

Das Architektenrecht Le droit de l'architecte

herausgegeben von
édité par

Peter Gauch
Professor an der Universität Freiburg i. Ü.

Pierre Tercier
Professeur à l'Université de Fribourg

UNIVERSITÄTSVERLAG FREIBURG SCHWEIZ
EDITIONS UNIVERSITAIRES FRIBOURG SUISSE

CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Das *Architektenrecht* = Le droit de l'architecte
/ hrsg. von Peter Gauch; Pierre Tercier. –
Freiburg, Schweiz: Universitätsverlag, 1986. –

ISBN 3–7278–0375–4

NE: Gauch, Peter [Hrsg.]; PT

Veröffentlicht mit Unterstützung der Stiftung für Schweizerisches Baurecht
Publié avec l'aide de la Fondation pour le droit suisse de la construction

© 1986 by Universitätsverlag Freiburg Schweiz
Editions Universitaires Fribourg Suisse
Druck/Impression: Imprimerie Saint-Paul Fribourg Suisse
ISBN 3-7278-0375-4

§ 1 Vom Architekturvertrag, seiner Qualifikation und der SIA-Ordnung 102

PETER GAUCH,
Professor an der juristischen Fakultät der Universität Freiburg

INHALTSVERZEICHNIS

Einleitung	2
I. Vom Architekturvertrag im allgemeinen	2
1. Gegenstand	2
2. Vertragsparteien und Entgeltlichkeit	3
3. Andere Verträge (Abgrenzung zum Ingenieur- und zum Bauwerkvertrag)	8
II. Die Frage der Qualifikation – Rechtliche Einordnung des Architekturvertrages	9
1. Die Streitfrage	9
2. Die Qualifikation	10
3. Die Selbstqualifikation durch die Parteien	16
III. Die SIA-Ordnung 102: «Ordnung für Leistungen und Honorare der Architekten»	17
1. Von der SIA-Ordnung 102 im allgemeinen	17
2. Inhalt und Gegenstand	18
3. Geltung und Auslegung	22
4. Würdigung	32

LITERATUR

Siehe das allgemeine Verzeichnis (S. XXV).

- 1 An der Verwirklichung eines Bauvorhabens sind in aller Regel mehrere Personen, meistens auch ein Architekt oder Ingenieur, beteiligt. Im vorliegenden Buch geht es um den Architekten, der im Unterschied zum Bauunternehmer keine körperlichen Bauarbeiten schuldet, sondern diese vorbereitet und leitet. Durch seine Tätigkeit trägt er «dazu bei, den Lebensraum des Menschen zu formen und zu gestalten» (SIA-Ordnung 102, Art. 2.1). Welche konkreten Architektenleistungen er aber im Einzelfall zu erbringen hat, bestimmt sich nach dem Inhalt seines Vertrages. Von diesem Vertrag, dem Architekturvertrag, spreche ich nachfolgend zunächst (I.) im allgemeinen. Dann greife ich (II.) die umstrittene Frage der Vertragsqualifizierung auf. Und schliesslich befasse ich mich (III.) mit der SIA-Ordnung 102: der «Ordnung» des Schweizerischen Architekten- und Ingenieur-Vereins «für Leistungen und Honorare der Architekten».

I. Vom Architekturvertrag im allgemeinen

- 2 Der Architekturvertrag (auch «Architektenvertrag» genannt¹) bildet das Kernstück des Architektenrechts. Sein besonderes **Merkmal** besteht darin, dass er sich auf die Erbringung von Architektenleistungen richtet. Im hier verstandenen Sinne wird er von einem selbständigen (freischaffenden) Architekten abgeschlossen, weshalb er zum vornherein kein Einzelarbeitsvertrag nach Massgabe des Art. 319 OR ist. Das alles bedarf einer Erläuterung in mehrfacher Hinsicht:

1. Der Gegenstand des Architekturvertrages

- 3 1. Welche Leistungen «Architektenleistungen» und deshalb möglicher *Gegenstand eines Architekturvertrages* sind, lässt sich keiner Gesetzesnorm entnehmen. Vielmehr ist, was die Bestimmung und Eingrenzung der Architektenleistungen betrifft, ganz auf **die Praxis** abzustellen, die ein (in Entwicklung begriffenes) Berufsbild des Architekten zeigt.
- 4 Die Praxis, die dem Architekten bestimmte (vor allem beratende, planende und überwachende) Tätigkeiten zuweist, fand Eingang in den umfangreichen *Leistungsbeschreibung der SIA-Ordnung 102* (Art. 4.1–4.5), der die typischen Leistungen eines Architekten nach Massgabe des üblichen Bauablaufes chronologisch (von der Vorprojekt- bis zu Abschlussphase) aufgliedert.

¹ Vgl. z. B. SCHUMACHER, hinten, Nr. 363.

5 Der Leistungsbeschrieb, den die SIA-Ordnung 102 enthält, ist ein Abbild der Lebenswirklichkeit. Er zeigt, obwohl unvollständig, wie vielfältig und verschiedenartig die Leistungen sind, zu denen ein Architekt sich im Architekturvertrag verpflichten kann. Welche Leistungen hingegen ein Architekt tatsächlich übernimmt, legen die Parteien des konkreten Vertrages durch Vereinbarung fest.

6 **2.** In vielen Fällen übernimmt ein Architekt **sämtliche Architektenleistungen**, die zur Ausführung eines Bauvorhabens erforderlich sind, mindestens aber die Projektierung und die Leitung der Bauausführung. Alsdann ist er, bezogen auf den betreffenden Vertrag, ein «*Gesamt-»* oder «*Vollarchitekt*», dessen geschulte Gesamtleistung in mannigfache Teilleistungen zerfällt. Für ihn stimmt der Satz, wonach der Architekt «*Verfasser des Entwurfes*» sowie «*Leiter der weiteren Planung und der Ausführung des Bauwerkes*» ist (SIA-Ordnung 102, Art. 2.2).

7 Möglich und recht häufig ist indessen auch, dass der konkret vereinbarte Architekturvertrag sich auf **einzelne Teilleistungen** beschränkt, also nicht die architektonische Gesamtleistung für die Durchführung eines Bauvorhabens umfasst. So kommt es namentlich bei grösseren Bauwerken vor, dass z. B. für die Projektierung und die Leitung der Bauausführung verschiedene Architekten mit je eigenen Verträgen beigezogen werden. Wird der Umfang der einem Architekten übertragenen Leistungen streitig, so stellt sich die Frage nach der Beweislast:

8 Die Beweislast trägt, wer von einer bestimmten Architektenleistung behauptet, dass sie zum Inhalt des vereinbarten Architekturvertrages gehört. Eine allgemeine Vermutung, die im Streitfall für diesen oder jenen Leistungsumfang spricht, gibt es nicht. Insbesondere gibt es keinen Erfahrungssatz, wonach der Architekt im Zweifel mit allen zur Durchführung des Bauvorhabens erforderlichen Architektenleistungen betraut ist².

2. Die Vertragsparteien und die Frage der Entgeltlichkeit

9 Das Gesagte zeigt, dass der Architekturvertrag kein einheitlicher Vertragstypus ist, sondern – je nach getroffener Vereinbarung – bald solche, bald andere Architektenleistungen zum Gegenstand hat. Demzufolge gibt es, schon von der geschuldeten Architektenleistung her, *mannigfache Erscheinungsformen* des Architekturvertrages. Die Vielfalt, in der sich der Vertrag präsentiert, wird noch erweitert, wenn man die beteiligten Parteien und die Frage der Entgeltlichkeit in die Betrachtung einbezieht:

² Ebenso: BGH, Urteil vom 4.10.1979, in: NJW 1980, S. 122.

- 10 **1. Die Parteien des Architekturvertrages** sind ein (selbständiger) Architekt, der die Architektenleistung(en) verspricht, und dessen Vertragspartner. Auf die Berufsausbildung des Architekten kommt es (für das Vorliegen eines Architekturvertrages) so wenig an, wie darauf, ob er den Vertrag in Ausübung seines Berufes oder ausserberuflich vereinbart. Gleichgültig ist auch, in welcher Eigenschaft sich sein Vertragspartner am Vertrag beteiligt. Im Normalfall wird der Architekturvertrag zwar mit einem Bauherrn³ abgeschlossen, von dem das gesamte Bauvorhaben ausgeht. Möglich ist aber auch, dass der Architekt den Vertrag nicht mit dem Bauherrn selbst, sondern z. B. mit einem Totalunternehmer⁴, einem Bauingenieur oder einem weiteren Architekten⁵ abschliesst.
- 11 Beide Parteien können natürliche Personen, juristische Personen oder rechtsfähige Personengesellschaften (Kollektiv- oder Kommanditgesellschaften) sein. Darüber hinaus kommt es vor, dass mehrere Personen, die z. B. zu einer einfachen Gesellschaft (Art. 530 OR) verbunden sind, den Vertrag auf der einen oder andern Seite gemeinsam eingehen. So kann dem Architekten etwa ein Bauherren-Konsortium (in Form der einfachen Gesellschaft) gegenüberstehen.
- 12 **2. Der Architekturvertrag kann ein entgeltlicher oder ein unentgeltlicher Vertrag** sein. Kommt es über die Entgeltlichkeit oder das Ausmass der geschuldeten Vergütung zum Streit, so sind die folgenden Grundsätze zu beachten:
- 13 **a.** Die *Beweislast dafür, dass die Leistung einer Vergütung vereinbart wurde und deshalb* (weil vereinbart) geschuldet ist, liegt im Streitfall beim Architekten. War die Erbringung der vereinbarten Architektenleistungen nach den Umständen nur gegen Entgelt zu erwarten, so geht eine tatsächliche (natürliche) Vermutung dahin, dass die Parteien zumindest eine stillschweigende Vergütungsabrede getroffen haben⁶. Diese Vermutung kann jedoch durch blossen Gegenbeweis entkräftet werden⁷, weshalb sie nicht zu einer Umkehr der Beweislast führt⁸.
- 14 Nach den Umständen zu vermuten ist die *vereinbarte* Entgeltlichkeit der Architektenleistungen bereits dann, wenn sie von einem Architekten im Rahmen seiner Berufsausübung erbracht werden⁹. Die tatsächliche Vermutung, die hier für die getroffene Vergütungsabrede spricht, entfällt nicht schon deswe-

³ Zum Begriff des Bauherrn: GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 171.

⁴ Zum Begriff des Totalunternehmers: GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 194 f., und hinten, Anm. 25.

⁵ Vgl. z. B. PKG 1962, Nr. 13.

⁶ Ebenso: REBER, S. 241.

⁷ KUMMER, N 363 zu Art. 8 ZGB.

⁸ Insofern unrichtig: SJZ 60, 1964, S. 160, Nr. 99; ZWR 1968, S. 316.

⁹ Vgl. z. B. BGE 64 II 12; 25 II 789; SJZ 17, 1920/21, S. 378, Nr. 285; ZBJV 57, 1921, S. 91 f.; ZWR 1968, S. 316.

gen, weil die Parteien bei Vertragsabschluss in freundschaftlicher Beziehung zueinander standen¹⁰. In BGE 64 II 9 ff. (einem architektenfreundlichen Entscheid) hielt das Bundesgericht sogar an der Vermutung fest, obwohl die Pläne, deren Vergütung der Architekt vom (nicht befreundeten) Bauherrn einforderte, «sans engagement» bestellt worden waren. Gestützt auf die vermutete Engeltlichkeit kam das Gericht zum Schluss, eine Vergütung sei vereinbart; der Ausdruck «sans engagement» bedeute also nicht «kostenlos» («gratuit»), sondern nur, dass der Bauherr hinsichtlich der Verwirklichung der hergestellten Pläne (überhaupt und in der allfälligen Wahl eines bauleitenden Architekten) frei bleibe. Fraglich ist allerdings, ob die Verwendung des Ausdrucks «sans engagement» nicht geeignet gewesen wäre, die Vermutung der vereinbarten Entgeltlichkeit zu enkräften, von der das Gericht bei der Auslegung dieses Ausdruckes ausging. Denn der Ausdruck kann in entsprechenden Verträgen durchaus auch die Bedeutung von «kostenlos» haben, was hätte genügen müssen, um im konkreten Fall Zweifel an der Richtigkeit der Vermutung zu wecken und diese dadurch zu beseitigen¹¹.

- 15 **b.** Beurteilt sich die Vergütungspflicht nach *Auftragsrecht*, so greift die Sonderbestimmung des Art. 394 Abs. 3 OR ein (zur Qualifikation des Architekturvertrages siehe Nr. 26 ff.). Nach Art. 394 Abs. 3 OR wird eine Vergütung geschuldet, «wenn sie verabredet oder üblich ist». Die *Verkehrsübung*¹², auf die Art. 394 Abs. 3 OR verweist, wird kraft dieses Verweises zum mittelbaren Gesetzesrecht¹³; sie erhält den Charakter von objektivem Recht¹⁴, das den Vertrag wie eine dispositive Gesetzesnorm ergänzt¹⁵. Besteht für den Personenkreis der beteiligten Parteien eine einschlägige Verkehrsübung, so kommt sie in zweifacher Hinsicht zum Tragen:
- 16 Zunächst begründet die Übung nach Art. 394 Abs. 3 OR eine Vergütungspflicht, ohne dass eine Vergütungsabrede oder eine vertragliche Übernahme der Übung durch die Parteien erforderlich wäre¹⁶. Ist also die Leistung einer Vergütung üblich, so reicht dies nach Art. 394 Abs. 3 OR aus, damit der Auftraggeber vergütungspflichtig wird. Vorbehalten bleibt eine abweichende Abrede. Behauptet der Auftraggeber, dass eine von der Übung abweichende Un-

¹⁰ Denn berufsmässige Architektenleistungen werden (wenn sie nicht einen ganz geringen Umfang haben) erfahrungsgemäss auch unter befreundeten Personen grundsätzlich nicht unentgeltlich erbracht.

¹¹ Vgl. KUMMER, N 107 und 366 zu Art. 8 ZGB.

¹² Zum Begriff und zu den Erscheinungsformen der Verkehrsübung vgl. JÄGGI/GAUCH, N 392 ff. zu Art. 18 OR; vgl. auch EGLI, hinten, Nr. 872.

¹³ MERZ, N 139 zu Art. 2 ZGB.

¹⁴ Vgl. BGE 91 II 358 f.; ZWR 1975, S. 109.

¹⁵ JÄGGI/GAUCH, N 522 zu Art. 18 OR.

¹⁶ GAUTSCHI, N 74c und 81 zu Art. 394 OR. Ungenau: ZWR 1980, S. 253 f.

entgeltlichkeit der Architektenleistungen vereinbart worden sei, so trägt er hierfür die Beweislast¹⁷. Er hat zu beweisen, dass der Vergütungsanspruch des Architekten wegbedungen wurde. Keine Befreiung von der üblichen Vergütungspflicht bringt also der blosser Nachweis, dass über die Entgeltlichkeit überhaupt nichts vereinbart worden ist.

