besteller, „solange das Werk unvollendet ist, ... gegen Vergütung der bereits geleisteten Arbeit und gegen volle Schadloshaltung des Unternehmers jederzeit vom Vertrag zurücktreten“. Dieses Rücktrittsrecht ist der Sache nach ein Kündigungsrecht, durch dessen Ausübung der Werkvertrag ex nunc aufgelöst wird. Im Einzelnen vgl. dazu meinen Aufsatz in: Festschrift LOCHER, Düsseldorf 1990, S. 35 ff.

<sup>29</sup> Einschlägige Stelle unveröffentlicht; dazu aber PETER GAUCH, Baurecht (BR, Schweiz) 1989, S. 39 ff., insbes. S. 40, Anm. 19. Zur vorzeitigen Auflösung des Totalunternehmervertrages vgl. in dieser Festschrift auch den einschlägigen Beitrag meines Freiburger Kollegen VICTOR AEPLI. Dass dieser es fertigbrachte, mit nur sechs Schreibmaschinenseiten auszukommen, hat es mir erlaubt, mein Seitenkontingent ohne schlechtes Gewissen voll auszuschöpfen.

<sup>30</sup> Vgl. FELIX DASSER, zit. in Anm. 25, S. 88 ff.

Frage nach den Grundsätzen der analogen Rechtsanwendung, die eine schematische Antwort (etwa im Sinne der sogenannten Absorptionstheorie) verbieten. Das gilt unter anderem auch für den Gesamtvertrag des Architekten, wenn man ihn als eine Mischung aus Werkvertrag und Auftrag versteht, wie es die in der Schweiz herrschende Meinung tut. Und das Gleiche gilt (um eine weiteres Beispiel zu nennen) für den Grundstückkauf mit Bauleistungspflicht, worin der Verkäufer sich verpflichtet, auf dem verkauften Grundstück ein Gebäude zu errichten, umzubauen oder fertigzustellen. In diesem Fall ist es z.B. richtig, die Mängelhaftung für das Gebäude auch insoweit dem Werkvertragsrecht zu unterstellen, als es bei Vertragsabschluss bereits bestanden hat. Für die Schweiz abzulehnen ist dagegen die in Deutschland verbreitete Praxis, selbst dann noch auf die werkvertragliche Mängelhaftung zu greifen, wenn ein schlichter Kaufvertrag über ein bereits fertiges, jedoch neu erstelltes oder erheblich umgebautes Gebäude abgeschlossen wird.<sup>31</sup>

[237] Ob die in Deutschland gefestigte Praxis sich auch unter dem „modernisierten“ Schuldrecht halten wird, bleibt (wie für manches, das sich in der deutschen Rechtslandschaft eingelebt hat) abzuwarten. Gegen eine Übertragung in die Schweiz spricht der einfache Grund, dass die hiesige Gesetzeslage nichts enthält, das eine solche Praxis vom Ergebnis her erfordert. Auf einer ganz anderen Ebene liegt die Grundsatzfrage, ob es die gesetzliche Vertragstypenordnung überhaupt erlaubt, auf einen bestimmten Nominatvertrag auch gesetzliche Regeln eines anderen Vertragstyps anzuwenden, falls sie zusammen mit dem konkret vereinbarten Vertragsinhalt zu einem „sachlich“ besseren Ergebnis führen. Die Frage ist zu bejahen, da es nach heutigem Verständnis des Gesetzes nicht der Sinn seines Vertragstypenrechtes sein kann, den einzelnen Nominatvertrag ohne Rücksicht auf das Ergebnis unter die ausschliessliche Herrschaft der einschlägigen Typenordnung zu pressen. Alles andere wäre ein Rückfall in die mechanische Denkweise, wie sie in der Naturwissenschaft des 19. Jahrhundert vorgeherrscht<sup>32</sup> und auch die Jurisprudenz für lange Zeit (zum Teil bis in die Gegenwart hinein) geprägt hat.

### *Weitere Fragen und Allgemeine Lehren*

6. Mit meinen Ausführungen zur Qualifizierung habe ich einen Problemkreis hervorgehoben, der in der rechtlichen Diskussion über die baubezogenen Verträge eine prominente Stellung einnimmt, weil das Qualifikationsproblem „hyperkomplex“ ist<sup>33</sup>. Damit aber wurde vom gesamten Gebiet des Bauvertragsrechts ein nur kleines Segment angesprochen. *Viele weitere Fragen* stellen sich im Zusammenhang mit den Einzelbestimmungen des gesetzlichen Vertragstypenrechtes, was sich allein schon für die werkvertragliche Mängelhaftung über Seiten hin illustrieren liesse. Einige Fragen sind so umstritten wie die Schockwerbung von Benetton.<sup>34</sup> Andere wieder lösen sich dadurch auf, dass man sie nach einer gewissen Zeit einfach vergisst.

Zu alledem kommen die Allgemeinen Lehren des Vertragsrechts (etwa jene über den Konsens, die wesentlichen Vertragspunkte, die [238] Willensmängel oder die Vertragsauslegung), in die das Bauvertragsrecht eingebettet ist. Nebst den Allgemeinen Bestimmungen des Vertragsrechts enthalten sie auch zahlreiche Figuren, welche die Phantasie der juristischen Dogmatik erfunden hat. Ich denke etwa an *die trickreichen Haftungsfiguren*, die den Weg vom ausservertraglichen Deliktsrecht in das Vertragsrecht öffnen, das für den Geschädigten

<sup>31</sup> Statt vieler: BGHZ 108, S. 167; 101, S. 352; BGH ZfBR 1996, S. 96; BGH ZfBR 1990, S. 276; BGH BauR 1986, S. 345. Stellungnahme für die Schweiz: PETER GAUCH, Der Werkvertrag, zit. in Anm. 7, Nr. 350.

