

Die Haftung des Architekten für die Überschreitung seines Kostenvoranschlages¹

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

Publiziert in: Festschrift für WOLFGANG HEIERMANN zum 60. Geburtstag, Wiesbaden und Berlin 1995, S. 79 ff. Die Seitenzahlen dieser Publikation sind im nachfolgenden Text in eckiger Klammer eingefügt.

Die Festschrift und das Thema

1. [79] In Praxis und Lehre aktiv! Das ist WOLFGANG HEIERMANN, dessen Geburtstag mit dieser Festschrift gefeiert wird. Praxisbezogen und dogmatisch zugleich ist auch *das Thema*, das ich zur Festschrift beitrage. Denn einerseits sind Kostenvoranschläge², die überschritten werden, für die Architektenszene beileibe keine Seltenheit. Und andererseits bereitet die rechtliche Bewältigung des Phänomens den Rechtsgelehrten offensichtliche Mühe, mögen die Gelehrten nun Bücher schreiben, Artikel verfassen, Urteile motivieren oder Vorträge halten. Das alles ist in Deutschland so, wie auch in der Schweiz.

In der Schweiz kam es in den vergangenen Jahren zu zahlreichen Gerichtsentscheidungen, namentlich der kantonalen Instanzen, die sich mit dem Kostenvoranschlag des Architekten und seiner Überschreitung befassen mussten³. Abgesehen vom wohltuenden Effekt der praktischen Streiterledigung, den diese Entscheide hatten, waren sie auch literarisch wirksam. Rund um den Kostenvoranschlag des Architekten entstand eine "neuere Literatur"⁴, die in kritischer Distanz zur veröffentlichten Rechtsprechung versuchte, die rechtliche Problematik der Kostenüberschreitung in den dogmatischen Griff zu bekommen. Da-

¹ Einschlägige Schweizer Literatur: GAUCH, Überschreitung des Kostenvoranschlages – Notizen zur Vertragshaftung des Architekten (oder Ingenieurs), in: BR/DC (Baurecht/Droit de la Construction, Mitteilungen zum öffentlichen und privaten Baurecht, herausgegeben vom Seminar für Schweizerisches Baurecht, Universität Fribourg) 1989, S. 79 ff.; SCHUMACHER, Die Haftung des Architekten aus Vertrag, in: GAUCH/TERCIER (Herausgeber), Das Architektenrecht, Fribourg 1986, S. 105 ff. (S. 174 ff.); TERCIER, Introduction au droit privé de la construction, Fribourg 1994, S. 191 ff.; ZEHNDER, Die Haftung des Architekten für die Überschreitung seines Kostenvoranschlages, Diss. Fribourg, Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Fribourg (AISUF), Band 126, 2. Aufl., Fribourg 1994.

² Unter "Kostenvoranschlag" ist im vorliegenden Beitrag immer ein detaillierter Voranschlag eines Architekten verstanden, der sich auf eine detaillierte Kalkulation abstützt (zum Begriff und zur Abgrenzung gegenüber andern Kostenprognosen des Architekten vgl. ZEHNDER (Fn. 1), S. 12 ff. und S. 22 ff.). Ausserdem geht es immer nur um den Kostenvoranschlag, den der Architekt in dieser Eigenschaft erstellt, also nicht um den Voranschlag eines Architekten, der in der Rolle eines Bauunternehmers die Ausführung eigener Bauarbeiten offeriert.

³ Laufende Nachweise in der Zeitschrift "Baurecht/Droit de la Construction", Mitteilungen zum öffentlichen und privaten Baurecht, herausgegeben vom Seminar für Schweizerisches Baurecht, Universität Fribourg.

⁴ Insbesondere: GAUCH, Überschreitung des Kostenvoranschlages; SCHUMACHER, Die Haftung des Architekten aus Vertrag; ZEHNDER, Die Haftung des Architekten für die Überschreitung seines Kostenvoranschlages (alle Fn. 1).

mit wurde eine Diskussion entfacht, die ihren Niederschlag schliesslich auch in BGE 119 II 249 ff., einem kürzlich publizierten Bundesgerichtsentscheid, gefunden hat.

2. Die meisten *Entscheide des Schweizerischen Bundesgerichts* teilen das Schicksal des Kleinstaatlichen: innerhalb der Landesgrenze werden sie zwar eifrig gelesen, ausserhalb [80] aber kaum beachtet. Es wäre eine verpasste Gelegenheit, wollte ich jetzt das Fenster, das mir die Festschrift HEIERMANN ins Ausland öffnet, nicht dazu benutzen, den zitierten Bundesgerichtsentscheid (BGE 119 II 249 ff.) über die schweizerische Grenze hinaus zu tragen. Vielleicht, so denke ich mir, enthält der Entscheid die eine oder andere Idee, die auch auswärts brauchbar ist, und wäre es auch nur, um auswärts zu bestätigen, was dort schon zum eigenen Ideengut gehört.

Der Entscheid, von dem ich berichten will, behandelt einen *Fall*, in dem der detaillierte Kostenvoranschlag des Architekten massiv überschritten wurde. Bezugsobjekt des Voranschlages war ein "Einfamilienhaus mit Atelierhaus in Siglistorf". Der private Bauherr, der seinem Architekten mit Vertrag vom 24. September 1984 sämtliche Architektenarbeiten (Vorprojekt, Bauprojekt, Detailstudien, Kostenvoranschlag, Ausführungspläne, Ausschreibung, Oberleitung der Bauausführung, Rechnungswesen und örtliche Bauausführung) übertragen hatte, war ob der Überschreitung nicht nur enttäuscht, sondern war auch prozesswillig. Er klagte auf Schadenersatz, was ihn schliesslich, nach zwei kantonalen Instanzen⁵, vor das Schweizerische Bundesgericht brachte.

Der in BGE 119 II 249 publizierte Entscheid

3. Der in *BGE 119 II 249 ff.* publizierte Bundesgerichtsentscheid ("i.S. D. gegen T., Berufung")⁶ datiert vom 22. Juli 1993. Mitteilungswürdig ist er deshalb, weil es sich in mehrfacher Hinsicht um einen Grundsatzentscheid handelt. Zwar liegt es nahe, dass die konkret betroffenen Parteien (der Kläger T. und der Beklagte D.) insbesondere am Urteilsdispositiv, nicht so sehr an den höchstrichterlichen "Grundsätzen", interessiert waren. Ganz anders verhält es sich für mich. Für meine literarischen Zwecke kommt es auf *das Grundsätzliche* an, weshalb ich die grenzüberschreitende Mitteilung auf die vom Bundesgericht angewandten Haftungsgrundsätze beschränke. Diese Grundsätze wurden vom Bundesgericht im Rahmen des vertraglichen Auftragsrechts entwickelt, was sich wie folgt erklärt:

Der entgeltliche Architektenvertrag des Vollarchitekten ist nach schweizerischem Recht ein einfacher Auftrag (Art. 394 ff. OR).⁷ Die bundesgerichtliche Rechtsprechung

⁵ Erst- und zweitinstanzlich hatten sich das Bezirksgericht Frauenfeld und das Obergericht Thurgau mit der Klage befasst.

