

En bref / Auf einen Blick

48 L'ARTICLE / DER AUFSATZ

Über Prognosen, Toleranzen und die Haftung der Architekten

Hannes Zehnder, Dr. iur., Rechtsanwalt, Pfäffikon/SZ

Seinen Beitrag beginnt HANNES ZEHNDER damit, die Schönheiten des Bündnerlandes zu besingen. Ferienstimmung kommt trotzdem keine auf. Denn Kostenüberschreitungen, um die es ZEHNDER geht, führen regelmässig zu Rechtsstreitigkeiten, die sich um die Haftung des Architekten drehen. Untersucht werden zwei Fälle: die unzureichende Schätzung der Baukosten vor der Bauausführung einerseits, die pflichtwidrige Vernachlässigung der Kostenkontrolle während der Bauausführung andererseits. Die Toleranzgrenze, auf die sich der Architekt berufen mag, kommt nur in den ersteren Fällen zum Tragen. Gerechtfertigt wird sie damit, dass die Schätzung künftiger Kosten nur eine Prognose ist. Gleichwohl kann man sich nicht unbesehen auf diese Toleranzgrenze verlassen. Die «Nichtnennung des Genauigkeitsgrades von Kostenschätzungen und Voranschlägen ... eine Pflichtwidrigkeit des Architekten», die es mit sich bringen kann, dass überhaupt keine Toleranzgrenze besteht. Die entsprechenden Haftungsfälle haben es in sich, auch in rechtlicher Hinsicht: Lektüre empfohlen!

HANNES ZEHNDER commence par évoquer la beauté des Grisons, sans pour autant qu'une atmosphère de vacances ne gâche le lecteur. En effet, le dépassement des coûts, dont il

traite ici, conduit très souvent à des procédures judiciaires qui ont trait à la responsabilité de l'architecte. L'auteur examine en particulier deux cas: d'abord, l'estimation insuffisante des coûts de construction avant l'exécution des travaux; puis, le manque de suivi de l'évolution des coûts durant la construction proprement dite. La marge de tolérance à laquelle l'architecte se réfère habituellement n'a d'importance que dans la première hypothèse. Elle se justifie par le fait que l'estimation des coûts futurs n'est qu'un pronostic. Toutefois, on ne peut se reposer sur cette marge de tolérance sans arrière-pensées. En effet, elle ne protège pas l'architecte de sa responsabilité pour une estimation qui n'a pas été faite soigneusement. En outre, l'absence d'indication du degré de précision de l'estimation des coûts et du devis estimatif est une violation des devoirs de l'architecte, qui impose de ne pas prendre en compte la marge de tolérance. Les cas de responsabilité sont alors analysés juridiquement: une lecture vivement recommandée!

56 LA JURISPRUDENCE / DIE RECHTSPRECHUNG

Droit privé / Privatrecht

Heinzmann, Hürlimann-Kaup, Pichonnaz, Reetz, Romy, Schmid, Schumacher, Siegenthaler, Steinauer, Stöckli, Werro

Seit dem ersten Heft dieses Jahres stellen wir die aktuellen Urteile in neuer Form vor: Ausgewählten Urteilen räumen

Impressum

Juni 2010 / Juin 2010

Baurecht (BR): Mitteilungen des Instituts für Schweizerisches und Internationales Baurecht

Droit de la Construction (DC): Communications de l'institut pour le droit suisse et international de la construction

www.unifr.ch/baurecht; www.unifr.ch/droitconstruction

Erscheinungsweise: viermal jährlich / **Parution:** 4 fois par an

Abonnementspreis / Prix de l'abonnement: CHF 79.00 / EUR 65.00.

ISSN 1017-0588

Redaktion / Rédaction: Prof. J.-B. Zufferey (jbz); Prof. H. Stöckli (hs); Prof. P. Hänni (ph); Prof. P. Pichonnaz (pp); lic. iur. A. Loosli-Buschor.

Erweiterte Redaktion / Conseil de rédaction: Prof. P. Gauch (pg); Prof. P. Tercier (pt); Prof. U. Zimmerli (uz); Prof. F. Werro (fw); Prof. J. Dubey (jd); Dr. M. Beyeler, Rechtsanwalt (mb).

Ständige Mitarbeiter / Collaborateurs permanents: Prof. M. Borghi (mbo); Dr. B. Carron (bc); Prof. C. Bovet (cb); Dr. M. Heinzmann (mh), avocat; Dr. A. Henninger (ah), Rechtsanwalt; Prof. B. Hürlimann-Kaup (bhk); Dr. R. Hürlimann (rh), Rechtsanwalt; Prof. J. Hurtado Pozo (jhp); P. Rechsteiner (pr), Rechtsanwalt; PD Dr. P. Reetz (pre); Prof. F. Riklin (fr); Prof. I. Romy (ir); Dr. S. Scherler (sts), Rechtsanwalt; Prof. Dr. R. Schumacher (rs), Rechtsanwalt; Prof. J. Schmid (js); Prof. P.-H. Steinauer (phs); Prof. B. Waldmann (bw)

Redaktionssekretariat / Secrétariat de rédaction: Institut für Baurecht, Universität Freiburg, Avenue Beauregard 13, 1700 Freiburg, Tel. 026 300 80 40, Fax 026 300 97 20; E-Mail: Baurecht@unifr.ch.

Abonnemente und Verlag / Abonnements et édition: Schulthess Juristische Medien AG, Zwingliplatz 2, 8022 Zürich, Tel. 044 200 29 19, Fax 044 200 29 18, www.schulthess.com

Kostenüberschreitungen und Haftung des Architekten – Altes und Neues

Hannes Zehnder, Dr. iur., Rechtsanwalt, Pfäffikon/SZ*

Das Bündnerland zeichnet sich vor allem durch seine spektakulären Berg- und Bahnlandschaften aus. Juristisch spektakulär sind aber auch zwei Bündner Kostenüberschreitungs-fälle, die das Schweizerische Bundesgericht in den Jahren 2004¹ und 2009² zu beurteilen hatte. Der erste Fall betraf ein Gewerbehaus für ein Glashandels- und Glasbearbeitungs-geschäft in Domat/Ems, der zweite die Stadthalle in Chur. Diese beiden geradezu exemplarischen Fälle bieten den geeigneten Anlass, sich mit dem derzeitigen Stand der einschlägigen Lehre und Rechtsprechung zur Haftung des Architekten bei Kostenüberschreitungen³ kritisch auseinanderzusetzen. In einem ersten Teil gilt es, mögliche Vertragsverletzungen des Architekten zu untersuchen. Der zweite Teil ist dem Begriff des Schadens und dessen Berechnung gewidmet.

I. Vertragsverletzungen des Architekten

A Zu ungenaue Berechnungen vor der Bauausführung

1. Allgemeines

a) Beim «Domat/Emser Gewerbehausfall» bezifferte der Architekt die mutmasslichen Erstellungskosten der geplanten Baute vor der Bauausführung mit CHF 1 695 000.–. Effektiv kostete die Baute CHF 2 020 681.– und damit fast 20% mehr als vom Architekten angenommen. Die Überschreitung der geschätzten Bausumme wiederum hatte ihre Ursache darin, dass die Berechnungen des Architekten ungenügend waren, weil er es unterlassen hatte, die Kosten vor der Bauausführung detailliert, in der Form eines eigentlichen Kostenvorschlages, vorzuberechnen. Der Architekt begnügte sich mit einer blossen Kostenschätzung.⁴

b) Der Architekt handelt als Fachmann für Baukostenprognosen. Er hat seine Kostenprognosen «unter Beachtung der allgemein anerkannten Regeln seines Fachgebietes» zu erstellen.⁵ Insbesondere hat er seine Berechnungen – wie das Bundesgericht im «Domat/Emser Gewerbehausentscheid» richtig feststellt – so genau und detailliert wie möglich und nötig auszuarbeiten. Dies verpflichtet den Architekten namentlich, die voraussichtlichen Kosten mit fortschreitender Planung immer detaillierter und genauer zu ermitteln.⁶ Zwar gibt der Architekt mit seinen Kostenschätzungen und Vorschlägen über ein künftiges Ereignis Auskunft: nämlich über die zu erwartenden Kosten bei der Ausführung der geplanten

Baute. Daher qualifizieren sich die Kostenschätzungen und Vorschläge des Architekten als Prognose über die voraussichtlichen Baukosten.⁷ Ihr Prognose-Charakter macht Kostenschätzungen und Vorschläge indessen nicht zu rein spekulativen Erklärungen ohne jegliche Haftungswirkung für den Architekten. Vielmehr verletzt der Architekt den Vertrag, wenn seine Berechnungen ungenügend oder zu ungenau sind, weshalb er seinem Vertragspartner gegenüber grundsätzlich haftbar werden kann.

