

Erneut zum Gesamtvertrag des Architekten und Ingenieurs und zu seiner Qualifikation

Veranlasst durch BGer 4A_230/2013 vom 17.9.2013, E. 2.

Peter Gauch, Dr. iur. Dr. h.c., Professor em. der Universität Freiburg, ständiger Gastprofessor der Universität Luzern.

1. Der *Architektur- und der Ingenieurvertrag* spielen im Bauwesen eine wichtige Rolle¹. Sie kommen in verschiedenen Erscheinungsformen vor, je nachdem, zu welchen Leistungen sich der (selbständige) Architekt oder (Bau-)Ingenieur im konkreten Fall verpflichtet hat und ob die betreffenden Leistungen entgeltlich oder unentgeltlich zu erbringen sind.

Im Folgenden gehe ich von der Entgeltlichkeit der vereinbarten Architekten- oder Ingenieurleistungen aus. Beschränken sich diese Leistungen z. B. auf die Herstellung und Ablieferungen von Plänen, so ist der Architektur- oder Ingenieurvertrag ein sogenannter «Planungsvertrag», den die heute herrschende Rechtsprechung und Lehre als Werkvertrag (Art. 363 OR) qualifiziert². Beschränkt sich die vereinbarte Architekten- oder Ingenieurleistung z. B. auf die Bauleitung/Bauaufsicht, so ist der Vertrag nach heute herrschender Rechtsprechung und Lehre ein einfacher Auftrag (Art. 394 OR)³. Wie aber verhält es sich mit dem *Gesamtvertrag*, worin ein Architekt oder ein Ingenieur sämtliche Architekten- oder Ingenieurleistungen für die Durchführung eines Bauvorhabens, mindestens aber die Aufgaben der Planung und Bauleitung übernimmt?

2. In *BGE 109 II 466* (einem Urteil aus dem Jahre 1983) hat das Bundesgericht den Gesamtvertrag des Architekten (des «Gesamtarchitekten») als ein aus Auftrag und Werkvertrag gemischtes Vertragsverhältnis qualifiziert und dazu ausgeführt: «Wo wie bei der Mängelhaftung nur einzelne Leistungen des Architekten zu beurteilen sind, ist eine Spaltung der Rechtsfolgen denkbar, indem sich etwa die Haftung für einen Planfehler aus Werkvertrag, jene für unsorgfältige Bauaufsicht aus Auftrag ergeben kann. Dagegen ist dieser Weg nicht gangbar, wenn die vorzeitige Auflösung eines Gesamtvertrages umstritten ist, der Auftrags- und Werkvertrags-elemente umfasst. Dabei kommt bei einer Projektierung und Bauausführung umfassenden Architektenvertrag dem Ver-

trauensverhältnis zwischen dem Bauherrn und dem Architekten so viel Bedeutung zu, dass die Auflösungsregel des Art. 404 OR den Vorzug verdient.»

Die angeführte Entscheidstelle (BGE 109 II 466) war der Anfang einer langen und bis heute andauernden Rechtsprechung, worin das Bundesgericht den Gesamtvertrag des Architekten oder Ingenieurs als gemischtes Vertragsverhältnis begreift, auf das teils Auftragsrecht, teils Werkvertragsrecht zur Anwendung kommt⁴. Demgegenüber vertritt ein beachtlicher Teil der Lehre die Auffassung, der Gesamtvertrag sei ausschliesslich den Regeln des einfachen Auftrages zu unterstellen⁵. Ich selber teile diese Auffassung, die ich anderswo ausführlich begründet habe⁶. In BGE 127 III 545 schien sich zwar auch das Bundesgericht dieser Auffassung anzunähern⁷. In darauf folgenden Entscheiden aber hat das Bundesgericht den Gesamtvertrag des Architekten oder Ingenieurs wiederum als ein aus Auftrag und Werkvertrag gemischtes Vertragsverhältnis qualifiziert⁸, unter anderem mit der daraus abgeleiteten Folge, dass es auf Planfehler eines gesamtvertraglich verpflichteten Ingenieurs (eines «Gesamtgenieurs») die Regeln des Werkvertrages über die Mängelhaftung (Art. 367 ff. OR) samt der darin vorgesehenen Rügelast des Bestellers (Art. 367 Abs. 1/Art. 370 OR) zur Anwendung brachte und den entsprechenden

