



**Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht**  
**Institut pour le droit suisse et international de la construction**

Schweizerische Baurechtstagung  
Journées suisses du droit de la construction

Année / Jahr:  
1985

Die Bauleitung - Ihr Verhältnis zum Bauherrn und Unternehmer

Auteur / Autor:  
Gauch Peter

**BAURECHTSTAGUNG 1985/TAGUNGSUNTERLAGE I**

**Die Bauleitung – Ihr Verhältnis zum Bauherrn  
und Unternehmer**

Prof. Dr. iur. Peter Gauch, Universität Freiburg

**BAURECHTSTAGUNG 1985/TAGUNGSUNTERLAGE I**

**Die Bauleitung – Ihr Verhältnis zum Bauherrn  
und Unternehmer**

Prof. Dr. iur. Peter Gauch, Universität Freiburg

<b><u>UEBERSICHT:</u></b>	<b>Seite:</b>
<b><u>I.</u> DAS GRUNDSAETZLICHE</b>	4
<b><u>II.</u> DIE BAULEITUNG ALS BEAUFTRAGTE DES BAUHERRN</b>	8
<b><u>III.</u> WICHTIGE EINZELFRAGEN</b>	13
<u>A.</u> Die Bausummenüberschreitung - Haftung der Bauleitung	13
<u>B.</u> Die Vertretungsmacht der Bauleitung	17
<u>C.</u> Mängelhaftung des Bauunternehmers und Haftung der Bauleitung	22

**LITERATUR:**

BECKER, Berner Kommentar zu Art. 1 - 183 OR, 2. Aufl., Bern 1941/1945; DESCHENAUX/TERCIER, La responsabilité civile, 2e éd., Berne 1982; GAUCH, Der Werkvertrag, 3. Aufl., Zürich 1985 (erscheint demnächst); GAUCH/SCHLUEP/JAEGGI, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil (ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht), 3. Aufl., Zürich 1983; GUHL/MERZ/KUMMER, Das Schweizerische Obligationenrecht, 7. Aufl., Zürich 1980; REBER, Rechtshandbuch für Bauunternehmer, Bauherr, Architekt und Bauingenieur, 4. Aufl., Dietikon 1983; SCHAUB, Der Engineeringvertrag, Diss. Bern, Zürich 1979; SCHLUEP, Innominatverträge, in: Schweizerisches Privatrecht (SPR), Band VII/2, Basel und Stuttgart 1979; SCHUMACHER, Der Architekt und der Ingenieur - Schwierige Haftungsfragen, Baurechtstagung 1981, Tagungsunterlage 5; WIEGAND, Die klassischen Probleme des Architekten- und Ingenieurvertrages, Baurechtstagung 1981, Tagungsunterlage 4.

**BEILAGEN:**

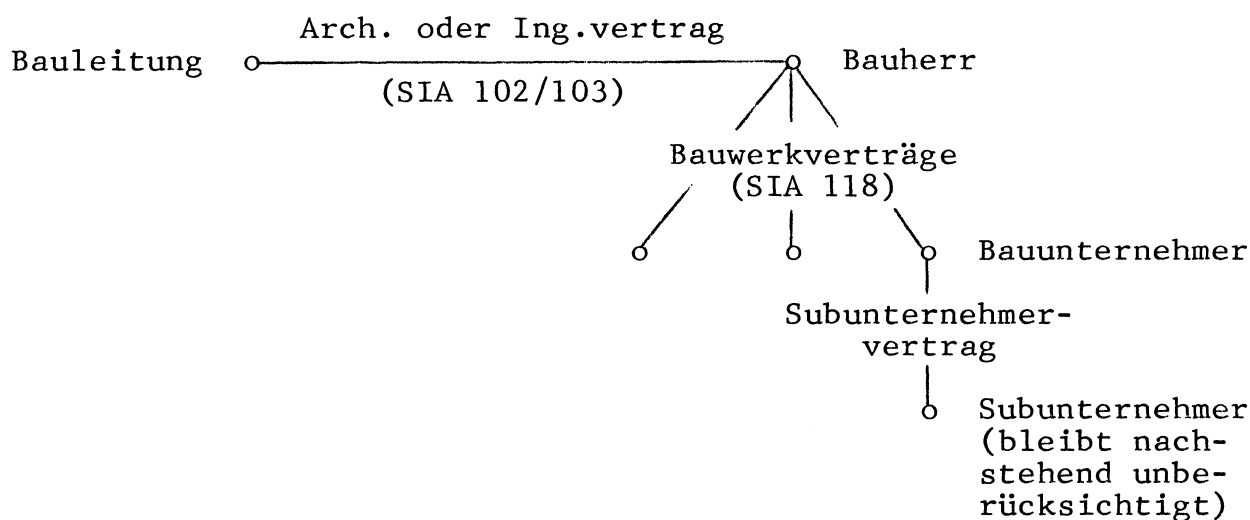
- 1 BGE 109 II 462 ff.
- 2 BR 1984, S. 49 ff.
- 3 BGE 102 II 418 f.
- 4 BGE 108 II 197 ff.
- 5 PKG 1976, Nr. 10, S. 53 ff.
- 6 Max XI, 1961, Nr. 15, S. 27 ff.
- 7 RJN 1980-81, S. 76 f.
- 8 BGH BauR 1979, S. 74 ff.
- 9 BGE 109 II 452 ff.

