

BEMERKUNGEN ZU EINEM URTEIL ÜBER DEN ARCHITEKTENVERTRAG

Prof. Dr. iur. Peter Jäggi
Universität Freiburg Schweiz

Publiziert in: Schweizerische Juristen-Zeitung 69. Jahrgang (1973), S. 301-305. Die Seitenzahlen dieser Publikation sind im nachfolgenden Text in eckiger Klammer eingefügt. Ein weiterer Abdruck findet sich in: Peter Jäggi, Privatrecht und Staat, Gesammelte Aufsätze, Zürich, 1976, S. 204 ff.

[301] "Der Architektenvertrag untersteht *vorbehaltlos* den Bestimmungen des Auftrags", sagt die Inhaltsangabe des kürzlich veröffentlichten Urteils des Bundesgerichts vom 3. 10. 1972 (BGE 98 II 305 ff.). Mit diesem als "Änderung der Rechtsprechung" bezeichneten Satz rückt das Gericht von seinen früheren, allerdings nicht zahlreichen Urteilen ab, die zwar den Architektenvertrag bereits den Regeln über den Auftrag unterstellten, aber mit dem (jetzt fallengelassenen) Vorbehalt, "daß nötigenfalls die Spezialvorschriften des Werkvertrags aushilfsweise herangezogen werden dürfen" (BGE 63 II 176, insbes. S. 180; 89 II 406 f.). Hiezu ist zu bemerken:

1. In seinem neuen Urteil hatte das Bundesgericht gar nicht einen Architektenvertrag zu beurteilen, sondern eine "*Architektenverpflichtung*" (a.a.O., S. 312), nämlich eine in der "Architektenklausel" (a.a.O., S. 306) eines Grundstückkaufes begründete (und nachher nicht erfüllte) Verpflichtung des Käufers, "für sämtliche Architekturarbeiten bezüglich des Kaufsareals" ein (von der Verkäuferin verschiedenes) Architekturbüro "zu SIA-Bedingungen zu berücksichtigen". Umstritten war die Rechtsgültigkeit dieser Verpflichtung. Das Bundesgericht hat sie, als solche, nicht geprüft:

Es befaßte sich nicht mit der *Vorfrage*, ob eine Architektenverpflichtung nicht schon wegen ihrer Koppelung mit einem Grundstückkauf *sittenwidrig* sei ¹. Anscheinend wurde diese Frage – die allerdings von Amtes wegen zu prüfen wäre (BGE 80 II 48) – im Prozeß gar nicht aufgeworfen, sowenig wie die weitere (immerhin in Erw. 4 angetönte) Frage, ob sich der verpflichtete Käufer – die Unwirksamkeit der Architektenverpflichtung vorausgesetzt – auf die Unwirksamkeit berufen dürfe, solange er gleichwohl am Grundstückkauf festhält.

Unerörtert blieb ferner die von der einen Prozeßpartei vorgetragene Ansicht, die Architektenverpflichtung sei deswegen unwirksam, weil ihr Inhalt weder bestimmt noch *genügend bestimmbar* sei. Das Bundesgericht begnügte sich damit, die Architektenklausel als Vorvertrag (zu einem Architektenvertrag) zu qualifizieren und argumentierte dann wie folgt (a.a.O., S. 307 und 312): Gesetzlich auch der Fall, daß die Architektenverpflichtung genügend bestimmbar ist, kann sie doch dann "praktisch nicht erzwungen werden", wenn der abzuschließende Hauptvertrag, der Architektenvertrag, sofort und unter allen Umständen widerrufen werden könnte. Da nun ein Auftrag kraft zwingenden Rechts jederzeit widerruflich und der "sogenannte Architektenvertrag vorbehaltlos als ... Auftrag zu würdigen ist" (was beides näher ausgeführt wird, Erw. 2 und 3), kann offenbleiben, ob die Architektenverpflichtung genügend bestimmbar ist.