⁴ So z. B. BGE 134 III 363; 127 III 545; 114 II 56; 110 II 382; BGer 4A_55/2012 vom 31.7.2012, E. 4.4; 4A_53/2012 vom 31.7.2012, E. 3.4; 4A_252/2010 vom 25.11.2010, E. 4.1; 4C.259/2006 vom 23.10.2006, E. 2; 4C.378/2005 vom 6.2.2006, E. 4.1; 4C.18/2005 vom 30.5.2005, E. 2.1.

⁵ So z. B. FELLMANN, Die Haftung des Architekten und Ingenieurs für Werkmängel, in: KOLLER A. (Herausgeber), Haftung für Werkmängel, St. Gallen 1998, S. 85 f. (unentschieden noch in Berner Kommentar, N 182 zu Art. 394 OR); GAUCH/MIDDENDORF, in: Die Planerverträge (Fn. 1), Nr. 1.48; GAUTSCHI, Berner Kommentar, N 43a zu Art. 394 OR; HOFSTETTER, Schweizerisches Privatrecht VII/6, S. 23; MERZ, in: Festgabe SCHLUEP, Zürich 1988, S. 210/213, und ZBJV 121, 1985, S. 215; SCHUMACHER, in: Das Architektenrecht, 3. Aufl., Zürich 1995, S. 127, Anm. 58; STÖCKLI, BR/DC 2012, S. 213 f. (auf S. 214); derselbe, in: Die Planerverträge (Fn. 1), Nr. 2.3; WERRO, UrteilsAnm. zu Nr. 220 in BR/DC 2013, S. 147 f./auf S. 148 (in expliziter Abkehr von seiner früheren Meinung).

⁶ Vgl. GAUCH, Werkvertrag (Fn. 2), Nr. 57 ff.

⁷ «Cette évolution de la jurisprudence», so hiess es in BGE 127 III 545, «semble aller dans le sens préconisé par une partie de la doctrine, qui voudrait que la responsabilité de l'architecte global soit soumise exclusivement aux règles du mandat». Vgl. dazu auch BR/DC 2004, S. 80, Nr. 190, mit Kommentar von PICHONNAZ, sowie TERCIER, SJZ 98, 2002, S. 307.

⁸ Vgl. z. B. BGE 134 III 363; BGer 4A_294/2012 und 4A_300/2012 vom 8.10.2012, E. 3; 4A_55/2012 vom 31.7.2012, E. 4.4; 4A_53/2012 vom 31.7.2012, E. 3.4; 4A_252/2010 vom 25.11.2010, E. 4.1; 4C.259/2006 vom 23.10.2006, E. 2; 4C.378/2005 vom 6.2.2006, E. 4.1; 4C.18/2005 vom 30.5.2005, E. 2.1.

¹ Eingehend zu den beiden Verträgen: STÖCKLI/SIEGENTHALER (Herausgeber), Die Planerverträge, Verträge mit Architekten und Ingenieuren, Zürich 2013.

² Vgl. GAUCH, Der Werkvertrag, 5. Aufl., Zürich 2011, Nr. 49; GAUCH/MIDDENDORF, in: Die Planerverträge (Fn. 1), Nr. 1.30; jeweils mit zahlreichen Nachweisen.

³ Vgl. GAUCH, Werkvertrag (Fn. 2), Nr. 55; GAUCH/MIDDENDORF, in: Die Planerverträge (Fn. 1), Nr. 1.45; jeweils mit zahlreichen Nachweisen.