⁶ Bereits erschienene Entscheidrezensionen: HONSELL, Haftung des Architekten für ungenauen Kostenvoranschlag und Bausummenüberschreitung, *AJP/PJA* 10/1993, S. 1260 ff.; SCHUMACHER, Die Haftung des Architekten für seine Kosteninformationen, *recht* 1994, S. 126 ff.; WERRO, La responsabilité de l'architecte pour le dépassement du devis et la réparation du dommage né de la confiance déçue, *BR/DC* (Baurecht/Droit de la Construction, Mitteilungen zum öffentlichen und privaten Baurecht, herausgegeben vom Seminar für Schweizerisches Baurecht, Universität Fribourg) 1993, S. 96 ff.; ZEHN- DER (Fn. 1), S. 153 ff. (Anhang zur zweiten Auflage seiner Dissertation, zit. in Fn. 1).

⁷ Die Qualifikation des Architektenvertrages gab in der Schweiz allerdings schon viel zu reden und ist nach wie vor umstritten. Hinsichtlich des Gesamtvertrages streitet man sich darum, ob dieser Vertrag des Architekten ein reiner Auftrag oder ein gemischter Vertrag sei. Im vorliegenden Zusammenhang macht es keinen Sinn, die Qualifikationsfrage erneut aufzuwerfen.

qualifiziert den Gesamtvertrag des Architekten zwar (zu Unrecht) als Mischvertrag, der auftrags- und werkvertragsrechtliche Elemente kombiniere.⁸ Die Haftung des [81] Vollarchitekten für die Überschreitung des Kostenvoranschlages wird aber auch vom Bundesgericht ausschliesslich dem Recht des einfachen Auftrages unterstellt (BGE 119 II 251), was auf dem Hintergrund der "Mischtheorie" zwar eigenartig, im Resultat aber richtig ist. Einschlägig für den vom Bundesgericht entschiedenen Fall war somit die auftragsrechtliche Vorschrift des Art. 398 Abs. 2 OR, wonach der Beauftragte "dem Auftraggeber für getreue und sorgfältige Ausführung des ihm übertragenen Geschäftes" haftet. Diese Haftung ist eine Verschuldenshaftung (Art. 97 Abs. 1 OR)⁹, setzt also ein Verschulden des Architekten voraus. Sind jedoch die Voraussetzungen einer Hilfspersonenhaftung (Art. 101 OR) erfüllt¹⁰, so entfällt für den Architekten das Haftungserfordernis eines eigenen Verschuldens, was nachfolgend als selbstverständlich mitgedacht wird.

Das Trennungsprinzip

4. Gehen wir nun auf die einzelnen Haftungsgrundsätze ein, die der Entscheid enthält. An erster Stelle steht das *Trennungsprinzip*, wonach die Haftung des Architekten für eine Bausummenüberschreitung rechtlich zu differenzieren ist von der Architektenhaftung für vertragswidrig verursachte Zusatzkosten.

a. Das *Bundesgericht* formuliert das Prinzip wie folgt: "Im Rahmen der Haftung des Architekten bei Überschreitung des Kostenvoranschlages ist zwischen der Haftung für verursachte Zusatzkosten und jener für Bausummenüberschreitung, das heisst für die Überschreitung der durch Kostenvoranschlag berechneten Bausumme, zu unterscheiden. Der Grund für die Bausummenüberschreitung ... besteht darin, dass die vom Architekten erstellte Kostenberechnung ungenau war. Die Ungenauigkeit des Voranschlages kann sich etwa ergeben aus dem Nichtberücksichtigen von Einzelleistungen, aus einem Rechnungsfehler, der mangelhaften Abklärung des Baugrunds, dem falschen Abschätzen der erforderlichen Leistungsmenge, des Umfangs von Regiearbeiten oder der erwarteten Preise" (BGE 119 II 251 f.¹¹).

b. Dieses Trennungsprinzip ist zwar nicht "spektakulär", seine demonstrative Anerkennung durch das Bundesgericht aber dennoch bedeutsam, wird doch das Prinzip nur allzuoft verletzt.¹² So produziert auch die Gerichtspraxis immer wieder Entscheide, die es an der *erforderlichen Differenzierung* zwischen den verschiedenen Haftungsfällen fehlen lassen, was sich auf das jeweilige Entscheidungsergebnis verhängnisvoll auswirken kann. Schon des-

⁸ So: Die neuere Rechtsprechung seit BGE 109 II 462 ff.

⁹ Nach Art. 398 Abs. 1 OR haftet der Beauftragte "im allgemeinen für die gleiche Sorgfalt wie der Arbeitnehmer im Arbeitsverhältnis".

¹⁰ "Wer die Erfüllung einer Schuldpflicht oder die Ausübung eines Rechtes aus einem Schuldverhältnis, wenn auch befugterweise, durch eine Hilfsperson, wie Hausgenossen oder Arbeitnehmer vornehmen lässt", hat nach Art. 101 Abs. 1 OR "dem andern den Schaden zu ersetzen, den die Hilfsperson in Ausübung ihrer Verrichtungen verursacht".

¹¹ Zitiert: GAUCH (Fn. 1), S. 79 ff., 80.

¹² Richtig aber ZEHNDER (Fn. 1), der plastisch fordert, dass die verschiedenen Haftungsfälle "nicht in den gleichen Topf geworfen werden".

halb lohnt sich der "Rappel"¹³, dass die Architektenhaftung bei [82] der Bausummenüberschreitung rechtlich anders zu behandeln ist als die Haftung für vertragswidrig verursachte Zusatzkosten:

- Die *Haftung für vertragswidrig verursachte Zusatzkosten* hat mit dem Kostenvoranschlag des Architekten überhaupt nichts zu tun. Sie greift ein, wenn der Architekt durch sein vertragswidriges und schuldhaftes Verhalten (z.B. unwirtschaftliche oder fehlerhafte Planung, ungünstige Vergebung, unrichtige Weisung, ungenügende Bauaufsicht, unsorgfältige Koordinierung, nachlässige Rechnungsführung, eigenmächtiges Abweichen vom Bauprojekt¹⁴) zusätzliche Baukosten für die Bauausführung verursacht, die dem Bauherrn bei richtiger Auftragserfüllung erspart blieben. Bei gegebenem Verschulden haftet der Architekt für den Schaden, den der Bauherr infolge der Zusatzkosten erleidet. Das gilt unabhängig davon, ob der Architekt einen Kostenvoranschlag überhaupt erstellt hat, ob er einen erstellten Voranschlag einhält, überschreitet oder unterschreitet.¹⁵
- Anders verhält es sich mit der *Haftung für die Bausummenüberschreitung*.¹⁶ Dieser Haftungsfall hängt mit dem Kostenvoranschlag des Architekten zusammen. Der Architekt wird nicht wegen vertragswidrig verursachter Zusatzkosten, sondern deswegen haftbar gemacht, weil die durch den Kostenvoranschlag errechnete Bausumme überschritten wurde. Ob und inwieweit der Architekt für die Überschreitung haftet, hängt von den konkreten Umständen ab. Zu unterscheiden sind (mindestens) zwei "Unterfälle":