<sup>32</sup> Vgl. etwa FRITJOF CAPRA, Lebensnetz, 2. Aufl., Scherz Verlag, Bern/München/Wien 1996, S. 36.

<sup>33</sup> MICHAEL MARTINEK, Moderne Vertragstypen, Bd. I, München 1991, S. 27.

<sup>34</sup> BVerfG NJW 2001, S. 591.

im Allgemeinen günstiger ist. So gehören die Culpa in contrahendo, die Positive Vertragsverletzung, die vertragliche Drittschutzwirkung und die Drittschadensliquidation zum bekannten, wenn auch nicht allseitig gebilligten Repertoire der bauvertraglichen Lehre und Rechtsprechung. Dass auch der umgekehrte Weg, vom Vertrags- ins Deliktsrecht, gegangen wird, wenn es den Interessen des Geschädigten dient, zeigt die horrible Figur des weiterfressenden Mangels, die in der Schweiz schon deshalb auf geringe Beliebtheit stösst<sup>35</sup>, weil hier seit jeher „eine einfache und praktische Rechtsauffassung vorgeherrscht hat“<sup>36</sup>. Und in der Tat führt die Auffassung, die dem betroffenen Käufer oder Werkbesteller bei bestimmten Fallgestaltungen einen Deliktsanspruch für Weiterfresserschäden einräumt, zu Ein- und Abgrenzungen, die in ihrer Kompliziertheit kaum mehr zu übertreffen sind.<sup>37</sup> Wie vertrackt die Frage nach der Deliktshaftung beim Bauen überhaupt ist, demonstriert der Aufsatz zur „Produzentenhaftung bei der Errichtung von Gebäuden“, der in der letztjährigen Dezemberrnummer der NZBau abgedruckt wurde.<sup>38</sup> Nach der Lektüre der darin versammelten Einbau- und anderen BGH-Entscheide<sup>39</sup> griff ich schnurstracks zum vierten Band von HARRY POTTER, um mich vor den schwindelerregenden Differenzierungen der Rechtsprechung in eine verständlichere Welt zu flüchten.

Sieht man die erwähnten Haftungsfiguren (Culpa-Haftung usw.) im Kontext der neueren Rechtsentwicklung, so bestätigen sie die Tendenz zu einer stetigen Haftungserweiterung, die im Vertragsrecht auch dadurch zum Vorschein tritt, dass wir die Verträge gestützt auf den polyvalenten Grundsatz von Treu und Glauben, die allgemeine Sorgfaltspflicht [239] oder andere Prinzipien mit mannigfachen Schutz- und sonstigen Nebenpflichten ausstatten, an die weder der Gesetzgeber noch die Vertragsparteien gedacht haben.<sup>40</sup> Das Ergebnis ist bekannt: Der jeweilige Vertrag steht vor uns wie eine vollgestopfte Gans am Thanksgiving-Tag, den wir im Zuge der Amerikanisierung auch in Europa zu feiern beginnen. Zum Beispiel ist ein Bauunternehmer verpflichtet, den Bauherrn vor Gefahren zu schützen, die sich mit der Ausführung des Werkes verbinden können, seine eigenen Kräfte selbstkritisch einzuschätzen, ausserordentliche Umstände oder die Überschreitung eines ungefähren Kostenansatzes anzuzeigen, den Vertragspartner über den sachgemässen Gebrauch des Werkes aufzuklären, sich vor dem Einsatz von Baggern über die Lage unterirdischer Versorgungsleitungen zu vergewissern, die Lagerung von ungeeignetem Baustoff auf dem Bauplatz zu unterlassen und dafür zu sorgen, dass durch sein Verhalten nicht ein Schaden Dritter entsteht, für den der Bauherr aufzukommen hat.<sup>41</sup>

<sup>35</sup> Ablehnend z.B. HERBERT SCHÖNLE, Zürcher Kommentar, N 189 zu Art. 184 OR.

<sup>36</sup> BGE 127 III 80.

<sup>37</sup> Illustrativ: NICKLISCH/WEICK, Verdingungsordnung für Bauleistungen, Teil B, 3. Aufl., München 2001, N 44 ff. vor §13 VOB/B.

<sup>38</sup> ROBERT KOCH, Neues zur Produzentenhaftung bei der Errichtung von Gebäuden, NZBau 2001, S. 649 ff.

<sup>39</sup> „Ortbeton“, „Lotsand“, „Dämmelemente“, „Dachabdeckfolie“, „Spundwand“, „Transistor“, „Elektroofenschlacke“ etc.

<sup>40</sup> Was die Schutzpflichten einer Vertragspartei angeht, so will uns eine neuere Doktrin allerdings glauben machen, dass sie (abgesehen von einer dahingehenden Vereinbarung) gar nicht vertraglicher Natur sind, sondern zum Inhalt eines „einheitlichen gesetzlichen Schutzverhältnisses“ gehören, das sich von der Aufnahme des geschäftlichen Kontaktes über den Vertragsabschluss hinaus fortsetze. Diese Theorie ist weder „richtig“ noch „falsch“, zumindest für die Schweiz aber überflüssig. Zum Ganzen und mit Nachweisen: PATRICK MIDDENDORF, zit. in Anm. 6, Nr. 206 ff.

<sup>41</sup> Vgl. dazu und zu weiteren Nebenpflichten: PETER GAUCH, Der Werkvertrag, zit. in Anm. 7, N 811 ff.