Haftungsanspruch des Bauherrn an seiner verspäteten Mängelrüge (Art. 370 OR) scheitern liess⁹.

3. Vor dem Hintergrund der vorstehenden Schilderung ist nun allerdings *ein neuerer Entscheid des Bundesgerichts* bemerkenswert. Es handelt sich um den französischsprachigen BGer 4A_230/2013 vom 17.9.2013, auf dessen *Erwägung 2* ich nachfolgend eingehe.

a. Nach dem Inhalt der Erwägung 2 bezieht sich der zitierte Entscheid auf den *Gesamtvertrag eines Architekten*, den das Bundesgericht kurzerhand, wenn auch unter Anrufung früherer Entscheide, als gemischten Vertrag bezeichnet (als «un contrat d'architecte dit global, mixte, où certaines des prestations de l'architecte relèvent du contrat de mandat et d'autres du contrat d'entreprise [ATF 134 III 361 consid. 5.1 p. 363; 127 III 543 consid. 2a p. 545; 114 II 53 consid. 2b p. 55/56]»). Insoweit enthält BGer 4A_230/2013, E. 2, nichts Besonderes, sondern eine blosser Repetition des in der höchstgerichtlichen Rechtsprechung bereits Gehabten. Dass es zur bundesgerichtlichen «Mischqualifikation» auch Gegenargumente gibt, wird in der Erwägung nicht erwähnt, was seinerseits keinen Neuheitswert hat, nachdem eine vertiefte Auseinandersetzung mit den Gegenargumenten in der publizierten Rechtsprechung des Bundesgerichts kaum je stattgefunden hat.

b. Interessant wird es jedoch, sobald wir den *Fortgang der bundesgerichtlichen Erwägung 2* in die Betrachtung einbeziehen. Darin geht es um die Vergütung eines Gesamtarchitekten. Nach der Formulierung des Bundesgerichts hatten es die Parteien des vom Bundesgericht als Mischvertrag qualifizierten Gesamtvertrages unterlassen, sich ausdrücklich auf eine Vergütung zu einigen, oder wörtlich: «Les parties n'ont pas explicitement convenu d'une rémunération». Ob die beteiligten Vertragsparteien wenigstens eine stillschweigende Vereinbarung oder ob sie überhaupt keine Vereinbarung über die Entgeltlichkeit der geschuldeten Architektenleistungen getroffen hatten, lässt diese Formulierung zwar offen. Jedenfalls aber stellt der so formulierte Sachverhalt das Bundesgericht vor die Frage, ob der involvierte Gesamtarchitekt, je nach der konkreten Einzelleistung, teils Anspruch auf eine übliche Vergütung nach dem auftragsrechtlichen Art. 394 Abs. 3 OR, teils Anspruch auf eine Vergütung nach dem werkvertraglichen Art. 374 OR hat. Und die Antwort? Das Bundesgericht entscheidet, dass Art. 394 Abs. 3 OR mit Bezug auf sämtliche Leistungen des Gesamtarchitekten zur Anwendung kommt: «Il se justifie [...] d'appliquer l'art. 394 al. 3 CO à l'ensemble des prestations ...»¹⁰.

Zur Begründung für die integrale Anwendung des auftragsrechtlichen Art. 394 Abs. 3 OR schreibt das Bundes-