Diese Argumentation ist zwar logisch richtig, ändert aber nichts daran, daß das Bundesgericht einem wünschbaren Grundsatzentscheid über die in der Praxis recht häufige Architektenklausel und über deren Koppelung mit einem Grundstückkauf ausgewichen ist, dafür sich aber von seinen

¹ Siehe das in SJZ 68, 1972, 132 mitgeteilte Urteil des Oberlandesgerichtes Frankfurt a. M.

früher Urteilen über den Architektenvertrag distanzierte, obwohl im zu beurteilenden Fall ein solcher Vertrag gar nicht abgeschlossen worden war.

2. Der "*sogenannte Architektenvertrag*" (a.a.O., S. 312) hat keinen feststehenden *Inhalt*. Die einheitliche Bezeichnung rechtfertigt sich aber deswegen, weil immer [302] ein Vertrag gemeint ist, den der wirtschaftlich selbständige Architekt mit seinen Kunden abschließt. Zu unterscheiden sind zwei mögliche Hauptinhalte:

a) Das Erstellen eines Projektes für einen Hochbau (mit Ausführungsplänen, gewöhnlich auch mit Kostenvoranschlag) oder nur das Erstellen von (Ausführungs-)Plänen für ein bereits vorliegendes Projekt.

b) Die Oberleitung eines Hochbaus (Ausschreibung und Mitwirkung bei der Arbeitsvergebung, Oberaufsicht über die Bauausführung, Prüfung der Baurechnungen).

Der einzelne Vertrag kann sehr wohl nur den einen oder den andern Inhalt haben. Im ersten Fall kann man von einem *Projektierungsvertrag* sprechen, im zweiten von einem *Bauleitungsvertrag*. Bei den im Verkehr häufigsten Verträgen sind allerdings beide Inhalte gegeben und zu einem einheitlichen Vertrag vereinigt, der im folgenden als (Architekten-) *Gesamtvertrag* bezeichnet wird. Auch die bundesgerichtlichen Urteile setzen diesen häufigsten Fall voraus. Doch dient es der Klarheit, wenn vorerst einzig der (reine) Projektierungsvertrag ins Auge gefaßt wird. Zudem steht die Projektierung als geistige, häufig schöpferische Leistung dem Beruf des Architekten näher als die zwar ebenfalls geistige, aber mehr organisatorische Leistung der Oberleitung eines Hochbaus.

3. Beim *Projektierungsvertrag* geht die Pflicht des Architekten unzweifelhaft auf die Herbeiführung eines Arbeitserfolges, des Projektes. (Hier wie im folgenden wird "Arbeitserfolg" als gleichbedeutend wie "Arbeitsergebnis" verstanden.) Das Projekt ist sicher *kein stoffliches Werk*, was das Bundesgericht mit Recht festhält², sondern ein geistiger Sachverhalt, so daß der Architekt, um den versprochenen Erfolg zu erreichen, zur Hauptsache geistige Arbeit zu leisten hat. Als *Arbeitserfolg* hat aber das Projekt mit einem stofflichen Werk gemein, daß es die Arbeitsleistung überdauert und insofern einen selbständigen, von der Arbeitsleistung unterscheidbaren Wert darstellt. Überdies ist die Hauptpflicht immerhin von einer Nebenpflicht begleitet, die der Herstellung eines stofflichen Werkes gleichkommt: Der Architekt hat Skizzen, Pläne (im Sinne von Zeichnungen), Modelle und Beschriebe auszufertigen, die den geistigen Sachverhalt "Projekt" (oft auch "Plan" genannt) verkörpern, wodurch dieser erst wahrnehmbar und mitteilbar wird.

Die Doppelpflicht, einen geistigen Arbeitserfolg herbeizuführen und zu verkörpern, kommt nicht nur beim Projektierungsvertrag vor, sondern auch bei andern Verträgen. So geht beispielsweise die Pflicht eines selbständigen Ingenieurs, statische Berechnungen vorzunehmen (und schriftlich festzulegen)³, oder eines Sprachkundigen, ein Schriftwerk zu übersetzen (und die Übersetzung festzuhalten), ebenfalls auf einen Arbeitserfolg, der von gleicher Art ist wie ein Bauprojekt. Es gibt also den Vertragstyp des (entgeltlichen) Geist-Werkvertrages, wie man ihn zur Unterscheidung vom gewöhnlichen (Stoff-)Werkvertrag nennen kann.