Der Grund für die Überschreitung einer veranschlagten Bausumme kann erstens darin bestehen, dass der Kostenvoranschlag des Architekten zu tief und in diesem Sinne ungenau war.¹⁷ Das ist der Fall, mit dem das Bundesgericht sich im rapportierten Entscheid (BGE 119 II 249 ff.) befasst. Für ihn stellt sich die Frage, ob und in welchem Umfang der Architekt für die Ungenauigkeit seines Kostenvoranschlages haftet.

Zweitens können Bausummenüberschreitungen ihren Grund auch darin haben, dass die Bauausführung durch nachträgliche Sonder- oder Änderungswünsche des Bauherrn verteuert wird. Dafür hat der Architekt aber nur dann einzustehen, wenn er es pflichtwidrig und schuldhaft unterliess, den Bauherrn auf die finanziellen Folgen der

13 Die sprachliche Anleihe beim französischen Wortschatz ("rappel") sei mir verziehen! Ein urdeutscher Ausdruck, der dem französischen genau entsprechen würde, besteht nicht.

14 Für die Schweiz unzutreffend ist die bisweilen vertretene Meinung, der Architekt habe ganz generell das Recht, kleinere Änderungen von sich aus anzuordnen. Richtig dagegen ist, dass der Architekt von Gesetzes wegen insofern vom Projekt abweichen darf, als "die Einholung einer Erlaubnis nicht tunlich und überdies anzunehmen ist, der Auftraggeber würde sie bei Kenntnis der Sachlage erteilt haben" (Art. 397 Abs. 1 OR; SCHUMACHER, Fn. 1, S. 176 f.).

15 Zum Ganzen: GAUCH, S. 79 f.; SCHUMACHER, S. 176 f.; ZEHNDER, S. 66 ff. (alle Fn. 1).

16 Eingehend: GAUCH, S. 80 ff.; SCHUMACHER, S. 177 ff.; ZEHNDER, S. 77 ff., 114 ff. (alle Fn. 1).

17 Ob ein Kostenvoranschlag des Architekten ungenau ist, beurteilt sich nach dem Gegenstand des Voranschlages. Worauf sich der Voranschlag im einzelnen bezieht (ob er z.B. auch die Aufwendungen für Baukreditzinsen, die Teuerung oder die Leistungen des Architekten selber miterfasst), muss im Streitfall durch Auslegung, allenfalls unter Anwendung des Vertrauensprinzips, entschieden werden.

nachträglichen Wünsche (rechtzeitig) hinzuweisen.¹⁸ In der bundesgerichtlichen Differenzierung der Haftungsfälle wurde dieser Fall vergessen, – wohl deshalb, weil der konkret zu entscheidende Streit einen ungenauen Kostenvoranschlag betraf. Als "obiter dictum" allerdings hält das Bundesgericht fest, der Architekt habe "die Baukosten ständig daraufhin zu überprüfen, ob sie sich im Rahmen des Voranschlags halten" (BGE 119 II 251).

Das Vertrauenskonzept

5. [83] Wird eine veranschlagte Bausumme überschritten, weil der Kostenvoranschlag des Architekten ungenau war¹⁹, so gibt es rechtlich keinen Zweifel, dass den Architekten eine Schadenersatzhaftung treffen kann. Lehre und Rechtsprechung sind sich diesbezüglich in seltener Weise einig. Wie aber, so fragt sich, ist diese Haftung zu "konstruieren"? Der rapportierte Entscheid des Bundesgerichts, der sich auch mit dieser Frage befasst, übernimmt das in der neueren Lehre²⁰ postulierte "*Vertrauenskonzept*", wonach die besagte Ungenauigkeits-Haftung eine vertragliche Vertrauenshaftung für Falschauskunft ist.

a. Das *Bundesgericht* umschreibt das Vertrauenskonzept wie folgt: "Nach zutreffender Auffassung stellt ein ungenauer Kostenvoranschlag – wobei dem Architekten mit Rücksicht auf die damit verbundenen Unsicherheiten eine Toleranzgrenze zugebilligt wird – eine unrichtige Auskunft des Architekten über die zu erwartenden Baukosten dar. Es liegt eine Schlechterfüllung des Vertrags vor, wofür der Architekt bei Verschulden haftet" (BGE 119 II 252). Diese Haftung für Falschauskunft richtet sich "auf den Ersatz des 'Vertrauensschadens', der dem Bauherrn daraus erwächst, dass er auf die Richtigkeit des Kostenvoranschlags vertraut und dementsprechend seine Dispositionen getroffen hat."²¹ Dieser Schaden kann namentlich darin bestehen, dass das Bauwerk auf billigere Weise hätte realisiert werden können" (BGE 119 II 252²²).

b. Die einschlägigen Erwägungen des Bundesgerichts, die soeben zitiert wurden, enthalten *mehrere Einzelaussagen*, auf die ich je separat eintreten möchte:

- Die erste Aussage ist die *Grundaussage*. Ein Architekt, der seinem Bauherrn einen ungenauen Kostenvoranschlag unterbreitet, erteilt eine unrichtige Auskunft. Das trifft in der Tat zu. Denn der Kostenvoranschlag des Architekten ist seinem Wesen nach ei-

¹⁸ Eingehend: GAUCH (Fn. 1), S. 82 f.

¹⁹ Ob und inwieweit dies im jeweiligen Einzelfall zutrifft, beurteilt sich immer nur nach Massgabe solcher Kosten, auf die der Kostenvoranschlag sich von seinem Gegenstand her bezogen hat (vgl. Fn. 17). Gehören z.B. Mehrkosten infolge Teuerung nicht zum Gegenstand des Voranschlages, haben sie auch keinen Einfluss auf die Beantwortung der Frage, ob und inwieweit der Kostenvoranschlag eingehalten/überschritten wurde. Das scheint selbstverständlich zu sein, ist aber gleichwohl zu betonen, weil die wichtige Vorfrage nach dem Gegenstand des konkreten Kostenvoranschlages längst nicht in allen Streitfällen gestellt wird.