*Literatur, Rechtsprechung und Modernisierung*

7. Da sich das Bauvertragsrecht, wie gezeigt, wie ein mäandernder Fluss durch das gesamte Vertragsrecht zieht, vermag ein guter Bauvertragsrechtler nur zu sein, wer das Vertragsrecht, ja das Schuldrecht überhaupt beherrscht. Das allein aber genügt nicht. Vielmehr bedarf man, um nicht im Generell-Theoretischen stecken zu bleiben, einer *intimen Kenntnis des praktischen Baugeschehens und der damit verbundenen Vertragsprobleme*, wie sie auch Ihre Werke, Herr JAGENBURG, befruchtet. Als Praktiker und Wissenschaftler haben Sie ein perfektes „combination-ticket“, das es Ihnen erlaubt, über Dinge zu schreiben, die Sie aus eigener Anschauung kennen. „Seit Vergil gibt es [zwar] eine europäische Tradition, [240] Arkadien zu besingen, ohne dort gewesen zu sein“.<sup>42</sup> „Wer [aber] auf dem Markte das Kraut kauft und in dunkler Stube mit Schreiben Geld verdient, weiss nicht, woher das Gedeihen kömmt“, schrieb schon der Emmentaler Pfarrer JEREMIAS GOTTHELF (1797 - 1854) im „Knaben des Tell“. Und: „Die Weisheit [sei] die Frucht langer, mit Bewusstsein gesammelter Erfahrungen, [die] nicht aus einigem Lesen rasch zusammengeschnappt werden könne“.

Mit diesen Gotthelf-Sätzen, auf die ich in der geerbten Bücherei meines Grossvaters stiess, möchte ich nun allerdings niemanden davon abhalten, seine karge Freizeit der *baurechtlichen Literatur* zu widmen. Sie vermag die eigene Erfahrung des Lesers sinnvoll zu komplettieren, wenn man vom literarischen Streit um „Richtig“ oder „Falsch“ absieht, der das juristische Denken massiv beschränkt. Das Studium dieser Literatur ist freilich Schwerarbeit, da allein schon der deutschsprachige Raum eine Unmenge von Publikationen (Aufsätze, Bücher, ja sogar Jahrbücher) bereithält, die sich in ihrem Gehalte stark unterscheiden, wie einige Apfelsinen Kerne haben, andere nicht. Wer die Arbeit dennoch leistet und sich auch nicht durch die „Blackscheißerei“<sup>43</sup> einzelner Beiträge abschrecken lässt, der erhält indes einen guten Eindruck von der Vielfalt der praktischen Einzelfragen, die das Bauvertragsrecht zu bewältigen hat. Einige davon beschäftigen die bauvertragliche Publikationsgemeinde schon seit Jahren und kommen in immer neuen Beiträgen immer wieder neu zum Vorschein. Sie betreffen etwa die Vollmacht des Architekten, die Haftung des Architekten für die Überschreitung seines Kostenvoranschlages, die funktionale Leistungsbeschreibung, die „Mitwirkungspflichten“ des Bauherrn und deren Rechtsnatur, die Nachforderungen des Unternehmers bei Pauschalpreisverträgen, das Verhalten des Vorunternehmers und sein Einfluss auf die Rechtslage zwischen Bauherrn und Nachfolgeunternehmer, das Verhältnis zwischen vertraglicher Mängelhaftung und Deliktshaftung oder das Verhältnis zwischen Bauherrn, Unternehmer und Subunternehmer, der deutsch als „Nachunternehmer“ bezeichnet wird.

Dass der Schreibstoff nicht ausgeht, dafür sorgen auch *die Gerichte*, denen wir die fortdauernde Produktion von Urteilen und damit die Literaturgattung der Urteilsrezension verdanken. Zwar ist der rechtliche Teil [241] der meisten Entscheide eher „harmlos“, da er nur wiederkaut, was Lehre oder Rechtsprechung schon tausendfach vorgekaut haben. Aber auch solche Entscheide werden in der Gemütsruhe des Rechthabens kommentiert, sei es zustimmend oder sei es ablehnend, je nachdem, ob der Rezensent selber schon immer die gleiche oder ob er eine andere Meinung vertreten hat. Geht ein Gericht sogar neue Wege, die vom eingelebten Trampelpfad abweichen, so ist die Schreiblust der Kommentatoren kaum mehr zu bremsen. Man denke nur an den letztjährigen Entscheid des Deutschen Bundesgerichtshofes<sup>44</sup>, der die Aussengesellschaft der zur bürgerlichen Gesellschaft verbundenen Unternehmer mit Rechtsfähigkeit ausgestattet hat! Die Aufregung im Lande der Dogmatiker war riesengross, was sich auch in den Rezensionen niederschlug, die weit über

<sup>42</sup> HUGO LOETSCHER, zit. in Anm. 4, S. 12.

<sup>43</sup> „Blackscheißerei im Deutschen heisst ... unnütze Weitläufigkeit“ (GEORG CHRISTOPH LICHTENBERG, *Sudelbücher I*, Carl Hanser Verlag, 6. Aufl., München 1998, S. 679, Nr. 164).

<sup>44</sup> BGH, Urteil vom 29. Januar 2001 = ZfBR 2001, S. 392 ff.

gross, was sich auch in den Rezensionen niederschlug, die weit über die baurechtlichen Zeitschriften hinaus erschienen sind.

Die Wogen werden sich freilich schon bald wieder glätten, gehört es doch zur Attraktivkraft höchstrichterlicher Entscheide, dass sie (von wenigen Ausnahmen abgesehen) über kurz oder lang die herrschende Meinung um sich sammeln. So verhielt es sich auch mit jenem Grundsatzentscheid des Bundesgerichtshofs<sup>45</sup>, wonach ein Mangel des arbeitsteilig hergestellten Werkes auch dann als absichtlich verschwiegen gilt, wenn ihn der Unternehmer bei Ablieferung des Werkes nicht gekannt hat, bei richtig organisierter Überwachung und Prüfung des Werkarbeit aber hätte kennen können. Wer diesem Entscheid trotz seiner dogmatischen Einbindung in die Lehre vom Organisationsverschulden nach wie vor skeptisch gegenübersteht, mag sich mit dem Gedanken trösten, dass selbst die höchsten Gerichte nicht unfehlbar sind, was schon ihre gelegentlichen Praxisänderungen belegen, die bisweilen auch in der Form von „Präzisionen“ daherkommen. „We are not final because we are infallible, but we are infallible only because we are final“, diktierte Justice JACKSON in ein Urteil des amerikanischen Supreme Court.<sup>46</sup> Und ein eminenter Kollege aus Bern rügte kürzlich zwei Entscheide unseres höchsten Gerichts, worin, wie er schrieb, „das Bundesgericht so gut wie alle massgeblichen rechtlichen Grundsätze beiseite“ schiebe.<sup>47</sup>