gericht, dass Art. 394 Abs. 3 OR¹¹ und Art. 374 OR¹² praktisch zum gleichen Ergebnis führen würden («... car une distinction entre les deux catégories n'engendrerait pratiquement aucune différence dans le résultat.»)¹³. *Gegenüber dieser Begründung ist freilich zu präzisieren, dass es zwischen den beiden Bestimmungen durchaus relevante Unterschiede gibt.* An drei Beispielen mag dies summarisch gezeigt werden: *Erstens* setzt Art. 374 OR immer voraus, dass eine Vergütungspflicht zumindest stillschweigend vereinbart wurde¹⁴, während der Beauftragte nach Art. 394 Abs. 3 OR einen Vergütungsanspruch auch dann hat, wenn eine Vergütung nicht verabredet, aber üblich ist, es sei denn, die Parteien hätten eine Vergütungspflicht durch Vereinbarung ausgeschlossen. *Zweitens* deckt die Vergütung nach Art. 374 OR den gesamten (Arbeits- und sonstigen) Aufwand des Unternehmers ab, während sich die Vergütung nach Art. 394 Abs. 3 OR nicht auf die «Auslagen und Verwendungen» des Beauftragten bezieht, die der Auftraggeber nach Massgabe des Art. 402 Abs. 1 OR separat zu ersetzen hat¹⁵. Und *drittens* berechnet sich die Vergütung nach Art. 374 OR mangels anderer Abrede nach den effektiven Selbstkosten des Unternehmers, unter Hinzurechnung eines angemessenen Zuschlages für Risiko und Gewinn und erhöht um gesetzliche Umsatzabgaben, die den Unternehmer treffen («cost plus fee»)¹⁶, während es nach Art. 394 Abs. 3 OR für die Berechnung der auftragsrechtlichen Vergütung (ohne Einbezug der «Auslagen und Verwendungen») auf das Übliche ankommt¹⁷, wenn nichts Abweichendes verabredet wurde.

c. Unbekümmert um die höchstgerichtliche Begründung überzeugt *das Ergebnis, wonach das Bundesgericht*

¹¹ Die Bestimmung des auftragsrechtlichen Art. 394 Abs. 3 OR lautet: «Eine Vergütung ist zu leisten, wenn sie verabredet oder üblich ist».

¹² Die Bestimmung des werkvertraglichen Art. 374 OR lautet: «Ist der Preis zum Voraus entweder gar nicht oder nur ungefähr bestimmt worden, so wird er nach Massgabe der Arbeit und der Aufwendungen des Unternehmers festgesetzt».

¹³ So auch BGer 4A_271/2013 vom 26.9.2013, E. 7.3/7.4; EGLI/Stöckli, in: Die Planerverträge (Fn. 1), Nr. 7.37.

¹⁴ GAUCH, Werkvertrag (Fn. 2), Nr. 944.

¹⁵ Vgl. FELLMANN, Berner Kommentar, N 57 zu Art. 402 OR. Nach Art. 402 Abs. 1 OR ist «der Auftraggeber [...] schuldig, dem Beauftragten die Auslagen und Verwendungen, die dieser in richtiger Ausführung des Auftrages gemacht hat, samt Zinsen zu ersetzen». Zur höchstgerichtlichen Auslegung dieser Regel siehe: Präjudizienbuch OR, herausgegeben von GAUCH/AEPLI/Stöckli, 8. Aufl., Zürich 2012, N 1 ff. zu Art. 402 OR (bearbeitet von F. KRAUSKOPF).

¹⁶ Vgl. GAUCH, Werkvertrag (Fn. 2), Nr. 948 f.

¹⁷ Nach dem Wortlaut des Art. 394 Abs. 3 OR (Fn. 11) betrifft der Verweis auf die Übung, den diese Bestimmung enthält, zwar nur die Frage, ob überhaupt eine Vergütung geschuldet ist. Indes ist der Verweis über den engen Wortlaut des Art. 394 Abs. 3 OR hinaus so auszulegen, dass sich auch die Vergütungshöhe nach einer bestehenden Übung richtet (BGE 135 III 262), und zwar selbst dann, wenn die Vergütungspflicht als solche auf einer Vereinbarung beruht. Fehlt es bezüglich der Vergütungshöhe allerdings an einer einschlägigen Übung, so hat das Gericht den Vertrag diesbezüglich nach dem normativen Kriterium des «hypothetischen Parteiwillens» zu ergänzen, «en tenant compte de toutes les circonstances pertinentes, étant souligné qu'elle doit être objectivement proportionnée aux services rendus» (BGE 135 III 262). Diese Ergänzung tritt an die Stelle der fehlenden Übung. Zum Ganzen: GAUCH/MIDDENDORF, in: die Planerverträge (Fn. 1), Nr. 1.17/1.18, mit zahlreichen Zitaten; WEBER, Basler Kommentar OR I, 5. Aufl., N 39 zu Art. 394 OR.