17 Sodann bestimmt die Übung (über den engen Wortlaut des Gesetzes hinaus) auch den Umfang der geschuldeten Vergütung¹⁸, und zwar selbst dann, wenn die Vergütungspflicht als solche auf Vereinbarung beruht¹⁹. Besteht eine einschlägige Übung hinsichtlich der Vergütungshöhe, so hat der Architekt nach Art. 394 Abs. 3 OR (bei gegebenem Vergütungsanspruch) ein Recht auf die übliche Vergütung²⁰. Vorbehalten bleiben wiederum abweichende Abreden. Behauptet eine Partei, dass eine von der Übung abweichende (höhere oder geringere) Vergütung vereinbart worden sei, so liegt die Beweislast bei ihr.

¹⁷ Insofern richtig: ZWR 1980, S. 254.

¹⁸ Nach der hier vertretenen Auffassung betrifft der Verweis auf die Übung, den Art. 394 Abs. 3 OR enthält, nicht nur die Frage, ob ein Entgelt geschuldet ist (anders aber GUHL/MERZ/KUMMER, S. 459 f.; HOFSTETTER, SPR VII/2, S. 61). Vielmehr ist der Verweis so auszulegen, dass sich auch die Vergütungshöhe nach einer bestehenden Übung richtet (vgl. BGE 101 II 111; 82 IV 147; v. BÜREN II, S. 135 f.; GAUTSCHI, N 77a zu Art. 394 OR; SUTER, Der entgeltliche Auftrag im schweizerischen Obligationenrecht, Diss. Bern 1904, S. 93). Denn es gibt keinen Grund, weshalb der Richter, der eine Vergütungspflicht gestützt auf die Übung bejaht, eine *unübliche* Vergütung zusprechen sollte. Das Argument, dass der an die übliche Vergütung gebundene Richter im «Fall der eingelebten Unsitte» machtlos wäre (HOFSTETTER, a.a. O.), entfällt schon deswegen, weil eine Übung, die eine Partei in sittenwidriger Weise benachteiligt, zum vornherein unbeachtlich ist (JÄGGI/GAUCH, N 525 zu Art. 18 OR).

Gibt die anwendbare Verkehrsübung im Einzelfall keine Antwort auf die Vergütungshöhe, so hat der Richter den Vertrag diesbezüglich nach dem «hypothetischen Willen» der Parteien zu ergänzen (vgl. EGLI, hinten, Nr. 882). Er hat also festzustellen, welche Vergütung von vernünftig und redlich (nach Treu und Glauben) handelnden Vertragspartnern verabredet worden wäre, wenn sie die Frage durch Vereinbarung selbst geregelt hätten. Damit gelangt er zu einer Vergütungshöhe, die im Rahmen des Vertrages einer angemessenen Interessenabwägung gerecht wird. Zum Ganzen: JÄGGI/GAUCH, N 498 zu Art. 18 OR. Im Ergebnis gleich: BGE 101 II 111 E. 2.

¹⁹ Das ergibt sich ohne weiteres aus der Doppelfunktion, welche die Übung nach Art. 394 Abs. 3 OR erfüllt, indem sie 1. eine Vergütungspflicht begründet und 2. deren Umfang bestimmt. Wurde eine Vergütungspflicht vereinbart, so entfällt zwar die erste Funktion der Übung, was aber nicht heisst, dass sie auch die zweite verliert (vgl. BGE 101 II 110 f.).

²⁰ Dass dies durchaus dem Sinn des Art. 394 Abs. 3 OR entspricht, belegen «verwandte» Gesetzesbestimmungen (Art. 414 und 418g Abs. 1 OR), worin der Gesetzgeber sich deutlicher ausgedrückt hat.

- 18 Von der Vergütung zu unterscheiden ist im Auftragsrecht der Auslagen- und Verwendungsersatz, auf den der Beauftragte nach Art. 402 Abs. 1 OR von Gesetzes wegen Anspruch hat (und zwar auch dann, wenn es sich um einen unentgeltlichen Auftrag handelt).
- 19 c. Wurde eine Vergütungspflicht vereinbart und kommt *Werkvertragsrecht* zur Anwendung, so bemisst sich die geschuldete Vergütung allenfalls nach Art. 374 OR, der (was die Höhe der Vergütung betrifft) ergänzendes Vertragsrecht enthält. Danach wird die geschuldete Vergütung «nach Massgabe des Wertes der Arbeit und der Aufwendungen» (unter Hinzurechnung eines angemessenen Zuschlages für Generalunkosten und Gewinn) festgesetzt, falls sie durch die Vergütungsabrede «entweder gar nicht oder nur ungefähr bestimmt worden» ist²¹. Die Ermittlung des massgeblichen «Wertes» (samt Zuschlag für Generalunkosten und Gewinn) obliegt im Streitfall dem Richter, der eine bestehende Übung am Orte der Arbeitsausführung mitberücksichtigen muss, auf die Art. 374 OR zwar nicht ausdrücklich, jedoch implizite verweist²². Die Vergütungspflicht als solche (die Entgeltlichkeit) lässt sich aber weder aus Art. 374 OR ableiten, noch enthält das Werkvertragsrecht eine andere Bestimmung, die diesbezüglich eine Übung genügen lässt.
- 20 d. Pro memoria bleibt anzufügen, dass der Architekt einen *vertraglichen Vergütungsanspruch zum vornherein* bloss *dann* haben kann, *wenn sein Architekturvertrag überhaupt wirksam ist*. An der vorausgesetzten Wirksamkeit fehlt es z. B., falls sich der Vertragspartner zu Recht und rechtzeitig (Art. 31 OR) auf einen wesentlichen Irrtum (Art. 23 OR) berufen hat. Wesentlich ist unter Umständen auch ein *Erklärungsirrtum*, der gerade die Entgeltlichkeit betrifft (vgl. den bereits zitierten BGE 64 II 9 ff.). Wird eine Vergütung allerdings nach Art. 394 Abs. 3 OR geschuldet, weil sie üblich ist, so kann der Auftraggeber, der von der Unentgeltlichkeit des Auftrages ausging, sich deswegen nicht auf Erklärungsirrtum berufen. Da die Übung, auf die Art. 394 Abs. 3 OR verweist, den Vertrag wie eine dispositive Gesetzesnorm ergänzt, bleibt ein Irrtum über Bestand oder gesetzliche Geltungskraft der Übung unbeachtlich.

²¹ Mit der Auslegung, Anwendbarkeit und Anwendung des Art. 374 OR verbinden sich zahlreiche Einzelfragen, auf die hier nicht eingetreten wird. Ausführlich dagegen: GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 654 ff.; Nr. 669 ff. (zu Art. 375 OR: unverhältnismässige Überschreitung eines ungefähren Ansatzes); Nr. 695 ff. (Beweislastfragen). Über die Anwendung des Art. 374 OR auf den Architekturvertrag: EGLI, hinten, Nr. 882 ff.

²² Vgl. BGE 23 I 230.

3. Andere Verträge (Abgrenzung)

- 21 Der umschriebene Architekturvertrag ist zu unterscheiden von den übrigen Verträgen, die der Verwirklichung eines Bauvorhabens dienen, insbesondere vom Ingenieur- und vom Bauwerkvertrag.
- 22 **1. Im Ingenieurvertrag** verpflichtet sich ein Bauingenieur zur Erbringung von Ingenieurleistungen²³. Dieser Vertrag ist mit dem Architekturvertrag nahe verwandt, unterscheidet sich aber dadurch, dass sich vereinbarte Ingenieurleistungen typischerweise auf Tiefbauten (unter Einschluss von Brücken), Architektenleistungen hingegen auf Hochbauten beziehen. Doch kann Gegenstand eines Architekturvertrages z. B. auch die ästhetische Gestaltung einer Tiefbaute und Gegenstand eines Ingenieurvertrages die statische oder erdbaumechanische Berechnung für eine Hochbaute sein.
- 23 **2. Im Bauwerkvertrag** verpflichtet sich ein Bauunternehmer zur (entgeltlichen) Ausführung von Bauarbeiten und damit zur körperlichen Gestaltung eines mit dem Erdboden verbundenen Baus oder Bauteils²⁴. Dieser Vertrag ist immer ein Werkvertrag (Art. 363 OR), auch wenn er im Einzelfall die Merkmale eines General- oder Totalunternehmervertrages aufweist²⁵. Ein Architekturvertrag aber ist er selbst dann nicht, wenn die Ausführung der Bauarbeiten von einem professionellen Architekten geschuldet wird. Denn:
- 24 Nichts hindert einen solchen Architekten, sich (wie irgend ein anderer) zur Leistung von Bauarbeiten zu verpflichten. Tut er dies, so wird er nicht in seiner Eigenschaft als Architekt, sondern in der Rolle eines Bauunternehmers (z. B. als General- oder Totalunternehmer) tätig. Er ist dann Vertragspartner eines Bauwerkvertrages²⁶, nicht eines Architekturvertrages, und hat zum vornherein kein Recht, die übernommenen Bauarbeiten im Namen und auf Rechnung des Bestellers an Dritte zu vergeben. Daran vermag weder seine Berufsbezeichnung etwas zu ändern, noch der Umstand, dass er allenfalls ein Architekturbüro betreibt.

²³ Hierüber: SCHAUB, Der Engineeringvertrag, Rechtsnatur und Haftung, Diss. Bern 1979.

²⁴ GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 168 ff.

²⁵ Zu den Merkmalen des General- und Totalunternehmervertrages vgl. GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 183 ff. und Nr. 194 ff. Vom Generalunternehmer unterscheidet sich der Totalunternehmer nur (aber immerhin) dadurch, dass er auch die Planungsarbeiten, namentlich die Projektierungsarbeiten, für die vom Bauherrn bestellte Baute leistet. Er ist also gewissermassen ein «projektierender» Generalunternehmer. Über eine abweichende Terminologie der Haftpflichtversicherer: SCHWANDER, hinten, Nr. 1579.

²⁶ Vgl. BGE 107 II 438 f.; 97 II 66 ff.; 29 II 538 ff.

- 25 Wird streitig, ob zwischen dem Architekten und seinem Partner ein Architekturvertrag oder ein Bauwerkvertrag abgeschlossen wurde, so ist der Streit nach dem vereinbarten Vertragsinhalt, also durch Auslegung des Vertrages zu entscheiden. Haben die Parteien die SIA-Ordnung 102 als Vertragsbestandteil übernommen, liegt darin zwar ein Indiz, das gegen die Annahme eines Bauwerkvertrages spricht. Ausgeschlossen aber ist es nicht, dass dennoch ein solcher Vertrag (kein Architekturvertrag) vereinbart wurde²⁷.

II. Die Frage der Qualifikation – Rechtliche Einordnung des Architekturvertrages

1. Die Streitfrage

- 26 1. Der Architekturvertrag ist kein Vertragstyp, den der Gesetzgeber besonders geordnet hat. Für den Rechtsanwendenden stellt sich deshalb die Frage, ob der Vertrag sich diesem oder jenem gesetzlich geregelten Vertragstyp zuordnen lässt. Die Qualifikationsfrage, um die es hierbei geht, ist **seit Jahren umstritten**²⁸. Der Streit hängt unter anderem damit zusammen, dass der Architekturvertrag schon als Lebenserscheinung kein einheitlicher Vertragstyp ist, sondern (wie bereits gesagt) ganz unterschiedliche Leistungen zum Gegenstand haben kann. Trotzdem hatte *das Bundesgericht* vorübergehend (seit BGE 98 II 311 f.) angenommen, der Architekturvertrag unterstehe, auch wenn er sich z. B. in der Ausarbeitung von Plänen erschöpfen sollte, vorbehaltlos den Regeln des einfachen Auftrages (Art. 394 OR). Ein Werkvertrag wurde ausgeschlossen, weil das Gericht sich von der unrichtigen Meinung leiten liess, Gegenstand eines Werkvertrages könnten nur körperliche (nicht auch geistige) Werke sein (BGE 98 II 311)²⁹.

²⁷ Vgl. dazu auch hinten, Nr. 65.

²⁸ Vgl. neuerdings z. B. BUCHER, ZSR 102, 1983, II, S. 325 f.; DESSEMONTET, Quelques remarques à propos du contrat d'architecte, in: Hundert Jahre Schweizerisches Obligationenrecht, Jubiläumsschrift, Freiburg 1982, S. 499 ff.; GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 44 ff.; SCHAUB, S. 71 ff.; SCHNEW-LIN, Zur Rechtsnatur des Architektenvertrags, ZBGR 66, 1985, S. 193 ff.; STEFFEN, Bemerkungen zur Qualifikation des Architektenvertrages, BR 1982, S. 48 ff.; TERCIER, Encore la nature juridique du contrat d'architecte, BR 1979, S. 9.

²⁹ Ausführlich zu dieser Frage: GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 31 ff. Dort wird unter Bezugnahme auf die herrschende Lehre, einen Teil der Rechtsprechung und die Gesetzesmaterialien (Ergänzungsbotschaft zur Revision des OR: BB1 1909, III, S. 752) ausgeführt, dass der Werkvertrag (mit gewissen Einschränkungen: Nr. 39 ff.) durchaus auch geistige Werke umfassen kann, die das Ergebnis einer immateriellen (z. B. wissenschaftlichen oder künstlerischen) Leistung sind. Das von ABRAVANEL (hinten, Nr. 105) und andern verwendete Gegenargument, dass nur für körperliche

- 27 2. Inzwischen hat das Bundesgericht seine Rechtsprechung revidiert, indem es die Ablehnung des Geistwerkvertrages in BGE 109 II 37 richtigerweise wieder aufgegeben und in BGE 109 II 465 ff. zu einer differenzierteren Qualifikation des Architekturvertrages zurückgefunden hat³⁰. Der Streit um die Qualifikation ist deswegen aber noch nicht beendet. Die Kontroversen bleiben³¹, was auch **im vorliegenden Buche** zum Ausdruck kommt³². Für die Betroffenen sind sie so aktuell, dass in diesem Buch die Qualifikationsfrage gleich zweisprachig und durch verschiedene Autoren behandelt wird, von denen jeder seine eigene Ansicht darstellt. Meine Ansicht habe ich bereits an anderen Orten und mehrmals erläutert³³, was hier gewisse Wiederholungen unvermeidbar macht, es mir andererseits aber gestattet, mich auf die grossen Leitlinien zu beschränken.