Bleiben wir im Anschluss an die zitierten BGH-Entscheide noch einen Augenblick in Deutschland, so ist die am 1. Januar 2002 in Kraft [242] getretene „Schuldrechtsmodernisierung“ ein juristisches Grossereignis, das auch die bauvertragliche Rechtsliteratur beflügeln wird. Wenn schon die punktuelle Änderung eines Gesetzes einen ganzen Rattenschwanz von gelehrten Abhandlungen nach sich zieht, so kann ich mir bei der Niederschrift meines Aufsatzes (Abgabetermin: 1. Februar 2002) leicht ausmalen, welche Publikationswelle diese Schuldrechtsrevision auslösen wird. Ich denke nicht nur an die Publikation von Einzelbeiträgen, wie sie in reicher Fülle bereits im Vorfeld des Inkrafttretens erschienen sind, sondern auch an die neu aufgelegten Standardwerke, die sich der Modernisierung des Gesetzes anschliessen werden, um, selber „modernisiert“, brauchbar zu bleiben. Den Verlegern wird dies Freude bereiten, den Verfassern vielleicht weniger, da ja *sie* die Schreibarbeit leisten müssen, deren Vergnüglichkeit mit zunehmenden Auflagen abnimmt. Manches werden die Autoren auch zu bemängeln haben. Denn ganz abgesehen davon, dass fast jede gesetzliche Neuerung der literarischen und judikatorischen Nachbehandlung bedarf, um sich in die rechtliche Umgebung einzupassen, stösst sie immer auch auf Ablehnung. So wurde mancher Aspekt der schuldrechtlichen Modernisierung bereits im Voraus kritisiert: etwa der Umstand, dass auch das modernisierte BGB keine ausreichende Grundlage für den Bauwerkvertrag zur Verfügung stelle, da es – mit ganz wenigen Ausnahmen – keine baurechtsspezifischen Regelungen beithalte.<sup>48</sup>

Diese Kritik ist mir deshalb in die Augen gestochen, weil sie mich an die vom schweizerischen Bundesamt für Justiz veranlasste „Revisionsumfrage“ erinnert, die in den Jahren 1979/80 zum Werkvertragsrecht des OR durchgeführt wurde.<sup>49</sup> Der Gesetzgeber soll sich – so war die überwiegende Meinung der in der Schweiz Befragten – weiterhin an das Grundsätzliche halten, weshalb namentlich auch die Idee, den Bauwerkvertrag ausführlicher oder speziell zu regeln, nur geringe Zustimmung fand. In der Folge ist es beim alten Werkvertragsrecht des OR geblieben, das ähnlich dem Recht des BGB, nur wenig Bauspezifisches enthält, den

<sup>45</sup> BGHZ 117, S. 318 ff. = NJW 1992, S. 1754 f.

<sup>46</sup> Zitiert nach LAWRENCE DOUGLAS, in: AUSTIN SARAT/THOMAS R. KEARNS, *The Rhetoric of Law*, Michigan 1999, S. 227 f.

<sup>47</sup> EUGEN BUCHER, *Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (ZBJV)* 2001, S. 804.

<sup>48</sup> So: STEFFEN KRAUS, *ZfBR* 2001, S. 513.

<sup>49</sup> Vgl. dazu PETER GAUCH, *Revision des Werkvertragsrechts?*, in: *Festschrift KORBION*, Düsseldorf 1986, S. 99 ff.

schweizerischen Bedürfnissen aber dennoch genügt, sofern sich diese seit der Umfrage nicht geändert haben.

### *Die Vertragsgestaltung*

8. [243] Würde ich – in diesem Stile weiterfahrend – an Gesetz, Lehre und Rechtsprechung denken, aber nicht auch die Vertragsparteien einbeziehen, so wäre die Schelte der Praktiker, ich hätte ein zentrales Element vergessen, mehr als verdient. Zwar existiert für die Schweiz keine baupraktische Untersuchung über das tatsächliche Verhalten der Vertragsparteien, weshalb ich diesbezüglich auf *meine persönlichen Beobachtungen* angewiesen bin, die – wie alles, was ich beobachte – durch meine Projektionen beeinflusst sind. Das eigene Ich aus dem Spiel zu lassen, wenn wir etwas betrachten, ist ein Ding der Unmöglichkeit<sup>50</sup>, namentlich dann, wenn man über eine Welt berichtet, in der man sich selber bewegt. Dennoch – und weil wir ja alle Geschichtenerzähler sind – möchte ich einige deskriptive Gedanken zum Verhalten der Parteien beifügen. Sie beziehen sich auf die Kernverträge der Baubranche, bei denen es um die Leistung von Arbeit geht. Die Geld- und Sicherungsgeschäfte der Banken und Versicherungen lasse ich schon deshalb ausser Acht, weil sie auch in tatsächlicher Hinsicht besonderen „Regeln“ folgen, die sich aus ihrer Eigenart und jener ihrer Akteure ergeben. Zunächst befasse ich mich mit dem Vertragsabschluss<sup>51</sup>:

a. Gewiss gibt es „vorsichtige“ Parteien, die sich um eine sorgfältige Aushandlung und eine durchdachte Redaktion des Vertrages bemühen. Entweder tun sie es aus eigenem Antrieb, auf Anraten ihrer Rechtsberater oder, was seltener ist, unter dem Eindruck der in Mode gekommenen Aufsätze zur Vertragsgestaltung. Dass sie es tun, ist zur Begrenzung des Streitrisikos zweifellos empfehlenswert, was die erwähnten Aufsätze mahnd hervorheben. Bei aller Sorgfalt aber lässt sich nicht vermeiden, dass Unklarheiten zurück- und ungergelte Fragen offen bleiben.