Bei diesem *Vertragspartner* handelt es sich in den weitaus meisten Fällen um den «klassischen» Bauherrn, der für sich eine Baute errichten lässt. Von diesem Fall gehe ich im Folgenden aus. Doch kommt es ebenfalls vor, dass der Architekt seinen Kostenvorschlag für einen Totalunternehmer erstellt, der für einen Bauherrn die gesamte Planung und Ausführung einer Baute übernimmt. Für diesen Fall gelten die nachfolgenden Ausführungen sinngemäss.

2. Von der Toleranzgrenze im Besonderen

Aufgrund des Prognose-Charakters seiner Kostenschätzungen und Vorschläge kann vom Architekten keine absolut genaue Berechnung der künftigen Baukosten verlangt werden. Ihm ist ein gewisser Spielraum einzuräumen, innerhalb

* HANNES ZEHNDER ist Verfasser der Dissertation, Die Haftung des Architekten für die Überschreitung seines Kostenvorschlages, 2. Aufl., Freiburg 1994 (zit. Diss.), vergriffen.

¹ BGer 4C.424/2004 (15.3.2005), nachfolgend als «Domat/Emser Gewerbehausentscheid» oder «Domat/Emser Gewerbehausfall» bezeichnet.

² BGer 4A_187/2009 (14.7.2009), nachfolgend «Churer Stadthallenentscheid» oder «Churer Stadthallenfall» genannt.

³ Die hier gemachten Ausführungen gelten sinngemäss auch für den Bauingenieur, der ein Tiefbauvorhaben projiziert und leitet.

⁴ «Domat/Emser Gewerbehausentscheid», E. 4.2.

⁵ Art. 1.3.1 SIA-Ordnung 102/2003.

⁶ Die SIA-Ordnung 102/2003 sieht die folgenden Stufen der Kostenermittlung vor der Bauausführung als Grundleistungen vor:

a) Das «Schätzen der Grössenordnung der Baukosten» aufgrund von «Vorstudien» (Art. 4.21); ohne Angaben eines Genauigkeitsgrades.

b) Die «Kostenschätzung» aufgrund des Vorprojektes, «Genauigkeitsgrad mangels anderer Vereinbarung +/- 15%» (Art. 4.31).

c) Den eigentlichen «Kostenvorschlag» aufgrund des Bauprojektes und der Detailstudien «mit detaillierter Beschreibung der vorgesehenen Arbeiten und Lieferungen, mit Ausmass und geschätzten Preisen [...] Einbeziehen der durch die Spezialisten erstellten Kostenvorschläge unter Berücksichtigung des vereinbarten Genauigkeitsgrades. Der Genauigkeitsgrad (mangels besonderer Vereinbarung +/- 10%) ist im Kostenvorschlag zu nennen. Beträge für Unvorhergesehenes sind separat auszuweisen» (Art. 4.32).

⁷ WALTER FELLMANN, Haftung für falsche Kostenschätzung, in: Recht der Architekten und Ingenieure, Tagungsbeiträge zur St. Galler Baurechtstagung 2002 (zit. Haftung für falsche Kostenschätzung), S. 215; HANNES ZEHNDER, Diss., Nr. 25.

dessen seine Kostenprognosen ungenau und deshalb überschritten werden können. Solange die prognostizierte Bau-
summe samt der *Toleranzgrenze*, die diesen Spielraum ab-
schliesst, *eingehalten wird, fehlt es in aller Regel an einer
haftungsbegründenden Vertragsverletzung* des Architekten.⁸
Die Toleranzgrenze spielt deshalb eine entscheidende Rolle
bezüglich der Haftung bei ungenauen Kostenschätzungen
und Voranschlägen:

a) Hat der Architekt etwa im Architekturvertrag oder auf
dem Kostenvoranschlag einen Genauigkeitsgrad (z.B. +/-
5%) genannt und der Bauherr diesen ausdrücklich oder
stillschweigend genehmigt, entspricht die Höhe der Toleranz-
grenze dem *vereinbarten Genauigkeitsgrad* der Kostenschät-
zung oder des Voranschlags.

b) Beim «Domat/Emser Gewerbehausefall» fehlte eine aus-
drückliche Bestimmung des Genauigkeitsgrades der vom
Architekten vorgelegten (und von ihm so bezeichneten)
«approximativen Baukostenzusammenstellung». Die Par-
teien hatten lediglich die SIA-Ordnung, Ausgabe 1984, zum
Vertragsinhalt gemacht. Diese sah gemäss Art. 4.2.5 für den
Kostenvoranschlag «mangels besonderer Vereinbarung»
einen Genauigkeitsgrad von +/- 10% vor. Sie verlangte aber
auch, dass der Genauigkeitsgrad «zu nennen» sei.⁹ Die *Nicht-
nennung des Genauigkeitsgrades* hatte (zusammen mit an-
deren Erklärungen der Parteien) nach der Auffassung des
Bundesgerichts zur Folge, dass keine Toleranzmarge mehr
galt, so dass der Bauherr mit einer exakten Einhaltung der
«approximativen Baukostenzusammenstellung» rechnen
durfte.¹⁰ Dies bedarf der Erläuterung und Vertiefung:

- Haben die Parteien keinen Genauigkeitsgrad vereinbart,
so galt nach früherer Praxis des Bundesgerichts¹¹ und der
Lehre¹² zumindest für den eigentlichen Kostenvor-
anschlag, der vor Baubeginn vorgelegt wurde, eine
Toleranzgrenze von +/- 10%. Mit dem «Domat/Emser
Gewerbehausentscheid» ist diese Praxis *entschieden rela-
tiviert* worden, ohne dass dies vom Bundesgericht explizit
erwähnt worden wäre. Denn die 10%-Regel, die eine in
der Schweiz allgemein anerkannte «Faustregel» ist,¹³ ist
auf den Fall zugeschnitten, da die Parteien keinen Ge-
nauigkeitsgrad vereinbart haben. Sonst gilt ja der ver-
einbarte Genauigkeitsgrad! Dass die Parteien keinen Ge-
nauigkeitsgrad vereinbaren, liegt wiederum in aller Regel
daran, dass der Architekt dem Bauherrn keinen Genauig-
keitsgrad nennt. Das Nichterklärte kann ja nicht verein-
bart werden.
- Die *Nichtnennung des Genauigkeitsgrades* von Kosten-
schätzungen und Voranschlägen ist eine *Pflichtwidrigkeit
des Architekten*, die meiner Ansicht nach ausreicht, um
ihm die Berufung auf die Toleranzgrenze zu verwehren.¹⁴
Dies gilt erst recht, wenn wie im «Domat/Emser Gewer-
behausefall» das übrige Verhalten der Parteien und deren
Erklärungen darauf hindeuteten, dass der Bauherr auf
eine exakte Einhaltung der «approximativen Baukosten-
zusammenstellung» vertrauen durfte.¹⁵ Insoweit ist die
vom Bundesgericht vorgenommene Relativierung der

Geltung der Toleranzgrenze richtig. Architekten sind des-
halb gut beraten, stets den Genauigkeitsgrad ihrer Kosten-
schätzungen und Voranschläge zu nennen.

