

## Die «Requalifizierung» des Architekturvertrages – Praxisänderung des Bundesgerichts

Entscheid vom 13. 12. 1983 = Pra. 1984, S. 203 ff.

Prof. PETER GAUCH, Universität Freiburg

*La qualification du contrat d'architecte est controversée depuis des années. Dans une jurisprudence antérieure, le Tribunal fédéral y voyait tantôt un mandat, tantôt un contrat d'entreprise; par l'arrêt Sauter (ATF 98/1982 II 311), il avait décidé que ce contrat serait soumis sans réserve aux règles du mandat, même s'il concerne l'établissement des plans. Dans un arrêt du 13 décembre 1983 (publié actuellement dans la Pra. 1984, p. 203 ss), il revient pratiquement à la solution précédente, tout en considérant que le contrat global (comprenant toutes les prestations d'architecte) reste un contrat mixte. Cette solution est approuvée par l'auteur, qui rejette toutefois la construction du contrat mixte pour préconiser une application exclusive des règles du mandat.*

### I. Die bisherige Geschichte

1. Kaum ein anderer Vertrag hat eine so bewegte Geschichte wie der Architekturvertrag. Dessen **Qualifikation ist seit Jahren umstritten**, was seinen Niederschlag auch in dieser Zeitschrift gefunden hat<sup>1</sup>. Der Streit hängt damit zusammen, dass die Tätigkeit des Architekten die verschiedenartigsten Einzelleistungen umfasst und es *den* Architekturvertrag mit immer gleichem Inhalt gar nicht gibt<sup>2</sup>. Wie vielfältig die Einzelleistungen des Architekten sind, zeigt der Leistungsbeschrieb in der SIA-Ordnung 102 (Ausgabe 1984, Art. 4).

2. Der Streit um die Qualifikation (die rechtliche Einordnung) des Architekturvertrages hat durchaus praktische Bedeutung, weshalb auch die **Rechtsprechung des Bundesgerichts** davon erfasst wurde:

- *Die frühere Rechtsprechung* (BGE 93 II 313; 89 II 406; 64 II 10) liess sich (bis zu BGE 98 II 311 f.) von drei Grundsätzen leiten<sup>3</sup>. Erster Grundsatz: Ist der entgeltliche Architekturvertrag im Einzelfall ein blosser Planungsvertrag, der sich auf die Herstellung von Plänen (von «Skizzen und Bauprojekten, ... Ausführungs- und Detailplänen») beschränkt, so handelt es sich um einen Werkvertrag (BGE 63 II 176; 64 II 10). Zweiter Grundsatz: Die «Herstellung von Kostenvoranschlägen, die Vergebung von Arbeiten und die Oberaufsicht sowie die Revision» bil-

den Gegenstand eines einfachen Auftrages (BGE 63 II 177). Dritter Grundsatz: Werden «alle Funktionen miteinander einem Architekten übertragen», so stellt sich der Architekturvertrag insgesamt als einfacher Auftrag dar, «mit der Massgabe, dass nötigenfalls die Spezialvorschriften des Werkvertrages aushilfsweise herangezogen werden dürfen». Denn «praktische Erwägungen... sprechen zwingend für eine grundsätzlich einheitliche Behandlung des ganzen Vertragsverhältnisses», wobei der Auftrag dem Werkvertrag vorzuziehen ist (BGE 63 II 177 ff.; 89 II 406; 93 II 313).

- Diese frühere Rechtsprechung setzt voraus, dass Gegenstand einer werkvertraglichen Unternehmerleistung (Art. 363 OR) auch ein unkörperliches Werk sein kann. *Die neuere Rechtsprechung* des Bundesgerichts hat im berühmten *BGE 98 II 311 f.* diese Möglichkeit zunächst verneint und den Architekturvertrag, selbst wenn er sich in der Ausarbeitung von Plänen erschöpfen sollte, vorbehaltlos dem Auftragsrecht unterstellt<sup>4</sup>. Im «Geometerentscheid», *BGE 109 II 37 ff.*<sup>5</sup>, wurde der Werkvertrag zwar wiederum und richtigerweise<sup>6</sup> auf unkörperliche Werke ausgedehnt. Zur Frage aber, wie sich diese «Ausdehnung» auf die Qualifikation des Architekturvertrages auswirken werde, konnte sich das Gericht im genannten Urteil noch nicht äussern.