Schon die Frage, wie der vereinbarte Vertragsinhalt auszulegen ist, kann nach Abschluss des Vertrages zu einem Vertragsstreit führen, den mangels Einigung der Parteien das angerufene Gericht zu entscheiden hat. [244] In einem solchen Auslegungstreit ist es möglich, dass auch eine sorgfältige Partei erst im Nachhinein erfährt, was sie vereinbart hat. Denn trotz aller Regeln und gedanklicher Hilfsmittel, die für die Auslegung von Verträgen über Jahrhunderte hin erfunden wurden, lässt sich das Ergebnis, zu dem das auslegende Gericht gelangen wird, kaum je zuverlässig prognostizieren. Das liegt auf der Hand, wenn man bedenkt, dass die Auslegung ein menschlicher Vorgang ist, dessen Ausgang immer auch von der inneren Identität des Richters (insbesondere von seiner intellektuellen, emotionalen und sozialen Persönlichkeit) abhängt.<sup>52</sup> 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 mehr.<sup>53</sup> Sind

<sup>50</sup> „Aber wie stellt man es an, etwas zu betrachten und dabei das eigene Ich aus dem Spiel zu lassen?“, fragte sich auch Herr Palomar des ITALO CALVINO (Herr Palomar, 4. Aufl., Deutscher Taschenbuch Verlag, München 2000, S. 132).

<sup>51</sup> Eingehend bereits PETER GAUCH, Bauen – Ein rechtliches Abenteuer, zit. in Anm. 7, S. 15 ff.

<sup>52</sup> Das gilt auch für die „subjektive“ Auslegung des Vertrages, die auf den übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien abstellt. Denn auch der Entscheid darüber, ob ein solcher Vertragswille der Parteien (und gegebenenfalls welcher Wille) nachgewiesen ist, vollzieht sich nicht losgelöst von der inneren Identität des auslegenden Richters, auf dessen Vorstellung es diesbezüglich ankommt. Und wer könnte – infamer Gedanke! – nicht den Verdacht schöpfen, dass der Richter den Vertragswillen, den er feststellt, bisweilen nicht selber herstellt.

<sup>53</sup> HANS MAGNUS ENZENSBERGER, *Mittelmass und Wahn*, Frankfurt 1988, S. 33.

am Entscheid mehrere Richter beteiligt, was meistens zutrifft, so vermindert das Kollektiv den persönlichen Einfluss des einzelnen Richters, lässt dafür aber gruppenspezifische Abläufe in die Auslegung eingehen, da auch der Richter in seiner Gruppe anerkannt sein will.

Viele Juristen werden mir zwar entgegenhalten, dass das Gericht zumindest an einen klaren Vertragstext gebunden sei, da nach Massgabe der „Eindeutigkeitsregel“ weitere Auslegungsmittel nur dann zur Anwendung kommen, wenn der Wortlaut *nicht* klar ist.<sup>54</sup> Dass diese Regel aber nicht verhält, hat in einem neueren Entscheid sogar das Bundesgericht festgestellt. In expliziter „Präzisierung“ seiner bisherigen Rechtsprechung hat es erwogen, „que le sens d’un texte, même clair, n’est pas forcément déterminant et que l’interprétation purement littérale est au contraire prohibée. Même si la teneur d’une clause contractuelle paraît claire à première vue, il peut résulter d’autres conditions du contrat, du but poursuivi par les parties ou d’autres circonstances que le texte de ladite clause ne restitue pas exactement le sens de l’accord conclu“ (BGE 127 III 445). Dem bleibt nur beizufügen, dass der Text eines Vertrages aus sich heraus *nie* „klar“, sondern die Idee „der einen, der einzigen und wahren Bedeutung eines Textes aus einer empirischen Perspektive ... unhaltbar [245] ist“<sup>55</sup>, weshalb es keinen objektiv „eindeutigen“ Wortlaut gibt.<sup>56</sup> „So haben wir“ denn auch „für vieles nur ein Wort, wo wir mehrere haben sollten“<sup>57</sup>; und alles auszudrücken, 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 gäbe.<sup>58</sup>

b. Neben den „Vorsichtigen“ gibt es auch *Parteien, die den Vertrag abschliessen, ohne den gewollten Inhalt mit der gebotenen Sorgfalt ausgehandelt und formuliert zu haben*. Ob diese oder jene in der Mehrzahl sind, weiss ich nicht. Meine Beobachtung der Vertragsszene lässt mich aber vermuten, dass die Baubranche nicht unbedingt zu einer sorgfältigen Vertragsgestaltung neigt. Besonders häufig treffe ich auf Bauwerkverträge, die als vereinbarte Bestandteile ein buntes Gemisch verschiedenster „Dokumente“, „Normen“ und anderer „Bedingungen“ enthalten, auf welche die Parteien – zum Teil ohne Kenntnis des Inhaltes – verwiesen haben. Zu den Ingredienzen solcher Verträge gehören nebst dem individuellen Vertragstext, den Plänen und der Leistungsbeschreibung z.B. auch „die Bedingungen des Bauherrn“, die „Bedingungen des Architekten“, „die Normen und Bedingungen des SIA“<sup>59</sup> und der anderen Fachverbände“, die Ausschreibungstexte und bisweilen sogar die Verhandlungsprotokolle oder ein geologisches Gutachten, obwohl ein derartiges Protokoll höchstens als Auslegungsmittel dienen und das zum Bestandteil erklärte Gutachten nur massgeblich sein kann für die Beantwortung der Frage, von welchen geologischen Voraussetzungen die Parteien bei Vertragsabschluss ausgegangen sind.