- Einschränkend ist jedoch sogleich beizufügen: Wenn dem
konkreten Bauherrn bewusst ist, dass eine gewisse Un-
genauigkeit des Kostenvoranschlags hinzunehmen ist,
muss der Architekt nicht noch speziell auf diesen Um-
stand hinweisen. Deshalb kann sich auch der Architekt,
der keine Aussagen zum Genauigkeitsgrad seines Kosten-
voranschlags macht, auf die Toleranzgrenze berufen,
wenn er den Nachweis erbringt, dass sein Bauherr darum
wusste, dass er nicht mit einer exakten Einhaltung des
Voranschlags rechnen durfte. In diesem Fall greift wie-
derum die *10%-Regel* Platz, die in der Schweiz ein *all-
gemein anerkannter Standard* für die zulässige Ungenau-
igkeit von Kostenvoranschlägen ist.¹⁶

Dieser Standard (von +/- 10%) gilt diesfalls mangels
anderer Anhaltspunkte für alle Kostenprognosen, die der
Architekt dem Bauherrn vor Baubeginn ohne Nennung
eines Genauigkeitsgrades unterbreitet. Weder kommt es
darauf an, ob es sich um einen eigentlichen Kostenvor-
anschlag oder um eine *blasse Kostenschätzung* aufgrund
der kubischen Berechnung handelt.¹⁷ Noch spielt die Art
des Bauvorhabens (ob Umbau oder Neubau), worauf sich
die Kostenprognose bezieht, eine Rolle.¹⁸ Denn durch die
Nichtnennung des Genauigkeitsgrades der Kostenprogno-
se darf der Bauherr in aller Regel zumindest darauf ver-
trauen, dass die ihm vorgelegte Kostenprognose, die für
ihn nachher die Grundlage für die Bauausführung bildet,
zumindest den gemeinhin anerkannten Genauigkeitsstan-
dard von +/- 10% aufweist. Dies rechtfertigt sich erst
recht, wenn es der Architekt pflichtwidrig versäumt, vor
Baubeginn einen eigentlichen (detaillierten) Kostenvor-
anschlag zu erstellen, und sich mit einer blossen Kosten-
schätzung begnügt.

⁸ HANNES ZEHNDER, Diss., Nr. 187 und 189.

⁹ Ebenso Art. 4.32 SIA-Ordnung 102/2003.

¹⁰ «Domat/Emser Gewerbehausentscheid», E. 3.2.2.2, mit Berufung auf
RAINER SCHUMACHER, Die Haftung des Architekten aus Vertrag, in: Peter
Gauch/Pierre Tercier (Hrsg.), Das Architektenrecht, 3. Aufl. Freiburg
1995 (zit. Architektenrecht), Nr. 774.

¹¹ BGer 4C.71/2003 vom 27.5.2003, E. 3; BGE 119 II 249, E. 3c, S. 254.

¹² WALTER FELLMANN, Haftung für falsche Kostenschätzung, S. 232; PETER
GAUCH, Die Haftung für die Überschreitung seines Kostenvoranschlags,
in: Festschrift für Wolfgang Heiermann zum 60. Geburtstag (zit. FS Hei-
ermann), S. 84, Anm. 25; HANNES ZEHNDER, Diss., Nr. 194 mit Verweisen
auf die kantonale Rechtsprechung.

¹³ PETER GAUCH, FS Heiermann, S. 85, Anm. 25.

¹⁴ PASCAL PICHONNAZ, Le dépassement de devis dans le contrat d'architecte
global, in: BR/DC 2006, S. 10 (zit. BR/DC 2006); RAINER SCHUMACHER,
Architektenrecht, Nr. 748.

¹⁵ Vgl. dazu «Domat/Emser Gewerbehausentscheid», E. 4.2.

¹⁶ WALTER FELLMANN, Haftung für falsche Kostenschätzung, S. 232; PETER
GAUCH, FS Heiermann, S. 84, Anm. 25.

¹⁷ Umbauter Raum x geschätzter Preis pro m³ umbauten Raums.

¹⁸ So schon RJN 1980/81, S. 77 (= BR/DC 1984, S. 13 f., Nr. 3). – Anders:
WALTER FELLMANN, Haftung für falsche Kostenschätzung, S. 232; PETER
GAUCH, Überschreitung des Kostenvoranschlags – Notizen zur Vertrags-
haftung des Architekten (oder Ingenieurs), BR/DC 1989, S. 79 ff. (zit.
BR/DC 1989), S. 82; HANNES ZEHNDER, Diss., Nr. 198.

c) Klargestellt hat das Bundesgericht im «Domat/Emser Gewerbeausentscheid», dass die *Toleranzgrenze nur für unvermeidbare Fehler gilt*.¹⁹ Damit kann sich der Architekt (bei der Beurteilung der Frage, ob eine Vertragsverletzung vorliegt) nicht auf die Toleranzgrenze berufen, wenn die Überschreitung des Kostenvoranschlags auf einen Rechnungsfehler oder ein anderes Versehen des Architekten (z. B. das «Vergessen» einer notwendigen Arbeit) zurückzuführen ist.²⁰ Selbstverständlich sind auch Nachlässigkeiten des Architekten, die für den Bauherrn zu unnötigen Planungs- und/oder Baukosten führen, nie von der Toleranzgrenze gedeckt.²¹

d) Beim «Domat/Emser Gewerbeausfall» hat sich die Bauherrschaft mit Erfolg darauf berufen, es liege eine *Kostenlimite* vor. Nach der bundesgerichtlichen Definition handelt es sich bei der Kostenlimite «um eine Weisung des Bauherrn, nach der die Kosten des Bauwerks einen bestimmten Betrag nicht übersteigen dürfen».²² Diese Definition ist insoweit falsch, als es nicht im Belieben des Bauherrn liegt, dem Architekten einseitig eine Kostenlimite mittels Weisung aufzuzwingen. Vielmehr gilt eine Kostenlimite nur dann, wenn der Architekt damit einverstanden ist und somit eine entsprechende Vereinbarung zwischen den Parteien zustande gekommen ist.²³ Einig zu gehen ist hingegen mit dem Bundesgericht insoweit: Die Vereinbarung einer Kostenlimite hat (mangels anderer Anhaltspunkte) zur Folge, dass *die Toleranzgrenze überhaupt nicht mehr gilt*. Der Bauherr kann alsdann auf die exakte (absolute) Einhaltung des Kostenvoranschlags vertrauen.²⁴ Darin, in der Nichtgeltung der Toleranzgrenze, erschöpfen sich indessen die Rechtswirkungen der Kostenlimite. Anders als bei der Abrede einer Bauummengarantie hat die Vereinbarung einer Kostenlimite nicht zur Folge, dass der Architekt die Kosten, welche einen bestimmten Betrag übersteigen, «automatisch» als Schaden zu ersetzen hat. Vielmehr ist auch bei der Vereinbarung einer Kostenlimite der Schaden nach Massgabe der erlittenen Vermögenseinbusse, namentlich unter Berücksichtigung eines allfälligen Mehrwertes der realisierten Baute, zu ermitteln.²⁵

e) Gemäss dem «Domat/Emser Gewerbeausentscheid» kommt der Toleranzgrenze die Funktion eines «*doppelten Anscheinsbeweises*» zu.²⁶ Hier verwendet das Bundesgericht nicht bloss einen schwer verständlichen, sondern einen sogar *doppelt falschen Begriff*. Genau genommen schafft die Überschreitung der Toleranzgrenze noch gar keinen «Beweis», sondern erst eine tatsächlichen Vermutung (einen «blossenen Anschein») für eine Vertragsverletzung des Architekten.²⁷ Schon gar nicht ist dieser «Anscheinsbeweis» «doppelt», sondern nur einfach. Dass bei einer Einhaltung oder Unterschreitung der Toleranzgrenze in der Regel keine Vertragsverletzung anzunehmen ist, ist nur die Negation dieser tatsächlichen Vermutung. Ich glaube, dass gerade der unglücklich gewählte Begriff des «doppelten Anscheinsbeweises» den Blick auf die haftpflichtrechtlichen Realitäten bei der Beurteilung von Kostenüberschreitungen verstellt hat. Denn der angeblich «doppelte Anscheinsbeweis», den übermässige Überschreitungen (über die Toleranzgrenze hinaus) begründen sollen, ist eben auch auf die völlig anders

gelagerte Frage der Ermittlung des Schadens «hinübergeschwappt», indem in der Praxis vielfach angenommen wird, der Schaden liege grundsätzlich in den über der Toleranzgrenze liegenden Baukosten. Diese Annahme wiederum ist – wie am Schluss dieses Aufsatzes noch aufzuzeigen sein wird – zweifelsohne falsch.