Dieser *Geist-Werkvertrag* ist seinerseits zu unterscheiden von andern Verträgen, deren charakteristische Leistung zwar ebenfalls in einer geistigen Arbeit besteht, bei denen aber der Arbeitserfolg entweder keinen selbständigen Wert darstellt – so beim Aufführungsvertrag, den ein Musiker abschließt – oder gar nicht zum Inhalt der Vertragspflicht gehört, wie der Prozeßerfolg beim Prozeßführungsvertrag, den der Rechtsanwalt abschließt. Gegenüber dem Bundesgericht⁴ ist insbesondere klarzustellen, daß zwischen dem Projektierungs- und dem Prozeßführungsvertrag ein unaufhebbarer Unterschied besteht, obwohl nicht nur der Architekt, sondern auch der Anwalt einen bestimmten Erfolg anzustreben hat. Denn entscheidend ist eben, daß der Arbeitserfolg nur beim Projektierungs- nicht aber beim Prozeßführungsvertrag Gegenstand der Vertragspflicht ist. Diese

² A.a.O., S. 311, im Anschluß an *Gautschi*, N. 5 der Vorbem. zu Art. 363-379 OR.

³ Vgl. BGHZ (Entscheidungen des deutschen Bundesgerichtshofes in Zivilsachen) 58, 86.

⁴ A.a.O., S. 311, wie auch gegenüber einem Urteil des Obergerichtes Luzern (SJZ 63, 1967, 191 = Max. XI Nr. 339) und *Perrin*, *Le contrat d'architecte*, Genf 1970, 17 ff.

unterschiedliche Vertragsgestaltung hat ihren Grund darin, daß die Herbeiführung des Erfolges im einen Fall in der Macht des Verpflichteten liegt, im andern Fall nicht. Beim Anwalt liegt daher nie schon deswegen eine (objektive) Vertragsverletzung vor, weil der Prozeß verloren geht, beim Architekten dagegen immer schon dann, wenn er kein Projekt abgeliefert; es genügt nicht, daß er sich um die Erstellung eines Projektes bemüht hat. Ein Vertrag, durch den sich ein wirtschaftlich Selbständiger zu geistiger Arbeit, nicht aber zur Herbeiführung eines geistigen Arbeitserfolges verpflichtet, ist sicher kein Werkvertrag. Nach schweizerischem Recht ist er ein einfacher Auftrag⁵, falls er nicht die besonderen Merkmale eines andern Vertrages aufweist (wobei es sich auch um einen im Gesetz nicht geregelten Vertragstyp handeln kann; BGE 83 II 529 f.; Art. 394 Abs. 2 OR schließt solche Verträge sui generis im Bereiche der Dienstleistungsverträge nicht aus).

[303] Das eben Ausgeführte bildet aber keinen Grund, den Geist-Werkvertrag ebenfalls als einfachen Auftrag zu qualifizieren. Keineswegs sind Verträge, die eine geistige Arbeit zum Inhalt haben, schon wegen dieses Inhaltes im Auftragsrecht beheimatet. Wird geistige Arbeit in wirtschaftlich unselbständiger Stellung geleistet, so liegt bekanntlich ein Arbeitsvertrag im Sinne der Art. 319 ff. vor (was der frühere Art. 361 ausdrücklich festgehalten hatte). Ebensogut kann ein Vertrag, durch den ein wirtschaftlich Selbständiger sich zu geistiger Arbeit verpflichtet, aufgrund zusätzlicher, nur ihn kennzeichnender Merkmale einem andern Vertragstyp als dem Auftrag zugehören. Zudem läßt sich die Unterscheidung zwischen (gehobener) "geistiger" und (gewöhnlicher) "körperlicher" Arbeit gar nicht streng durchführen. Auch qualifizierteste Geistesarbeit kann stoffgebunden sein – man denke an die Arbeit des Chirurgen –; und umgekehrt geht es auch bei handwerklicher Arbeit nie ohne begleitende Denkleistung ab.