2. Die Qualifikation

- 28 Zunächst ist das Selbstverständliche festzuhalten: dass es *eine* Qualifikation des Architekturvertrages nicht geben kann, weil es *den* Architekturvertrag mit immer gleichem Inhalt nicht gibt³⁴. Vielmehr muss für die Qualifikation darauf abgestellt werden, was die Parteien im konkreten Architekturvertrag vereinbart haben³⁵. Je nachdem kann der Architekturvertrag ein einfacher Auftrag (Art. 394 OR), ein Werkvertrag (Art. 363 OR) oder (trotz Art. 394 Abs. 2 OR) ein gesetzlich nicht geregelter Vertrag, allenfalls ein gemischtes Vertragsverhältnis, sein³⁶. Das mag an folgenden Beispielen gezeigt werden:

(stoffliche) Werke die werkvertragliche Mängelhaftung in Frage komme (BGE 98 II 311), überzeugt nicht. Denn ein Grund, weshalb bei unkörperlichen Werken die Anwendung der werkvertraglichen Bestimmungen über die Mängelhaftung ausgeschlossen sein soll, ist weder ersichtlich noch von jemandem dargetan (im einzelnen und mit weiteren Nachweisen: GAUCH, a. a. O., Nr. 36 und 1001).

³⁰ Vgl. dazu GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 38 und Nr. 59.

³¹ Vgl. z. B. Abravanel, Le nouveau règlement SIA 102 et la qualification du contrat d'architecte, JdT 1984, I, S. 462 ff.; GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 44 ff.; DERSELBE, Die «Requalifizierung» des Architekturvertrages, BR 1984, S. 49 ff.; MERZ, ZBJV 121, 1985, S. 215 ff.; SCHNEWLIN, Zur Rechtsnatur des Architektenvertrags, ZBGR 1985, S. 193 ff.

³² Vgl. die zum Teil voneinander abweichenden Meinungen von GAUCH (nachfolgend), ABRAVANEL, hinten, Nr. 100, und SCHUMACHER, hinten, Nr. 370.

³³ Vgl. insbesondere GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 44 ff.; ferner recht 1983, S. 135 f.; BR 1984, S. 49 ff.; BR 1985, S. 14, Nr. 2 und S. 56, Nr. 42.

³⁴ Vgl. demgegenüber ABRAVANEL, hinten, Nr. 100 (beachte aber immerhin Nr. 126 ff.).

³⁵ Auf den vereinbarten *Vertragsinhalt* (und nur darauf!) kommt es an. Unerheblich für die Qualifikation des Architekturvertrages ist dagegen, ob der Architektenberuf zu den liberalen Berufen zählt und ob der jeweils beteiligte Architekt über eine wissenschaftliche/künstlerische Ausbildung verfügt oder nicht (anders: ABRAVANEL, hinten, Nr. 104 f. und Nr. 103/105). Vor dem Gesetz sind alle auch in dem Sinne gleich, dass das OR keine besonderen Vertragstypen für die Angehörigen liberaler Berufe oder die Absolventen höherer Lehranstalten bereithält.

³⁶ Demgegenüber nimmt das Bundesgericht in verschiedenen Urteilen seiner neueren Rechtsprechung an, dass gemäss Art. 394 Abs. 2 OR jeder Vertrag auf Arbeitsleistung, der unter keinen

29 1. Ist der konkrete Architekturvertrag ein entgeltlicher **Planungsvertrag**, der sich auf die Herstellung von Bauplänen (von «Skizzen und Bauprojekten, . . . Ausführungs- und Detailplänen») beschränkt, so handelt es sich um einen Werkvertrag³⁷. Denn mit der Herstellung von Plänen schuldet der Architekt einen unkörperlichen Arbeitserfolg, der Gegenstand einer werkvertraglichen Unternehmerleistung ist³⁸. Dieser Arbeitserfolg, den der werkvertraglich ver-

besondern Vertragstypus des Gesetzes falle, als einfacher Auftrag zu behandeln sei (BGE 109 II 36; 106 II 159; 104 II 110 f.). Diese von GAUTSCHI (Vorbem. zu Art. 363–379 OR, N 7) beeinflusste Ansicht hat zwar den Wortlaut des Gesetzes für sich, verkennt jedoch, dass es nicht Sinn und Zweck des Art. 394 Abs. 2 OR ist, auch solche Verträge unter das Auftragsrecht zu zwingen, für welche die Regeln des Auftragsrechts (namentlich jene des Art. 404 OR) unangemessene Lösungen bringen (HOFSTETTER, SPR VII/2, S. 26). Schon deshalb muss es im Gebiete der Arbeitsleistungen Platz für Innominatkontrakte geben, die nicht dem Auftragsrecht unterstehen (zutreffend: BGE 83 II 530; vgl. BUCHER, ZSR 102, 1983, II, S. 322 ff.; GAUCH/SCHLUEP/JÄGGI, Nr. 493, GUHL/MERZ/KUMMER, S. 445 und S. 459; PEDRAZZINI, SPR VII/1, S. 505, Anm. 28; SCHLUEP, SPR VII/2, S. 813, Anm. 170; SCHÖNENBERGER/STÄHELIN, N 33 ff. zu Art. 319 OR; VISCHER, SPR VII/1, S. 313). In BGE 109 II 466 stellt das Bundesgericht selber seine neuere Rechtsprechung zu Art. 394 Abs. 2 OR in Frage und führt aus: «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» (bestätigt in BGE 110 II 382).

³⁷ BGE 63 II 176. Ferner BGE 109 II 465; 64 II 10; BECKER, N 5 zu Art. 363 OR; v. BÜREN II, S. 143 f., Anm. 69; DUCROT, BR 1983, S. 52 f.; JÄGGI, SJZ 69, 1973, S. 305; STEFFEN, BR 1982, S. 51. Anders (nämlich Auftrag) aber: BGE 98 II 311 f.; ABRAVANEL, JdT 1984, I, S. 463 f., und hinten, Nr. 100/109 (beachte aber Nr. 126 ff. und Nr. 302); DESSEMONTET, zit. in Anm. 28, S. 509; GAUTSCHI, N 43a zu Art. 394 OR; PERRIN, S. 30 ff.; PEDRAZZINI, SPR VII/1, S. 506 f.; REBER, S. 244 ff.; SCHUMACHER, hinten, Nr. 370 f.

Was die Ausarbeitung von «Bauprojekten» betrifft, ist der soeben zitierte BGE 109 II 465 zurückhaltend formuliert, indem er diese Tätigkeit nur «allenfalls» dem Werkvertragsrecht zuordnet. Für eine solche Zurückhaltung aber gibt es keinen Grund. Auch die Projektierung ist bei separater Übertragung eine werkvertragliche Leistung, selbst wenn man das geschuldete Projekt unter Einschluss sämtlicher Zusatzangaben versteht, die zum Verständnis und zur Verwendung der Projektzeichnungen erforderlich sind.

³⁸ Warum die Qualifizierung des Planungsvertrages als Werkvertrag zu einer «consternation» unter den Beteiligten führen soll (ABRAVANEL, hinten, Nr. 99), ist umso weniger verständlich, als diese Qualifikation nichts Neues bringt, sondern bis zu BGE 98 II 311 f. einer jahrelangen (konstanten) Praxis des Bundesgerichts entsprach. In Deutschland hat der werkvertragliche Charakter des Planungsvertrages sogar «nie einem Zweifel unterlegen» (SOERGEL, MünchKomm, N 41 zu § 631 BGB; vgl. BGHZ 31, S. 224 = NJW 1960, S. 431 f.). In der Tat sind *kaum Gegengründe erkennbar*, falls man den Werkvertrag auch für unkörperliche Werke zulässt (vgl. vorne, Nr. 26 f., und GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 31 ff.).

Zwar ist es richtig, dass die Planungsarbeit (je nach dem in Frage stehenden Plan) mehr oder weniger durch die Persönlichkeit des Architekten mitgeprägt wird und ein von daher bestimmtes Vertrauen des Kunden voraussetzt (vgl. ABRAVANEL, hinten, Nr. 305). Auch mag es zutreffen, dass der planende Architekt über eine gewisse (vielleicht sogar grosse) Gestaltungsfreiheit verfügt und die Originale bei sich zurückbehält. Das alles aber spricht nicht gegen die Annahme eines Werkvertrages und verlangt keineswegs die Anwendung von Auftragsrecht (anders: REBER, S. 244 ff.). Insbesondere ist der Umstand, dass der Planungsvertrag mit Rücksicht auf die persönlichen Eigenschaften des Architekten eingegangen wird, schon nach dem klaren Gesetzestext (Art. 364 Abs. 2 und 379 OR) kein Hindernis für das Vorliegen eines Werkvertrages. Ebenso wenig lässt sich der werkvertragliche Charakter des Planungsvertrages damit bestreiten, dass der Plan des Architekten (sein

pflichtete Architekt schuldet (das «Planwerk» des Architekten), muss unterschieden werden von einem körperlichen Bauwerk, das (durch die Bauunternehmer) nach Massgabe der Architektenpläne ausgeführt wird, dessen Errichtung aber nicht zum Schuldinhalt des Planungsvertrages gehört³⁹. Die (an sich selbstverständliche) Unterscheidung ist deshalb zu betonen, weil in die Diskussion um die rechtliche Einordnung des Planungsvertrages immer wieder Argumente einfließen, die auf der unrichtigen Vorstellung beruhen, der werkvertraglich qualifizierte Planungsvertrag habe das Bauwerk (nicht bloss den geschuldeten Bauplan) zum Gegenstand⁴⁰.

30 In gleicher Weise, also werkvertraglich, zu qualifizieren ist (bei vorausgesetzter Entgeltlichkeit) auch die *Herstellung eines schriftlichen Kostenvorschlages*⁴¹ oder die *Ausarbeitung eines Gutachtens*⁴², mit der ein Architekt bisweilen betraut wird⁴³. Überhaupt finden sich im Leistungsbeschrieb des Architekten (SIA-Ordnung 102, Art. 4.1 – 4.5) zahlreiche Einzelleistungen (z. B. Erstellen der Protokolle; Führen des Baujournals und der Baubuchhaltung; Aufstellen, Nachprüfen und Bereinigen der Schlussabrechnung), deren selbständige Übertragung (als Einzelaufgabe) man dem Werkvertrag zuordnen müsste.

31 Fehlt es für die Annahme eines Werkvertrages nur an der Entgeltlichkeit der geschuldeten Architektenleistung, so liegt ein *werkvertragsähnlicher Innominatkontrakt* vor⁴⁴. Nichts hindert eine Partei, sich zur unentgeltlichen Herstellung eines Werkes (z. B. eines Bauplanes) und damit unentgeltlich auf einen bestimmten Arbeitserfolg zu verpflichten, was weder einen Werkvertrag nach Art. 363 ff. OR noch ein Auftragsverhältnis im Sinne der Art. 394 ff. OR begründet. Die in BGE 64 II 10 vertretene Ansicht, wonach der unentgeltliche Planungsvertrag ein einfacher Auftrag sei, verdient daher keine Zustimmung.

Werk) durch andere verwirklicht wird oder der Gesamtvertrag (bei dem die Planungstätigkeit als Teil der Gesamttätigkeit im Ganzen aufgeht, Nr. 38) ein reiner Auftrag ist (Nr. 36 ff.; vgl. demgegenüber ABRAVANEL, hinten Nr. 109). Und was den liberalen Charakter des Architektenberufes sowie die Ausbildung des Architekten betrifft (ABRAVANEL, hinten, Nr. 103 ff.), wurde bereits in Anm. 35 festgestellt, dass es hierauf für die Vertragsqualifikation nicht ankommen kann.

³⁹ Der planende Architekt schuldet somit kein mängelfreies Bauwerk, sondern nur (aber immerhin) mängelfreie Pläne. Entsteht aus einem Planmangel ein Mangel im ausgeführten Bauwerk, so ist dieser Mangel im Verhältnis zum Planmangel ein Mangelfolgeschaden, für den der Architekt nach Art. 368 OR einzig dann haftet, wenn ihn ein Verschulden oder eine Hilfspersonenhaftung (Art. 101 OR) trifft (vgl. GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 1306 ff., 1328 ff. und 1333 ff.). Handelt es sich um ein «unbewegliches Bauwerk», so verjährt die Haftung nach Art. 371 Abs. 2 OR (GAUCH, a. a. O., Nr. 1675 f.), was ABRAVANEL (hinten, Nr. 112) ausser acht lässt.

⁴⁰ Vgl. z. B. ABRAVANEL, hinten, Nr. 113, 115, 117.

⁴¹ BGE 109 II 465; BECKER, N 5 zu Art. 363 OR; OSER/SCHÖNENBERGER, N 19 zu Art. 363 OR; SCHAUB, S. 72, Anm. 4.

⁴² Vgl. ZR 54, 1955, Nr. 183, S. 370 f. (Gutachten eines Mediziners).

⁴³ Für Auftragsrecht dagegen ABRAVANEL, hinten, Nr. 123, dessen abweichende Meinung im wesentlichen auf seiner grundsätzlichen Ablehnung des Geistwerkvertrages beruht.

⁴⁴ Vgl. GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 105 und Nr. 270.

- 32 **2.** Anders als die Herstellung von Plänen ist die **Vergebung von Arbeiten** ihrer Natur nach keine werkvertragliche, sondern eine auftragsrechtliche Leistung⁴⁵. Der damit betraute Architekt hat die entsprechenden Unternehmerofferten einzuholen und seinem Auftraggeber einen Vergebungsantrag zu stellen. Möglicherweise ist er sogar beauftragt und ermächtigt, die Verträge im Namen seines Auftraggebers abzuschliessen⁴⁶.
- 33 In der Praxis kann es vorkommen, dass die Ausarbeitung der Pläne, die Erstellung des Kostenvoranschlages und die Arbeitsvergabe zu *einem Vertrag* kombiniert sind. Alsdann ist der betreffende Architekturvertrag ein gemischtes Vertragsverhältnis, das werkvertragsrechtliche und auftragsrechtliche Elemente umfasst⁴⁷.
- 34 **3.** In den Anwendungsbereich des einfachen Auftrages (nicht des Werkvertrages) fällt auch der **Bauleitungsvertrag**, der den Architekten zur Leitung der Bauausführung verpflichtet⁴⁸. Dabei macht es keinen Unterschied, ob man diese Bauleitung in einem weiten Sinne (unter Einschluss der Arbeitsvergabe) begreift oder nicht. Denn jedenfalls besteht die Tätigkeit, die der leitende Architekt zu erbringen hat, nicht in der «Herstellung eines Werkes» (Art. 363 OR). Insbesondere ist die Baute selber kein Werk, das der Architekt seinem Kunden schuldet. Denn:
- 35 Zwar trägt der leitende Architekt in mannigfacher Weise (z. B. durch die gestalterische Leitung, durch den Einsatz, die Leitung und Koordinierung der Bauunternehmer, durch die Überwachung der Arbeiten auf der Baustelle, die Prüfung des Bauwerkes und die Leitung erforderlicher Nachbesserungsarbeiten) zur Errichtung und allfälligen Verbesserung einer Baute bei. Die (körperliche) Ausführung der Baute ist jedoch nicht ihm, sondern den Bauunternehmern übertragen⁴⁹. Auch wenn sich seine «Fehlleistungen» in Mängeln der Baute

⁴⁵ BGE 109 II 465; 63 II 177; GAUTSCHI, N 43a zu Art. 394 OR; JÄGGI, SJZ 69, 1973, S. 305 bei Anm. 11; OSER/SCHÖNENBERGER, N 19 zu Art. 363 OR.