3. Der Gegenstand von Schätzungen und Voranschlägen

a) In der Praxis wird immer wieder übersehen, dass sich die Frage, ob Kostenschätzungen oder Voranschläge ungenau sind oder nicht, vor allem nach ihrem Gegenstand bestimmt. Im Zusammenhang mit Kostenüberschreitungen ist daher zunächst einmal zu prüfen, was überhaupt *Gegenstand der Kostenprognose* des Architekten war. Jene Kosten, die nicht Gegenstand der Kostenschätzung oder des Voranschlags des Architekten bildeten, sind bei der Ermittlung der vom Architekten zu vertretenden Kostenüberschreitung (d. h. für die Frage, ob eine Vertragsverletzung des Architekten vorliegt) abzuziehen, und zwar dadurch, indem man diese Kosten von den effektiven Baukosten subtrahiert.²⁸

b) Was Gegenstand der Kostenschätzung oder des Voranschlags des Architekten war, *ist durch Auslegung zu ermitteln*. Dies gilt insbesondere für allenfalls strittige Positionen wie die Teuerung,²⁹ die Mehrwertsteuer (zu welchem Satz?) oder die Baukreditzinsen. Nicht Gegenstand des Voranschlags sind die Kosten nachträglicher Sonder- und Änderungswünsche des Bauherrn. Diese sind ja dem Architekten nicht einmal ansatzweise bekannt.³⁰ Auch die Mehrkosten infolge ausserordentlicher Umstände im Sinne von Art. 373 Abs. 2 OR, namentlich infolge nicht vorhersehbarer Umstände, sind in aller Regel nicht vom Kostenvoranschlag erfasst.³¹ Dessen ungeachtet hat der Architekt den Kostenvoranschlag so genau wie möglich zu erstellen. Was für ihn bei Beachtung der gebotenen Sorgfalt voraussehbar ist, hat der Architekt zum Gegenstand seines Kostenvoranschlags zu machen.

¹⁹ «Domat/Emser Gewerbeausentscheid», E. 3.2.2.2 mit Verweis auf WALTER FELLMANN, Haftung für falsche Kostenschätzung, S. 230 f.; RAINER SCHUMACHER, Architektenrecht, Nr. 759 f. – Anders: PETER GAUCH, BR/DC 1989, S. 89; HANNES ZEHNDER, Diss., Nr. 192.

²⁰ WALTER FELLMANN, Haftung für falsche Kostenschätzung, S. 231.

²¹ «Domat/Emser Gewerbeausentscheid», E. 3.1 mit Verweisen.

²² «Domat/Emser Gewerbeausentscheid», E. 3.3.

²³ HANNES ZEHNDER, Diss., Nr. 69.

²⁴ «Domat/Emser Gewerbeausentscheid», E. 4.

²⁵ Anders: RAINER SCHUMACHER, Architektenrecht, Nr. 737.

²⁶ «Domat/Emser Gewerbeausentscheid», E. 3.2.2.1.

²⁷ PASCAL PICHONNAZ, BR/DC 2006, S. 9.

²⁸ So auch ZR 108 (2009), S. 107.

²⁹ Wird als Stichtag für den Kostenvoranschlag ein bestimmtes Datum mit einem Indexstand gemäss Baukostenindex der Stadt Zürich genannt, so ist gemäss einem neueren Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 8. April 2008 davon auszugehen, dass die Teuerung zwischen dessen Erstellung und der Völlendung der Bauarbeiten nicht in den Kostenvoranschlag eingerechnet ist. Deshalb ist die (gesamte) Kostenvoranschlagssumme um den Prozentsatz der Teuerung zu erhöhen (ZR 108 2009, S. 107).

³⁰ PETER GAUCH, BR/DC 1989, S. 81.

³¹ PETER GAUCH, BR/DC 1989, S. 81.

c) Der Architekt des Domat/Emser Gewerbehauses hat in seine «approximative Baukostenschätzung» auch die *Kosten des Grundstückes*, das der Bauherr bereits vor Beginn der Planungsarbeiten erworben hatte, eingerechnet. Solche Beispiele habe ich in der Praxis ebenfalls schon gesehen. Dies ist eine Unsitte. Gegenstand von Kostenschätzungen und Voranschlägen können nur die künftigen Baukosten sein, nicht die bereits bekannten und getätigten Ausgaben namentlich für den Liegenschafts Kauf. Die Einrechnung der bereits bekannten Grundstückskosten in Kostenschätzungen und Voranschläge darf jedenfalls nicht dazu führen, dass diese Kosten bei der Ermittlung der zulässigen Überschreitungstoleranz ebenfalls berücksichtigt werden. Denn damit würde die Toleranzgrenze «künstlich» (d. h. über die Prognoseungenauigkeit hinaus) ausgeweitet. Die Grundstückskosten sind vielmehr abzuziehen, wenn es die massgebliche Überschreitung zu ermitteln gilt.³²

d) Der Kostenvoranschlag des Architekten enthält häufig auch Kostenangaben, die nicht vom Architekten selbst, sondern von den vom Bauherrn beigezogenen Spezialisten stammen.³³ Obschon diese Kostenangaben in den (Gesamt-) Kostenvoranschlag des Architekten integriert werden, sind die *Kostenangaben der Spezialisten* (z. B. über die Baugrubensicherung, die Lüftung etc.) nicht Inhalt der Berechnungen des Architekten und daher nicht Gegenstand seines Kostenvoranschlags.³⁴ Für die Richtigkeit dieser Kostenangaben besteht deshalb grundsätzlich keine Haftung des Architekten. Doch hat der Architekt, der bei der Ausführung des Bauvorhabens die Funktion eines Gesamtleiters ausübt,³⁵ im Rahmen der ihn treffenden Pflicht zur Überwachung der gesamten Baukosten auch die Kosten bei den von den Spezialisten berechneten speziellen Bauteilen zu beaufsichtigen. Mit dieser Feststellung haben wir Domat/Ems aber bereits verlassen und sind etwa 7 km östlich bei der Stadthalle Chur angelangt. Genau dort wurde die Verletzung dieser Pflicht dem vom Bauherrn belangten Architekten zum Verhängnis.

B Vernachlässigung der Kostenkontrolle während der Bauausführung

a) Im «*Churer Stadthallenfall*» bestand die Pflichtwidrigkeit des (bauleitenden) Architekten ausschliesslich in der Vernachlässigung der Kostenkontrolle. Die eigenen Kostenangaben des Architekten (in seinem Kostenvoranschlag) waren hinreichend genau. So wie ich den Entscheid verstehe, waren indessen die Kostenangaben der Spezialisten, die in den «Gesamtkostenvoranschlag» des Architekten übernommen wurden, falsch.³⁶ Jedenfalls hat es der Architekt gemäss den Feststellungen zum Sachverhalt unterlassen, während der Bauausführung jene Kosten in den Bereichen hinreichend zu überwachen, wo Fachplaner und Spezialisten (Bau-, Elektro-, Heizungs- und Sanitäringenieur, Küchen- und Bühnenplaner) tätig waren. Der Architekt wäre indessen nach Auffassung des Bundesgerichts verpflichtet gewesen, «die Spezialisten zu leiten, zu mahnen und dafür zu sorgen, dass sie rechtzeitig ausmessen, abrechnen und ihm rapportieren».³⁷