Da nun der Geist-Werkvertrag auf einen (wenn auch geistigen) Arbeitserfolg gerichtet ist, kommt er sicher einem Werkvertrag im Sinne der Art. 363 ff. OR nahe. Nach verbreiteter Lehre umfaßt der *Begriff des Werkes* auch den unkörperlichen Arbeitserfolg, zum mindesten dann, wenn der Erfolg (wie beim Geist-Werkvertrag) verkörpert, also wahrnehmbar festgehalten wird⁶. Das Bundesgericht hat denn auch früher nicht gezögert, das Erstellen eines Bauprojektes, "für sich allein genommen", als Gegenstand eines Werkvertrages zu bezeichnen⁷.

Doch ist zuzugeben, daß die Bestimmungen über den Werkvertrag in erster Linie (wenn nicht gar ausschließlich) auf die Herstellung eines stofflichen Werkes zugeschnitten sind; so wenn von den zur Ausführung des Werkes nötigen Hilfsmitteln, Werkzeugen und Gerätschaften die Rede ist (Art. 364 Abs. 3); ferner vom Stoff, den der Unternehmer oder der Besteller liefert (Art. 365 und 376), sowie von Werken, die auf Grund und Boden des Bestellers errichtet sind (Art. 368 Abs. 3 und 376 Abs. 3) oder die zugrunde gehen (Art. 376). Daher dürfen diese Bestimmungen sicher nur dann außerhalb ihres Kerntatbestandes "stoffliches Werk" angewendet werden, wenn (und soweit) ihre Anwendung auf einen Randtatbestand, wie ihn der Geist-Werkvertrag darstellt, zu einer sachgemäßen Lösung führt.

Andererseits ist festzuhalten: Gesetzt der Fall, daß die Bestimmungen über den Werkvertrag einzig für den Stoff-Werkvertrag gelten, so folgt daraus keineswegs zwingend, daß der Geist-Werkvertrag ein einfacher Auftrag ist. Denn er könnte auch ein *Vertrag eigener Art* sein. Spätestens seit dem Urteil BGE 83 II 525 ff. ist auch diese Möglichkeit in Betracht zu ziehen (obwohl das Urteil einen Vertrag betrifft, der nicht einen unkörperlichen Arbeitserfolg zum Inhalt hat). Die in BGE 98 II 310 ff. als selbstverständlich vorausgesetzte Alternative Werkvertrag/einfacher Auftrag beruht auf einer unzulässigen Vereinfachung.

Sollte es sich beim Geist-Werkvertrag um einen Vertrag eigener Art handeln, so würde sich, mangels einer gesetzlichen Regelung, die Frage stellen, ob die zwingenden und dispositiven Regeln über den Werkvertrag oder diejenigen über den einfachen Auftrag auf ihn analog anzuwenden sind.

⁵ Nach deutschem Recht ist er ein Dienstvertrag, da unter den Oberbegriff des Dienstvertrages (im Sinne von BGB § 611 ff.) neben dem "Arbeitsvertrag" des unselbständig Erwerbenden auch der "Dienstvertrag des selbständig Tätigen" fällt (Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, II. Bd., 10. Aufl., München 1972, 197).

⁶ Oser/Schönenberger, N. 2 ff. und Becker, N. 4 zu Art. 363 OR.

⁷ BGE 63 II 179; vgl. auch Kantonsgericht Wallis, Zeitschrift für Walliser Rechtsprechung 1968, 314 ff.

Die Antwort müßte sich darauf stützen, ob die Regeln der einen oder der andern Vertragsart zu einer sachgerechten Lösung führen, wobei sich durchaus ergeben könnte, daß für bestimmte Punkte Werkvertrags-, für andere Auftragsrecht angemessen ist. Nicht grundsätzlich anders ist aber die Fragestellung dann, wenn man den Geist-Werkvertrag nicht als eigenen Vertragstyp anerkennt. Denn auch die Alternative Werkvertrag/einfacher Auftrag ist danach zu entscheiden, ob für den Tatbestand des Geist-Werkvertrages und für die ihm eigenen Streitfragen Werkvertrags- oder Auftragsrecht sachlich angemessen ist.