<sup>1</sup> Vgl. *Steffen*, Bemerkungen zur Qualifikation des Architektenvertrages, BR 1982, S. 48 ff.; *Tercier*, Encore la nature juridique du contrat d'architecte, BR 1979, S. 9.

<sup>2</sup> *Gauch*, Zurück zum Geist-Werkvertrag!, recht 1983, S. 135.

<sup>3</sup> Vgl. *Gauch*, recht 1983, S. 135 ff.

<sup>4</sup> Ebenso: BGr. Semjud 100, 1978, S. 392 f.; ZWR 1980, S. 253 f.; kritisch aber: VPB 1980, Nr. 17, S. 62 ff.; Extraits 1977, S. 28.

<sup>5</sup> Vgl. dazu *Ducrot*, BR 1983, S. 50 ff.; *Gauch*, recht 1983, S. 132 ff.; ferner BR 1984, S. 14 f., Nr. 6 und Nr. 7.

<sup>6</sup> Vgl. *Gauch*, a.a.O., S. 133 ff., mit den Einschränkungen auf S. 134 f.; ferner Anmerkung zu BR 1984, S. 15, Nr. 7.

Doch schon im *Entscheid vom 13. 12. 1983* (= Pra. 1984, S. 203 ff.) griff das Bundesgericht die offengelassene Qualifikationsfrage auf. In diesem Entscheid kehrt das Gericht, was die Qualifikation des Architekturvertrages betrifft, im wesentlichen zu seiner früheren Rechtsprechung (Ziff. 2) zurück. Der Architekturvertrag wird gewissermassen «requalifiziert».

## II. Der Entscheid vom 13. 12. 1983

3. Der soeben erwähnte Entscheid vom 13. 12. 1983 beinhaltet eine wichtige Praxisänderung, indem er bewusst vom vielerorts kritisierten BGE 98 II 311 f. abrickt. Die einschlägigen Entscheidstellen lauten:

«c) Was nach BGE 109 II 34 ff. = Pra. 72 Nr. 147 für die Tätigkeit eines Geometers gilt, ist in gleicher Weise für den Architekten, der Ausführungspläne und Kostenvoranschläge zu erstellen hat, von Bedeutung, allenfalls sogar, wenn er Bauprojekte ausarbeiten muss. Im Gegensatz zu BGE 98 II 310 E. 3 = Pra. 62 Nr. 36 können derartige Arbeiten, wenn sie dem Architekten selbständig übertragen sind, durchaus auf einem Werkvertrag beruhen (ebenso *Ducrot*, in Baurecht 1983, S. 52 f.; *Gauch*, recht, S. 135/136; *Jäggi*, in SJZ 69/1973, S. 303; *Schlupe*, in SPR VII/2, S. 903 f.). Andere Aufgaben wie Arbeitsvergebung und Bauaufsicht sind dagegen nach weitgehend unbestrittener Ansicht in der Literatur nur als Auftrag rechtlich fassbar.

d) Soweit ein Architektenvertrag sich beispielsweise nur auf das Erstellen von Plänen oder die Bauaufsicht beschränkt, ist er wohl problemlos entweder dem Werkvertragsrecht oder dem Auftragsrecht zuzuordnen. Schwieriger wird es, wenn der Architekt mit der Projektierung und Ausführung der Baute insgesamt beauftragt ist. Dem verständlichen Bestreben nach einheitlicher Subsumtion des Vertragsverhältnisses kam die Rechtsprechung seit BGE 98 II 310 E. 3 = Pra. 62 Nr. 36 mit der vorbehaltlosen Anwendung von Auftragsrecht entgegen, wobei sie unbefriedigende Konsequenzen einfach in Kauf nahm oder mit Konstruktionen abwendete, wie sie noch zu erwähnen sind. Anpassungsfähigere Lösungen, die analog etwa der früheren Praxis neben Auftragsrecht Elemente des Werkvertragsrechts zugelassen hätten, verwarf sie mit der Begründung, OR 394 II schliesse im Bereich der Arbeitsleistungen Verträge sui generis aus (BGE 106 II 159 E. a, 104 II 110 E. 1 = Pra. 69 Nr. 228, 67 Nr. 182). In der neueren Lehre ist das auf Kritik gestossen (*Bucher*, in ZSR 102/1983 II, S. 322 ff.; *Gauch*, recht, S. 136; *Gauch/Schlupe/Jäggi*, 3. A., Nr. 493; *Guhl/Merz/Kummer*, 7. A., S. 445; *Hofstetter*, in SPR VII/2, S. 24 ff.; *Jäggi*, S. 302 ff.; *Merz*, in ZBJV 116/1980, S. 20 f.; *Schlupe*, S. 903 f.; *Vischer*, in SPR VII/1, S. 313; *Pedrazzini*, in SPR VII/1, S. 504 f.).