In der Tat trifft den (bauleitenden) Architekten die Pflicht, die Kosten während der Bauausführung dauernd zu kontrollieren und zu prüfen, ob sie mit dem Kostenvoranschlag übereinstimmen. Abweichungen sind dem Bauherrn zu melden.³⁸ Welchen Umfang das «*Kostencontrolling und -reporting*» hat, beurteilt sich nach der konkreten Vereinbarung. Art. 4.52 der SIA-Ordnung 102/2003 schreibt nur allgemein vor, dass zu den Pflichten des Architekten das «Führen der Baubuchhaltung» und deren «Gliederung in Übereinstimmung mit dem Kostenvoranschlag» gehören. Vom Architekten sind sodann «periodische Kostenrapporte» sowie «Vergleich[e] von Zahlungen und Verpflichtungen mit dem Kostenvoranschlag» vorzulegen. Ein solches periodisches «Kostenreporting» mit der Vorlage von aktualisierten Kostenzusammenstellungen mag zwar in vielen Fällen genügend sein. Zeichnet sich schon beim Eingang der ersten Unternehmerofferten, namentlich bei den Baumeisterofferten, eine Überschreitung des Voranschlags ab, so darf der Architekt nicht zuwarten bis zum nächsten «Reportingtermin». Vielmehr hat der Architekt seinen Kostenvoranschlag generell zu überprüfen und allenfalls einen «revidierten Kostenvoranschlag» zu erstellen.³⁹ Analoges gilt, wenn der Architekt erkennt, dass sich etwa Mehrkosten infolge ausserordentlicher Umstände im Sinne von Art. 373 Abs. 2 OR ergeben. Alsdann hat der Architekt die Angelegenheit abzuklären und den Bauherrn über die zu erwartenden Mehrkosten sofort zu informieren.

b) Verwandt mit der Pflicht zur Kostenkontrolle ist die Pflicht des (bauleitenden) Architekten, den Bauherrn rechtzeitig über die *finanziellen Auswirkungen seiner Änderungs- und Sonderwünsche aufzuklären*, womit dieser nachträglich vom Projekt und Leistungsprogramm abweichen will, das Gegenstand des Kostenvoranschlags gebildet hat.⁴⁰ Bei vertraglicher Übernahme der SIA-Ordnung 102/2003 ergibt

³² So auch ZR 108 (2009), S. 103, mit der Begründung, dass der Architekt diese Kosten nicht beeinflussen könne.

³³ Art. 4.32 SIA-Ordnung 102/2003 verlangt ausdrücklich das «Einbeziehen der durch die Spezialisten erstellten Kostenvoranschläge».

³⁴ HANNES ZEHNDER, Diss., Nr. 183.

³⁵ Vgl. Art. 2.3 SIA-Ordnung 102/2003.

³⁶ Nebenbei bemerkt: Die Spezialisten, welche die Kostenangaben für die von ihnen geplanten Teile der Stadthalle Chur lieferten, handelten dem Architekten gegenüber als Hilfsperson des Bauherrn im Sinne von Art. 101 OR. Daher hätte an sich die Haftung des Architekten wegen eines Selbstverschuldens des Bauherrn gemäss Art. 44 Abs. 1 OR erheblich reduziert werden müssen. Das Kantonsgericht Graubünden und das Bundesgericht gingen indessen (zu Unrecht) trotzdem von einer Vollhaftung des Architekten aus (vgl. «Churer Stadthallenentscheid», E. 6.1).

³⁷ «Churer Stadthallenentscheid», E. 2.1.

³⁸ WALTER FELLMANN, Haftung für falsche Kostenschätzung, S. 228 f.; RAINER SCHUMACHER, Architektenrecht, Nr. 747; HANNES ZEHNDER, Diss., Nr. 279.

³⁹ HANNES ZEHNDER, Diss., Nr. 281. – Nach Art. 4.41 SIA-Ordnung 102/2003 handelt es sich bei dieser Arbeit um eine besonders zu vereinbarende (Zusatz-)Leistung. Dies dürfte deshalb falsch sein, weil es sich um eine Arbeit handelt, «die zur ordnungsgemässen Erfüllung eines Auftrages im Allgemeinen erforderlich» ist (vgl. Art. 3.3.3 SIA-Ordnung 102/2003).

⁴⁰ WALTER FELLMANN, Haftung für falsche Kostenschätzung, S. 229; PETER GAUCH, BR/DC 1989, S. 82; RAINER SCHUMACHER, Architektenrecht, Nr. 753; HANNES ZEHNDER, Diss., Nr. 286 mit weiteren Verweisen.

sich diese Pflicht auch daraus, dass der Architekt gemäss Art. 5.51 den Auftraggeber auf «Folgen seiner Weisungen, insbesondere hinsichtlich Termine, Qualität und Kosten aufmerksam zu machen» hat.

Ob überhaupt und in welcher *Form diese Aufklärung* erfolgen muss, kann nicht allgemein gesagt werden. Dies hängt von den konkreten Umständen, namentlich von der diesbezüglich getroffenen Vereinbarung, ab. Von Relevanz ist dabei, inwieweit der Bauherr überhaupt noch aufgeklärt werden muss.⁴¹ Der Bauherr, der um die Mehrkosten seiner Änderung weiss, weil er selbst in einer Ausstellung einen erheblich teureren Naturstein des Typs «Valser Quarzit», anstelle der im Leistungsbescrieb vorgesehenen Keramikplatten ausgewählt hat, muss nicht mehr über die Mehrkosten informiert werden. Das gleiche gilt für den Bauherrn, der die Änderung selbst auf dem Bau ohne Beizug des Architekten veranlasst hat. Falsch ist auch, wenn – wie der Autor schon selbst gelesen hat – in Urteilen festgehalten wird, der Architekt müsse den Bauherrn mit Bezug auf die Mehrkosten geradezu «abmahnen». Diese Auffassung geht vom falschen Verständnis aus, dass Mehrkosten infolge eines kostentuernden Änderungswunsches des Bauherrn quasi einen «Mangel» der Baute darstellen. Vielfach sind es aber gerade die vorgenommenen Änderungen wie der Einbau von «Valser Quarzit» oder eines zusätzlichen «Combi-Steiners», die der Bauherrschafft nachher bei der Benutzung des Bauobjektes viel Freude bereiten können. Eine Abmahnungspflicht besteht erst dann, wenn die Änderungswünsche des Bauherrn auch sonstige Nachteile zur Folge haben, indem sie nicht bloss zu Mehrkosten, sondern auch zu erheblichen Umpfanungen und/oder zu einer erheblichen Verzögerung in der Bauabwicklung oder gar zu Mängeln führen. Erst dann sind diese Änderungswünsche auch «unzweckmässige Anordnungen» im Sinne von Art. 5.51 der SIA-Ordnung 102/2003.

c) Ergibt sich trotz der Vernachlässigung der Pflicht des Architekten zur wirksamen Kostenkontrolle nach der Bauausführung eine *Überschreitung des Kostenvoranschlages*, die sich *im Rahmen der vereinbarten Toleranzgrenze* bewegt, so wird der Architekt zwar nicht schadenersatzpflichtig (sofern die Vernachlässigung der Kostenkontrolle den Bauherrn nicht mit unnötigen Mehrkosten belastet). Denn es fehlt hier an einem für die Ersatzpflicht notwendigen Vertrauensschaden, da kein schützenswertes Vertrauen des Bauherrn verletzt wurde. Geschützt ist nur das Vertrauen in die relative Richtigkeit des Kostenvoranschlages, d. h. dass die massgeblichen Baukosten die um die Toleranzmarge erhöhte Kostenvoranschlagssumme nicht überschreiten. Doch hat sich der die Kostenkontrolle vernachlässigende Architekt allenfalls eine Reduktion seiner Vergütung, eine Honorarminderung, gefallen zu lassen.⁴² Anders verhält es sich, wenn die Parteien keine Toleranzgrenze vereinbart haben. Da können gerade die (wegen vernachlässigter Kostenkontrolle) fehlenden Hinweise des Architekten auf mögliche Mehrkosten während der Bauausführung nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr den Eindruck erwecken, der Kostenvoranschlag werde überhaupt nicht überschritten, weshalb sich der Architekt im

Überschreitungsfall nicht mehr auf die Toleranzgrenze berufen kann.⁴³

II. Schadensbegriff und Schadensberechnung

A Grundsatz: Ersatz des Vertrauensschadens

a) Die Überschreitung einer Kostenschätzung oder eines Voranschlages begründet an sich noch keinen ersatzfähigen Schaden. Vielmehr besteht das für die Bestimmung des Schadens entscheidende Merkmal (das «schadenstiftende Element») beim zu ungenauen Kostenvoranschlag, bei der Vernachlässigung des Kostenreporting und sogar bei der unterlassenen Aufklärung über die finanziellen Folgen von kostspieligen Änderungswünschen des Bauherrn darin, dass der Bauherr durch diese Vertragsverletzungen des Architekten nicht richtig über die effektiven Baukosten informiert ist. Auf diesem Hintergrund hat das Bundesgericht eine in-zwischen *gängige Definition* für den aus den genannten Vertragsverletzungen resultierenden Schaden entwickelt, die wie folgt Eingang in die Erwägungen des «Domat/Emser Gewerbehausentscheides» gefunden hat:

«Zu ersetzen ist der *Vertrauensschaden*, den der Bauherr erlitten hat, weil er in die Verlässlichkeit der Kosteninformationen vertraut und dementsprechend seine Dispositionen getroffen hat, d. h. nachteilige Vorkehren getroffen und vorteilhafte unterlassen hat (BGE 122 III 61 E. 2c/aa; 119 II 249 E. 2b/aa) [...]. Ein Vertrauensschaden kann dabei von vornherein nur bestehen, soweit der Bauherr auf die Richtigkeit des Voranschlags überhaupt vertraut hat, was namentlich voraussetzt, dass er den Voranschlag überhaupt als solchen zur Kenntnis nahm und nicht um dessen Unrichtigkeit wusste [...].» (E. 3.2).

b) Soweit diese Definition die rechtliche Qualifikation des Schadens als Vertrauensschaden beinhaltet, ist ihr zuzustimmen. Allerdings enthält der klassische Schadensbegriff ebenso ein quantitatives Element, indem der Schaden eine unfreiwillige Vermögensverminderung voraussetzt.⁴⁴ Dementsprechend ist der vom Bundesgericht verwendete Schadensbegriff eigentlich unvollständig. Der Schaden besteht richtig und kurz formuliert in der Differenz zwischen dem jetzigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen des Bauherrn ohne die falschen (und/oder unterbliebenen) Kosteninformationen des Architekten hätte. Das Gesagte ändert aber nichts daran, dass für das Vorliegen eines Schadens zunächst einmal relevant ist, ob der Bauherr im Vertrauen

⁴¹ Abzulehnen ist die Annahme von RAINER SCHUMACHER, Architekten-recht, Nr. 753, wonach der Architekt «in der Regel [...] nicht voraussetzen» darf, dass der Bauherr bei Änderungen oder Sonderwünschen «von sich aus sich allfälliger Mehrkosten bewusst ist und diese akzeptiert». Die Bauherren wissen «in der Regel» durch Besuche von Bauherrenseminarien oder aufgrund eigener Erkundigungen selbst, dass sich bei der Wahl eines teureren Materials oder bei nachträglichen Zusatzwünschen zwangsläufig Mehrkosten ergeben.

⁴² Vgl. RAINER SCHUMACHER, Architektenrecht, Nr. 602 und 606.

⁴³ Vgl. auch «Churer Stadthallenentscheid», E. 4.

⁴⁴ GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 9. Aufl., Zürich 2008, Nr. 2848.

auf die Richtigkeit der Kosteninformationen des Architekten für ihn nachteilige Vermögensdispositionen getroffen hat. Diese nachteiligen Dispositionen können etwa darin bestehen, dass der Bauherr aufgrund einer zu ungenauen Kostenschätzung die Planung eines Bauvorhabens veranlasst oder wegen des zu tiefen Kostenvoranschlags zu tiefen Subventionen bei der kantonalen Denkmalpflege beantragt oder eine günstigere Finanzierung der Gesamtkosten verpasst hat. Diesfalls entspricht der Schaden den aufgelaufenen Planungskosten, den entgangenen Subventionen oder den Mehrkosten der Finanzierung (nicht etwa der Summe, um welche der Kostenvoranschlag überschritten ist!). Diese Fälle sind an sich einfach zu handhaben. Wesentlich schwieriger wird es indessen, wenn es um den klassischen Schaden bei Kostenüberschreitungen, den sogenannten «Ausführungsschaden», geht, dem ich mich jetzt zuwenden möchte.

B Der «Ausführungsschaden»⁴⁵

1. Allgemeines

Der «Ausführungsschaden» entsteht nach gängiger Terminologie dadurch, dass der Bauherr bei richtiger Information über die Baukosten «das Bauwerk auf kostengünstigere Weise realisiert oder von der Realisierung überhaupt abgesehen hätte».⁴⁶ Der «Ausführungsschaden» zeichnet sich durch zwei Merkmale aus: Einerseits hat das falsche Vertrauen in die Verlässlichkeit der Kosteninformationen des Architekten den Bauherrn zur jetzigen Ausführung der Baute verleitet. Andererseits wurde der Bauherr dadurch vermeintlich oder tatsächlich geschädigt, indem sein Vermögen vermindert wurde. Die Forderung auf Ersatz des «Ausführungsschadens» gehört zu den *klassischen Streitforderungen enttäuschter Bauherren*, die behaupten, sich fälschlicherweise auf die Kosteninformationen des Architekten verlassen zu haben.⁴⁷

2. Zum mutmasslichen Verhalten des Bauherrn bei richtiger Kosteninformation

Von der Struktur des «Ausführungsschadens» her stellt sich vorab die Frage, wie sich der Bauherr verhalten hätte, wenn er über die Baukosten richtig informiert gewesen wäre. Dies ist die Frage nach dem sogenannten «*hypothetischen Alternativverhalten des Bauherrn*»,⁴⁸ d.h. die Frage nach dem mutmasslichen Verhalten des Bauherrn bei richtiger Kosteninformation:

a) An sich ist der Bauherr, der einen Schaden geltend macht, dafür darlegungs- (d.h. substantiierungs-) und beweispflichtig, dass er sein Verhalten bei richtiger Information des Architekten über die Baukosten geändert hätte.⁴⁹ Doch ist ein strikter Nachweis für diese hypothetische Tatsache von der Natur der Sache her nicht möglich. Wie der Bauherr sich bei Kenntnis der effektiven Kosten tatsächlich verhalten hätte, lässt sich nicht mit absoluter Sicherheit eruieren. Man kann ja den Bauablauf nicht einfach noch einmal mit einer korrek-

ten Information des Architekten wiederholen lassen. Vielmehr ist der Richter bei der Ermittlung des mutmasslichen Verhaltens des Bauherrn auf Hypothesen angewiesen. Er hat sich mit einem Wahrscheinlichkeitsbeweis zu begnügen.⁵⁰ Die Ermittlung des mutmasslichen Verhaltens des Bauherrn bei richtiger Kosteninformation erfolgt durch *Schluss vom Bekannten auf das Unbekannte*. Bekannt und vom Bauherrn nachzuweisen sind dabei seine finanzielle Situation nach der Ausführung der Baute und sein Verhalten während der Abwicklung des Bauvorhabens, namentlich in Bezug auf den Kostenpunkt. Von diesen beiden Prämissen her erfolgt der Schluss auf das mutmassliche Verhalten des Bauherrn. Dabei wird der Richter im Zweifel davon auszugehen haben, dass der Bauherr sich wie ein «vernünftiger Bauherr» benommen hätte und sein Verhalten geändert hätte, wenn er über die Kosten richtig informiert gewesen wäre.⁵¹

b) Ist *keine (mutmassliche) Verhaltensänderung* anzunehmen, weil der Bauherr auch bei Kenntnis der effektiven Kosten die Baute unverändert hätte ausführen lassen, oder durfte der Bauherr gar nicht mehr auf den Voranschlag vertrauen, so liegt kein (Vertrauens-)Schaden vor. So haben Kantonsgericht Graubünden und Bundesgericht einer Gastronomieunternehmerin, welche in St. Moritz ein Restaurant umbauen liess, die Berufung auf den Vertrauensschaden trotz massiver Kostenüberschreitung mit der Begründung verwehrt, die Bauherrin hätte sich «bewusst sein müssen, dass sich aufgrund des Bauunterbruchs, des hohen Termindrucks und der zahlreichen Änderungs- und Zusatzwünsche gegenüber dem Kostenvoranschlag für das ursprüngliche Bauprojekt erhebliche Kostensteigerungen ergaben, sodass die Bauherrin auf den Kostenvoranschlag nicht habe vertrauen dürfen».⁵²

c) Ist eine (mutmassliche) Verhaltensänderung zu bejahen, so stellt sich die Frage, worin diese bestanden hätte. Rechtsprechung und Lehre haben bisher beim Ausführungsschaden nicht danach unterschieden, ob der Bauherr «auf das Bauvorhaben [...] verzichtet oder jedenfalls weniger dafür ausgegeben» (d.h. billiger gebaut) hätte.⁵³ Zwischen dem (gänzlichen) Verzicht auf ein Bauvorhaben und der billigeren Bauweise besteht indessen ein erheblicher Unterschied. Vor allem ergibt sich ein *völlig anderes Schadensbild*, je

⁴⁵ Begriff nach PETER GAUCH, FS Heiermann, S. 87.