⁹ So: BGer 4A_55/2012 vom 31.7.2012, E. 4.5, E. 5 ff.; 4A_53/2012 vom 31.7.2012, E. 3.5, E. 4 ff.; *kritisch dazu*: SIEGENTHALER, Die «Sennhof-Affäre» – Mängelrüge auch gegen den Ingenieur, BR/DC 2012, S. 193 ff.; Stöckli, Mängelrüge bei Ingenieurleistungen – keine sachgerechte Lösung, BR/DC 2012, S. 213 f.; Stöckli/Zufferey, Bauen für den Staat, in: Baurechtstagung, Tagungsunterlagen 2013, S. 14 ff.

¹⁰ So auch EGLI/Stöckli, in: Die Planerverträge (Fn. 1), Nr. 7.37; *anders* noch BGer 4C.259/2006 vom 23.10.2006, E. 2.

im zitierten Entscheid die Vergütungsfrage einheitlich für den ganzen Gesamtvertrag des Architekten nach dem auftragsrechtlichen Art. 394 Abs. 3 OR beurteilt, ohne zwischen den verschiedenen Einzelleistungen des Gesamtarchitekten zu unterscheiden¹⁸. Dieses Ergebnis, das sich ohne Weiteres auch auf die Vergütung des gesamtvertraglich verpflichteten Ingenieurs übertragen lässt¹⁹, ist in der Tat zu begrüßen, wird doch damit eine unselige Spaltung der Vergütungsfolgen vermieden, was notabene ganz auf der Linie derjenigen liegt, die den Gesamtvertrag insgesamt als Auftrag verstehen. Dabei bleibt zu beachten, dass die «Auslagen und Verwendungen» des Beauftragten nach Massgabe des Art. 402 Abs. 1 OR separat zu ersetzen, also nicht in der Vergütung nach Art. 394 Abs. 3 OR eingeschlossen sind. Das wurde bereits erwähnt und muss entsprechend auch dann gelten, wenn der auftragsrechtliche Art. 394 Abs. 3 OR integral auf den Gesamtvertrag angewendet wird. Im Übrigen stellen sich zwei Fragen, die es zu beantworten gilt:

Die erste Frage betrifft das Prinzip, wonach eine Schlechterfüllung des Auftrages neben einer allfälligen Schadenersatzpflicht des Beauftragten zu einer Minderung oder gar zu einem gänzlichen Wegfall des auftragsrechtlichen Vergütungsanspruchs führen kann²⁰. Es fragt sich, ob auch dieses Prinzip auf die auftragsrechtliche Vergütung des Gesamtarchitekten oder Gesamtgenieurs integrale Anwendung findet, ohne dass zwischen den verschiedenen Einzelleistungen des gesamtvertraglich verpflichteten Architekten oder Ingenieurs unterschieden wird. Die Frage ist richtigerweise zu bejahen. Denn wenn sich die Vergütung, auf die der Gesamtarchitekt oder Gesamtgenieur grundsätzlich Anspruch hat, integral nach Art. 394 Abs. 3 OR bestimmt, so ist es rechtlich nur konsequent, auch das besagte Prinzip integral anzuwenden.