Wie immer man also das Problem der Rechtsnatur des Geist-Werkvertrages angeht: auf keinen Fall darf die Rechtsnatur anhand eines apriorisch festgelegten Begriffes bestimmt werden, etwa anhand eines enger oder weiter gefaßten Werkbegriffes. *Maßgebend ist einzig, welche Regeln dem Tatbestand angemessen sind.*

4. Unter diesem Gesichtspunkt sind zwei Gruppen von Regeln ins Auge zu fassen:

a) Die Regeln des Werkvertragsrechts über die *Haftung für Mängel* (Art. 367-371). Sie haben im Auftragsrecht keine Entsprechung, da dieses sich nur mit der Haftung für getreue Ausführung befaßt (Art. 398 ff.), nicht mit der Haftung für den Arbeitserfolg. Das Hauptargument des Bundesgerichts geht nun dahin, "eine immaterielle (z. B. eine geistige oder künstlerische) Leistung" sei "der Sachgewähr entzogen" (a.a.O., S. 311). Darauf ist zu entgegnen:

Sicher kann bei einem Geist-Werkvertrag die erwähnte (Ziff. 3) *Nebenpflicht* mangelhaft erfüllt werden: Die Zeichnungen sind z. B. ungenau oder nicht in der vereinbarten Technik ausgeführt; die Niederschrift der Übersetzung wimmelt von Druckfehlern. Bei Mängeln, welche die Verkörperung als solche betreffen, steht der Anwendung des Gewährleistungsrechtes nichts im Wege; z. B. entspricht in diesen Fällen ein [304] Preisminderungs- oder Nachbesserungsanspruch im Sinne von Art. 368 Abs. 2 durchaus der Interessenlage.

Aber auch bei der Verletzung der *Hauptpflicht*, der Herbeiführung eines geistigen Arbeitserfolges, sind Tatbestand und Interessen offensichtlich gleichgelagert wie bei der mangelhaften Ausführung eines (Stoff-)Werkes. So kann ohne Zwang von "Ablieferung" (Art. 367 Abs. 1) eines Projektes gesprochen werden, und zwar in einem Sinne, der nicht einzig die Verkörperung (z. B. die Planskizze) meint, sondern auch das Projekt als geistigen Sachverhalt. Die "Geistigkeit" des Arbeitserfolges hindert den Projektverfasser nicht daran, das Projekt in einem bestimmten Zeitpunkt dem Besteller als vollendet zur Verfügung zu stellen. Mit dieser Ablieferung wird das Projekt für den Besteller auch prüfbar, wie ein abgeliefertes Stoff-Werk. Ferner kann es ähnlich wie ein Stoff-Werk vom Vertrag abweichen (Art. 368 Abs. 1), also (rügbar) Mängel aufweisen: Vielleicht entspricht das Bauprojekt nicht den im Vertrag vereinbarten Anforderungen (z. B. was die Dimensionen des projektierten Gebäudes anbetrifft) oder es widerspricht fachlichen oder baupolizeilichen Anforderungen, deren Einhaltung der Besteller voraussetzen durfte. In solchen Fällen kann das Projekt je nach den Umständen für den Besteller unbrauchbar oder verbesserlich sein, weshalb nicht einzusehen ist, warum die Anwendung des Sach-Gewährleistungsrechtes zum vorneherein ausgeschlossen sein sollte.

b) Was das *Recht einer Vertragspartei* betrifft, *den Vertrag einseitig aufzulösen*, enthalten das Werkvertrags- und das Auftragsrecht Regeln, die einander ausschließen.