²⁰ GAUCH, S. 81; SCHUMACHER, S. 192; ZEHNDER, S. 93 f. (alle Fn. 1).

²¹ Bestätigt durch Bundesgerichtsentscheid vom 14. 1. 1994, i.S. B. gegen C., unveröffentlicht.

²² Zitiert: GAUCH (Fn. 1), S. 81.

ne Auskunft über die zu erwartenden Baukosten, die der Architekt seinem Vertragspartner erteilt.²³ Stellt sich im nachhinein heraus, dass der Voranschlag ungenau (hier: zu tief) war, hat der Architekt den Vertrag nicht richtig erfüllt, wofür er seinem Auftraggeber bei gegebenem Verschulden haftet (Art. 398/97 Abs. 1 OR).

- Die zweite Aussage betrifft die *Toleranzgrenze*. Dem Architekten, der seinem Vertragspartner einen Kostenvoranschlag unterbreitet, wird "mit Rücksicht auf die damit verbundenen Unsicherheiten eine Toleranzgrenze zugebilligt". Mit dieser Aussage nimmt das Bundesgericht Bezug auf die "Unsicherheiten", die sich aus dem besondern Charakter des Kostenvoranschlags ergeben. Da der Kostenvoranschlag Auskunft über die *zu erwartenden* Baukosten gibt, handelt es sich um eine Prognose, die sich auf die Zukunft bezieht, was zugleich bedeutet, dass zum [84] Zeitpunkt seiner Erarbeitung noch nicht alle kostenbegründenden Daten feststehen. Deshalb verfügt der Architekt über eine gewisse Marge, in deren Grenzen der Bauherr nach Rechtsprechung und Lehre eine Ungenauigkeit tolerieren muss.²⁴ Solange der Kostenvoranschlag sich innerhalb dieser Marge bewegt, die Toleranzgrenze also nicht überschritten wird, begeht der Architekt, was die Ungenauigkeit seines Voranschlags betrifft, keine Vertragsverletzung.²⁵ Eine Architektenhaftung für die Ungenauigkeit des Kostenvoranschlags ist insoweit ausgeschlossen.²⁶ Auf andere Haftungsfälle hingegen (namentlich auch auf die Haftung für vertragswidrig verursachte Zusatzkosten) findet die Toleranzgrenze keine Anwendung, was die schweizerische Rechtsprechung bisweilen übersieht.
- Die dritte Aussage des Bundesgerichts komplettiert die Grundaussage, wonach die Haftung des Architekten für die Ungenauigkeit seines Kostenvoranschlags eine vertragliche Haftung für Falschauskunft ist. Diese Haftung richtet sich, wie das Bundesgericht zu Recht festhält, auf den *Ersatz des Vertrauensschadens*. Der haftbare Architekt muss den Schaden ersetzen, den der Bauherr deshalb erleidet, weil er auf die Genauigkeit des ungenauen Voranschlags vertraut und im Vertrauen darauf seine Dispositionen getroffen hat.²⁷

Der Vertrauensschutz des Bauherrn ist nun allerdings kein absoluter, was sich aus dem Zusammenspiel mit der Toleranzgrenze ergibt. Geschützt wird nicht das Vertrauen in die absolute Richtigkeit des Kostenvoranschlags, sondern nur das Vertrauen des Bauherrn darauf, dass sich der Voranschlag innerhalb der Toleranzgrenze hält, die To-

23 So auch ZEHNDER (Fn. 1), S. 12.

24 GAUCH, S. 81, mit Nachweisen; SCHUMACHER, S. 182 ff.; ZEHNDER, S. 79 ff. (alle Fn. 1).

25 Wo die Grenze liegt, kann nicht allgemein gesagt werden. Vielmehr kommt es auf die konkreten Umstände des Einzelfalles (namentlich auf die Eigenart des Bauvorhabens) und darauf an, mit welchen Abweichungen der Bauherr unter den gegebenen Umständen (nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr) zu rechnen hat. Für den detaillierten Kostenvoranschlag ist in der Schweiz als Faustregel anerkannt, dass die Toleranzmarge 10% der veranschlagten Summe beträgt. Den Parteien steht es selbstverständlich auch frei, die Toleranzgrenze durch Vereinbarung festzulegen, was häufig unter Verwendung vorformulierter Vertragsbedingungen geschieht.

26 Zur kontroversen Frage, ob diese Rechtslage auch dann gilt, wenn die Ungenauigkeit des Kostenvoranschlags auf einem vermeidbaren Fehler (z.B. einem schlichten Rechenfehler) des Architekten beruht, vgl. GAUCH, S. 83; SCHUMACHER, S. 183 f.; ZEHNDER, S. 81 (alle Fn. 1).

27 Zustimmend WERRO (Fn. 6), S. 97.

leranzmarge also nicht durchbrochen wird. Diese Relativierung, die nachfolgend stets mitverstanden ist, begrenzt die Haftung des Architekten auch von der Schadensseite her. Denn ersatzpflichtig ist nur ein Schaden, den der Bauherr deshalb erleidet, weil er sich bei seinen Dispositionen auf die *relative* Richtigkeit des Kostenvoranschlages (auf die Genauigkeit innerhalb der Toleranzgrenze) verlassen hat.

c. Das Vertrauenskonzept, das den Architekten bei ungenauem Kostenvoranschlag für den Vertrauensschaden infolge falscher Auskunft haften lässt, hat *Konsequenzen*, die für die Praxis von erheblicher Tragweite sind. Denn:

- Nach dem Vertrauenskonzept besteht der Schaden, den der haftbare Architekt zu ersetzen hat, nicht einfach in den Mehrkosten, um die der Kostenvoranschlag (über die Toleranzgrenze hinaus) überschritten wird. Zu ersetzen ist vielmehr die Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand des Bauherrn und dem Stand, den sein Vermögen ohne sein enttäushtes Vertrauen in die relative Richtigkeit des Kostenvoranschlages mutmasslich haben würde.²⁸ Ein derartiger [85] Vertrauensschaden kann sich z.B. daraus ergeben, dass der Bauherr bei hinreichend genauem Kostenvoranschlag eine günstigere Finanzierung der Gesamtkosten oder eine höhere Subventionierung erreicht, den erforderlichen Aufwand zur Beschaffung eines notwendigen Zusatzkredites oder einen vorzeitigen Abbruch der Bauausführung vermieden, das Bauwerk auf andere ("billigere") Weise realisiert oder von der Realisierung überhaupt abgesehen hätte.²⁹
- Fehlt es am vorausgesetzten Vertrauensschaden, so entfällt die Haftung des Architekten für die Ungenauigkeit seines Kostenvoranschlages. Diese Konsequenz wirkt sich namentlich dann aus, wenn der Bauherr bei seinen Dispositionen entweder überhaupt nicht auf die (relative) Richtigkeit des Kostenvoranschlages vertraut³⁰ oder trotz enttäushten Vertrauens keine Vermögensverschlechterung erlitten hat. Nach dem Vertrauenskonzept kann er weder im einen noch in dem andern Fall Schadenersatz verlangen, ganz gleichgültig, wie ungenau der Kostenvoranschlag war. Das gleiche gilt, falls der Architekt beweist, dass der Bauherr an seinem Dispositionsverhalten nichts geändert hätte, wenn ihm die Unrichtigkeit des Voranschlages bewusst gewesen wäre. Einer Klarstellung allerdings bedarf der folgende Punkt:

Die Schadenersatzhaftung des Architekten ist zu unterscheiden von einer möglichen Reduktion seines Honoraranspruchs.³¹ Fehlender Vertrauensschaden schliesst nicht aus, dass die Ungenauigkeit des Kostenvoranschlages zu einer Herabsetzung der Architektenvergütung führt.