Für die strenge Auslegung von OR 394 II sprechen nach *Gautschi* (N 56 zu OR 394; ebenso SJZ 70/1974, S. 22 f.) neben dem Wortlaut auch die Gesetzesmaterialien. Indes belegt *Bucher* (in ZSR 102/1983 II, S. 286 f., 324 Anm. 74), dass diese Materialien den Schluss, der Gesetzgeber habe mit der Vorschrift die in OR 19 verankerte Vertragsfreiheit einschränken wollen, nicht rechtfertigen. In der Tat behält OR 394 II auch als dispositives Recht durchaus seine Bedeutung. Nach Ansicht der Mehrheit der Kritiker kann das die Zulassung von Verträgen sui generis rechtfertigen; jedenfalls lassen sich gemischte Verträge, bei denen Elemente eines anderen gesetzlichen Vertragstyps neben solchen des Auftragsrechts gegeben sind, ohne weiteres mit dem Wortlaut des Gesetzes vereinbaren (für diese Unterscheidung BGE 104 II 110 = Pra. 67 Nr. 182 E. 1).

OR 394 II zwingt demnach nicht dazu, ein komplexes Vertragsverhältnis wie den Architektenvertrag entweder ganz als Auftrag oder ganz als Werkvertrag zu beurteilen. Die Anerkennung gemischter Verträge erlaubt den Vertragspartnern wie dem Richter, den Umständen angepasste Lösungen zu finden, die der Rechtswirklichkeit besser entsprechen als eine einheitliche Qualifikation. Alle Probleme sind damit freilich nicht gelöst. 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 einem Projektierung und Bauausführung umfassenden Architektenvertrag dem Vertrauensverhältnis zwischen dem Bauherrn und dem Architekten soviel Bedeutung zu, dass die Auflösungsregel von OR 404 den Vorzug verdient» (Pra. 1984, S. 204 f.).

## III. Der Kommentar

4. Dieser Entscheid vom 13. 12. 1983, der sich konsequent an BGE 109 II 37 ff. anschliesst und einmal mehr die Freiheit des Bundesgerichts gegenüber eigenen Urteilen aufzeigt, ist grundsätzlich zu begrüssen<sup>7</sup>. Darin kehrt das Bundesgericht, wie gesagt, im wesentlichen zu seiner früheren Rechtsprechung zurück, wenn auch mit folgenden Nuancen:

- Zu den Architekturarbeiten, deren selbständige Übertragung auf Werkvertrag beruht, zählt jetzt das Gericht zu Recht auch die (entgeltliche) *Ausarbeitung von Kostenvoranschlägen*. Der werkvertragliche Charakter eines blossen Planungsvertrages, der die Erstellung von Bauprojekten umschliesst, wird demgegenüber nur mit einer gewissen (jedoch unbegründeten) Zurückhaltung befürwortet.