[246] Fragt man nach den Gründen, weshalb viele Parteien ihre Verträge masslos überfüllen, so erhält man unterschiedliche Antworten. In einer Art von Vollständigkeitswahn

<sup>54</sup> So noch: BGE 99 II 285; 101 II 331; abschwächend BGE 111 II 287.

<sup>55</sup> BERNHARD PÖRKSEN, in: HEINZ VON FOERSTER, Wahrheit ist die Erfindung eines Lügners, 3. Aufl., Heidelberg 1999, S. 72.

<sup>56</sup> Im Ergebnis gleich: MARCEL NIGGLI, Menschliche Ordnung, Basel 2000, S. 408; konträr: PIERRE ENGEL, Traité des obligations en droit suisse, 2. Aufl., Bern 1997, S. 236, der die Unzweideutigkeit eines Wortlautes geradezu als den Normalfall hinstellt („du plus souvent la déclaration de volonté ne souffre aucune ambiguïté“).

<sup>57</sup> GEORG CHRISTOPH LICHTENBERG, Sudelbücher I, zit. in Anm. 8, S. 301, Nr. 464.

<sup>58</sup> Das ist das hermeneutische Grundprinzip. Vgl. dazu HEINZ VON FOERSTER, zit. in Anm. 55, S. 100 und 156.

<sup>59</sup> Der Schweizerische Ingenieur- und Architekten- Verein (SIA) veröffentlicht nicht nur „technische“, sondern auch „rechtliche“ Normen, welche den Charakter Allgemeiner Vertragsbedingungen haben. Am bekanntesten ist die SIA-Norm 118 (jetzt Ausgabe 1977/1991), die „Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten“ enthält. Sie regelt den Abschluss und den Inhalt der Bauwerkverträge und ist in der Schweiz wie kaum ein anderes AGB-Werk verbreitet.

scheinen einige zu glauben, dass die Qualität der Verträge mit der Anzahl der verwiesenen Bestandteile unaufhörlich steige. Andere kümmern sich nur wenig um den Sinn einer solch hypertrophen Vertragsgestaltung. Wieder andere betrachten das Ganze als Ritual, dem man sich seit jeher vertragsunterzeichnend unterzieht. Und von Unternehmerseite wird auch vorgebracht, dass den Auftragnehmern der Baubranche häufig (und dies namentlich bei öffentlichen Submissionen) gar keine andere Wahl bleibe, als dem vorpräparierten Vertragswerk des Auftraggebers mit all seinen Bestandteilen „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.

Wie dem auch immer sei, – durch die Anreicherung mit einer Unmenge von Bestandteilen, die mit der Sache bisweilen überhaupt nichts oder nur entfernt etwas zu tun haben, wird der Vertrag zu einem kaum mehr durchschaubaren Konglomerat, das mich an das Sammelsurium in Second-Hand-Läden erinnert. 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. Soweit Allgemeine Vertragsbedingungen übernommen werden, können für die eine oder andere Partei auch die „Unklarheits-“ oder die „Ungewöhnlichkeitsregel“ von Nutzen sein.

Eine gerichtliche Inhaltskontrolle hingegen kennt die Schweiz noch immer nicht. Weder ist der schweizerische Gesetzgeber dem Vorbild des deutschen Gesetzgebers gefolgt<sup>60</sup>, noch hat die höchstrichterliche Rechtsprechung eine Gerechtigkeitskontrolle eingeführt, die es erlaubt, inhaltlich unangemessene AGBs für unwirksam zu erklären. Würde die schweizerische Rechtslage sich ändern, was durchaus erforderlich wäre, [247] so käme es in der hiesigen Baubranche zu einem Kahlschlag innerhalb der verwendeten AGBs, auch wenn es Jahre dauern würde, bis wir mit einiger Sicherheit wüssten, welche der übernommenen Bedingungen ihre Geltungskraft beibehielten und welche nicht. Die deutsche AGB-Rechtsprechung mit ihrem unablässigen Output lehrt uns jedenfalls, dass die gerichtliche Inhaltskontrolle auch Rechtsunsicherheiten schafft, was GÜNTHER FRIEDLINGS „Klauseln im Bauvertrag“ allein schon durch die Existenz dieses Buches belegen.

c. Meine Schilderung der „Vertragsüberfüllung“ mag als übertrieben erscheinen, entspricht aber meiner Wahrnehmung. Ausserdem habe ich eine weitere Beobachtung gemacht, die zwar seltener, aber doch bemerkenswert ist. Sie betrifft den *Umgang mit möglichen Streitfragen, deren Konfliktpotential schon bei Vertragsabschluss voraussehbar ist*. Obwohl ihr Verhalten jeder Lehre von der Vertragsgestaltung diametral zuwiderläuft, gibt es immer wieder Kontrahenten, die bewusst auf die vertragliche Klärung solcher Fragen verzichten. 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 Seite annimmt oder weiss, dass die andere sie anders versteht.

---

<sup>60</sup> Art. 8 des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), der ein möglicher Ansatzpunkt für eine zumindest rudimentäre Inhaltskontrolle gewesen wäre, wurde durch die gesetzeskritischen Dogmatiker ins Abseits gestellt, noch bevor er in Rechtskraft erwachsen war. Dadurch wurden die Praktiker in einem Masse decouragiert, dass sich kaum einer mehr auf Art. 8 UWG beruft.