⁴⁶ Die Ermächtigung des Architekten zum Vertragsabschluss setzt voraus, dass ihm eine entsprechende Vollmacht erteilt wurde, wobei aber Dritte, denen der Auftraggeber die Vollmacht kundgegeben hat, unter Vorbehalt von Art. 3 Abs. 2 ZGB in ihrem guten Glauben geschützt werden (Art. 33 Abs. 3 OR; GAUCH/SCHLUEP/JÄGGI, Nr. 1032–1035). Erhält der Architekt den Auftrag, für seinen Auftraggeber bestimmte Verträge abzuschliessen, so ist darin zugleich auch die erforderliche Ermächtigung enthalten (Art. 396 Abs. 2 OR). Zu den Einzelheiten: GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 295 ff.; SCHWAGER, BR 1980, S. 37; SCHWAGER, hinten, Nr. 793.

⁴⁷ Vgl. SCHAUB, S. 108 f.

⁴⁸ BGE 109 II 465; ABRAVANEL, hinten, Nr. 100; SCHUMACHER, hinten, Nr. 370.

⁴⁹ Wenn das Bundesgericht davon spricht, dass der Architekt mit der «Ausführung der Baute» beauftragt sei (BGE 109 II 465), so verwendet es einen ungenauen Sprachgebrauch. Gemeint ist in Wirklichkeit: die *Leitung* der Ausführung.

niederschlagen können (vgl. Art. 371 Abs. 2 OR), gehört deren Herstellung nicht zum Schuldinhalt des Architekturvertrages⁵⁰.

- 36 4. Schwierigkeiten bereitet die Qualifikation des Architekturvertrages dann, wenn es sich um einen **Gesamtvertrag** handelt, in dem ein Architekt (als «Vollarchitekt») sämtliche Architektenleistungen für die Durchführung eines Bauvorhabens, mindestens aber die Projektierung und die Leitung der Bauausführung, übernimmt. Bei vordergründiger Betrachtung liegt es nahe, den Gesamtvertrag als ein aus Werkvertrag und Auftrag *gemischtes Vertragsverhältnis* aufzufassen. Das entspricht denn auch der Meinung, die das Bundesgericht in seiner neuesten Rechtsprechung, seit BGE 109 II 462 ff., vertritt⁵¹. Sind bei einem Gesamtvertrag nur «einzelne Leistungen des Architekten zu beurteilen», ist danach «eine Spaltung der Rechtsfolgen denkbar, indem sich etwa die Haftung für einen Planfehler aus Werkvertrag, jene für unsorgfältige Bauaufsicht aus Auftrag ergeben» könne (BGE 109 II 466). Anders verhalte es sich dagegen für die vorzeitige Auflösung des Gesamtvertrages, die insgesamt und ungeteilt der auftragsrechtlichen Regel des Art. 404 OR unterstehe (BGE 109 II 466). Was ist von dieser Rechtsprechung zu halten?
- 37 a. Die Auffassung, wonach der Gesamtvertrag des Architekten als gemischtes Vertragsverhältnis zu behandeln sei⁵², verdient keine Zustimmung. Bei einer vertieften Analyse und Würdigung des Vertragsverhältnisses gelangt man vielmehr zum Ergebnis, dass dieser Architekturvertrag (in Übereinstimmung mit der früheren Rechtsprechung des Bundesgerichtes) *ungeteilt dem Auftragsrecht zu unterstellen* ist⁵³. Denn schon von seinem Ziel her bildet der Gesamtvertrag eine Einheit⁵⁴. 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 noch ein anderer

⁵⁰ LARENZ, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II/1, Besonderer Teil, 13. Aufl., München 1986, § 53 I, S. 343.

⁵¹ Bestätigt durch BGE 110 II 382.

⁵² So z. B. auch JÄGGI, SJZ 69, 1973, S. 305; SCHLUEP, SPR VII/2, S. 905.

⁵³ BGE 98 II 311 ff.; 93 II 313; 89 II 406; 63 II 177 ff.; ABRAVANEL, JdT 1984, I, S. 464, und hinten, Nr. 98; DESSEMONTET, zit. in Anm. 28, S. 509; GAUTSCHI, N 43a zu Art. 394 OR; MERZ, ZBJV 1985, S. 215; PEDRAZZINI, SPR VII/1, S. 506 f.; PERRIN, S. 30 ff.; SCHUMACHER, hinten, Nr. 370.

Der Vorbehalt des Bundesgerichts, wonach «nötigenfalls die Spezialvorschriften des Werkvertrages aushilfswise herangezogen werden dürfen» (BGE 63 II 180), wurde vom Gericht selber (soweit ich sehe) nie in die Praxis umgewandelt. Er könnte nur insofern eingreifen, als einzelne Dispositivnormen des Auftragsrechts nicht mit dem *konkret* vereinbarten Vertragsinhalt harmonisieren (JÄGGI/GAUCH, N 514 f. zu Art. 18 OR), dafür aber Werkvertragsrecht passt.

⁵⁴ BGE 63 II 177.

Erfolg geschuldet, der ein Werk im Sinne des Werkvertragsrechts wäre⁵⁵. Somit entzieht sich der Gesamtvertrag den Regeln des Werkvertragsrechts, während sich seine Qualifikation als einfacher Auftrag rechtfertigt. Dagegen lässt sich auch nicht einwenden, dass der reine Planungsvertrag des Architekten die Merkmale eines Werkvertrages aufweise, weshalb der Gesamtvertrag ein aus Auftrag und Werkvertrag gemischter Vertrag sein müsse. Denn:

- 38 **b.** Im Gesamtvertrag richtet sich (nach dem typischen Vertragswillen der Parteien) die Planungstätigkeit des Architekten nicht auf selbständig geschuldete Arbeitserfolge⁵⁶, sondern geht als Teil der Gesamttätigkeit im Ganzen auf⁵⁷. Eine Aufsplitterung des Ganzen mit rechtlich differenzierter Behandlung wird dem Sachverhalt nicht gerecht, weil die geschuldete *Gesamttätigkeit qualitativ etwas anderes ist als die Summe der einzelnen Verrichtungen*⁵⁸. 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 (Zahn-)Arzt oder den Prozessführungsvertrag mit dem Anwalt. Auch diese Verträge beinhalten Verrichtungen, die man bei separater Vereinbarung dem Werkvertragsrecht zuordnen müsste, was aber nicht hindert, den jeweiligen Gesamtvertrag einheitlich und nach Auftragsrecht zu behandeln⁵⁹. Erst kürzlich hat das Bundesgericht den Heilungsvertrag mit dem Zahnarzt insgesamt («dans son ensemble») dem Auftragsrecht unterstellt und ausdrücklich festgehalten: «La confection des éventuels ouvrages nécessaires au traitement est . . . englobée dans le contrat de mandat et soumise, en particulier, à l'obligation de bonne et fidèle exécution du contrat, avec tout le soin que l'on peut exiger du mandataire» (BGE 110 II 378 f.). Dem Sinne nach gleich verhält es sich für den Gesamtvertrag des Architekten.
- 39 **c.** Dass dieser Gesamtvertrag einheitlich behandelt werden muss, ist schliesslich auch ein *praktisches Erfordernis*⁶⁰. Denn wie der Leistungsbeschrieb der SIA-Ordnung 102 eindrücklich demonstriert, umfasst der Gesamtvertrag des Architekten eine grosse Vielzahl verschiedenartiger Architektenleistungen, die sich

⁵⁵ Die in Deutschland vertretene Ansicht, wonach der Gesamtarchitekt zur Ausführung eines geistigen (von der körperlichen Baute verschiedenen) «Architektenwerkes» und deshalb werkvertraglich verpflichtet sei (BINDHARDT/JAGENBURG, S. 69 ff.; BGHZ 31, S. 224 ff. = NJW 1960, S. 431 f.), erklärt sich aus der dortigen Rechtslage. Sie wirkt «konstruiert» und ist jedenfalls für die Schweiz abzulehnen (vgl. JÄGGI, SJZ 69, 1973, S. 305, Anm. 13).

⁵⁶ Vgl. BINDHARDT/JAGENBURG, S. 69.

⁵⁷ Das wird von ABRAVANEL (hinten, Nr. 109) übersehen.

⁵⁸ Vgl. demgegenüber BUCHER, ZSR 102, 1983, II, S. 325.

⁵⁹ Vgl. GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 40 f.

⁶⁰ BGE 63 II 177.

zur Gesamtleistung des «Vollarchitekten» zusammenfügen. Eine rechtlich verschiedene Behandlung der zahlreichen Einzelleistungen und die damit verbundene Spaltung der Rechtsfolgen müsste zu einem völlig unpraktikablen Ergebnis führen. Das gilt umso mehr, als eine Spaltung nicht nur horizontal, sondern auch vertikal verlaufen würde, da sich Verrichtungen des Architekten, die bei separater Vereinbarung werkvertraglichen Charakter hätten, in sämtlichen Phasen seiner Gesamttätigkeit (also auch in der Ausführungs- und Abschlussphase) finden. 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 sowohl der Wirklichkeit des richtig verstandenen Gesamtvertrages als auch den schutzwürdigen Interessen beider Parteien. Für die vorzeitige Vertragsauflösung hat das Bundesgericht dies erkannt, indem es auch in seiner neuesten Rechtsprechung (BGE 109 II 466) den Gesamtvertrag insgesamt und ungeteilt der Auflösungsregel des Art. 404 OR unterstellt. Die Aufspaltung in Auftrags- und Werkvertragsrecht sei diesbezüglich kein «gangbarer» Weg. Ein «gangbarer» Weg aber ist die Aufspaltung auch nicht hinsichtlich der übrigen Rechtsfragen (namentlich der Haftungsfragen), die sich im Gesamtvertrag des Architekten stellen. Das zeigt sich etwa im Haftungsentcheid vom 8. Mai 1985, worin das Bundesgericht (ungeachtet seiner neuesten Rechtsprechung) schon die Aufgabe, «eine Baugrube zu planen» sowie «deren Ausführung und Sicherung zu überwachen», ausschliesslich nach den Regeln des einfachen Auftrages beurteilt⁶¹.

3. Die Selbstqualifikation durch die Parteien

- 40 1. In der Praxis kommt es bisweilen vor, dass die Parteien ihren Architekturvertrag selber qualifizieren, indem sie ihn etwa als «Auftrag» oder «Werkvertrag» bezeichnen. Die **rechtliche Qualifikation** eines Vertrages **ist dem Parteiwillen** aber **schlechthin entzogen**⁶². Deshalb muss der Richter stets von Amtes wegen prüfen, ob die von den Parteien verwendete Qualifikation mit dem durch Auslegung ermittelten Inhalt des Vertrages übereinstimmt⁶³. Handelt es sich beim konkreten Architekturvertrag (nach Massgabe seines Inhalts) z. B. um

⁶¹ Pra 1985, S. 520. Dass diese Entscheidstelle in der amtlichen Publikation (BGE 111 II 72 ff.) weggelassen wurde und ausserdem einen Ingenieurvertrag betrifft, ändert nichts an ihrer Aussagekraft für den vorliegenden Zusammenhang.

⁶² BGE 99 II 313; 84 II 496; BECKER, N 26 zu Art. 18 OR; KRAMER, N 84 zu Art. 18 OR; JÄGGI/GAUCH, N 226 zu Art. 18 OR; v. TUHR/PETER, S. 290 f. Unrichtig (oder zumindest missverständlich): HOFSTETTER, SPR VII/2, S. 20 (oben).

⁶³ Statt vieler: KRAMER und JÄGGI/GAUCH, beide zit. in Anm. 62. Was ABRAVANEL, der den hier vertretenen Standpunkt formell bekämpft, in der Sache selbst (materiell) vertritt, geht aus seinem Text (hinten, Nr. 140 ff.) nicht klar hervor.

einen Werkvertrag, so wird er nicht deswegen zu einem Auftrag, weil die Parteien ihn (aus Irrtum oder Absicht) so bezeichnet haben.

- 41 **2.** Die unrichtige Rechts-Qualifikation durch die Parteien bleibt also unbeachtlich, gleich wie die Verwendung einer andern unrichtigen Bezeichnung, «die von den Parteien aus Irrtum oder in der Absicht gebraucht wird, die wahre Beschaffenheit des Vertrages zu verbergen» (Art. 18 Abs. 1 OR). Möglich und in den Schranken der Art. 19 f. OR wirksam ist hingegen die Vereinbarung, dass auf den Architekturvertrag bestimmte Regeln eines gesetzlichen Vertragstyps (z. B. des Auftrags) zur Anwendung kommen, dem der konkrete Vertrag (z. B. als Werkvertrag) nicht zugehört⁶⁴. So können die Parteien etwa vereinbaren, dass ihr Architekturvertrag, obwohl er im konkreten Fall ein Werkvertrag ist, der Auflösungsregel des Art. 404 OR untersteht.

III. Die SIA-Ordnung 102: «Ordnung für Leistungen und Honorare der Architekten»

1. Von der SIA-Ordnung 102 im allgemeinen

- 42 **1.** Wie bereits gesagt, ist der Architekturvertrag kein Vertragstyp, den das Gesetz besonders regelt. Anders als z. B. in Deutschland⁶⁵ gibt es in der Schweiz auch keine staatliche Rechtsverordnung über die Honorare der Architekten. Umso wichtiger für die Praxis ist die **SIA-Ordnung 102**, die vom Schweizerischen Ingenieur- und Architekten-Verein (einem privaten Berufsverband) ohne staatlichen Auftrag (in drei Sprachen: deutsch, französisch, italienisch) herausgegeben wird und sich nach ihrer eigenen Bezeichnung auf «Leistungen und Honorare der Architekten» bezieht.
- 43 Diese Ordnung des SIA ist kürzlich revidiert worden⁶⁶. Nach zwei veröffentlichten Revisionsentwürfen (Vernehmlassungsentwurf von 1981⁶⁷ und berei-

⁶⁴ JÄGGI/GAUCH, N 233 zu Art. 18 OR.

⁶⁵ Dort gilt die «Verordnung über die Honorare für Leistungen der Architekten und der Ingenieure» («HOAI») vom 17. September 1976. Sie stützt sich auf das «Gesetz zur Regelung von Ingenieur- und Architektenleistungen» vom 4. November 1971, das seinerseits einen Bestandteil des «Gesetzes zur Verbesserung des Mietrechts und zur Begrenzung des Mietanstiegs sowie zur Regelung von Ingenieur- und Architektenleistungen» bildet. Zum Ganzen vgl. HESSE/KORBION/MANTSCHIEFF, Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI), Kommentar, 2. Aufl., München 1983.