- Für den *Gesamtvertrag*, der über die Planung hinaus auch die Architektenleistungen der Ausführungsphase umfasst, nimmt das Gericht *ein aus Auftrag und Werkvertrag gemischtes Vertragsverhältnis* an. Damit vollzieht es eine weitere Kehrtwendung. Es verlässt seine zeitweilige Praxis, wonach jeder Vertrag auf Arbeitsleistung, der unter keinen besonderen Vertragstypus des Gesetzes falle, gestützt auf Art. 394 Abs. 2 OR als einfacher Auftrag zu behandeln sei<sup>8</sup>. Auch diese Kehrtwendung ist an sich zu begrüssen. Was aber den Gesamtvertrag des Architekten betrifft, stösst die Annahme eines gemischten Vertragsverhältnisses auf Zweifel. Denn:

5. Der *Gesamtvertrag*, in dem ein Architekt (als «Vollarchitekt») sämtliche Architektenleistungen, mindestens aber die Planung und die Bauleitung übernimmt, verlangt eine einheitliche Behandlung des ganzen Vertragsverhältnisses nach Auftragsrecht (Art. 394 ff. OR). Die Gründe hiefür sind die folgenden (*Gauch*, recht 1983, S. 136):

- Der Gesamtvertrag des Architekten bildet von seinem Ziele her eine *Einheit*. Er vereinigt die Einzelleistungen des Architekten zu einer geistigen Gesamttätigkeit, durch die der Architekt zur Errichtung einer Baute beiträgt. Doch wird vom Architekten weder die Baute selbst geschuldet, da die (kör-

<sup>7</sup> So auch *Koller-Tumler*, recht 1984, S. 55.

<sup>8</sup> BGE 109 II 36; 106 II 159; 104 II 110 f.

perlichen) Bauarbeiten ändern (den Bauunternehmern) übertragen sind. Noch schuldet der Architekt mit seiner Gesamttätigkeit einen sonstigen Erfolg, der ein Werk im Sinne des Werkvertragsrechts wäre. Die in Deutschland vertretene Ansicht, wonach der Architekt zur Ausführung eines geistigen (von der körperlichen Baute verschiedenen) «Architektenwerks» und deshalb werkvertraglich verpflichtet sei<sup>9</sup>, erklärt sich aus der dortigen Rechtslage. Sie wirkt «konstruiert» und ist jedenfalls für die Schweiz abzulehnen<sup>10</sup>.

- Somit ist klar: Der Gesamtvertrag des Architekten entzieht sich den Regeln des Werkvertrages, während sich seine *Qualifikation als einfacher Auftrag* rechtfertigt. Die jetzige Meinung des Bundesgerichts, wonach ein aus Auftrag und Werkvertrag gemischtes Vertragsverhältnis vorliegt (Ziff. 3), hat zwar den Umstand für sich, dass der blosser Planungsvertrag, allein genommen, die Merkmale eines Werkvertrages aufweist<sup>11</sup>. Dennoch vermag sie nicht zu überzeugen. Dagegen sprechen folgende Überlegungen:
- Im Gesamtvertrag richtet sich (nach dem typischen Vertragswillen der Parteien) die Planungstätigkeit des Architekten nicht auf selbständig geschuldete Arbeitserfolge, sondern geht als Teil der Gesamttätigkeit im Ganzen auf<sup>12</sup>. Eine *Aufsplitterung des Ganzen in Einzelleistungen mit rechtlich differenzierter Behandlung wird dem Sachverhalt nicht gerecht*, weil die geschuldete Gesamttätigkeit qualitativ etwas anderes ist als die Summe der einzelnen Verrichtungen<sup>13</sup>. Dass einzelne Verrichtungen, würde man sie gesondert vereinbaren, dem Werkvertragsrecht unterständen, vermag den Gesamtvertrag des Architekten ebensowenig zu einem gemischten Vertragsverhältnis zu machen wie etwa den Heilungsvertrag mit dem Arzt oder den Prozessführungsvertrag mit dem Anwalt.
- Dazu kommt, dass der Gesamtvertrag des Architekten sich aus einer Vielzahl von Einzelleistungen zusammensetzt, wie der Leistungsbeschreibung der SIA-Ordnung 102 (Art. 4.1-4.5) eindrücklich demonstriert. Eine rechtlich differenzierte Behandlung dieser Einzelleistungen, die sich zur Gesamtleistung des «Vollarchitekten» zusammenfügen, und eine damit verbundene *Spaltung der Rechtsfolgen müsste zu einem völlig unpraktikablen Ergebnis führen*. Das