Die zweite Frage betrifft die Fälle, in denen die Parteien des Gesamtvertrages eine Vereinbarung über die Vergütung und deren Bemessung getroffen haben. Bleibt es auch in solchen Fällen bei der integralen Anwendung des Auftragsrechts, was die Vergütung betrifft? Auch diese Frage

muss richtigerweise bejaht werden. Denn eine vergütungsrechtliche Differenzierung je nach Fall (bald insgesamt Auftragsrecht; bald teils Auftrags-, teils Werkvertragsrecht) würde zu einer kasuellen Zersplitterung der Rechtsanwendung führen, die weder praktikabel noch mit dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit vereinbar wäre. Möglich ist freilich, dass in einer vereinbarten Vergütung auch die «Auslagen und Verwendungen» des Art. 402 Abs. 1 OR inbegriffen sind, was als Abweichung von der auftragsrechtlichen Vergütungsordnung jedoch nicht zu vermuten ist. Haben die Parteien eine pauschale Vergütung zu einem bestimmten Festbetrag vereinbart, so steht nichts im Weg, Art. 373 OR zwar nicht unmittelbar, aber doch analog auf die auftragsrechtliche Vergütung anzuwenden²¹.

4. Wie in Ziffer 2 meines Beitrages gezeigt, hat das Bundesgericht den Gesamtvertrag des Architekten in BGE 109 II 466 ungeteilt der Auflösungsregel des auftragsrechtlichen Art. 404 OR unterstellt. Dabei ist das Gericht in seiner späteren Rechtsprechung geblieben, und zwar in gleicher Weise auch für den Gesamtvertrag des Ingenieurs²². Geht man jetzt zusätzlich davon aus, dass BGer 4A_230/2013, E. 2, den Beginn einer höchstgerichtlichen Rechtsprechung bildet, wonach die Vergütung des Gesamtarchitekten oder Gesamtgenieurs sich integral nach Auftragsrecht beurteilt, so kommt man unwillkürlich zur Frage, wie das Bundesgericht es künftig mit der Haftung des Gesamtarchitekten oder -genieurs für mangelhafte Leistungen halten wird. Werfen wir zunächst einen Blick zurück, so bietet sich das folgende Bild:

Seit BGE 109 II 466 hat das Bundesgericht aus seiner «Mischqualifikation» des Gesamtvertrages gefolgert, dass es möglich sei, die besagte Haftung je nach der infrage stehenden Einzelleistung entweder dem Auftrags- oder dem Werkvertragsrecht zu unterstellen²³. Was in BGE 109 II 466 noch als «denkbare» Lösung erschien, hat das Bundesgericht später in die Tat umgesetzt, indem es (wie schon gesagt) auf die Planfehler eines Gesamtgenieurs die werkvertraglichen Regeln über die Mängelhaftung (Art. 367 ff. OR) zur Anwendung brachte²⁴.

Ob das Bundesgericht an dieser Rechtsprechung auch in Zukunft festhalten wird, kann und will ich nicht prognostizieren. In der Sache wäre es jedoch inkohärent, zwar die Vergütung des Gesamtarchitekten oder Gesamtgenieurs ungeteilt dem Auftragsrecht zu unterstellen, nicht aber dessen Leistungspflicht und dessen Haftung für eine Schlechterfüllung. Eine solche Differenzierung bezüglich der zum Synallagma verbundenen Vertragsleistungen müsste, um eine Formulierung aus BGE 63 II 177 aufzugreifen, «zu ganz unnatürlichen Verhältnissen füh-

¹⁸ Dass das Ergebnis, zu dem ein Gericht gelangt, unbekümmert um seine Begründung «richtig» sein kann, hat JAMES GORDLEY wie folgt auf den Punkt gebracht: «It is quite true [...] that courts are often right and their opinions worthy of respect independently of the judges' reasoning. It is easier to see the right thing to do than it is to explain why it is right» (GORDLEY, The Future of European Contract Law on the Basis of Europe's Heritage, European Review of Contract Law 2005, S. 170).