Das *Auftragsrecht* ist gekennzeichnet durch den vom Bundesgericht erneut als zwingend erklärten Grundsatz, daß jeder Teil den Vertrag jederzeit mit sofortiger Wirkung "widerrufen" kann⁸. Die Strenge dieses (nicht unangefochtenen) Grundsatzes⁹ wird einzig gemildert durch die Vorschrift, daß der "zur Unzeit" Widerrufende Schadenersatz zu leisten hat. Demgegenüber steht nach *Werkvertragsrecht* dem Unternehmer überhaupt kein allgemeines Widerrufsrecht zu, während der Besteller vor der Vollendung des Werkes zwar "jederzeit vom Vertrag zurücktreten" darf, aber nur

⁸ Zu den Ausdrücken "widerrufen" und "kündigen" vgl. v. Tuhr/Siegwart, 609 f.; Gautschi, N. 14a zu Art. 404; Guhl/Merz/Kummer, § 49 III a.

⁹ Vgl. Friedrich, ZBJV 91, 1955, 475; von Büren, Schweiz. Obligationenrecht, Bes. Teil, Zürich 1972, 140 ff.; Ruppert, Zum Widerruf des Bauherrn beim Architektenvertrag und dessen Folgen, SJZ 66, 1970, 284 ff.

gegen volle Schadloshaltung (Art. 377).

Das *zwingende Widerrufsrecht des Beauftragten* paßt sicher für den unentgeltlichen Auftrag. Für den entgeltlichen Auftrag rechtfertigt es sich dann, wenn eine *höchstpersönliche* Arbeit in Frage steht, wie im allgemeinen beim Arzt und beim Rechtsanwalt. Solche Arbeit wird unzumutbar, wenn die innere Bereitschaft, sie zu verrichten, aufhört, insbesondere dann, wenn das Vertrauensverhältnis zum Auftraggeber gestört ist. Dem Auftraggeber ist zuzumuten, den Entschluß des Beauftragten zu achten und sich mit dem Widerruf abzufinden. Wird ein *geistiger Arbeitserfolg* versprochen, so dürfte es an dieser Höchstpersönlichkeit meistens fehlen, und zwar auch dann, wenn ein Architekt, Ingenieur oder Übersetzer eine Arbeit gerade wegen seiner persönlichen Fähigkeiten übernommen hat. Dieser Umstand bildet zwar den Grund dafür, daß die Arbeit persönlich ausgeführt werden muß (Art. 364 Abs. 2) und daß der Vertrag in den Fällen des Art. 379 erlischt. Keineswegs rechtfertigt er es – von besonderen Fällen abgesehen –, den Projektverfasser, Ingenieur oder Übersetzer im Vergleich zum Unternehmer, der ein stoffliches Werk herzustellen hat, zu privilegieren und ihm zu gestatten, nach Gutdünken den Vertragspartner, der mit dem Arbeitserfolg rechnet, im Stiche zu lassen, unter dem einzigen Vorbehalt der Schadenersatzpflicht bei unzeitiger Auflösung. Vielmehr ist, wenn schon ein Arbeitserfolg versprochen wurde, auch beim Geist-Werkvertrag der dem Werkvertrag eigene (beim Auftrag nicht gegebene) *Anspruch des Bestellers auf Vollendung und Ablieferung des Versprochenen* gerechtfertigt. Dieser Erfüllungsanspruch schließt ein Recht des zum Arbeitserfolg Verpflichteten auf beliebigen Widerruf aus; und er muß bei Nichterfüllung eine Schadenersatzpflicht nach allgemeinen Regeln (Art. 97 ff.) auslösen. Die Beschränkung der Ersatzpflicht auf den Fall der unzeitigen Auflösung (und auf den alsdann durch die Unzeit bedingten Schaden, der kleiner ist als das Erfüllungsinteresse) genügt schon deshalb nicht, weil es bei der Verpflichtung, einen Arbeitserfolg herbeizuführen, auf die Ablieferung des Arbeitsergebnisses ankommt. Daher liegt hier die Vertragsverletzung in der Nichtablieferung, nicht in einer "Unzeit". Demgegenüber setzt Art. 404 voraus, daß sich die Vertragspflicht in der Arbeitsleistung als solcher erschöpft, weshalb deren Aufhören den Eintritt eines (allenfalls erstrebten) Erfolges nicht notwendigerweise ausschließt, folglich den Auftraggeber nicht zwangsläufig benachteiligt.