## DIE BAULEITUNG - IHR VERHAELTNIS ZUM BAUHERRN UND UNTERNEHMER

Dieses Thema betrifft den häufigen Fall, da an der Ausführung eines Bauvorhabens neben den Bauunternehmern auch eine Bauleitung mitwirkt, so dass Bauherr, Bauunternehmer und Bauleitung miteinander in Beziehung treten. Zunächst gilt es, die Rechtsbeziehungen zwischen den Beteiligten in den Grundzügen aufzuzeigen, was ich unter I. (Das Grundsätzliche) und II. (Die Bauleitung als Beauftragte des Bauherrn) versuche. Darauf werden (unter III.) wichtige Einzelfragen herausgegriffen und behandelt.

### I. DAS GRUNDSAETZLICHE

1. Die Bauleitung, um die es vorliegend geht, ist ein freierwerbender Architekt oder Ingenieur. Mit den Bauunternehmern des Bauherrn, welche die körperlichen Bauarbeiten leisten, hat sie gemeinsam, dass sie mit diesem Bauherrn in einem Vertragsverhältnis steht. Im Unterschied zu den Bauwerkverträgen der Bauunternehmer ist ihr Vertrag jedoch ein Architektur- oder Ingenieurvertrag. Daraus ergibt sich folgendes Vertragsbild:



Merke: Das Normenwerk des SIA befasst sich sowohl mit dem Architektur- und Ingenieurvertrag als auch mit dem Bauwerkvertrag der Bauunternehmer, indem es für alle diese Verträge Allgemeine Vertragsbedingungen bereitstellt. Zu unterscheiden sind: SIA-Ordnung 102 ("Ordnung für Leistungen und Honorare der Architekten", Ausgabe 1984); SIA-Ordnung 103 ("Ordnung für Leistungen und Honorare der Bauingenieure", Ausgabe 1984); SIA-Norm 118 ("Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten", Ausgabe 1977).

2. Das soeben (in Ziff. 1) Gesagte bedarf der Erläuterung, und zwar in mehrfacher Hinsicht:

a. Zum typischen Aufgabenbereich der Bauleitung (im hier verstandenen Sinne!) gehören die für die Realisierung eines Bauprojektes (bis und mit Abschlussphase) erforderlichen Architektur- und Ingenieurleistungen (vgl. SIA 102, Art. 4.3 - 4.5 / SIA 103, Art. 4.1.5 - 4.1.11). Nach der SIA-Norm 118 obliegen der Bauleitung "insbesondere die Beschaffung der Pläne (gemeint: Ausführungspläne = Pläne des Ausführungsprojektes), die Aufsicht über die Ausführung der Arbeiten sowie die Prüfung der Rechnungen und des Werkes" (Art. 34 Abs. 1). Auch sorgt sie "für die rechtzeitige Koordination der Arbeiten aller am Bauwerk beteiligten Unternehmer" (Art. 34 Abs. 3). Demzufolge setzt die Tätigkeit der Bauleitung nach Abschluss der Projektphase (SIA 102, Art. 4.2 / SIA 103, Art. 4.1.4) ein und erstreckt sich bis zur Leitung der Garantiarbeiten (SIA 102, Art. 4.5.3 / SIA 103, Art. 4.1.10).  
Merke aber:

- Zu welchen Leistungen die Bauleitung im Einzelfall verpflichtet ist, beurteilt sich nach dem Inhalt ihres konkreten Vertrages, den es durch Auslegung zu ermitteln gilt. Die SIA-Ordnungen 102 und 103 enthalten eine ausführliche Leistungsbeschreibung, "gelten" aber nur, soweit sie als Vertragsbestandteil übernommen wurden. Die erwähnte Leistungsbeschreibung unterscheidet zwischen Grundleistungen und Zusatzleistungen, deren Ausführung "vorgängig zu vereinbaren" ist (Art. 3.2 beider Ordnungen).

SIA 102  
Architekten

SIA 103  
Bauingenieure

REFERAT  
GAUCH

Art. 3.6	PHASEN	Art. 3.6	Art. 7.8.1	
<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Problemanalyse</li> <li>2. Studium von Lösungsmöglichkeiten</li> <li>3. Vorprojekt</li> <li>4. Grobschätzung der Baukosten und Termine</li> </ol>	<p>Vorstudienphase</p>	<ol style="list-style-type: none"> <li>a. Vorbereitung</li> <li>b. Planungsstudie</li> <li>c. Vorprojekt</li> </ol>	<p>Projekt</p>	
<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Bauprojekt</li> <li>2. Schätzung der Baukosten und Termine</li> <li>3. Baubewilligungsverfahren</li> <li>4. Detailstudien</li> <li>5. Kostenvoranschlag</li> </ol>	<p>Vorprojektphase</p>	<ol style="list-style-type: none"> <li>d. Bauprojekt</li> </ol>		
<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Provisorische Ausführungspläne</li> <li>2. Ausschreibungen</li> <li>3. Analyse der Angebote, Vergebungsanträge</li> <li>4. Terminplan</li> </ol>	<p>Vorbereitungsphase der Ausführung</p>	<ol style="list-style-type: none"> <li>e. Ausschreibung u. Offertvergleich</li> </ol>		
<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Unternehmer- und Lieferantenverträge</li> <li>2. Definitive Ausführungspläne</li> <li>3. Gestalterische Leitung</li> <li>4. Bauleitung</li> </ol>	<p>Ausführungsphase</p>	<ol style="list-style-type: none"> <li>f. Ausführungsprojekt</li> <li>g. Oberbauleitung</li> <li>h. <u>Örtliche Bauleitung</u></li> </ol>	<p>Summe Projekt</p> <p><u>Bauleitung</u></p>	
<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Schlussabrechnung</li> <li>2. Dokumentation über das Bauwerk</li> <li>3. Leitung der Garantiearbeiten</li> </ol>	<p>Abschlussphase</p>	<ol style="list-style-type: none"> <li>i. Dokumentation über das Bauwerk</li> <li>k. Überwachung der Garantiearbeiten / Durchführung der Schlussprüfung</li> </ol>	<p>Summe Bauleitung</p>	
				<p>BAULEITUNG</p> <p>BAULEITUNG</p> <p>mit Gesamtvertrag</p>

Kol. 1

Kol. 2

Kol. 3

Kol. 4

Kol. 5

- In der Praxis kommt es häufig vor, dass die Bauleitung ein "Gesamtarchitekt" ("Gesamtingenieur") ist, der in einem "Gesamtvertrag" auch die Vorbereitung des Bauvorhabens, mindestens aber auch die Projektierung (bis und mit Kostenvoranschlag) übernommen hat (= qualifizierte Bauleitung).
- Umgekehrt kommt es vor, dass der Aufgabenkreis des bauleitenden Architekten oder Ingenieurs vertraglich beschränkt ist. So ist z.B. möglich (und gar nicht selten), dass der Bauherr die "Oberbauleitung" (SIA 103, Art. 4.1.7) oder die Erstellung der Ausführungspläne einem Dritten überträgt oder sich selber vorbehält. (Die revidierte SIA-Ordnung 102 unterscheidet nicht mehr zwischen "Oberbauleitung" und "örtlicher Bauleitung"!)

b. Der hier verwendete Ausdruck "Bauleitung" orientiert sich zur Hauptsache an der SIA-Norm 118 (die den Ausdruck zur Bezeichnung des bauleitenden Architekten oder Ingenieurs gebraucht), nicht an den Honorarordnungen des SIA.