¹⁹ Denn: Was zur rechtlichen Behandlung des Architekturvertrages gesagt wird, gilt entsprechend auch für den Ingenieurvertrag des Bauwesens (vgl. BGer 4A_55/2012 vom 31.7.2012, E. 4.4; 4A_53/2012 vom 31.7.2012, E. 3.4).

²⁰ Zur diesbezüglichen Rechtsprechung vergleiche BGE 124 III 423 ff. und das Präjudizienbuch OR (Fn. 15), N 5 zu Art. 398 OR (bearbeitet von F. KRAUSKOPF); aus der einschlägigen Literatur: STÖCKLI, Sorgfaltsmangel und Vergütung, in: Festschrift GAUCH, Zürich 2004, S. 930 ff., S. 933 f.; DERSELBE, Das Synallagma im Vertragsrecht, Zürich 2008, Nr. 531; FELLMANN, Berner Kommentar, N 496 ff. zu Art. 394 OR; WEBER, Basler Kommentar OR I, 5. Aufl., N 43 zu Art. 394 OR. Gegen eine Minderung der auftragsrechtlichen Vergütung: WÄGER, Das Minderungsrecht infolge Vertragsverletzung, Diss. Freiburg, Zürich 2010, Nr. 269 ff./Nr. 274 ff.

²¹ Vgl. WERRO, Commentaire Romand CO I, 2. Aufl., N 48 zu Art. 394 OR; EGLI/STÖCKLI, in: Die Planerverträge (Fn. 1), Nr. 7.14; und im Ergebnis auch BGer 4C.259/2006, vom 23.10.2006, E. 2.

²² Vgl. z. B. BGE 127 III 545; BGer 4A_55/2012 vom 31.7.2012, E. 4.4; 4C.18/2005 vom 30.5.2005, E. 2.1.

²³ Vgl. z. B. BGE 134 III 363; 110 II 382.

²⁴ So die in Fn. 9 zitierten Entscheide, die von einem Teil der Lehre kritisiert wurden.

ren». Insbesondere wäre eine selektive Anwendung der werkvertraglichen Regeln über die Mängelhaftung unvereinbar mit der in Ziffer 3 lit. c meines Beitrages dargestellten Rechtslage, wonach eine Schlechterfüllung des Gesamtvertrages durch den Architekten oder Ingenieur zu einer Minderung oder gar zu einem gänzlichen Wegfall seines insgesamt auftragsrechtlichen Vergütungsanspruchs führen kann, ohne dass es bezüglich einzelner Leistungen eines Rückgriffs auf das Werkvertragsrecht bedarf.

5. Gegen meinen Beitrag mag man vielleicht einwenden, dass er dem besprochenen BGer 4A_230/2013, E. 2, ein zu grosses Gewicht beimesse; denn bei ihm handle es sich um *einen nur elektronisch publizierten Entscheid*, weshalb er zwar für die Rechtslage der konkret davon betroffenen Prozessparteien bedeutsam, darüber hinaus aber bedeutungslos sei. Richtig ist zwar, dass das Bundesgericht seine Urteile teils nur elektronisch publiziert, teils aber als «Leitentscheide» bezeichnet, die es in Papierform auch in der «amtlichen Sammlung» der Bundesgerichtsentscheide veröffentlicht. Daraus herzuleiten, dass die Ersteren keine Bedeutsamkeit über den entschiedenen Einzelfall hinaus hätten, wäre jedoch verkehrt, was allein schon die Beispiele zeigen, in denen das Bundesgericht sich in seinen eigenen Urteilen, bisweilen sogar in seinen «Leitentscheiden», auf vorangegangene Urteile abstützt, die nur elektronisch publiziert wurden. Dementsprechend wird man es mir auch nachsehen, wenn mich der besprochene BGer 4A_230/2013, E. 2, in der Hoffnung bestärkt, das Bundesgericht werde seine «Mischqualifikation» des Gesamtvertrages über kurz oder lang zugunsten einer ungeteilt auftragsrechtlichen Qualifikation aufgeben. Damit würde es zurückkehren zur Rechtsprechung, die es in seiner älteren Praxis mit einleuchtenden Argumenten für richtig gehalten hatte²⁵.