⁶⁶ Vgl. dazu FISCHER/SCHUMACHER/EGLI, Die revidierten SIA-Honorarordnungen 102 und 103, in: BRT 1985, Bd. 2, S. 64 ff.; SUTER/ABRAVANEL/JOYE, Les nouveaux Règlements SIA 102 et 103, Journées du droit de la construction 1985, Bd. 2, S. 52 ff.

⁶⁷ Vgl. darüber die «Bemerkungen zu den Revisionsentwürfen» von GAUCH/TERCIER/DESSEMONNET, in BR 1982, S. 3 ff.

nigter Entwurf von 1982) liegt sie jetzt in der *Fassung vom 28. Januar 1984* vor. Die revidierte Fassung wurde am erwähnten Tag von der Delegiertenversammlung des SIA genehmigt und sofort (noch vor ihrer Drucklegung!) an die Stelle der früheren Fassung (1969/83) gesetzt (Art. 11). An den umfangreichen Revisionsarbeiten hatten sich auch Vertreter des «Bundes Schweizer Architekten» (BSA) und sogar öffentliche Stellen beteiligt. Das letztere wird zwar in der endgültigen Fassung verschwiegen, steht aber im Ingress des Revisionsentwurfes von 1981, wo zu lesen ist: «Bei der Erarbeitung und im Vernehmlassungsverfahren sind die Konferenz der Bauorgane des Bundes (KBOB) und die Schweizerische Planungs- und Umweltschutzdirektoren-Konferenz . . . konsultiert worden». Ob eine solche Mitarbeit öffentlicher Stellen an den Formularverträgen privater Berufsverbände angezeigt ist und auf welche Rechtsgrundlage sie sich abstützt, muss hier als Grundsatzfrage offen bleiben⁶⁸.

- 44 2. Die (revidierte) Ordnung 102 gehört zum Kreis der sogenannten «Honorarordnungen», die der Schweizerische Ingenieur- und Architekten-Verein nicht nur für Architekten (Ordnung 102), sondern auch für Bauingenieure (Ordnung 103), für weitere Ingenieure (Ordnungen 104 und 108) sowie für Raumplaner (Ordnung 110) herausgibt. Wie die übrigen «Honorarordnungen» ist sie **ein umfangreiches Regelwerk**. Die wichtigsten Einzelbestimmungen, die sie enthält, kommen in andern Beiträgen dieses Buches zur Sprache. Ich selber beschränke mich nachstehend auf einige grundsätzliche Aspekte. Zunächst spreche ich vom Inhalt und vom Gegenstand der SIA-Ordnung 102, dann befasse ich mich mit deren Geltung und Auslegung, und schliesslich gebe ich eine kurze «Würdigung» des Regelwerkes.

2. Inhalt und Gegenstand der Ordnung

- 45 1. Nach ihrer eigenen **Inhaltsangabe** in Art. 1.1.1 umschreibt die SIA-Ordnung 102 «die Rechte und Pflichten der Vertragsparteien bei Aufträgen an Architekten». Diese Inhaltsangabe ist nicht nur äusserst knapp, sondern auch unvollständig, weshalb sie der Erläuterung bedarf:
- 46 a. Sicher ist zunächst, dass die SIA-Ordnung 102 sich mit dem Architekturvertrag befasst. Zur Hauptsache enthält sie vorformulierte Bestimmungen, die den Inhalt des Architekturvertrages regeln. Diese *Inhaltsbestimmungen* sind Allgemeine Vertragsbedingungen, die festlegen, was zwischen den Parteien nach Abschluss eines Architekturvertrages gilt. Sie behandeln insbesondere die Ver-

⁶⁸ So auch GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 221, und BR 1982, S. 4.

tragspflichten der Parteien, aber auch andere Fragen: z. B. die Vertretungsbefugnis des Architekten (Art. 1.4.3), die Haftung des Architekten (Art. 1.6/1.7), das Weisungsrecht seines Vertragspartners (Art. 1.5), die Verjährung (Art. 1.8), das Urheberrecht (Art. 1.9), die vorzeitige Vertragsauflösung (Art. 1.14), die Erledigung von Streitigkeiten (Art. 1.17) usw.

47 **b.** Im Vordergrund der erwähnten Inhaltsbestimmungen stehen die *Vorschriften über die Leistungen und die Vergütung des Architekten* (insbesondere Art. 3–9), die auch den Leistungsbeschrieb (Art. 4) umfassen. Sie beanspruchen innerhalb der Ordnung den grössten Raum, was deren Bezeichnung als «Ordnung für Leistungen und Honorare der Architekten» erklärt.

48 Die Leistungen, die der Architekt zu erbringen hat, umfassen vorab die «Grundleistungen», die «zur ordnungsgemässen Erfüllung eines Auftrages im allgemeinen erforderlich und ausreichend sind» (Art. 3.2.2). Hinzu können verschiedene «Zusatzleistungen» treten, «wenn die Art der Aufgabe dies erfordert oder wenn sie der Auftraggeber» aus einem andern Grunde «wünscht» (Art. 3.2.3). Im Unterschied zu den «Grundleistungen» ist deren «Ausführung . . . vorgängig zu vereinbaren» (Art. 3.2.3), was bedeutet, dass sie nur gestützt auf eine besondere Vereinbarung geschuldet sind.

49 Für die Honorierung des Architekten⁶⁹ hält die SIA-Ordnung drei verschiedene Tarife (den Zeit-, den Kosten- und den Volumentarif) bereit (Art. 5.2.1/Art. 6–9), die auch nebeneinander zur Anwendung kommen können (vgl. Art. 5.3). Der Kosten- und der Volumentarif beruhen auf der Voraussetzung, dass der Architekt die Gesamtleitung ausübt (Art. 7.1.1). Alle Tarife haben gemeinsam, dass sie aus sich heraus nicht genügen, um das geschuldete Honorar zu berechnen, sondern der Ergänzung durch zusätzliche Publikationen des SIA über bestimmte Berechnungselemente bedürfen⁷⁰. Zudem wird die Honorierung nach den verschiedenen Tarifen ergänzt durch die Vergütung von «Nebenkosten» und anderen Aufwendungen, die durch die einzelnen Honorartarife

⁶⁹ Zu den Einzelheiten EGLI, hinten, Nr. 833 ff.

⁷⁰ Zum Zeittarif: «Die den Honorarkategorien entsprechenden Stundenansätze werden jährlich als Gabel- und Mittelwerte vom SIA publiziert» (Art. 6.3.3). «Alle zwei bis drei Jahre werden die Stundenansätze neu festgelegt» (Art. 6.4.1). «In den Jahren, in denen keine Neufestlegung erfolgt, verändern sich die Stundenansätze um die Jahresänderung des Landesindex der Konsumentenpreise» (Art. 6.4.2). Zum *Kostentarif*: «Die Werte K 1 und K 2 berücksichtigen die Veränderung der Löhne und Baukosten; sie werden vom SIA jährlich ermittelt und auf Beschluss der Vereinsleitung publiziert» (Art. 8.2). «Die Honorarprozenttabelle enthält die Werte p der Honorarformel. Sie wird vom SIA aufgrund der neu ermittelten K 1- und K 2-Werte jährlich publiziert» (Art. 8.3.1). Zum *Volumentarif*: «Die Tabellen der Koeffizienten a und f werden vom SIA aufgrund der neu ermittelten Werte jährlich publiziert» (Art. 9.3.1).

nicht abgegolten sind (Art. 5.5–5.7)⁷¹. Ob die Honorierung nach Massgabe der SIA-Ordnung 102 «angemessen» ist, gehört zu den umstrittenen Fragen, obwohl die Ordnung von sich selber sagt, sie liefere «die Grundlagen einer angemessenen Honorierung» (Art. 1.1.2)⁷². Positiv fällt auf, dass Art. 1.12 ausdrücklich festhält, «das volle vereinbarte Honorar» sei «nur für die vertragsgemäss erbrachte Leistung geschuldet».

- 50 c. Die umschriebenen Inhaltsbestimmungen machen zwar den Hauptteil der SIA-Ordnung 102 aus. Daneben enthält die Ordnung aber auch *andere Bestimmungen*, die nicht den Inhalt des Architekturvertrages betreffen. So befassen sich z. B. die Art. 1.3 und Art. 5.1 mit dem Abschluss des Architekturvertrages, indem Art. 1.3 das Prinzip der Formfreiheit festhält und Art. 5.1 dem vertragsschliessenden Architekten eine Aufklärungspflicht mit Bezug auf Honorar und Kosten auferlegt. Hinzu kommen rein «deklaratorische» Sätze, die weder den Vertragsabschluss regeln noch dazu bestimmt sind, Inhalt des abgeschlossenen Vertrages zu werden (z. B. Art. 1.1, Art. 2.1.1, Art. 11). «Deklaratorischer» Natur sind namentlich auch die Hinweisbestimmungen, welche die Parteien nur darauf aufmerksam machen, wie sie den Vertragsinhalt in dieser oder jener Richtung durch Vereinbarung gestalten können (z. B. Art. 1.13.2, Art. 5.2.2, Art. 5.4, Art. 5.5.2).
- 51 2. Die SIA-Ordnung 102 befasst sich, wie gesagt, mit dem Architekturvertrag. Ihre Bestimmungen haben also den Architekturvertrag zum **Gegenstand**. Auch das bedarf einer näheren Erläuterung:
- 52 a. Der Architekturvertrag, den die SIA-Ordnung 102 regelt, wird in der Ordnung selbst als «Auftrag» (z. B. Art. 1.1.1, Art. 3.2.2), und die daran beteiligten Parteien werden als «Architekt» und «Auftraggeber» (z. B. Art. 1.4) bezeichnet. Dabei sind aber die Worte «Auftrag» und «Auftraggeber» in einem juristisch untechnischen Sinne verwendet. Weder bezwecken sie eine *Qualifikation des Architekturvertrages*, die rechtlich ohnehin bedeutungslos wäre (Nr. 40 f.). Noch beschränken sie den Gegenstand der Regelung auf solche Architekturverträge, die den Vorschriften des einfachen Auftrages (Art. 394 ff. OR) unterstehen. Klar zum Ausdruck kommt dies in der Formulierung des Art. 1.14.1, die

⁷¹ Über den Einfluss, den der Beizug von Spezialisten, Beratern oder Fachkoordinatoren auf die Vergütung nach Kosten- oder Volumentarif hat, vgl. die schwerverständliche Regelung in Art. 7.16 oder 7.17 (darüber: EGLI, hinten, Nr. 972 ff.).

⁷² Die Streitfrage (vgl. z. B. auch EGLI, hinten, Nr. 910/954) ist so alt wie die Honorarordnung selbst. Schon 1911 hatte das Zürcher Obergericht zur damaligen Ordnung festgestellt, dass «diese als einseitige Festsetzung . . . begreiflicherweise die Maximalansätze enthält» (ZR 11, 1912, Nr. 36, S. 72).

wie folgt lautet: «Soweit das Vertragsverhältnis dem Auftragsrecht untersteht, kann es von jeder Vertragspartei jederzeit widerrufen oder gekündigt werden.»

53 Der soeben zitierte Satz (Art. 1.14.1) macht deutlich, dass die SIA-Ordnung 102 die Qualifikationsfrage offen lässt⁷³ und sich auch mit Architekturverträgen befasst, die keine Auftragsverhältnisse im Sinne des Gesetzes sind. In den vorangegangenen Revisionsentwürfen (zur Ausgabe 1984) ist dieser Satz noch nicht enthalten. Er wurde gewissermassen «im letzten Augenblick» eingefügt: als Reaktion auf die neueste Praxisänderung des Bundesgerichts zur Qualifikation des Architekturvertrages, die sich schon in BGE 109 II 34 ff. abzuzeichnen begann und lange vor der amtlichen Publikation des einschlägigen Urteils (BGE 109 II 465 ff.) bekannt war. Die Behauptung, dass die Honorarordnung «auf die Praxisänderung des Bundesgerichts noch keine Rücksicht» nehme⁷⁴, trifft daher in dieser allgemeinen Formulierung nicht zu. Ebenso wenig stimmt, dass der Ausdruck «Honorar», den die SIA-Ordnung 102 verwendet, «nach Rechtspraxis und allgemeinem Sprachgebrauch» sich ausschliesslich auf die Vergütung des Beauftragten (nicht auch eines Werkunternehmers) bezieht⁷⁵. Der Ausdruck «Architektenhonorar» hat sich so eingebürgert, dass er unabhängig von der Rechtsnatur des jeweiligen Architekturvertrages verwendet wird.

54 **b.** Der Architekturvertrag kommt in mannigfachen *Erscheinungsformen* vor. Da die SIA-Ordnung keine Einschränkung enthält, befasst sie sich grundsätzlich mit dem Architekturvertrag in all seinen Erscheinungsformen, selbst mit dem blossen Gutachtervertrag (vgl. Art. 1.8.1, Art. 6.1). Doch ist zu beachten:

55 Die SIA-Ordnung 102, die nach eigener Aussage «die Grundlage einer angemessenen Honorierung» liefern will (Art. 1.1.2), setzt als selbstverständlich voraus, dass der Architekt *Anspruch auf eine Vergütung* hat (vgl. z. B. auch Art. 1.12 und Art. 5.1). Insofern regelt sie nur den entgeltlichen Architekturvertrag, lässt also den unentgeltlichen Vertrag beiseite.

56 Auf einzelne Arten des Architekturvertrages passt die Ordnung besser als auf andere (z. B. besser auf Verträge mit Auftragscharakter als auf Werkverträge). Am besten passt sie auf den *Gesamtvertrag des Architekten*, der allenfalls in Zusammenarbeit mit «Fachleuten anderer Fachrichtungen» («Spezialisten») und «Beratern» tätig wird (Art. 3.4). Verschiedene Bestimmungen der Ordnung (z. B. Art. 2.2) sind sogar ganz auf diesen Vertrag zugeschnitten. Und in Art. 3.1.2 wird der Gesamtvertrag eindeutig favorisiert. «Vorbehältlich anderer Vereinbarungen umfasst» danach «der Auftrag

⁷³ Vgl. demgegenüber ABRAVANEL, hinten, Nr. 137 ff.

⁷⁴ SCHNEWLIN, ZBGR 1985, S. 195.

⁷⁵ SCHNEWLIN, ZBGR 1985, S. 196.

alle Teilleistungen» (Art. 3.1.2), welche die architektonische Gesamtleistung (von der Vorprojekt- bis zur Abschlussphase) ausmachen (Art. 3.1.1/ Art. 3.6). Diese Regel, die sich auf die «Grundleistungen» (Art. 3.2.2) bezieht, widerspricht der früher getroffenen Feststellung, dass es keinen Erfahrungssatz gibt, wonach ein Architekt im Zweifel mit allen zur Durchführung des Bauvorhabens erforderlichen Architektenleistungen betraut ist (Nr. 8). Sie führt praktisch zu einer Umkehr der Beweislast (Nr. 8), indem der Beweis «anderer Vereinbarungen» demjenigen obliegt, der sich darauf beruft. Zur Anwendung der Ungewöhnlichkeitsregel vgl. Nr. 81.