Der einschlägige Sprachgebrauch der Honorarordnungen 102 und 103 harmoniert weder mit der SIA-Norm 118, noch sind die Darstellung des Leistungsbeschriebes und der verwendete Sprachgebrauch zwischen den Ordnungen selber abgestimmt. Ausserdem gibt es, was die Bauleitung betrifft, keine einheitliche (allgemein anerkannte) Terminologie. Sicher aber ist:

Von der Bauleitung verschieden sind die Spezialisten, die entweder den bauleitenden Architekten oder Ingenieur zum Vertragspartner haben oder in einem direkten Vertragsverhältnis zum Bauherrn stehen (SIA 102 und 103, Art. 3.4). "Spezialist" kann auch ein Architekt oder Bauingenieur (vgl. SIA 103, Art. 4.2) sein.

c. Die Bauleitung ist zwar ein Vertragspartner des Bauherrn, mit dem sie einen Architektur- oder Ingenieurvertrag abgeschlossen hat. Doch gehört sie nicht zu den Parteien des Bauwerkvertrages, den der Bauherr mit dem einzelnen Bauunternehmer schliesst. Parteien dieses Bauwerkvertrages sind nur der Bauherr und der Unternehmer, mag auch die Bauleitung den Werkvertrag



mitunterzeichnen. Das ist deshalb zu betonen, weil die **SIA-Norm 118** (die den Bauwerkvertrag regelt) in zahlreichen Bestimmungen von der Bauleitung statt vom Bauherrn spricht. Beispiele (ausser dem bereits zitierten Art. 34):

«Auf Verlangen der Bauleitung gibt der Unternehmer täglich einen Rapport (Tagesrapport) ab ...» (Art. 36 Abs. 4). «Bei teilweisem Einsatz» (von Polieren und Vorarbeitern bei Regiearbeiten) «wird eine anteilmäßige Vergütung mit der Bauleitung vereinbart» (Art. 50 Abs. 2). «Für Regiearbeiten reicht der Unternehmer der Bauleitung monatlich die Rechnungen ein ...» (Art. 55 Abs. 1). «Der Unternehmer erhält von der Bauleitung unentgeltlich und rechtzeitig ... die Pläne und die Baustofflisten» (Art. 100 Abs. 1). «Unternehmer und Bauleitung sind bei der Erfüllung ihrer Aufgaben verpflichtet, die Sicherheit der am Bauwerk Beschäftigten zu gewährleisten» (Art. 104). «Die Bauleitung prüft die Schlußabrechnung innert Monatsfrist und gibt dem Unternehmer unverzüglich über das Ergebnis Bescheid» (Art. 154 Abs. 2). «Auf die Anzeige hin wird das Werk ... von der Bauleitung gemeinsam mit dem Unternehmer innert Monatsfrist geprüft» (Art. 158 Abs. 2).

In all diesen Bestimmungen wird die Bauleitung nicht als Partei des Bauwerkvertrages aufgeführt, sondern als Vertreterin des Bauherrn, der allein Vertragspartner des Bauunternehmers ist (GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 234). Soweit also die Norm von der Bauleitung spricht, ist (in Wirklichkeit) der durch die Bauleitung vertretene Bauherr gemeint.

- d.** Zwischen **Bauleitung und Bauunternehmer** besteht kein Vertragsverhältnis. Weder ist die Bauleitung eine Partei des Bauwerkvertrages, den der Bauherr mit dem einzelnen Unternehmer schliesst (lit. c); noch ist sie mit dem einzelnen Bauunternehmer zu einer einfachen Gesellschaft (Art. 530 OR) verbunden, obwohl beide auf das gleiche Ziel (Realisierung des Bauvorhabens) hinfähig sind. Das aber bedeutet, dass weder die Bauleitung noch der einzelne Bauunternehmer gegenüber der andern Seite vertragliche Ansprüche (sei es auf Erfüllung oder auf Schadenersatz wegen Vertragsverletzung)

hat. Schadenersatzansprüche zwischen Bauleitung und Unternehmer können zwar aus unerlaubter Handlung (Art. 41 ff. OR) entstehen, sind aber selten, da es zumeist an der Voraussetzung der "Widerrechtlichkeit" (Art. 41 Abs. 1 OR) fehlt.