²⁵ Grundlegend: BGE 63 II 176 ff.; ferner BGE 93 II 313; 89 II 406. Die mit BGE 98 II 311 f. beginnende und mit BGE 109 II 37 ff. endende Zwischenphase, in der das Bundesgericht annahm, Gegenstand eines Werkvertrages könnten nur körperliche (stoffliche) Werke (z. B. nicht

Nur der Vollständigkeit halber sei abschliessend daran erinnert, wie das Bundesgericht unlängst mit einem Architekturvertrag verfahren ist, der die Planungsleistungen des Architekten einzig und allein mit einem Kostenvoranschlag kombinierte. Diesen Vertrag hat das Gericht ungeteilt dem vertragsrechtlichen Regime des von ihm neuerdings (seit BGE 134 III 361 ff.) auftragsrechtlich qualifizierten Kostenvoranschlages²⁶ unterworfen und damit den gesamten Vertrag einheitlich als Auftrag qualifiziert, weil beide Leistungen eng miteinander verbunden seien²⁷. Dass sich das Bundesgericht in einen inneren Widerspruch verwickelt, wenn es demgegenüber eine insgesamt auftragsrechtliche Behandlung des Gesamtvertrages systematisch ablehnt, liegt auf der Hand. Darauf wollte ich hinweisen, obwohl es nach einer These von NASSIM NICHOLAS TALEB «zur Stabilisierung» eines Systems führen kann, «wenn man ihm ein gewisses Mass an Unordnung hinzufügt»²⁸, was im vorliegenden Zusammenhang ein aus meiner Sicht unerwünschtes Resultat wäre.

auch Pläne) sein (vgl. dazu GAUCH, Werkvertrag [Fn. 2], Nr. 36 ff.), lasse ich hier ausser Betracht. Denn nach dieser vorübergehenden Rechtsprechung konnte der Gesamtvertrag des Architekten oder Ingenieurs von vorneherein nichts anderes als ein einfacher Auftrag sein.

²⁶ Im zitierten BGE 134 III 361 ff. ist das Bundesgericht von seiner langjährigen (noch in BGE 127 III 545 bestätigten) Rechtsprechung abgewichen, indem es dafür hielt, dass der (im konkreten Fall entgeltliche) Vertrag über die Ausarbeitung eines Kostenvoranschlages kein Werkvertrag, sondern ein einfacher Auftrag sei. Hierfür beruft sich das Bundesgericht im erwähnten Entscheid zwar auf frühere Urteile, wobei aber von den drei Belegstellen (BGE 127 III 545; 119 II 251 f.; BGer 4C.424/2004, E 2/3), die es auf S. 364 f. des Entscheides anruft, alle drei einen Kostenvoranschlag im Rahmen eines Gesamtvertrages betrafen, und im angerufenen BGE 127 III 545 sogar explizit der werkvertragliche Charakter eines auf die Herstellung eines Kostenvoranschlages beschränkten Vertrages hervorgehoben wurde. Deshalb und auch sonst kritisch zu BGE 134 III 361 ff., an dem das Bundesgericht mit einer Ausnahme (BGer 4A_252/2010 vom 25.11.2010, E 4.1) auch später festhielt: GAUCH, Werkvertrag (Fn. 2), Nr. 52a.

²⁷ So: BGer 4A_86/2011 vom 28.4.2011, E. 3.2; vgl. ferner auch BGer 4A_754/2011 vom 20.4.2012, E 4.1.

²⁸ NASSIM NICHOLAS TALEB, Antifragilität, Knaus-Verlag, München 2013, S. 150.