Beim *Widerruf durch den Besteller* besteht der Unterschied zwischen Werkvertrags- und Auftragsrecht einzig darin, daß der Zurücktretende nach Art. 404 nur bei Widerruf zur Unzeit Schadenersatz schuldet, nach Art. 377 dagegen in jedem Fall und so, daß unter allen Umständen voller Ersatz zu leisten ist (BGE 96 II 199). Auch in dieser Hinsicht erscheint bei einem Geist-Werkvertrag die für den (Stoff-)Werkvertrag vorgesehene [305] Art der Vertragsliquidation als angemessener, dies jedenfalls dann, wenn, was die Regel ist, der zwar geistige Arbeit Leistende Verträge dieser Art gewerbsmäßig abschließt und für ihre Ausführung in bedeutendem Umfang (und erlaubterweise) Hilfspersonen einsetzt. Alsdann hat der Geist-Werkvertrag nicht einen betont persönlichen Charakter, und der zum Arbeitserfolg Verpflichtete befindet sich in der gleichen Interessenlage wie der Werkunternehmer: Er hat zwar kein Recht auf Vollendung des Werkes, muß aber – da er selber nicht beliebig widerrufen kann, sondern auf den Arbeitserfolg verpflichtet ist – darauf vertrauen können, daß ihm der einmal abgeschlossene Vertrag das einbringt, was er bei vertragsgerechter Ausführung erwarten darf. Ein allgemeines und durchschlagendes Gegeninteresse, das es rechtfertigen würde, den Kunden eines Architekten, Ingenieurs oder (berufsmäßigen) Übersetzers gegenüber dem Vertragspartner besser zu stellen als den Kunden eines "gewöhnlichen" Unternehmers, ist nicht ersichtlich¹⁰.

5. Nach dem bisher Ausgeführten darf sicher der Geist-Werkvertrag, insbesondere der reine Projektierungsvertrag, ohne Bedenken dem Werkvertragsrecht unterstellt werden. Umfaßt ein Architektenvertrag als *Gesamtvertrag* (Ziff. 3) sowohl die Projektierungs- als auch die Bauleitungspflicht - welche letztere nicht einen Arbeitserfolg zum Inhalt hat und daher, für sich genommen, unter Auftragsrecht fällt¹¹ –, so liegt ein gemischter Vertrag vor, der als

¹⁰ Vgl. BGHZ 31, 228 f. und 59, 339 sowie Anm. 13.

¹¹ Hievor Ziff. 3; nach deutschem Recht ist ein Vertrag, durch den sich der Architekt einzig zur Bauaufsicht

"Kombinationsvertrag" ¹² die für Werkvertrag und Auftrag kennzeichnenden Leistungen zu einer Einheit verbindet. Daraus ergibt sich das Bedürfnis nach einer rechtlich einheitlichen Behandlung des Gesamtvertrages. Ob jedoch die vorbehaltlose Unterstellung unter das Auftragsrecht die richtige Einheits-Lösung darstellt, sei hier offengelassen ¹³. Sicher ist jedenfalls zweierlei:

Auch wenn der Gesamtvertrag ausschließlich unter Auftragsrecht fällt, so liegt kein Grund vor, den reinen Projektierungsvertrag (Ziff. 3 und 4) deswegen nicht nach Werkvertragsrecht zu beurteilen.