Ein anderer (hier nicht behandelte) Fall liegt vor, wenn ein Architekt oder Ingenieur sich mit (mindestens) einem Bauunternehmer zu einer Arbeitsgemeinschaft verbindet, um zusammen mit ihm - in einem gemeinsamen Vertrag - die Ausführung von Bauarbeiten unter Einschluss der erforderlichen Architektur- und Ingenieurleistungen zu übernehmen. Dieser gemeinsame Vertrag ist ein Totalunternehmervertrag, die betreffende Arbeitsgemeinschaft eine einfache Gesellschaft (Art. 530 OR).

Als Vertragspartner des Bauherrn hat die Bauleitung des Interessen gegenüber den Bauunternehmern zu wahren. Zu einer richtig verstandenen Interessenwahrung kann es auch gehören, dass die Bauleitung in einem Streitfall zwischen Bauherrn und Unternehmer zu vermitteln versucht. Indes ist die Bauleitung weder Schiedsrichter, noch wäre sie von ihrer Stellung her überhaupt geeignet, als Schiedsrichter zwischen Bauherrn und Unternehmer zu walten.

## II. DIE BAULEITUNG ALS BEAUFTRAGTE DES BAUHERRN

Um die richtige Qualifikation des Architektur- und Ingenieurvertrages wird seit Jahren gestritten (vgl. z.B. GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 44 ff.; TERCIER, BR 1979, S. 9; STEFFEN, BR 1982, S. 48 ff.; SCHAUB, S. 71 ff.; WIEGAND, S. 5 ff.). Der Streit hängt damit zusammen, dass die Tätigkeit des Architekten oder Ingenieurs die verschiedenartigsten Einzelleistungen umfasst (vgl. SIA 102/103, Art. 4) und es den Architektur- oder Ingenieurvertrag mit immer gleichem Inhalt gar nicht gibt (GAUCH, recht 1983, S. 135).

1. Was nun aber den Vertrag der Bauleitung betrifft, so ist er richtigerweise als einfacher Auftrag (Art. 394 OR) zu qualifizieren. Denn vom bauleitenden Architekten oder Ingenieur wird weder die Baute selbst geschuldet. Noch schuldet die Bauleitung einen sonstigen Erfolg, der ein Werk im Sinne des Werkvertragsrechts wäre. Somit entzieht sich dieser Vertrag den Regeln des Werkvertragsrechts, während sich seine Qualifikation als einfacher Auftrag rechtfertigt. Das gilt selbst dann, wenn der Vertrag der Bauleitung im Einzelfall ein "Gesamtvertrag" ist, der auch Leistungen der Projekt- und Vorprojektphase (SIA 102, Art. 4.1 - 4.2 / SIA 103, Art. 4.1.1 - 4.1.4) mitumfasst. Das zu betonen, erweist sich als notwendig. Denn:

- Der reine Planungsvertrag eines Architekten oder Ingenieurs, der sich auf die entgeltliche Herstellung von Plänen (von "Skizzen und Bauprojekten, ... Ausführungs- und Detailplänen") beschränkt, ist zweifellos ein Werkvertrag, kein Auftrag (BGE 63 II 176; 64 II 10; GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 46 ff.). Die gegenteilige Meinung, die das Bundesgericht zeitweilig (seit BGE 98 II 311 f.) vertreten hatte, wurde durch die jüngste Rechtsprechung des Gerichts (BGE 109 II 462 ff. = Beilage 1) revidiert. Nach dieser neusten Rechtsprechung ist "ein Architektenvertrag", der sich "auf das Erstellen von Plänen ... beschränkt, ... wohl problemlos ... dem Werkvertragsrecht ... zuzuordnen" (BGE 109 II 465).
- Ist aber der reine Planungsvertrag ein Werkvertrag, so scheint es nahe zu liegen, den "Gesamtvertrag" des Architekten oder Ingenieurs als ein aus Werkvertrag und Auftrag gemischtes Vertragsverhältnis aufzufassen (vgl. z.B. SCHLUEP, SPR VII/2, S. 905; SCHAUB, S. 114). Diese Auffassung wird denn auch in der jüngsten Rechtsprechung des Bundesgerichts vertreten (BGE 109 II 466 = Beilage 1). Danach ist der "Gesamtvertrag" des Architekten (der sich auf die Projektierung und Bauausführung bezieht) ein gemischter Vertrag, bei dem sich z.B. die Haftung für Planfehler nach Werkvertrag, jene für unsorgfältige Bauaufsicht nach Auftrag richten kann. Was allerdings die vorzeitige Auflösung betreffe, so unterstehe der "Gesamtvertrag" (insgesamt und ungeteilt) der auftragsrechtlichen Regel des Art. 404 OR.