- 57 Besondere Bestimmungen enthält die SIA-Ordnung 102 für den «*Studienauftrag an mehrere Architekten*» (Art. 10.1 – 10.10). Dessen Eigenart besteht darin, dass der «Auftraggeber» nebeneinander und in verschiedenen (gleichlautenden) Verträgen (Art. 10.8) mehrere Architekten gegen Entgelt (Art. 10.5) verpflichtet, auf den gleichen Termin je eine Studie zu der gleichen architektonischen Aufgabe einzureichen (Art. 10.1). Verlangt wird von den beteiligten Architekten «die Erbringung einer Teilleistung, die etwa der Teilleistung «Studium von Lösungsmöglichkeiten» (Art. 4.1.2) entspricht» (Art. 10.1.4). Nach Massgabe dieses Inhalts qualifizieren sich die vereinbarten Verträge als Werkverträge, obwohl die zu erarbeitenden Studien noch keine fertigen Vorprojekte sind (Art. 10.10). Das letztere hindert allerdings die Ordnung nicht, gleichwohl von «Projekten» (Art. 10.9) zu sprechen.

3. Geltung und Auslegung der Ordnung

A. Die Geltung

- 58 Die SIA-Ordnung 102 ist das private Regelwerk eines privaten Berufsverbandes: des Schweizerischen Ingenieur- und Architekten-Vereins. Obwohl sie unter Mitwirkung auch öffentlicher Stellen ausgearbeitet wurde (Nr. 43), hat sie keine allgemeine Verbindlichkeit im Sinne eines Gesetzes oder einer staatlichen Rechtsverordnung, noch ist sie eine Rechtsquelle eigener Art⁷⁶. Vielmehr untersteht sie, was ihre Geltung betrifft, den gleichen Grundsätzen wie andere allgemeine Vertragsbedingungen⁷⁷. Daraus folgt:
- 59 1. Soweit die SIA-Ordnung 102 nicht bloss das Gesetz wiederholt, werden ihre Inhaltsbestimmungen (Nr. 46), wenn überhaupt, nur zwischen den jeweiligen

⁷⁶ Vgl. z. B. *Extraits* 1977, S. 28.

⁷⁷ Vgl. zu diesen Grundsätzen statt vieler: BAUDENBACHER, *Wirtschafts-, schuld- und verfahrensrechtliche Grundprobleme der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Zürich 1983; GAUCH/SCHLUEP/JÄGGI, Nr. 827 ff.; GIGER, *Geltungs- und Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen*, Zürich 1983; KRAMER, N 183 ff. zu Art. 1 OR; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N 476 ff. zu Art. 1 OR.

Parteien eines konkreten Vertrages verbindlich. Und zwar werden sie grundsätzlich nur in dem Umfang verbindlich, als sie durch vereinbarte Übernahme in den konkreten Vertrag **Vertragsgeltung** erlangen. Der mögliche Umstand, dass eine der Vertragsparteien dem SIA angehört, macht diesbezüglich keinen Unterschied.

60 Zwar sind SIA-Mitglieder nach *Art. 6 Abs. 2 der SIA-Statuten* verpflichtet, «die vom Verein aufgestellten Ordnungen einzuhalten». Diese Pflicht, deren Verletzung nach Art. 2 der SIA-Standesordnung als «standesunwürdiges Verhalten» geahndet werden kann (!), hat jedoch nur vereinsinterne Bedeutung. Sie soll die Vereinsmitglieder (es sind ausschliesslich natürliche Personen⁷⁸) dazu anhalten, die «Honorarordnungen» des SIA in die jeweiligen Verträge zu übernehmen. Ob das im Einzelfall geschieht, hängt indes vom Willen der beteiligten Vertragsparteien ab. Selbst wenn beide Parteien dem SIA angehören, sind die SIA-Statuten kein Grund, der die SIA-Ordnung 102 zwischen den Parteien (in ihrem gegenseitigen Vertragsverhältnis) verbindlich macht.

61 Aber auch das Umgekehrte ist zu betonen: Der Umstand, dass ein Nichtmitglied des SIA (z. B. eine juristische Person) als Architekt auftritt, hindert die Parteien selbstverständlich nicht, die Bestimmungen der SIA-Ordnung 102 in ihren Vertrag zu übernehmen. Selbst wenn dem Architekten jegliche Ausbildung für die Ausübung des Architektenberufes abgeht, steht den Parteien die vertragliche Übernahme der Ordnung frei, auch was z. B. die Honorartarife betrifft⁷⁹.

62 **2. Die vertragliche Übernahme** der in der SIA-Ordnung 102 enthaltenen Bestimmungen erfolgt durch ausdrückliche oder stillschweigende Abrede der Parteien, wonach die zu übernehmenden Bestimmungen als Inhalt ihres Vertrages (als Vertragsbestandteil) gelten und in diesem Sinne «anwendbar» (Art. 1.2.1) sein sollen⁸⁰. Sie kann auch eine «mittelbare» oder eine «Globalübernahme» sein. Bei der *mittelbaren* Übernahme ist die Übernahmeerklärung in einem andern Vertragsformular, das die Parteien zum Vertragsbestandteil erklären, als Allgemeine Vertragsbedingung vorformuliert. Eine *Globalübernahme* liegt vor, soweit eine Partei eine Bestimmung übernimmt, ohne sie zu kennen oder sie überlegt oder verstanden zu haben⁸¹. Im einzelnen ist beizufügen:

63 **a.** Da die vertragliche Übernahme eine Abrede ist, bedarf sie wie jede andere Vertragsabrede der Auslegung. Im Streitfall können sich verschiedene *Auslegungsfragen* stellen, namentlich die folgenden:

⁷⁸ Art. 4 der Statuten.

⁷⁹ Vgl. REBER, S. 270.

⁸⁰ Statt vieler: GAUCH/SCHLUEP/JÄGGI, Nr. 828 ff., SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N 440 zu Art. 1 OR.

⁸¹ Vgl. BGE 93 II 316; 64 II 357; GAUCH/SCHLUEP/JÄGGI, Nr. 830; GIGER, zit. in Anm. 77, S. 50; KRAMER, N 190 zu Art. 1 OR; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N 462 ff. zu Art. 1 OR.

- 64 *Die Frage, welche Bestimmungen der SIA-Ordnung 102 übernommen wurden.* Diese Auslegungsfrage ist nicht immer leicht zu entscheiden, namentlich dann nicht, wenn sich die Übernahmeerklärungen der Parteien in einem schlichten (undifferenzierten) Verweis auf die SIA-Ordnung 102 erschöpfen. Mangels anderer Anhaltspunkte ist davon auszugehen, dass die Parteien nur jene Bestimmungen übernehmen wollten, die den Inhalt ihres konkreten Architekturvertrages sinnvoll ergänzen. Da zu vermuten ist, dass die Parteien etwas Vernünftiges wollten⁸², sind im Zweifel alle Bestimmungen auszuschneiden, die innerhalb des konkreten Vertrages zu einem unvernünftigen Ergebnis führen.
- 65 Das letztere gilt vor allem auch dann, wenn sich der Verweis gar nicht in einem Architekturvertrag, sondern in einem Bauwerkvertrag (Nr. 23) findet, was in der Praxis bisweilen (namentlich bei Totalunternehmerverträgen mit Architekten) vorkommt. Obwohl Gegenstand der SIA-Ordnung 102 der Architekturvertrag (nicht der Bauwerkvertrag) ist, kann ein solcher Verweis durchaus wirksam sein, falls es sich nicht um eine blosse Floskel handelt⁸³. Bei wirksamem Verweis aber hat der Richter im Streitfall die schwierige Frage zu entscheiden, in welchem Umfang die auf den Bauwerkvertrag unpassende Ordnung übernommen wurde.
- 66 *Die Frage, ob sich die Parteien auf die deutsche, französische oder italienische Ausgabe der SIA-Ordnung 102 geeinigt haben.* Wurde der übrige Vertragstext in deutscher Sprache abgefasst, so spricht dieser Umstand mangels anderer Anhaltspunkte dafür, dass sich die Übernahmeerklärung auf die deutsche Ausgabe bezieht. Entsprechendes gilt, wenn der übrige Vertragstext in französischer oder italienischer Sprache abgefasst ist.
- 67 *Die Frage, ob sich die Übernahme auf die neueste (revidierte) Fassung der SIA-Ordnung 102 (vom 28. Januar 1984) bezieht oder auf eine frühere Fassung.* Haben die Parteien die Übernahme erklärt, nachdem die revidierte (am 28. Januar 1984 genehmigte) Fassung auch in gedruckter Form erschienen und deshalb allgemein erhältlich war, so dürfte mangels anderer Anhaltspunkte die Vermutung für diese Fassung sprechen. Die Vermutung ist allerdings umso schwächer, je näher die Übernahme und das Erscheinungsdatum beieinander liegen⁸⁴. Stellt sich im Einzelfall heraus, dass die eine

⁸² JÄGGI/GAUCH, N 444 zu Art. 18 OR; KUMMER, N 365 zu Art. 8 ZGB.

⁸³ GAUCH/SCHLUEP/JÄGGI, Nr. 837; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N 496 zu Art. 1 OR.

⁸⁴ Indem die revidierte Ordnung 102 in ihrem Art. 11 nur das Datum der Genehmigung durch die Delegiertenversammlung (also den 28. Januar 1984), nicht aber das spätere Erscheinungsdatum, bekanntgibt, erweckt sie den falschen Eindruck, die revidierte Ordnung sei bereits zu diesem Zeitpunkt gedruckt und erhältlich gewesen. Der falsche Eindruck wird noch verstärkt durch den

Partei die revidierte, die andere Partei eine frühere Fassung übernehmen wollte, so ändert dies zwar nichts an der Gültigkeit des Vertrages; doch sind die Bestimmungen der SIA-Ordnung 102 weder in dieser noch in jener Fassung verbindlich; es sei denn, nach Massgabe des Vertrauensprinzips gelte die Übernahme so, wie die eine oder andere Partei sie bei Vertragsabschluss verstanden hat⁸⁵.

68 **b.** Die zuletzt behandelte Auslegungsfrage kann sich deshalb stellen, weil die Parteien selbstverständlich frei sind, auch nach der Revision vom 28. Januar 1984 eine frühere Fassung der SIA-Ordnung 102 zu übernehmen. *Welche Fassung zwischen bestimmten Parteien gilt, beurteilt sich ausschliesslich nach dem Inhalt der vereinbarten Übernahme.* So verhält es sich auch, wenn die Parteien ihren Vertrag noch vor dem 28. Januar 1984 geschlossen und dabei eine frühere Fassung der Ordnung 102 übernommen haben. Zwischen den betreffenden Parteien gilt weiterhin die übernommene (nicht die revidierte) Fassung, es sei denn, sie hätten etwas anderes vereinbart. Darauf macht Art. 11 der revidierten Ordnung in einem Satze aufmerksam, worin festgehalten wird: «Ihre Anwendung (d. h. die Anwendung der revidierten Ordnung) auf laufende Verträge ist mit dem Auftraggeber zu vereinbaren».

69 Dieser Satz in Art. 11 ist leider so formuliert, dass er zum Abschluss einer entsprechenden Vereinbarung geradezu auffordert, obwohl eine solche Vertragsänderung bei laufenden Verträgen in den wenigsten Fällen wünschenswert ist, weil sie eher zu Komplikationen als zu einer Vereinfachung in den Vertragsbeziehungen führt. Ganz abgesehen davon stellt sich der «Auftraggeber» mit der revidierten Ordnung möglicherweise schlechter, zum Beispiel was die Honorarfrage betrifft⁸⁶. Das erklärt, weshalb für viele Verträge auch heute noch die frühere Fassung der SIA-Ordnung 102 verwendet wird.

70 **3.** Dem Gesagten zufolge besteht der Geltungsgrund für die Inhaltsbestimmungen der SIA-Ordnung 102 grundsätzlich in der vereinbarten Übernahme durch die Parteien. Vom Grundsatz gibt es eine Ausnahme. Sie betrifft den möglichen Fall, dass einzelne Bestimmungen der SIA-Ordnung 102 Ausdruck einer **Verkehrsübung**⁸⁷ und in diesem Sinne «üblich» sind. Denn Bestimmungen, die das Übliche wiedergeben, können nicht nur durch vertragliche Übernahme, sondern (wie jede Übung) auch deswegen Geltung erlangen, weil die Parteien sich durch ausdrückliche oder stillschweigende Abrede der Übung

merkwürdigen (in Art. 11 ebenfalls bekanntgegebenen) Beschluss der Delegiertenversammlung, die bisherige Ordnung unverzüglich durch die revidierte Fassung zu ersetzen.

⁸⁵ Vgl. SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N 485 zu Art. 1 OR.

⁸⁶ Vgl. dazu EGLI, hinten, Nr. 891 ff.

⁸⁷ Zur Verkehrsübung im allgemeinen: JÄGGI/GAUCH, N 392 ff. zu Art. 18 OR.

unterwerfen oder das Gesetz (z. B. Art. 394 Abs. 3 OR) auf die Übung verweist⁸⁸. Geltungsgrund solcher (üblicher) Bestimmungen ist alsdann der vertragliche oder der gesetzliche Verweis auf die Übung. Die «Üblichkeit» allein reicht dagegen (für sich genommen) nicht aus, um einer vorformulierten Vertragsbestimmung Geltung zu verschaffen⁸⁹, sondern rechtfertigt es lediglich, die übliche Bestimmung zur Auslegung unklarer Vertragsklauseln oder als Hilfsmittel der richterlichen Vertragsergänzung heranzuziehen⁹⁰.

71 Ausdruck einer Verkehrsübung können die Bestimmungen der SIA-Ordnung 102 deshalb sein, weil sie entweder eine vorbestandene Übung übernommen oder selber eine Übung begründet haben⁹¹. Doch ist dies in keinem Fall zu vermuten und muss im Streitfall nachgewiesen werden⁹². Da es zur Bildung einer Verkehrsübung eines gewissen (längeren) Zeitraumes bedarf, ist die Möglichkeit, dass neue Bestimmungen der (revidierten) SIA-Ordnung 102 durch ihre Verwendung verkehrüblich geworden sind, vorderhand auszuschliessen. Und was die sehr differenzierten Honorartarife betrifft, die der SIA in seiner «Honorarordnung» einseitig festgesetzt hat und durch zusätzliche Publikationen ergänzt (Nr. 49), so ist entgegen bisweiliger Gerichtspraxis⁹³ festzuhalten: Sie können zum vornherein nicht als Ausdruck einer Verkehrsübung gelten⁹⁴, selbst wenn der beteiligte Architekt dem SIA angehört. Noch weniger haben diese Tarife oder irgendwelche Bestimmungen der SIA-Ordnung 102 die Bedeutung von Gewohnheitsrecht (Art. 1 Abs. 2 ZGB)⁹⁵. Schon die früheren Fassungen der SIA-Ordnung 102 enthielten kein Gewohnheitsrecht, weshalb sich diesbezüglich durch die Revision von 1984 nichts geändert hat⁹⁶.