28 GAUCH, S. 81 f.; SCHUMACHER, S. 192; ZEHNDER, S. 94 (alle Fn. 1).

29 Zu diesen und weiteren Beispielen vgl. auch ZEHNDER (Fn. 1), S. 94.

30 Kein Vertrauen in die Richtigkeit des Kostenvoranschlages hat ein Bauherr, der den Kostenvoranschlag überhaupt nicht zur Kenntnis nimmt, um dessen Unrichtigkeit weiss oder an dessen Richtigkeit zweifelt.

31 Vgl. SCHUMACHER, S. 159 ff.; ZEHNDER, S. 141 ff. (beide Fn. 1).

Die Voraussetzungen und Modalitäten einer derartigen Herabsetzung gehören indes zu den schwierigsten Fragen, die das schweizerische Auftragsrecht auch heutzutage noch zu bieten hat.³²

6. Dass es bei ungenauem Kostenvoranschlag des Architekten um den Ersatz des Vertrauensschadens geht, wie das Bundesgericht jetzt bestätigt, ist eine Erkenntnis, die sich erst noch durchsetzen muss. Die bislang herrschende Gerichtspraxis stand jedenfalls auf einem andern Standpunkt.³³ Schon mit Rücksicht darauf ist zu erwarten, dass sich Widerstand gegen das höchstrichterlich übernommene Vertrauenskonzept regen wird. Ein *prominenter Kritiker* hat sich bereits zu Wort gemeldet. Der Zürcher Professor HEINRICH HONSELL³⁴ lehnt die Qualifizierung des in Frage stehenden Schadens als Vertrauensschaden ab, weil es sich um "einen Fall der positiven Vertragsverletzung nach Art. 398 Abs. 2, 97 OR" handle; "entscheidend" sei allein, ob der Bauherr für die Errichtung der Baute "ohne die Pflichtverletzung des Architekten weniger hätte bezahlen müssen"; "sein Schaden" errechne sich also "aus der Differenz zwischen den geschuldeten Rechnungsbeträgen ohne und mit Pflichtverletzung durch den Architekten". Bei allem Respekt vermag mich die Kritik nicht zu überzeugen. Denn:

- [86] Gewiss trifft es zu, dass die Haftung des Architekten für den ungenauen Kostenvoranschlag eine Haftung für *positive Vertragsverletzung* ist. Hingegen gibt es keinen Satz, der eine Vertrauenshaftung aus positiver Vertragsverletzung rechtlich oder rechtslogisch ausschliessen würde. Richtig ist vielmehr, dass sich eine Vertrauenshaftung im hier verstandenen Sinn mit dem Haftungsgrund der positiven Vertragsverletzung durchaus verträgt³⁵. Der Architekt haftet aus positiver Vertragsverletzung für die Vermögensnachteile, die der Bauherr infolge seines Vertrauens in die Genauigkeit des ungenauen Kostenvoranschlages erleidet. Bei ordentlicher Vertragserfüllung durch den Architekten wäre sein Kostenvoranschlag hinreichend genau und ein schädliches Vertrauen des Bauherrn in die (relative) Richtigkeit eines in Wirklichkeit falschen Kostenvoranschlages schon im Ansatz ausgeschlossen.
- Der *Schaden*, den der haftbare Architekt ersetzen soll, besteht nach HONSELL darin, dass die Rechnungsbeträge, die der Bauherr für die Bauausführung schuldet, ohne die Pflichtverletzung des Architekten geringer wären. Diese Schadensformel verkennt, dass die Vertragsverletzung, für die der Architekt bei ungenauem Kostenvoranschlag einstehen muss, nicht in der Verursachung höherer Erstellungskosten, sondern "nur" darin besteht, dass der Architekt die Kosten falsch prognostiziert hat. Dazu kommt, dass ein Vertrauensschaden, den der Bauherr infolge eines ungenauen Kostenvoranschlages erleidet, auch in entgangenen Subventionen, erhöhten Kreditkosten, Vermögensverlusten durch Baueinstellung und dergleichen bestehen kann. Solche Schäden

32 Vgl. etwa DERENDINGER, Die Nicht- und die nichtrichtige Erfüllung des einfachen Auftrages, Diss. Fribourg, Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Fribourg (AISUF), Band 87, Fribourg 1988, S. 173 ff.; WERRO, Le mandat et ses effets, Habil. Fribourg, Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Fribourg (AISUF), Band 128, Fribourg 1993, S. 356 ff.

33 Vgl. GAUCH (Fn. 1), S. 82.

34 Zitiert in Fn. 6, S. 1261.

35 Vgl. auch WERRO (Fn. 6), S. 97, 98.

jedoch blieben nach der Schadensformel von HONSELL von der Ersatzpflicht des Architekten ausgeschlossen.

Das Prinzip der subjektiven Bewertung

7. Der *Vertrauensschaden*, den der haftbare Architekt bei ungenauem Kostenvoranschlag zu ersetzen hat, kommt in verschiedenen Erscheinungsformen vor. Er kann sich (wie gesagt) auch daraus ergeben, dass der Bauherr bei hinreichend genauem Kostenvoranschlag das tatsächlich ausgeführte Bauwerk auf andere ("billigere") Weise realisiert (BGE 119 II 252) oder von der Realisierung überhaupt abgesehen hätte. In einem solchen Fall ist der Bauherr geschädigt, wenn die unveränderte Ausführung des Bauwerkes zu einer Verminderung seines Vermögens geführt hat, was ich als "*Ausführungsschaden*" bezeichne.