⁴⁶ «Domat/Emser-Gewerbehauentscheid» E. 5.1.1.

⁴⁷ PETER GAUCH, FS Heiermann, S. 86.

⁴⁸ «Domat/Emser Gewerbehauentscheid» E. 5.1.1; «Churer Stadhallenentscheid», E. 5.1.

⁴⁹ BGer 4D_131/2009 (16.12.2009) E. 3.3.3 (fr.); BGer 4C.71/2003 (25.5.2003) E. 3.

⁵⁰ MAX KUMMER, Berner Kommentar, N 211 zu 8 ZGB; RAINER SCHUMACHER, Architektenrecht, Nr. 768.

⁵¹ RAINER SCHUMACHER, Architektenrecht, Nr. 768.

⁵² BGer 4A_159/2009 (8.9.2009) E. 1.1; in diesem Sinne auch BGer 4D_131/2009 (16.12.2009) E. 3.3.4 (fr.). – Eine mutmassliche Verhaltensänderung wurde ebenso im BGer 4C.71/2003 (27.5.2003) verneint, dies u. a. mit der Begründung, die Renditeerwartungen des Bauherrn hätten sich trotz der Mehrkosten erfüllt.

⁵³ «Domat/Emser Gewerbehauentscheid» E. 5.1.1; RAINER SCHUMACHER, Architektenrecht, Nr. 768.

nachdem ob von einem gänzlichen Verzicht auf das Bauvorhaben oder von einer billigeren Bauweise ausgegangen wird. Daher ist im Hinblick auf die Schadensermittlung auch die Frage zu klären, ob der Bauherr bei richtiger Kosteninformation auf das Bauvorhaben verzichtet oder «bloss» billiger gebaut hätte. Gelangt man zum Schluss, er hätte billiger gebaut, so stellt sich sogleich die Frage nach den mutmasslichen Kosten, die der Bauherr in Kauf genommen hätte.

3. Der Schaden bei (angenommenem) Verzicht auf die Baute

Bisher wurde nur das mutmassliche Verhalten des Bauherrn abgehandelt. Jetzt geht's ums Geld! Steht fest, dass der Bauherr bei richtiger Kosteninformation auf das Bauvorhaben gänzlich verzichtet hätte, so besteht sein Schaden in der Differenz zwischen dem jetzigen Vermögensstand mit der überbauten Liegenschaft und dem Stand, den sein Vermögen hätte, wenn er das geplante Bauvorhaben nicht realisiert hätte. Ein solcher Schaden lag mit ziemlicher Sicherheit auch beim «*Domat/Emser Gewerbehausfall*» vor. In diesem Fall war der Bauherr nämlich gezwungen, seine Liegenschaft über CHF 900 000.– unter den Gestehungskosten (welche die Kosten des Baulandes und der Baute beinhalteten) zu verkaufen. Gerade wenn der Bauherr letztlich eine Baute erhält, deren Wert erheblich unter den Gestehungskosten liegt, ist mangels anderer Anhaltspunkte anzunehmen, dass er auf die unerwartet teure Baute verzichtet hätte, weshalb der Schaden grundsätzlich in der Differenz zwischen den Gestehungskosten und dem Verkehrswert des überbauten Grundstückes (dessen Veräusserungswert) liegt.⁵⁴ Dies gilt erst recht, wenn der Bauherr gezwungen ist, die für ihn zu teure Baute zu veräussern. Ebenfalls auf einen Verzicht auf die Baute kann allenfalls geschlossen werden, wenn der Bauherr die Baute wegen Erschöpfung seiner finanziellen Mittel nicht fertigstellen kann, sodass ihm eine «Bauruine» verbleibt.

4. Der Schaden bei (angenommener) billigerer Bauweise

Die Schadensdefinition bei (angenommener) billigerer Bauweise ist an sich unproblematisch: Der Schaden besteht in der Differenz zwischen dem jetzigen Vermögen des Bauherrn und dem Stand, den sein Vermögen hätte, wenn er billiger gebaut hätte. Die eigentlichen Probleme beginnen bei der Beantwortung der Frage, zu welchem Betrag denn der Bauherr, der bei richtiger Kosteninformation die billigere Bauweise gewählt hätte, überhaupt gebaut hätte. Die *Frage nach den in Kauf genommenen Baukosten* wird in Lehre und Rechtsprechung erstaunlicherweise gar nicht gestellt, sondern einfach übergangen. Es wird vielmehr stillschweigend vorausgesetzt, die (vom Bauherrn mutmasslich gewählte) billigere Bauweise hätte der Bausumme gemäss Kostenvoranschlag zuzüglich eines allfälligen Toleranzbetrages entsprochen. Die Basis für die bisher gängige Ermittlung des Schadens bei angenommener billigerer Bauweise bildete nämlich faktisch immer die Summe der letzten Kostenprognose, gegebenenfalls um den Prozentsatz der Toleranzgrenze

erhöht. Diese Summe wurde mit den effektiven Kosten verglichen und aus dieser Differenz wurde der Schaden ermittelt.⁵⁵ Diese Annahme (bezüglich der in Kauf genommenen Baukosten) stimmt (wenn überhaupt) nur bedingt. Es ist zu unterscheiden:

a) Hätte sich wegen des Fehlens vernünftiger Einsparmöglichkeiten das geplante Bauvorhaben zur Kostenvoranschlagssumme (zuzüglich einer Toleranz) eigentlich überhaupt nicht realisieren lassen, so verbietet sich die Annahme, der Bauherr hätte billiger gebaut. Wo nichts eingespart werden kann, kann auch nicht billiger gebaut werden. Eine billigere Bauweise ist da zu verneinen, wo «notwendige bauliche Massnahmen» in Anlehnung an Art. 647c ZGB realisiert wurden. Der Bauherr müsste alsdann zur Durchsetzung eines Schadenersatzanspruches gegen den Architekten dartin und beweisen, dass er bei richtiger Kosteninformation überhaupt nicht gebaut hätte. Ein gänzlicher Verzicht auf die Baute wiederum ist indessen nicht leichtthin anzunehmen; dies schon gar nicht, wenn keine erhebliche Differenz zwischen dem Veräusserungswert (dem Verkehrswert) der Baute und deren Gestehungskosten besteht. Dies legt es nahe, bei fehlendem Einsparpotenzial bei der Bauausführung das Vorliegen eines Schadens zu verneinen. Oder anders gesagt: *Nicht vermeidbare Baukosten begründen keinen Schaden*. Bei dieser Konstellation hat der Bauherr mangels eines Schadens die Überschreitung von Kostenvoranschlägen und -schätzungen trotz einer Vertragsverletzung des Architekten ohne einen Anspruch auf Schadenersatz hinzunehmen. Dem Bauherrn bleibt diesfalls höchstens ein Anspruch auf Honorarminderung gegen den unsorgfältig handelnden Architekten.