Den Juristen, die sich gerne auf die Vernunft berufen<sup>61</sup>, mag ein derartiges Verhalten unvernünftig erscheinen. Für die kommerzielle Sicht der Vertragschliessenden aber ist die Inkaufnahme späterer Auseinandersetzungen oft das kleinere Übel als das mögliche Scheitern oder auch nur die Verzögerung des angestrebten Vertragsabschlusses. Darin liegt zugleich ein Grund, weshalb die Juristen, wenn es um den Vertragsabschluss geht, häufig gar nicht gefragt, sondern geradezu unbeliebt sind. Deren Unbeliebtheit ist besonders gross, wenn sich Ingenieure um den Vertragsabschluss kümmern, die auf Grund der universitären Lehrgänge glauben, die Beherrschung der „weichen“ Vertragslehre sei als selbstverständliche Zugabe in ihrer „harten“ Naturwissenschaft eingeschlossen.<sup>62</sup> Gegen [248] solchen Irrglauben vermag kein verbales Argument aufzukommen, auch nicht die Autorität des derzeitigen Bundesgerichtspräsidenten HANS PETER WALTER, der an der Schweizerischen Baurechtstagung 1997 empfohlen hatte, „den Juristen für einmal bereits vorbeugend und nicht bloss heilend beizuziehen“<sup>63</sup>. Heilsam ist höchstens das böse Erwachen, das auf einen solchen Vertragsabschluss folgen kann. Davon profitieren dann auch die Kanzleien, die ihre Angebotsliste um das Dienstleistungsprodukt der „baubegleitenden Rechtsberatung“ erweitert haben, das bei tüchtigen Beratern auch den Beratenen dient.

### *Der real gelebte Vertrag*

9. Ist der Vertrag einmal abgeschlossen, so bedarf er der Abwicklung. Dem Idealbild, das sich besonders jüngere Juristen von der Wirklichkeit machen, würde es entsprechen, wenn die Parteien sich im Erfüllungsstadium des Vertrages und bei der Bereinigung ihrer Konflikte vor allem durch die vorgegebene Vertragsordnung leiten liessen. Aber auch diesbezüglich haben mich meine Beobachtungen eines Besseren belehrt. So habe ich erkannt, dass für den *real gelebten Vertrag*<sup>64</sup> andere Kriterien eine ebenso wichtige Rolle spielen, weshalb – auf das Gesamte gesehen – auch allfällige Mängel der Vertragsgestaltung nicht die praktische Bedeutung erlangen, die man ihnen gemeinhin zumisst. Jedenfalls aber wäre es eine Überschätzung des Rechts, wenn man glaubte, die Parteien würden ihr tatsächliches Vertragsverhalten unentwegt nach dem vereinbarten und ergänzten Inhalt des durch den Vertragsabschluss begründeten Rechtsverhältnisses beurteilen und richten. Viele Sätze der Vertragslehre, welche diesen Vertragsinhalt bestimmen, sind den meisten Vertragsparteien schon gar nicht bekannt. Und komplexe Langzeitverträge pflegen die Kontrahenten im Bewusstsein abzuschliessen, dass sie die vereinbarte Leistungsbeziehung über den Vertragsabschluss hinaus durch tatsächliche Verhaltenskoordination konkretisieren und in kooperativem Zusammenwirken weiterentwickeln müssen.

[249] Zur realen Vertragswirklichkeit gehört des Weiteren, dass der Grossteil der baubezogenen Verträge in gegenseitigem Einvernehmen und zur Zufriedenheit der Parteien abgewickelt wird, *ohne dass es zu gerichtlichen Auseinandersetzungen kommt*. Treten tatsächliche oder vermeintliche Störungen auf, so werden sie überwiegend von den Beteiligten selbst bereinigt. Diesem Zwecke dienen auch die Mediations- und andern Verfahren zur ausserge-

---

<sup>61</sup> So ist etwa die ideale Leitfigur, an der wir Juristen uns orientieren, wenn wir das Vertrauensprinzip anwenden, Verträge auslegen, Vereinbarungen ergänzen oder den Massstab der erforderlichen Sorgfalt bestimmen, der „vernünftige Mensch“. Aus feministischer Sicht wird freilich bemängelt, dass der „vernünftige Mensch“ ein männlich-konnotierter Begriff sei, der die emotionalen Komponenten der Vernunft ins Abseits stelle (vgl. SUSANNE EMMENEGGER, *Feministische Kritik des Vertragsrechts*, Diss Freiburg/Schweiz 1999, S. 113 ff.).

<sup>62</sup> Es sind gottseidank nicht alle, die das tun.

<sup>63</sup> HANS PETER WALTER, *Der Baustreit*, Baurechtstagung, Freiburg 1997, Band I, S. 44.

<sup>64</sup> Dazu bereits PETER GAUCH, *Bauen – Ein rechtliches Abenteuer*, zit. in Anm. 7, S. 27 f.; *Auslegung, Ergänzung und Anpassung*, zit. in Anm. 7, S. 238 f.

richtlichen Streiterledigung (z.B. Step-Negotiation und Minitrial), die insbesondere in „grösseren“ Verträgen immer häufiger vereinbart werden, oft aber so kompliziert verregelt sind, dass man meinen möchte, die Parteien hätten von Anfang an mit ihrer Anwendung gar nicht gerechnet. In der Wirklichkeit kommt es denn auch nicht selten vor, dass sie aufkommende Konflikte auf einfachere und raschere Art erledigen, als der Vertrag es vorgibt. Einer zunehmenden Beliebtheit erfreut sich aber doch die Mediation, was die Juristen veranlasst, diese alternative Methode der Streiterledigung in ihr Programm aufzunehmen, gleich wie die klassischen Mediziner es mit der Chiropraktik, Akupunktur und Fussreflexzonenmassage getan haben. Es gilt eben auch hier: „Dulcis odor lucri e re qualibet.“<sup>65</sup> So mutieren stramme Litigatoren zu sanften Mediatoren, wenn die Nachfrage es erheischt. Und in der Lehre spriessen doktrinäre Theorien, die aus der menschlichen Kunst der Mediation eine Wissenschaft machen, was nicht erstaunt, da jeder sein eigenes Gebiet braucht, auf das ihm andere nicht leichthin folgen können.