Ob und inwieweit ein derartiger "Ausführungsschaden" vorliegt, hängt grundsätzlich³⁶ auch vom Wert des (unverändert) ausgeführten Bauprojektes ab, da dieser Wert sich im gegenwärtigen Vermögen des Bauherrn niederschlägt. Das aber führt zur Frage, welcher Wert bei der Ermittlung des "Ausführungsschadens" massgeblich ist.

a. Im rapportierten Entscheid folgt das Bundesgericht dem *Prinzip der subjektiven Bewertung*. Es stellt ab auf den subjektiven Wert, den die (unverändert) ausgeführte Baute gerade für den konkreten Bauherrn hat. Dieser Wert kann übereinstimmen mit dem objektiven Wert der Baute, aber auch tiefer sein, was sich auf die Höhe des [87] relevanten Schadens auswirkt. Das *Bundesgericht* selber umschreibt das Prinzip wie folgt:

"Bei der Ermittlung des Schadens kann ... nicht auf den Mehrwert der Baute, den diese durch die Kostenüberschreitung erfahren hat, abgestellt werden. Die Anrechnung des vollen Mehrwerts bedeutete eine Benachteiligung des Bauherrn, soweit dieser den Mehrwert nicht gewollt hat. Es kann für die Schadensberechnung infolgedessen nicht einfach die objektive Wertsteigerung der gesamten Liegenschaft in Anschlag gebracht werden, sondern es ist von einem subjektiven Wert, den die Baute für den betreffenden Bauherrn aufweist, auszugehen" (BGE 119 II 252³⁷). Dieser Grundsatz ergibt sich "auch aus sinngemässer Anwendung von Art. 672 Abs. 3 ZGB³⁸, wonach es nicht auf die objektive Wertsteigerung, die das Grundstück durch den Bau bzw. die Kostensteigerung erfahren hat, ankommt, sondern einzig auf das persönliche Interesse des Grundeigentümers an dem Bau.³⁹ Ein Mehrwert, der vom Bauherrn nicht gewollt und für ihn nutzlos ist oder dessen Berücksichtigung zu einer untragbaren finanziellen Belastung des Bauherrn führt, ist daher von der Anrechnung auszunehmen" (BGE 119 II 253⁴⁰).

³⁶ Anders verhält es sich z.B. dann, wenn der Bauherr gezwungen war, das ausgeführte Bauobjekt zu veräussern, weil er die Mehrkosten nicht zu finanzieren vermochte. Zu diesem Fall vgl. insbesondere auch ZEHNDER (Fn. 1), S. 107 ff.

³⁷ Zitiert: SCHUMACHER (Fn. 1), S. 191.

³⁸ Art. 672 Abs. 3 des schweizerischen Zivilgesetzbuches befasst sich mit dem bösgläubigen Einbau von eigenem Material in fremden Boden und bestimmt, dass der Richter (falls keine Trennung des Materials vom Boden stattfindet) dem Materialeigentümer "auch nur dasjenige zusprechen" kann, "was der Bau für den Grundeigentümer allermindestens wert ist".

³⁹ Zitiert: Berner Kommentar, MEIER-HAYOZ, Nr. 18 zu Art. 672 ZGB; BGE 99 II 149 E. c.

⁴⁰ Zitiert: GAUCH (Fn. 1), S. 85.

b. Die *praktische Bedeutung*, die das umschriebene Prinzip für konkrete Streitfälle hat, liegt auf der Hand. Denn Forderungen auf Ersatz des "Ausführungsschadens" gehören zu den gängigen Streitforderungen enttäuschter Bauherren, die sich fälschlicherweise auf die (relative) Genauigkeit des vom Architekten erstellten Kostenvoranschlages verlassen hatten. Wer aber eine derartige Forderung vorbringt, der stösst regelmässig auf den Einwand des betroffenen Architekten, "die im Verhältnis zum Kostenvoranschlag erhöhte Bausumme habe im Vermögen des Bauherrn einen Mehrwert verursacht, weshalb ihm gar kein Schaden entstanden sei, für den der Architekt einzustehen habe"⁴¹. Exakt mit diesem Einwand operiert der Architekt auch im vorliegenden Fall, indem er dem Richter vorträgt, ein Vertrauensschaden sei dem Kläger nicht entstanden, "da zwischen dem Vermögensstand, den er ohne enttäuschtes Vertrauen auf den Kostenvoranschlag auswies, und dem aktuellen Vermögensstand keine Differenz bestehe" (BGE 119 II 251).

Bei objektiver Bewertung des realisierten Projektes wäre der erwähnte Einwand, mit dem "ungenau" Architekten sich zu wehren pflegen, zwar nicht immer, aber in den meisten Fällen gerechtfertigt, da höhere Baukosten in aller Regel eine entsprechende Steigerung des objektiven Bauwertes bewirken.⁴² Nach dem subjektiven Bewertungsprinzip fällt nun aber der Einwand weg, soweit der objektive Mehrwert dem Bauherrn keinen subjektiven Vermögensvorteil bringt⁴³. Das öffnet dem Ermessen des Richters schon bei der Festsetzung des "Ausführungsschadens" einen erheblichen Spielraum, umso mehr, als der Richter nach Art. 42 Abs. 2 OR ohnehin befugt ist, den [88] nicht ziffernmässig nachweisbaren Schaden "mit Rücksicht auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge und auf die vom Geschädigten getroffenen Massnahmen abzuschätzen". Bei selbstgenutzten Bauten z.B. ist es zulässig und angezeigt, dass der Richter vom Sachwert (nicht vom Verkehrswert) ausgeht, um den maximalen Anrechnungswert der realisierten Baute zu bestimmen.⁴⁴

c. Die subjektive Berechnungsmethode läuft zwar der eingelebten Vorstellung zuwider, wonach "sich der privatrechtlich relevante Wert eines jeden Vermögensbestandteils stets nach seinem Marktwert richten würde"⁴⁵. Orientiert man sich aber am Grundsatz von Treu

41 KOLLER, Bemerkungen zur Subjektivierung des Vermögensbegriffs im Privatrecht, *recht*, Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis (Bern), 1994, S. 29; ähnlich: SCHUMACHER (Fn. 1), S. 187 f.