gilt um so mehr, als Architektenleistungen, die bei separater Vereinbarung werkvertraglichen Charakter hätten, in sämtlichen Phasen der Vertragserfüllung (auch in der «Vorbereitungsphase der Ausführung», in der «Ausführungsphase» und der «Abschlussphase»: SIA-Ordnung 102, Art. 4.3-4.5) vorkommen. Solche Leistungen aus dem Ganzen herauszuschälen und sie dem Werkvertragsrecht (z. B. der strengen Prüfungs- und Rügeordnung der Art. 367/370 OR) zu unterwerfen, widerspricht nicht nur der Wirklichkeit des Gesamtvertrages, sondern ganz entschieden auch den Bedürfnissen der Praxis<sup>14</sup>. Was die vorzeitige Vertragsauflösung betrifft, hat das Bundesgericht dies selber eingesehen, indem es in seinem Entscheid vom 13. 12. 1983 insgesamt und ungeteilt die Auflösungsregel des Art. 404 OR zur Anwendung bringt (Ziff. 4). Ein anderer Weg sei nicht «gangbar»; er ist es auch nicht hinsichtlich der übrigen Rechtsfragen, die sich im Gesamtvertrag des Architekten stellen<sup>15</sup>.

6. Die **Auflösungsregel des Art. 404 OR** gibt sowohl dem Auftragnehmer als auch dem Auftraggeber ein Recht auf jederzeitige Vertragsauflösung (Abs. 1) und sieht eine Schadenersatzpflicht nur für die Auflösung zur Unzeit vor (Abs. 2)<sup>16</sup>. Nach bisher ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts<sup>17</sup> hat diese Regel zwingenden Charakter, was nur für unentgeltliche und «höchstpersönliche» Aufträge passt<sup>18</sup>. Für andere Verträge, auch für den Auftrag des Architekten, gibt es aber keinen Grund für die zwingende Anwendung des Art. 404 OR, weshalb hier abweichende Abreden der Parteien vorgehen sollten<sup>19</sup>. Wie es sich damit verhält, hat das Bundesgericht im Urteil vom 13. 12. 1983 (Pra. 1984, S. 206) offengelassen, weil die Frage nicht zu entscheiden war. Das wird von *Koller-Tumler*<sup>20</sup> bedauert. In der Tat hätte eine Stellungnahme des Bundesgerichts dem Praktiker gedient. Doch gehört es zur Tradition einer fallbezogenen Rechtsprechung, nur solche Fragen zu entscheiden, die im konkreten Fall zum Entscheide anstehen. Das Bundesgericht als höchstes Gericht tut gut daran, sich an diese Tradition zu halten.

<sup>9</sup> Bindhardt/Jagenburg, Die Haftung des Architekten, 8. Aufl., Düsseldorf 1981, S. 69ff.; BGHZ 31, S. 224ff. = NJW 1960, S. 431 f.

<sup>10</sup> Vgl. Jäggi, SJZ 69, 1973, S. 305, Anm. 13.

<sup>11</sup> Gauch, recht 1983, S. 135.

<sup>12</sup> Vgl. auch Bindhardt/Jagenburg, a. a. O., S. 69.

<sup>13</sup> Vgl. demgegenüber Bucher, ZSR 102, 1983, II, S. 325.

<sup>14</sup> Vgl. demgegenüber Steffen, BR 1982, S. 51.

<sup>15</sup> Der Vorbehalt der früheren Rechtsprechung, wonach «nötigenfalls die Spezialvorschriften des Werkvertragsrechts aushilfsweise herangezogen werden dürfen» (Ziff. 2), wurde vom Gericht selber (soweit ich sehe) nie in die Praxis umgewandelt.

<sup>16</sup> Vgl. dazu neuerdings: *Koller-Tumler*, Jederzeitiger Widerruf im Auftragsrecht?, recht 1984, S. 49 ff.

<sup>17</sup> BGE 106 II 159f.; 104 II 111; 103 II 130; 98 II 307.

<sup>18</sup> Jäggi, SJZ 68, 1973, S. 304.

<sup>19</sup> Vgl. z. B. Becker, N 8 zu Art. 404 OR; Bucher, ZSR 102, 1983, II, S. 325f.; Friedrich, ZBJV 91, 1955, S. 475ff.; Gauch, recht 1983, S. 136; Ruppert, SJZ 66, 1970, S. 284f.

<sup>20</sup> recht 1984, S. 55.