72 **4. Die vertragliche Übernahme durch die Parteien bedeutet nicht, dass die übernommenen Bestimmungen der SIA-Ordnung 102 in jedem Falle uneingeschränkt gelten. Zum Beispiel erlangen sie trotz Übernahme keine Geltung, soweit sie zwingendem Gesetzesrecht widersprechen, worauf Art. 1.2.2 der Ordnung ausdrücklich hinweist. Ausserdem ist zu beachten:**

⁸⁸ JÄGGI/GAUCH, N 408 ff. und N 522 zu Art. 18 OR; KRAMER, N 200 zu Art. 1 OR sowie N 242 f. zu Art. 18 OR.

⁸⁹ JÄGGI/GAUCH, N 409 zu Art. 18 OR.

⁹⁰ JÄGGI/GAUCH, N 407 und N 523 zu Art. 18 OR; KRAMER, N 29 ff. und N 244 zu Art. 18 OR.

⁹¹ Vgl. *Extraits* 1977, S. 28.

⁹² Max 12, 1974, S. 215; JÄGGI/GAUCH, N 403 zu Art. 18 OR; MERZ N 144 zu Art. 2 ZGB; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N 518 zu Art. 1 OR.

⁹³ Nachweise (bezüglich früherer Fassungen der SIA-Ordnung 102) bei JÄGGI/GAUCH, N 403 zu Art. 18 OR; vgl. auch GIGER, zit. in Anm. 77, S. 64, Anm. 176.

⁹⁴ Vgl. EGLI, hinten, Nr. 871 ff.; GIGER, zit. in Anm. 77, S. 64; JÄGGI/GAUCH, N 403 zu Art. 18 OR; MERZ, in: *Festgabe Schönenberger*, Freiburg 1968, S. 145 f.; ferner ZWR 1972, S. 114 f.; anders z. B. REBER, S. 279; unklar: GAUTSCHI, N 77d zu Art. 394 OR.

⁹⁵ Vgl. GIGER, zit. in Anm. 77, S. 65; MERZ, zit. in Anm. 94, S. 146.

⁹⁶ Anders: SCHNEWLIN, ZBGR 1985, S. 196.

73 a. *Individuelle Abreden der Parteien*, worin bestimmte Punkte des Vertrages konkret ausgehandelt wurden, gehen den Allgemeinen Bedingungen der SIA-Ordnung 102 schlechthin vor⁹⁷. «Selbst solche vorgeformte Regeln, die einer klaren individuellen Abrede zwar nicht eigentlich widersprechen, jedoch schlecht zu ihr passen, haben zurückzutreten; sie können nur insoweit gelten, als sie sich der Abrede harmonisch einfügen»⁹⁸.

74 Der Vorrang der Individualabrede gilt gegenüber allen Bestimmungen der Ordnung, gleichgültig ob sie selbst eine abweichende Vereinbarung vorbehalten (z. B. Art. 3.1.2, Art. 5.2.2, Art. 5.3.1 und 5.3.2, Art. 5.5.1, Art. 7.5.2, Art. 7.11.3) oder (wie die Mehrzahl der Bestimmungen) keinen derartigen Vorbehalt umfassen. Einige Vorschriften, welche die Ordnung enthält, scheinen die Möglichkeit abweichender Individualabreden zwar einzuschränken, indem sie abweichende Vereinbarungen nur für gewisse Fälle (z. B. Art. 5.4.1, Art. 7.3.3, Art. 7.5.3) oder mit bestimmtem Inhalt (z. B. Art. 5.2.2, Art. 7.5.3) zulassen. Solche Einschränkungen sind jedoch unwirksam. Sie verhindern nicht, dass Individualabreden uneingeschränkt vorgehen.

75 b. Eine andere Frage ist, wie es sich rechtlich verhält, wenn übernommene Bestimmungen der SIA-Ordnung 102 im *Widerspruch* stehen zu *andern Allgemeinen Vertragsbedingungen*, die ebenfalls Vertragsbestandteil bilden⁹⁹. Falls von zwei Bestimmungen, die sich widersprechen, keine individuell vereinbart wurde¹⁰⁰ und deshalb vorgeht, sind sie (beide) im Umfang des Widerspruchs grundsätzlich unverbindlich¹⁰¹. Der Grundsatz gilt jedoch nicht ohne Ausnahmen. Denn:

76 Im Einzelfall kann die Vertragsauslegung ergeben, dass nach dem Willen der Parteien die eine der widersprüchlichen Bestimmungen (z. B. die «allgemeinere») durch die andere (z. B. die «speziellere») verdrängt wird, so dass diese (nicht aber jene) Geltung hat¹⁰². Vielfach vereinbaren die Parteien sogar eine ausdrückliche Widerspruchsregel, aus der sich (kraft der getroffenen Vereinba-

⁹⁷ Vgl. z. B. BGE 93 II 325 f.; 81 II 350; GIGER, zit. in Anm. 77, S. 67 f.; KRAMER, N 210 zu Art. 1 OR; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N 491 ff. zu Art. 1 OR. Zur Begründung des Vorranges: BAUDENBACHER, zit. in Anm. 77, S. 266 f.

⁹⁸ SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N 492 zu Art. 1 OR.

⁹⁹ Ein solcher Widerspruch darf nicht leichthin angenommen werden. Denn vielfach ergibt eine richtige Auslegung des Vertrages, die nicht am buchstäblichen Sinn der Worte haften bleibt, dass scheinbar widersprüchliche Bestimmungen sich durchaus harmonisieren lassen; etwa deswegen, weil angenommen werden darf, dass von verschiedenen (vertretbaren) Bedeutungen einer Bestimmung diejenige gemeint ist, die keinen Widerspruch begründet (JÄGGI/GAUCH, N 433 zu Art. 18 OR).

¹⁰⁰ Auch vorformulierte Bestimmungen können zum Gegenstand einer individuellen Abrede gemacht werden, was zwar eher selten vorkommt, als Möglichkeit aber doch zu berücksichtigen ist.

¹⁰¹ JÄGGI/GAUCH, N 433 zu Art. 18 OR; vgl. auch v. BÜREN I, S. 172.

¹⁰² Dass nach dem Vertragswillen der Parteien die «speziellere» Bestimmung die «allgemeinere» verdrängen soll, bildet Gegenstand einer tatsächlichen Vermutung.

rungen) ergibt, welche Vertragsbestimmung im Falle des Widerspruches gilt und welche nicht. Zum Beispiel legen sie eine Rangordnung zwischen verschiedenen Vertragsbestandteilen fest: derart, dass Bestimmungen im tieferen Rang zu weichen haben, wenn sie mit Bestimmungen im höheren Range kollidieren.

77 Auf eine solche Rangordnung zielt offenbar auch Art. 1.2. der SIA-Ordnung 102, indem er den «abgeschlossenen Vertrag» der «vorliegenden Ordnung» voranstellt. Diese Rangordnung muss jedoch praktisch versagen, weil sie im Unklaren lässt, was sie mit dem «abgeschlossenen Vertrag» (im Gegensatz zur übernommenen Ordnung) meint. Möglicherweise soll sie nur zum Ausdruck bringen, dass individuelle Abreden den übernommenen Bestimmungen der SIA-Ordnung 102 vorgehen, was sich ohnehin von selbst versteht.

78 So oder anders kann der SIA-Ordnung 102 (im Unterschied etwa zur SIA-Norm 118) keine brauchbare Widerspruchsregel entnommen werden. Auch der Vorbehalt anderer Vereinbarung, der sich in einzelnen Bestimmungen der Ordnung findet, hat nicht die Bedeutung einer solchen Regel. Denn er bringt lediglich zum Ausdruck, was für alle Bestimmungen der Ordnung ohnehin gilt: dass es den Parteien frei steht, eine abweichende Vereinbarung zu treffen, die vorgehen soll. Ob aber die Übernahme widersprechender Vertragsbedingungen in andern Vertragsbestandteilen den Sinn einer «vorgehenden» Vereinbarung hat, wird dadurch nicht entschieden. In jedem Falle vorrangig sind lediglich die Individualabreden.

79 c. Hat eine Partei der Übernahme nur global zugestimmt (Nr. 62), so bedarf sie schliesslich eines besonderen Schutzes. *Keine Geltung zulasten der global zustimmenden Partei* erlangen daher:

80 Bestimmungen der SIA-Ordnung 102, über deren Inhalt sich die betreffende Partei bis zum Vertragsabschluss nicht in zumutbarer Weise informieren konnte¹⁰³. Auf deren Nichtgeltung kann sich unter Umständen ein privater und branchenunkundiger Bauherr berufen, dem der Architekt zwar die Verwendung der SIA-Ordnung 102 vorgeschlagen, den Text dieser Ordnung aber nicht so rechtzeitig verschafft hat, dass der Bauherr sie in Ruhe lesen und überdenken konnte.

81 Ungewöhnliche (überraschende) Bestimmungen, mit denen die global zustimmende Partei (nach Inhalt oder Platzierung im Text) nicht gerechnet hat und aus ihrer Sicht zur Zeit des Vertragsabschlusses, für die Gegenpartei erkennbar, auch nicht rechnen musste. Diese Ungewöhnlichkeitsregel¹⁰⁴

¹⁰³ Vgl. BGE 100 II 209 f.; 77 II 156; SJ 104, 1982, S. 586.

¹⁰⁴ Vgl. statt vieler: BGE 109 II 458; 109 II 217; 108 II 418; 98 Ia 321; JÄGGI/GAUCH, N 472 zu Art. 18 OR und dort Zitierte.

könnte z. B. zugunsten eines Bauherrn eingreifen, der davon überrascht ist, dass Art. 3.1.2 den Architekturvertrag auf die architektonische Gesamtleistung ausdehnt (vgl. Nr. 56).

- 82 Bestimmungen, die vom dispositiven Gesetzesrecht abweichen, ohne dass sich die Abweichung mit der Eigenart des konkret vereinbarten Architekturvertrages rechtfertigen lässt¹⁰⁵.
- 83 Der Schutz der global zustimmenden Partei hat seine Grundlage im Prinzip von Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) und wird durch das gleiche Prinzip eingeschränkt. Das ist deshalb von Bedeutung, weil ein Vertragspartner von seinem Architekten grundsätzlich erwarten darf, dass dieser die Einzelheiten der SIA-Ordnung 102 bei Vertragsabschluss kennt¹⁰⁶. Abgesehen von Ausnahmefällen, in denen sich eine solche Erwartung nach den konkreten Umständen nicht rechtfertigt, muss das Vorbringen des Architekten, er habe die Ordnung nur global übernommen, nach Treu und Glauben unberücksichtigt bleiben.
- 84 5. Bis dahin war von den Inhaltsbestimmungen die Rede, aus denen die SIA-Ordnung 102 zur Hauptsache besteht. Doch enthält die Ordnung auch **andere als Inhaltsbestimmungen** (Nr. 50). Diese sind jedoch weder dazu vorgesehen noch geeignet, Vertragsgeltung zu erlangen. Das gilt zunächst für die (vereinzelt) *Abschlussbestimmungen* der SIA-Ordnung 102, die das Zustandekommen des Vertrages regeln, weshalb eine Übernahme in den Vertrag (als Vertragsbestandteil) ausser Betracht fällt. Solche Bestimmungen erlangen rechtliche Bedeutung nur dann, wenn sie schon in der Verhandlungsphase von der einen oder andern Partei als anwendbar erklärt werden. Alsdann binden sie diese Partei und, falls ihr Verhandlungspartner zustimmt, auch ihn¹⁰⁷.

¹⁰⁵ GIGER, zit. in Anm. 77, S. 139 ff.; JÄGGI/GAUCH, N 475 zu Art. 18 OR; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N 508 zu Art. 1 OR.

Die Idee, wonach die Abweichung vom dispositiven Recht ein Grund sein kann, um Allgemeinen Vertragsbedingungen die Geltung zu versagen, hat sich in der Praxis kaum durchgesetzt. Doch fand sie Eingang in den Revisionsentwurf zum UWG (BB1 1983, II, S. 1092 ff.). Nach Art. 8 dieses Entwurfes handelt unlauter, «wer vorformulierte allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, die zum Nachteil einer Vertragspartei von der unmittelbar oder sinngemäss anwendbaren gesetzlichen Ordnung erheblich abweichen oder eine der Vertragsnatur erheblich widersprechende Verteilung von Rechten und Pflichten vorsehen». Der Nationalrat hat den zitierten Artikel in der Junisession 1985 insofern amputiert, als er nur noch auf «ausserhalb des kaufmännischen Verkehrs» vorformulierte ABG Anwendung finden soll. Das wiederum passte dem Ständerat nicht (Beschluss vom 19. 6. 1986). Zur Zeit der Drucklegung dieses Buches befindet sich das UWG im Differenzbereinigungsverfahren.

¹⁰⁶ Vgl. ZR 70, 1971, Nr. 117, S. 319; 11, 1912, Nr. 36, S. 71.

¹⁰⁷ Vgl. sinngemäss: GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 250 f.

- 85 Aber auch rein «deklaratorische» Sätze, welche die SIA-Ordnung 102 enthält¹⁰⁸, vermögen keine Vertragsgeltung zu erlangen. Die wichtigsten unter ihnen sind die *Hinweisbestimmungen*, welche die Partei auf eine mögliche (zu treffende) Vereinbarung aufmerksam machen (Nr. 50). Sie können als solche überhaupt nicht übernommen und Vertragsbestandteil werden. Berücksichtigung finden sie höchstens dadurch, dass die Parteien eine entsprechende Vereinbarung treffen¹⁰⁹. Das gilt zum Beispiel für die folgenden Bestimmungen:
- 86 «Die Parteien können eine schrittweise und definitive Abrechnung aufgrund erbrachter Leistungen vereinbaren» (Art. 1.13.2). «Das Honorar kann auch als Pauschal- oder Globalhonorar vereinbart werden» (Art. 5.2.2). «Der Architekt kann für Arbeiten, die besondere Kenntnisse voraussetzen, mit grosser Verantwortung verbunden sind oder für den Auftraggeber grosse wirtschaftliche Vorteile zeitigen, ein der Bedeutung seiner Leistung angemessenes, höheres Honorar vereinbaren» (Art. 5.4.1). «Diese Erhöhung kann durch einen pauschalen oder prozentualen Zuschlag zum Honorar erfolgen» (Art. 5.4.2). «Es kann auch vereinbart werden, die Nebenkosten pauschal abzugelten» (Art. 5.5.2).