42 Statt vieler: ZEHNDER (Fn. 1), S. 99 f., mit einem Hinweis auf Ausnahmefälle.

43 KOLLER (Fn. 41), S. 29.

44 Nur pro memoria beizufügen bleibt, dass von der "Festsetzung des Schadens" (Art. 42 OR) die "Bestimmung des Ersatzes" (Art. 43 f. OR) zu unterscheiden ist. Steht der Schaden für den Richter betragsmässig fest, so wird im Streitfall auch noch der Umfang des geschuldeten Schadenersatzes durch den Richter bestimmt, der hierbei "sowohl die Umstände als die Grösse des Verschuldens zu würdigen" (Art. 43 Abs. 1 OR) und allfällige Herabsetzungsgründe (Art. 44 OR) zu berücksichtigen hat (Art. 99 Abs. 3 OR; eingehend zum Ganzen und mit Beispielen: ZEHNDER, Fn. 1, S. 109 ff.; allgemein: BRUNNER, Fn. 46, S. 85 ff.). Ein möglicher Herabsetzungsgrund ist der Umstand, dass der Bauherr seine Pflicht (Obliegenheit), den Schaden durch zumutbare Massnahmen zu verringern, verletzt hat. Eine schadensmindernde Massnahme, die in Frage kommt, ist möglicherweise auch der planwidrige Verkauf des ausgeführten Bauobjektes (vgl. BGE 28 II 545). Doch darf einem Bauherrn (schon mit Rücksicht auf die Dispositionsfreiheit des Sacheigentümers) nicht leichthin zugemutet werden, sein Grundstück zu veräussern, nur um den Schaden im Interesse des haftbaren Architekten gering zu halten (GAUCH, S. 85; SCHUMACHER, S. 193; beide Fn. 1). ZEHNDER (Fn. 1), S. 104, schliesst eine "Veräusserungspflicht" des Bauherrn im Rahmen der Schadensminderung sogar kategorisch aus.

45 KOLLER (Fn. 41), S. 27.

und Glauben (Art. 2 ZGB), der auch die Schadensberechnung beherrscht⁴⁶, so *verdient das Prinzip der subjektiven Bewertung den Vorzug*, da es die schützenswerten Belange des Bauherrn bei der Ermittlung des "Ausführungsschadens" gebührend berücksichtigt, ohne umgekehrt den Unternehmer über Gebühr zu benachteiligen. Somit ist es durchaus richtig, dass das Bundesgericht für die Ermittlung des "Ausführungsschadens" auf den subjektiven Wert der realisierten Baute abstellt.⁴⁷

8. Unrichtig und *abzulehnen* dagegen ist *die Art und Weise*, wie das Bundesgericht im rapportierten Entscheid den subjektiven Wert der (unverändert) realisierten Baute bestimmt. Danach besteht der subjektive Wert, den die ausgeführte Baute für den Bauherrn persönlich hat, im Betrag der vom Architekt veranschlagten Kosten, erhöht um den Toleranzbetrag und um die Summe von Mehrkosten⁴⁸, die sich im konkreten Fall dem Verantwortungsbereich des Architekten entziehen.⁴⁹

a. [89] Diese Methode, den subjektiven Wert der ausgeführten Baute festzulegen, ist ein *richterlicher Fehlgriff*. Sie widerspricht dem Sinngehalt des Art. 672 Abs. 3 ZGB, auf den das Bundesgericht sich selbst beruft (Ziff. 7 lit. a). Offenbar beruht sie auf der wirklichkeitsfremden Meinung, die vom Kostenvoranschlag des Architekten abgedeckten Bauleistungen⁵⁰ seien für den Bauherrn in keinem Falle mehr wert als die veranschlagte Bau-summe plus Toleranzbetrag. Damit verkennt das Bundesgericht, dass auch der subjektive Wert ausgeführter Bauleistungen in den Vermögensinteressen des konkreten Bauherrn, nicht im Kostenvoranschlag des Architekten zu suchen ist. Jedenfalls aber führt die höchst-richterliche Art der Wertbestimmung zum Ergebnis, dass Mehrkosten, die ihren Grund in der Ungenauigkeit des Kostenvoranschlags haben, ohne weiteres, vollumfänglich und definitiv als Schaden des Bauherrn gelten, soweit die Toleranzgrenze überschritten ist.⁵¹

Dieses *Ergebnis* lässt sich weder mit den Grundsätzen der allgemeinen Schadenslehre vereinbaren noch sonstwie rechtfertigen. Vielmehr schießt das Bundesgericht, vom

46 Vgl. BRUNNER, Die Anwendung deliktsrechtlicher Regeln auf die Vertragshaftung, Diss. Fribourg, Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Fribourg (AISUF), Band 110, Fribourg 1991, S. 73.

47 Gleicher Meinung: SCHUMACHER (Fn. 1), S. 191 und 192 f.; BRUNNER (Fn. 46), S. 73; KOLLER (Fn. 41), S. 28 f. KOLLER vertritt a.a.O. sogar die Meinung, "Rechtsprechung und Literatur" hätten sich "in diesen Fällen konstant ... auf den subjektivierten Vermögensbegriff abgestützt", was ich selber ganz anders sehe. So wird etwa die subjektive Bewertung auch heute noch von ZEHNDER (Fn. 1), S. 99 ff., 157 und von WERRO (Fn. 6), S. 97 ff. abgelehnt. ZEHNDER (Fn. 1) beruft sich seinerseits auf eine "herrschende Praxis", die bei der "Festlegung des einschlägigen Wertes neu errichteter Bauten ... in der Regel vollumfänglich auf deren Erstellungskosten" abhebe (S. 99), was natürlich ein objektives Kriterium ist. Dem Bauherrn will ZEHNDER aber insoweit entgegenkommen, als dieser durch die Anrechnung der objektiven Wertsteigerung in eine Notlage geraten würde (S. 102).

48 Z.B. für "Unvorhersehbares" oder für nachträglich "gewünschte Mehrleistungen".

49 Vgl. BGE 119 II 252, 254 und ZEHNDER (Fn. 1), S. 156, Nr. 385.

50 Also die Bauleistungen, auf die der Kostenvoranschlag sich nach seinem Gegenstand bezieht (vgl. Fn. 17).

51 Bezogen auf dieses Ergebnis hat ZEHNDER (Fn. 1, S. 157) recht, wenn er kritisiert, dass "mit der im Entscheid vorgenommenen (Bau-)Wertermittlung die Vermögensverhältnisse des (durch einen ungenauen Voranschlag) vermeintlich oder wirklich geschädigten Bauherrn ... nicht realistisch wiedergegeben" werden.

Resultat her, weit über das erklärte Ziel hinaus, einen "Mehrwert, der vom Bauherrn nicht gewollt und für ihn nutzlos ist oder dessen Berücksichtigung zu einer untragbaren finanziellen Belastung des Bauherrn führt, ... von der Anrechnung auszunehmen" (Ziff. 7 lit. a). Dadurch rückt das Gericht den Kostenvoranschlag in die Nähe einer vertraglichen Bausummengarantie⁵², worin der Architekt sich zum Ersatz der Mehrkosten verpflichtet, um die der Kostenvoranschlag überschritten wird^{53, 54}.

b. Aber auch sonst entsteht der Eindruck, dass der rapportierte Entscheid zwar mit einem korrekten Verständnis des Kostenvoranschlags beginnt, dem Voranschlag des Architekten dann aber doch eine *vertragliche Bedeutung* gibt, die er so nicht hat. In diese Richtung weisen zumindest die folgenden Sätze: "Der Schaden", den der Bauherr "durch die Überschreitung des Kostenvoranschlags erleidet, ... stellt die vertragsbezogene Verschlechterung der Vermögenslage des Bauherrn dar. Zur Berechnung des Schadens ist dabei immer von der Vertragsgrundlage auszugehen. Wird während der Bauausführung von dieser vertraglichen Vereinbarung abgewichen, stellen die dadurch verursachten Mehraufwendungen einen subjektiven Schaden des Bauherrn dar" (BGE 119 II 252).