Sodann folgt aus der Erwägung des Bundesgerichts, der Architekt stehe zum Besteller "nicht in einem Verhältnis der Unterordnung" (BGE 98 II 311), einzig, daß der Gesamtvertrag kein Arbeitsvertrag ist, nicht dagegen, daß Werkvertragsrecht für ihn nicht paßt (was das Bundesgericht nicht ausdrücklich festhält). Denn auch der Werkunternehmer handelt wirtschaftlich selbständig wie der Beauftragte. Seine persönliche Stellung und die des Beauftragten sind "annähernd identisch" ¹⁴. Andererseits ist auch der Beauftragte seinem Vertragspartner insofern untergeordnet, als er grundsätzlich dessen Weisungen zu befolgen hat. In dieser Hinsicht darf der Werkunternehmer eher mehr Selbständigkeit beanspruchen als der Beauftragte, da er im Gegensatz zu diesem für den Erfolg einzustehen hat ¹⁵.

Schließlich sei darauf hingewiesen, daß die zwei Hauptpflichten des Gesamtvertrages – die Projektierung und die Bauleitung – nicht etwa gleichzeitig erfüllt werden, sondern zur Hauptsache nacheinander. Deshalb fällt bei Streitfragen, die einzig die erste Vertragsphase, die Projektierung, betreffen, die Anwendung der werkvertraglichen Bestimmungen über die Gewährleistung und über die einseitige Auflösung doch ernsthaft in Betracht. Da sich das Bundesgericht mit Fragen dieser Art noch nie zu befassen hatte, dürfte das letzte Wort über den Architektenvertrag noch nicht gesprochen sein.

verpflichtet, ein Dienstvertrag; vgl. Anm. 5 und BGHZ 59, 166 (oben).

¹² Vgl. *Meier-Hayoz*, Schw. Jur. Kartothek, Ersatzkarte 1135 S. 3 (Gemischte Verträge).

¹³ Die feststehende deutsche Rechtsprechung, eingeleitet durch das Urteil BGHZ 31, 224, sieht einen Vertrag, der sämtliche Architektenleistungen von der Planung bis zur örtlichen Bauaufsicht umfaßt, als *Werkvertrag* an, nicht als Dienstvertrag (vgl. Anm. 5 und 11), so daß bei Auflösung des Vertrages durch den Besteller der dem Art. 377 OR entsprechende § 649 BGB gilt (Anm. 10). Begründung: Der mit der Oberleitung und Bauführung betraute Architekt schuldet zwar nicht das Bauwerk als körperliche Sache, hat aber doch durch zahlreiche Einzelleistungen dafür zu sorgen, daß das Bauwerk plangerecht und frei von Mängeln entsteht und vollendet wird. Diese Begründung verkennt m. E., daß der Architekt als Bauleiter zwar in Richtung auf einen bestimmten Erfolg, die Herstellung des Bauwerkes, tätig zu sein hat, diesen Erfolg aber nicht schuldet (wie vorher die Herstellung des Projektes). Die Bauleitung stellt auch nicht deswegen eine werkvertragliche Leistung dar, weil der Architekt für (durch Mängel der Bauleitung verursachte) verspätete oder mangelhafte Herstellung des Bauwerkes durch den Unternehmer haftet; denn diese *Erfolgshaftung* (oder eine weitergehende, vertraglich übernommene Garantie des Architekten für mängelfreie Herstellung des Bauwerkes durch den Unternehmer) ist nicht zu verwechseln mit der Verpflichtung, den Erfolg (Herstellung des Bauwerkes) selber zu bewirken. Diese letztere Verpflichtung trifft nur den Unternehmer. Einzig gegenüber diesem, nicht gegenüber dem Architekten hat der Besteller den (Erfüllungs-)Anspruch auf Vollendung des Bauwerkes. – Kritisch zur Praxis des Bundesgerichtshofes: *Herding-Schmalzl*, Vertragsgestaltung und Haftung im Bauwesen, 2. Aufl., München/Berlin 1967, 292 ff. Zur Frage der *Gesamtschuldnerschaft von Architekt und Bauunternehmer* bei fehlerhafter Bauaufsicht und dadurch (mit-)verursachten Werkmängeln sind auch für das schweizerische Recht bemerkenswerte Urteile ergangen (BGHZ 39, 261; 58, 216).

¹⁴ *Gautschi*, N. 63a zu Art. 394 OR.

¹⁵ *Gautschi*, N. 3d zu Art. 363 OR.