B. Die Auslegung

- 87 1. Soweit die SIA-Ordnung 102 von bestimmten Parteien als Vertragsbestandteil übernommen wurde, bedarf sie im Streitfall der Auslegung. Nach schweizerischer Rechtsauffassung müssen die übernommenen Bestimmungen als Bestandteil des konkreten Einzelvertrages **individuell, anhand der Umstände des Einzelfalles ausgelegt** werden¹¹⁰. Der Sinn, der den übernommenen Bestimmungen innerhalb des konkreten Vertrages zukommt, kann durchaus abweichen von dem, was die Verfasser der Ordnung bei deren Ausarbeitung dachten und wollten. Auch ist möglich, dass die gleiche Bestimmung als Inhalt verschiedener Verträge je eine verschiedene Bedeutung hat. Diese Bedeutung wird vom Richter ermittelt, der die gängigen Auslegungsmittel und Auslegungsregeln zur Anwendung bringt¹¹¹. Soweit indes die auszulegende Bestimmung dispositives Gesetzesrecht wiederholt, hat der Richter sie mangels anderer Anhaltspunkte im

¹⁰⁸ Beispiele: «Die vorliegende Ordnung umschreibt die Rechte und Pflichten der Vertragsparteien bei Aufträgen an Architekten» (Art. 1.1). «Durch seine Tätigkeit trägt der Architekt dazu bei, den Lebensraum des Menschen zu formen und zu gestalten» (Art. 2.1.1; zur französischen Fassung vgl. aber ABRAVANEL, hinten, Nr. 337). «Diese Ordnung ersetzt ab 28. Januar 1984 diejenige vom 22. März 1969/1. Januar 1983 samt Anhängen (Art. 11).

¹⁰⁹ Vgl. sinngemäss: GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 244.

¹¹⁰ ZR 81, 1982, Nr. 46, S. 121; JÄGGI/GAUCH, N 466 zu Art. 18 OR; KRAMER, N 60 zu Art. 18 OR; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N 490 zu Art. 1 OR; anders: KELLER, SJZ 57, 1961, S. 319 f.

¹¹¹ JÄGGI/GAUCH, N 344 ff. und N 411 ff. zu Art. 18 OR.

Sinne des Gesetzes zu interpretieren, obwohl sie kraft vertraglicher Übernahme zum vereinbarten Vertragsinhalt gehört¹¹². Ausserdem bleibt zu beachten:

- 88 Die Auslegung ist, sofern es um die Rechtsanwendung geht, *dem Richter vorbehalten*. Jede Auslegung durch andere Stellen beinhaltet nur die Äusserung einer unmassgeblichen Ansicht, wie der Richter entscheiden sollte¹¹³. Das gilt auch für die Auslegung durch die SIA-Kommission, der nach Art. 1.16 der SIA-Ordnung 102 «Meinungsverschiedenheiten über Leistungsumfang und Honorare . . . zur Begutachtung unterbreitet werden» können.
- 89 Als primäres Auslegungsmittel dient der *Wortlaut*. Massgebend ist entweder der deutsche, der französische oder italienische Wortlaut, je nachdem, ob die Bestimmungen der SIA-Ordnung 102 in der deutschen, französischen oder italienischen Sprache übernommen wurden. Obwohl die französische und italienische Ausgabe der Ordnung Übersetzungen sind, hat der deutsche Wortlaut keine Priorität.
- 90 **2.** Zu den Auslegungsregeln gehört auch die **Unklarheitsregel**¹¹⁴, die vor allem auf Allgemeine Vertragsbedingungen zur Anwendung kommt. Sie besagt, dass im Zweifel diejenige Bedeutung den Vorzug verdient, die für den Verfasser der auszulegenden (unklaren) Bestimmung ungünstiger ist («in dubio contra stipulatorem»). Dem Verfasser gleichgestellt wird eine Partei, die den Text zwar nicht selber (oder durch ihren Gehilfen) formuliert, aber die Verwendung eines «fremden», von dritter Seite verfassten Textes veranlasst hat. Diese Gleichstellung erlaubt es, die Unklarheitsregel auch für die Auslegung der SIA-Ordnung 102 anzuwenden. Dabei aber kommt ihr eine nur beschränkte Bedeutung zu. Denn:
- 91 Die Unklarheitsregel findet zum vornherein keine Anwendung, soweit die übernommenen Bestimmungen von beiden Parteien durchberaten (nicht nur einseitig verlesen und erläutert) wurden¹¹⁵. Sodann ist die Regel unanwendbar, wenn beide Parteien zur SIA-Ordnung 102 in gleicher Beziehung stehen¹¹⁶, weil sie beide dem Architektenstande (allenfalls sogar dem SIA) angehören oder zumindest branchenkundig und im Umgang mit der Ordnung vertraut sind. Und schliesslich bleibt zu beachten, dass es sich bei der SIA-Ordnung 102 um ein Regelwerk handelt, das vom SIA im Interesse des Architektenstandes ausgearbeitet wurde. Mit Rücksicht darauf ist von der Anwendung der Unklarheits-

¹¹² Vgl. BGE 108 II 149 ff. und den Kommentar von TERCIER in BR 1983, S. 55, Nr. 38.

¹¹³ JÄGGI/GAUCH, N 302 f. zu Art. 18 OR.

¹¹⁴ BGE 110 II 146; 107 II 230; 100 II 153 und 156.

¹¹⁵ Vgl. BGE 99 II 293.

¹¹⁶ Vgl. JÄGGI/GAUCH, N 455 zu Art. 18 OR.

regel schon dann abzusehen, wenn nicht der Architekt, sondern sein Kunde die Verwendung der SIA-Ordnung 102 vorgeschlagen hat¹¹⁷. Es wäre geradezu stossend, wenn der Kunde, der die im Interesse des Architektenstandes herausgegebene Ordnung vorschlägt, auch noch den Nachteil der Unklarheitsregel zu tragen hätte.

4. Würdigung

- 92 1. Die revidierte SIA-Ordnung 102 ist das Ergebnis einer langjährigen Überarbeitung. Dennoch hat sie in den Baukreisen eine **eher kritische Aufnahme** gefunden. Das äussert sich vor allem darin, dass von zahlreichen (bedeutenden) Bauherren eigene Formularverträge mit zum Teil erheblichen Abweichungen zur revidierten Ordnung geschaffen wurden¹¹⁸. Sogar die an den Revisionsarbeiten beteiligten KBOB¹¹⁹ und SBPUDK¹²⁰ haben (zusammen mit dem Schweizerischen Städtebund) einen eigenen «Mustervertrag für Architektur- und Ingenieurverträge» (mit Anleitung) geschaffen, der die Ordnung 102 in verschiedenen Punkten verdrängt¹²¹. Mit Rücksicht auf diese Situation wird etwa behauptet, die revidierte Ordnung sei «in einem bisher noch kaum je feststellbaren Ausmass auf Widerstand der fachkundigen Bauherren gestossen»¹²². Demgegenüber ist der SIA bemüht, ein positives Bild von der «Akzeptanz» der revidierten Ordnung zu zeichnen¹²³. Da es jedoch an exakten und unabhängigen Untersuchungen fehlt, lässt sich über die Bereitschaft der Baubeteiligten, die revidierte Ordnung zu «akzeptieren», vorderhand nichts Abschlissendes sagen. Eines aber steht fest:
- 93 Obwohl zahlreiche Vertragspartner alternative Formularverträge verwenden, bleibt die revidierte SIA-Ordnung 102 ein für die Praxis bedeutsames Regel-

¹¹⁷ Vgl. JÄGGI/GAUCH, a. a. O.

¹¹⁸ Vgl. SCHUMACHER, Die revidierten SIA-Honorarordnungen 102 und 103, in: BRT 1985, Bd. 2, Freiburg 1985, S. 70 ff.

¹¹⁹ KBOB = Konferenz der Bauorgane des Bundes.

¹²⁰ SBPUDK = Schweizerische Bau-, Planungs- und Umweltschutzdirektoren-Konferenz.

¹²¹ Da dieser «Mustervertrag» der öffentlichen Hand in SIA-Kreisen offensichtliches «Unbehagen» auslöste (vgl. z. B. JARAY, zit. in Anm. 123), sah sich THALMANN (als «Vorsitzender der Arbeitsgruppe für Honorarfragen der KBOB») veranlasst, im «Schweizer Ingenieur und Architekt» (1985, S. 1111) eine Art «Loyalitätserklärung» abzugeben. Darin bezeichnet er die nach seiner Wertung «erfreuliche» Akzeptanz der revidierten Honorarordnungen als «das verdiente Resultat der vereinten Anstrengungen des SIA und der drei Partner der öffentlichen Hand: Bund (KBOB), Kantone (SBPUDK), Gemeinden (StV)»! Dass solche Erklärungen nicht gerade geeignet sind, das Vertrauen des Bürgers in die Unabhängigkeit der Verwaltung zu fördern, liegt auf der Hand.

¹²² SCHNEWLIN, ZBGR 1985, S. 195 f.

¹²³ Vgl. JARAY (Präsident der zentralen SIA-Kommission für Ordnungen), Die Anwendung der neuen Ordnungen für Leistungen und Honorare (LHO 84) in der Praxis, in: Schweizer Ingenieur und Architekt, 1985, S. 1111 ff.

werk. Denn einerseits sind viele der alternativen Formularverträge so gefasst, dass sie die Anwendung der revidierten Ordnung nur zum Teil (nicht integral) ausschliessen. Und andererseits wird die Ordnung nach wie vor auch «unverändert» übernommen, und zwar namentlich in Verträgen mit «einmaligen» (fachunkundigen) Bauherren. Gerade deswegen lohnt sich die Frage, was von dieser revidierten Ordnung zu halten sei.

- 94 2. Die aufgeworfene Frage lässt sich nicht mit einer «pauschalen» **Bewertung** abtun, weil die revidierte Ordnung in manchen Punkten überzeugt, in vielen andern dagegen nicht. Positiv fällt z. B. auf, dass der SIA jetzt davon absieht, seiner Ordnung einen «quasigesetzlichen» Anstrich zu geben, indem er es bewusst unterlässt, darin vom «Inkrafttreten» der Ordnung zu sprechen und auf die Mitwirkung «öffentlicher Stellen» hinzuweisen. Auch ist die äussere (drucktechnische) Darstellung gewiss gelungen. Zum besten aber, was die revidierte Ordnung bringt, gehört der ausführliche Leistungsbeschrieb. Er bildet gewissermassen das «Prunkstück» der neuen Ordnung, was nicht verwundert, da ja die «Revisoren» (praktisch alles Nicht-Juristen) *diesbezüglich* im Vollbesitz des Fachwissens waren.
- 95 Andererseits gibt es viele Einzelbestimmungen, die inhaltlich zu kritisieren sind. Das wurde bereits an der Baurechtstagung 1985 dargetan¹²⁴ und kommt ausserdem in verschiedenen Beiträgen dieses Buches zum Ausdruck¹²⁵. Aber auch in formeller Hinsicht erweist sich die Ordnung als (stark) verbesserungsbedürftig. Einzelne Partien (z. B. jene über die Honorarberechnung) sind viel zu kompliziert und dem durchschnittlichen Laien kaum verständlich. Darin und auch sonst macht sich bemerkbar, dass die qualifizierten Fachleute, die sich mit der Revision befassten, zwar die Regeln der Baukunst, nicht aber jene der Vertragstechnik beherrschten. Ein verstärkter (angemessener) Einsatz auch juristischer Fachkenntnis hätte der Ordnung gut getan. Mancher Fehler (z. B. die punktuelle Disharmonie mit der SIA-Norm 118)¹²⁶ wäre vermeidbar gewesen.
- 96 3. Die wichtigste Frage jedoch ist, ob die Bestimmungen der revidierten SIA-Ordnung 102 «ausgewogen» sind, indem sie die Interessen beider Parteien in gleicher Weise berücksichtigen. Diese **Frage nach der Ausgewogenheit** wird je nach Standort des Betrachters bald bejaht, bald verneint. Eine gültige Antwort kann aber nur geben, wer in der Lage ist, in sachkundiger Gesamtwürdigung das Regelwerk als Ganzes zu bewerten. Um den Gerechtigkeitsgehalt der Ordnung abzuwägen, genügt es also nicht, einzelne Bestimmungen aufzuzählen, die zu

¹²⁴ Vgl. die in Anm. 66 zitierten FISCHER/SCHUMACHER/EGLI und SUTER/ABRAVANEL/JOYE.

¹²⁵ Vgl. z. B. hinten, Nr. 579, 769 f., 932.

¹²⁶ Vgl. z. B. SIA 102, Art. 1.4.3 mit SIA 118, Art. 33 Abs. 2; oder SIA 102, Art. 1.8.2 (fünf Jahre nur bei unbeweglichen Bauwerken) mit SIA 118, Art. 180 Abs. 1 (fünf Jahre bei jedem Werk).

Ungunsten dieser oder jener Partei von dispositiven Regeln des Gesetzes abweichen. Überhaupt ist eine vorformulierte Vertragsbestimmung nicht schon deshalb «unbillig», weil sie dem dispositiven Gesetzesrecht zuwiderläuft.

97 Zur erforderlichen Gesamtwürdigung gehört insbesondere auch die Würdigung der Honorartarife. Ob nun aber die Honorierung nach Massgabe der SIA-Ordnung 102 (ergänzt durch die zusätzlichen Publikationen des SIA)¹²⁷ «angemessen» ist¹²⁸, kann ich selber mangels einschlägiger Fachkompetenz nicht beurteilen. Damit fehlt mir ein wichtiges Kriterium für eine nachprüfbare Beantwortung der Frage, ob die Ordnung in ihrer Gesamtheit die eine Partei bevorzugt oder einen angemessenen Ausgleich der beidseitigen Interessen anstrebt. Die vielfältigen und intensiven Anstrengungen, die der SIA für die «Durchsetzung» seiner Ordnung unternimmt¹²⁹, begründen allerdings die Vermutung, dass jedenfalls die Architekten nicht zu kurz kommen. Durch Intervention bei öffentlichen Bauherren, Banken und Versicherungen versucht der SIA, die Gesprächspartner auf den Kurs der revidierten Ordnung zu bringen¹³⁰. Das entspricht dem Verhalten eines Interessenverbandes, der damit in Kauf nimmt, dass die Forderung nach einer wirksamen Kontrolle Allgemeiner Vertragsbedingungen immer lauter wird.

¹²⁷ Vgl. vorne, Nr. 49.

¹²⁸ Vgl. auch EGLI, hinten, Nr. 910 f. und 954.

¹²⁹ Vgl. JARAY, a. a. O.

¹³⁰ Vgl. JARAY, a. a. O.