Die zitierten Sätze sind nur schwer verständlich. Wenn ich sie aber richtig verstehe, reflektieren sie die Vorstellung ihres Verfassers, der Architekt verpflichte sich durch seinen Kostenvoranschlag, dem Bauherrn die vom Voranschlag abgedeckten Bauleistungen zum Preis der veranschlagten Bausumme (plus Toleranzbetrag) zu [90] verschaffen.⁵⁵ Dass diese Vorstellung nicht stimmen kann, ist offensichtlich, ganz abgesehen davon, dass sie der Idee einer Vertrauenshaftung für falsche Auskunft zuwiderläuft. Fast hat es den Anschein, das Bundesgericht verwechsle in der Abfolge seiner Argumente den Architekten vorübergehend mit einem Bauunternehmer, dessen Voranschlag sich (anders als jener des Architekten) auf den Preis der eigenen Bauleistungen bezieht.

Fazit

9. In BGE 119 II 249 ff. hat das schweizerische Bundesgericht die Haftung des Architekten für die Überschreitung seines Kostenvoranschlags angesprochen, die eine heikle Sparte der Architektenhaftung berührt. Der Entscheid ist auch nach der Einschätzung des Bundesgerichts von grundsätzlicher Bedeutung, was das Gericht durch die amtliche Publikation zum Ausdruck bringt. *Bemerkenswert* sind: Die Differenzierung der verschiedenen Haftungsfälle (Ziff. 4), die Anwendung des "Vertrauenskonzepts" bei ungenauem Kostenvor-

⁵² Das wurde schon von ZEHNDER (Fn. 1, S. 157) erkannt.

⁵³ GAUCH, S. 86; SCHUMACHER, S. 197 f.; ZEHNDER, S. 35 f. (alle Fn. 1).

⁵⁴ Fast möchte man meinen, das Bundesgericht habe in diesem Punkt ein Postulat verwirklicht, das von LEUENBERGER in der Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR 106, 1987, II, S. 81) vertreten wurde. LEUENBERGER fände es begrüssenswert, dem Kostenvoranschlag "im Rahmen einer richterlichen Regel" die dispositive Bedeutung einer Kostengarantie einzuräumen. "Insbesondere für überblickbare Bauvorhaben würde sich (wie LEUENBERGER glaubt) eine solche Regel rechtfertigen". Worin der massgebliche Rechtfertigungsgrund bestände, wird aber von LEUENBERGER nicht aufgezeigt und ist auch sonst nicht erkennbar.

⁵⁵ Diese (unrichtige) Vorstellung würde erklären, warum der Kostenvoranschlag des Architekten in den Erwägungen des Bundesgerichts von einer vertraglichen Auskunftsleistung plötzlich zu einer "Vertragsgrundlage" wird und den Charakter einer "vertraglichen Vereinbarung" erhält.

anschlag (Ziff. 5) und die subjektive Bewertung der ausgeführten Baute, wenn es um die Ermittlung des "Ausführungsschadens" geht (Ziff. 7).

In all diesen Punkten begibt das Bundesgericht sich prinzipiell auf den richtigen Weg, im zweiten und dritten Punkt sogar in eine neue Richtung, was eine spezielle Würdigung verdient, da doch die privatrechtlichen Konzepte normalerweise an evolutionärer Trägheit leiden. Bedauerlich hingegen ist und zu kritisieren bleibt die *Art und Weise* der subjektiven Wertbestimmung (Ziff. 8), mit der das Bundesgericht das juristische Publikum und sich selber um die Früchte seiner dogmatischen Anstrengung bringt. Kaum steht ein richtiges Konzept, wird es im nächsten Schritt schon wieder umgestossen. Das ruft mir einen Gymnasiallehrer in Erinnerung, der die damals noch sensationellen Aspekte der menschlichen Anatomie mit der rechten Hand an die Wandtafel zu zeichnen und, erschrocken über den eigenen Mut, mit der linken schnurstracks wieder auszuwischen pflegte.

10. Natürlich birgt die Haftung des Architekten für die Ungenauigkeit seines Kostenvoranschlags *noch viele Probleme*, die weder im rapportierten Entscheid des Bundesgerichts noch in meinem Beitrag zur Sprache kamen. So stellt sich etwa die Frage, was zu gelten hat, wenn (a.) bei der Ermittlung des "Ausführungsschadens" der subjektive Wert der Baute höher ist als der objektive; wenn (b.) der betroffene Vertragspartner des Architekten nicht der Bauherr, sondern ein anderer (z.B. ein Totalunternehmer) ist; wenn (c.) der Kostenvoranschlag des Architekten infolge seiner Ungenauigkeit nicht *über-*, sondern *unterschieden* wird; oder wenn (d.) die Folgen einer Kostenüberschreitung durch Vereinbarung geregelt sind.

Im ersten Fall (a.) sprechen gute Gründe dafür, dass es bei der Ermittlung des "Ausführungsschadens" (Ziff. 7) beim objektiven Wert der Baute bleibt, falls der subjektive Wert, den das realisierte Projekt für den Bauherrn persönlich hat, ausnahmsweise höher ist als der objektive. Die zwei weiteren Fälle (b. und c.) lassen sich ohne weiteres lösen, wenn man die Ungenauigkeits-Haftung des Architekten dem [91] Vertrauenskonzept unterwirft⁵⁶. Für den letzten Fall (d.) ist lediglich daran zu erinnern, dass in den Schranken des Gesetzes (Art. 19 Abs. 1 OR) das Vereinbarte gilt.

Der Problemerkatalog liesse sich problemlos erweitern, was mir sicher alle Praktiker bestätigen, die mit Architektenrecht zu tun haben. Zu ihnen gehört zweifellos auch WOLFGANG HEIERMANN, dem ich diesen Beitrag mit den besten Glückwünschen zu seinem sechzigsten Geburtstag schenke. Wenn die Zukunft sich in Abhängigkeit von der Vergangenheit bestimmen liesse, so stände bereits jetzt fest, dass WOLFGANG HEIERMANN auch die Baurechtswissenschaft noch vielfältig befruchten wird. Hoffen wir, dass dies eintrifft!

Korr.: sf 15.6.2007

⁵⁶ Vgl. zu Fall b.: ZEHNDER, S. 106 f.; zu Fall c.: ZEHNDER, S. 120 f.; GAUCH, S. 81; SCHUMACHER, S. 198 (alle Fn. 1).