**10.** Nachdem es selten zu gerichtlichen Auseinandersetzungen kommt, ist die Zahl der baubezogenen Prozesse verschwindend gering, wenn man sie an der Anzahl der Verträge misst, die Tag für Tag abgeschlossen werden. Und das ist gut so. Denn mit jedem Prozess, auch einem gewonnenen, geht etwas verloren. Und manche Streitpartei vermag ihren Fall kaum mehr zu erkennen, nachdem er durch die Gerichte gegangen ist. Dafür sorgt schon der Umstand, dass sich der Sachverhalt, der dem Prozesse zugrunde liegt, im Laufe des Gerichtsverfahrens („in dem Fiktionen, Vermutungen, unterschiedliche Kognitionen und formalisierte Beweisregeln eine wesentliche Rolle spielen“)<sup>66</sup> unweigerlich verändert, [250] 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 was schliesslich als gerichtlich festgestellter Sachverhalt zurückbleibt, ist „ein Konstrukt der je urteilenden Richterinnen und Richter“.

### *Die Bedeutung des Menschlichen*

**11.** Das Bild, das ich vom real gelebten Vertrag gezeichnet habe, liesse sich in vielfältiger Weise ausschmücken und erweitern. In jedem Falle aber käme immer wieder zum Vorschein, dass das Funktionieren des Vertrages *von den konkreten Menschen* abhängt, die sich an der Vertragsabwicklung beteiligen. Die Psychologie jeder Vertragsgeschichte ist unendlich faszinierend. Für deren Verlauf sind die menschlichen Qualitäten und Eigenarten der Beteiligten so entscheidend, dass auch der best-gestaltete Vertrag in Gefahr kommt, wenn die Menschen weder zu einander passen noch gewillt sind, sich in „ungeselliger Geselligkeit“ (KANT) einander anzupassen. Das gilt vorab und selbstverständlich für den Konsortialvertrag, aber auch für die anderen Verträge, namentlich für den Bauwerkvertrag, der, wenn er gelingen soll, zu enger Zusammenarbeit der beiden Seiten zwingt. Das faktische Erfordernis der Zusammenarbeit ist hier so evident, dass der deutsche Bundesgerichtshof das werkvertragliche Austauschverhältnis der Bauparteien mit einer Kooperationspflicht angereichert hat.<sup>67</sup> Für längerfristige Bauwerkverträge über grössere Objekte oder den Anlagebau stellt sich sogar die Frage, ob das

<sup>65</sup> „Der Duft des Gewinnes ist süss bei jeglicher Sache“ (JUVENAL, Satiren XIV. V. 204-205).

<sup>66</sup> Die in diesem Abschnitt mit Anführungs- und Schlusszeichen zitierten Stellen stammen vom Schweizer Staatsrechtslehrer JÖRG MÜLLER. Nachzulesen sind sie in seinem Beitrag „Jurisprudenz – eine Wissenschaft?“, veröffentlicht im Bulletin der Vereinigung Schweizerischer Hochschuldozenten, November 2000, S. 7 ff.

<sup>67</sup> BGH NZBau 2000, S. 130 = NJW 2000, S. 808; BGHZ 133, 44 = NJW 1996, S. 2158.

Modell eines reinen Austauschvertrages überhaupt noch passt oder ob nicht auch gesellschaftliche Elemente hinzukommen.

**12.** Wenn schon das Funktionieren des einzelnen Vertrages in der umschriebenen Weise „mensenabhängig“ ist, so gilt dies um so mehr für *das ganze System der Einzelverträge* (Unternehmer-, Subunternehmer-, Liefer-, Architekten-, Ingenieurverträge usw.), die zur Errichtung eines Bauwerkes abgeschlossen werden. Die Vielzahl von Verträgen, die der Errichtung eines Bauwerkes dienen, generiert nicht nur die Gefahr von leistungsmässigen Leerläufen. Vielmehr lehrt die Praxis, dass viele [251] Leistungserbringer nur gerade ihre eigene Leistung im Auge haben, nicht auch das gesamte Bauwerk, das den Bauherrn allein interessiert.

Aus dieser Erfahrung entstand unter anderem die Idee, die beteiligten Leistungserbringer in einem übergreifenden Rahmenvertrag teammässig zusammenzubinden, um die Zusammenarbeit über die Grenzen der Einzelverträge hinaus zu fördern. Die Idee ist bestechend. Ob sie sich aber bis auf die Baustelle bewährt, hängt wiederum von den Menschen ab, von denen die übergreifend vereinbarte Zusammenarbeit erwartet wird. Mit Verträgen ist es nicht getan. Vielmehr bedarf die segmentierte Baubranche eines tiefgreifenden Bewusstseinswandels, damit über die einzelnen Verträge hinweg „a non-blame culture based on mutual interdependence and trust“ entsteht.<sup>68</sup>

### *Schluss*

**13.** Der Hinweis auf das Menschliche führt mich nun zum Schluss. Er besteht in der simplen Feststellung, dass wir endlos über abstrakte Vertragsprinzipien streiten können, jedoch das Wesentliche verpassen, wenn wir den Menschen übersehen, der das Vertragsleben ausmacht. So verhält es sich im Vertragsrecht überhaupt, aber auch im Bauvertragsrecht, zu dem ich einige Gedanken ausgebreitet habe. Die kritischen Gedanken, die unterschwellig eingeflossen sind, bescheren mir vielleicht den Vorwurf, dass es leichter sei, ein Ei zu zerschlagen, als es wieder zusammenzusetzen. Wer indes nie ein Ei zerschlägt, der bleibt stets an der Oberfläche, wo ich Sie, Herr JAGENBURG, niemals angetroffen habe. Für die Zukunft, die Ihnen verbleibt, wünsche ich Ihnen viel Glück. Und da ich die Zahl 13 im Unterschied zur herrschenden Meinung als Glückszahl verstehe, passt mein Glückwunsch perfekt auch in diesen dreizehnten Abschnitt meines Beitrages.

Korr.: sf 5.7.2007

---

<sup>68</sup> So: der Bericht der britischen „Construction Task Force“ zuhanden der britischen Regierung.