Einschränkend ist indessen beizufügen: Diese Betrachtungsweise wird der Vermögenssituation des Bauherrn dann nicht gerecht, wenn dieser aus finanziellen Gründen gar nicht in der Lage ist, die Kosten seines Bauwerkes zu tragen und in eine Notlage gerät. Bei einer *Notlage des Bauherrn* rechtfertigt es sich in personeller Umkehr von Art. 44 Abs. 2 OR, eine Ersatzpflicht des Architekten aus normativen Gründen zu bejahen.⁵⁶ Der Schaden ist alsdann «nach Ermessen des Richters» gemäss Art. 42 Abs. 2 OR unter Berücksichtigung aller Umstände festzusetzen. Dem Bauherrn darf dabei schon wegen seiner sachenrechtlichen Verfügungsfreiheit als Grundeigentümer nicht zugemutet werden, dass er sein Grundstück veräussert, nur um einen Schaden möglichst zu vermeiden.⁵⁷

⁵⁴ Hat der Bauherr die unbebaute Liegenschaft bereits «überteuert» erworben, so ist bei der Verkehrswertschätzung ein entsprechender «Abschlag» zu machen. Denn für diesen Umstand ist der Architekt nicht verantwortlich, sofern er nicht mit seiner zu ungenauen Kostenprognose den Bauherrn schon zum Erwerb des Grundstückes veranlasst hat.

⁵⁵ Vgl. BGE 122 III 61 E. 2c/aa; BGE 119 II 249 E. 3c.

⁵⁶ Dazu einlässlich HANNES ZEHNDER, Diss., Nr. 252 ff.; vgl. auch BGE 122 III 61 E. 2c/aa, wonach ein Schaden zu bejahen ist, wenn «die Investition die wirtschaftlichen Möglichkeiten» des Bauherrn übersteigt.

⁵⁷ PETER GAUCH, FS Heiermann, Anm. 44; RAINER SCHUMACHER, Architektrecht, Nr. 768; HANNES ZEHNDER, Diss., Nr. 253.

b) Soweit *Einsparpotenzial* bei der Ausführung des geplanten Bauvorhabens bestanden hätte, hätten effektiv allfällige Mehrkosten durch Reduktionen am Projekt vermieden werden können. Insoweit rechtfertigt sich die Annahme, der Bauherr hätte bei richtiger Kosteninformation billiger gebaut. Ein solches Einsparpotenzial besteht bei «nützlichen» oder «der Verschönerung und Bequemlichkeit dienenden» (d. h. luxuriösen) baulichen Massnahmen, wie sie in Art. 647d und 647e ZGB umschrieben sind. Dementsprechend können die Kosten für nützliche und luxuriöse Massnahmen den «Bruttoschaden» des Bauherrn darstellen, der bei richtiger Kosteninformation billiger gebaut hätte; dies immer unter der Voraussetzung, die sich aus dem Begriff des Vertrauensschadens herleitet, dass der Bauherr gerade auf diese Massnahmen verzichtet hätte.

Sogleich stellt sich die Frage, wie es sich mit einem *Mehrwert* verhält, den diese baulichen Massnahmen für den Bauherrn bringen. Dieser Mehrwert ist grundsätzlich anzurechnen, da der Bauherr sonst ungerechtfertigt bereichert wäre.⁵⁸ Was den Umfang des anzurechnenden Wertes anbelangt, so ist dieser nach Art. 42 Abs. 2 OR auf das konkrete Bauobjekt bezogen «abzuschätzen». Insoweit ist der subjektive Wert massgebend.⁵⁹ Da für eine solche Wertbestimmung allenfalls auch Fachwissen benötigt wird, erscheint häufig der Beizug eines Experten angezeigt. Generell dürfte indessen gelten, dass bei nützlichen Bauleistungen der anzurechnende Mehrwert grösser ist als bei luxuriösen. Ferner spielt das «bauliche Umfeld» eine Rolle. Was in der Zürichseeregion oder im Kanton Zug vielfach inzwischen zum normalen Standard gehört, kann etwa im Jura als luxuriös empfunden werden (weil die entsprechenden Aufwendungen auch kaum realisierbar sind). Schliesslich ist zu beachten, dass der Schaden insoweit beschränkt ist, als er im Maximum in der Differenz zwischen der Kostenvoranschlagssumme zuzüglich eines allfälligen Toleranzbetrages und den effektiven Baukosten bestehen kann. Denn der Vertrauensschutz, welchen der Kostenvoranschlag bietet, verlangt, dass der Bauherr zumindest die darin genannten Kosten (zuzüglich eines allfälligen Toleranzbetrages) in Kauf nimmt. Es ist ja nicht anzunehmen, dass der Bauherr bei richtiger Kosteninformation gar noch «billiger» als für die Kostenvoranschlagssumme zuzüglich des Toleranzbetrags gebaut hätte.

Das Gesagte sei an einem *Zahlenbeispiel* erläutert:

Kostenüberschreitung über Toleranzgrenze	CHF 250 000
(Mutmasslich eingesparte) Kosten nützlicher Massnahmen	CHF 70 000
(Mutmasslich eingesparte) Kosten luxuriöser Massnahmen	<u>CHF 120 000</u>
«Bruttoschaden»	CHF 190 000
./. Mehrwert nützlicher Massnahmen (Annahme 50% von CHF 70 000)	CHF 35 000
./. Mehrwert luxuriöse Massnahmen (Annahme 33,33% von CHF 120 000)	<u>CHF 40 000</u>
Effektiver Schaden	CHF 115 000

Auch bei der Vereinbarung einer *Kostenlimite* ist der Schaden in der vorhin dargestellten Weise zu ermitteln. Denn

die Abrede einer Kostenlimite hat «nur» zur Folge, dass die Toleranzgrenze nicht gilt. Darin erschöpfen sich die Wirkungen der Kostenlimite. Die Kostenlimite hat grundsätzlich keinen Einfluss auf die Schadensbestimmung. Anders verhält es sich nur, wenn Bauherr und Architekt ausnahmsweise eine *Bausummengarantie* vereinbart haben. Mit der Bausummengarantie verspricht der Architekt dem Bauherrn nicht bloss die Einhaltung eines bestimmten Kostenbetrages, sondern zusätzlich die darüber liegenden Kosten zu ersetzen⁶⁰. Alsdann kann der Bauherr vom Architekten die Erfüllung dieses Leistungsversprechens fordern, und zwar unabhängig davon, wie es sich mit seinem Schaden verhält.

III. Fazit

Im vorliegenden Aufsatz wird eine *neue Berechnungsweise des «Ausführungsschadens»* postuliert. Anknüpfungspunkt für die Schadensberechnung bildet zunächst das jeweilige mutmassliche Verhalten des Bauherrn bei richtiger Kosteninformation durch den Architekten. Alsdann wird entsprechend dem angenommenen mutmasslichen Verhalten differenziert und der Schaden quantifiziert. Diese Schadensberechnung weicht von der bisherigen Praxis des Bundesgerichts und der herrschenden Lehre ab. Diese betrachtet den Schaden in den Kosten, die über der Kostenvoranschlagssumme zuzüglich eines allfälligen Toleranzbetrages liegen, abzüglich eines gewissen Prozentsatzes für den anzurechnenden Mehrwert.⁶¹ Die bisher gängige Schadensberechnung beruht auf der Annahme, dass der Bauherr bei richtiger Kosteninformation zur Kostenvoranschlagssumme zuzüglich Toleranzbetrag gebaut hätte. Diese Annahme ist eine unzulässige Vereinfachung, indem nicht unterschieden wird, ob der Bauherr auf das Bauvorhaben ganz verzichtet oder bloss billiger gebaut hätte. Die Annahme ist aber auch deshalb falsch, weil sich das geplante Bauvorhaben in den meisten Fällen nicht zur Kostenvoranschlagssumme (zuzüglich Toleranzbetrag) hätte realisieren lassen können. Wegen dieser unzulässigen Vereinfachung und wegen ihrer falschen Prämisse lässt sich die herrschende Praxis und Lehre dogmatisch nicht aufrechterhalten.

⁵⁸ «Domat/Emser Gewerbshausentscheid», E. 5.2; BGE 122 III 61 E. 2c/aa.

⁵⁹ Vgl. PETER GAUCH, FS Heiermann, S. 88.

⁶⁰ PETER GAUCH, FS Heiermann, S. 89; HANNES ZEHNDER, Diss., Nr. 79. ff.

⁶¹ BGE 122 III 61 E. 2c/cc (angerechneter Mehrwert: 70%); BGE 119 II 249 E. 3c (angerechneter Mehrwert: 50%); vgl. auch RAINER SCHUMACHER, Architektenrecht, Nr. 777.