Obwohl die Auffassung, die den "Gesamtvertrag" als gemischtes Vertragsverhältnis behandeln möchte, auf den ersten Blick als "logisch" richtig erscheint, verdient sie keine Zustimmung. Denn sie wird weder dem Wesen des "Gesamtvertrages" noch den Bedürfnissen der Praxis gerecht, die beide eine rechtlich einheitliche Behandlung des ganzen Vertrages (nach Auftragsrecht) verlangen. Zu den Gründen vgl. GAUCH, BR 1984, S. 50 f. = Beilage 2. Hier sei nur so viel gesagt:

Die im "Gesamtvertrag" geschuldete Planungstätigkeit des Architekten oder Ingenieurs richtet sich nicht auf selbständig geschuldete Arbeitserfolge; vielmehr geht sie als Teil der geschuldeten Gesamttätigkeit in der vereinbarten Gesamtleistung auf, die qualitativ etwas anderes ist als die Summe der geschuldeten Einzelleistungen. Einzelne Leistungen aus dem Ganzen herauszuschälen, um sie dem Werkvertragsrecht (z.B. der strengen Prüfungs- und Rügeordnung der Art. 367/370 OR) zu unterstellen, widerspricht nicht nur der Natur des "Gesamtvertrages" (der von seinem Ziel her eine Einheit bildet), sondern führt zu einem völlig unpraktischen Ergebnis.

2. Unterstellt man den Vertrag der Bauleitung (auch wenn er im Einzelfall ein "Gesamtvertrag" ist) den Regeln des einfachen Auftrages, so hat dies vor allem zwei Konsequenzen, die wichtig sind:

a. Der Vertrag untersteht der Auflösungsregel des Art. 404 OR. Sie gibt sowohl dem Auftraggeber (Bauherrn) als auch dem Auftragnehmer (Bauleitung) ein Recht auf jederzeitige Vertragsauflösung (Abs. 1) und sieht eine Schadenersatzpflicht nur für die Vertragsauflösung zur Unzeit vor (Abs. 2). Die Auslegung dieser Regel ist in mancher Hinsicht kontrovers (vgl. KOLLER-TUMLER, recht 1984, S. 49 ff.). Insbesondere frägt es sich:

- Hat die Regel des Art. 404 Abs. 1 OR zwingenden Charakter? Nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichts trifft dies zu (z.B. BGE 106 II 159 f.; 104 II 111), was allerdings nur für unentgeltliche und "höchstpersönliche" Aufträge passt (JAEGGI, SJZ 69, 1973, S. 304). Für andere Aufträge, auch für den Auftrag der Bauleitung, gibt es keinen Grund für die zwingende Anwendung des Art. 404 Abs. 1 OR,

weshalb hier abweichende Abreden vorgehen sollten (vgl. z.B. BECKER, N 8 zu Art. 404 OR; BUCHER, ZSR 102, 1983, II, S. 325 f.; GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 58; WIEGAND, S. 21 f.; offengelassen in BGE 109 II 467 = Beilage 1).

- Wann erfolgt die Auflösung "zur Unzeit"? Dann, wenn sie in einem Zeitpunkt geschieht, in dem sie für die Gegenpartei "besondere Nachteile" zur Folge hat (BGE 106 II 160; ZWR 1980, S. 254 ff. = BR 1982, S. 14 f., Nr. 7; vgl. WIEGAND, S. 20). Diese Nachteile (z.B. nutzlos gewordener Aufwand) sind nach Art. 404 Abs. 2 OR zu ersetzen (also nicht das Erfüllungsinteresse!). Hat jedoch die Gegenpartei durch Vertragsverletzung oder sonstwie einen "sachlich vertretbaren Grund" für die Vertragsauflösung geliefert, so entfällt ihr Schadenersatzanspruch (BGE 104 II 320; ZWR 1980, S. 254 ff.). Das heisst aber nicht, dass die Vertragsauflösung immer "unzeitig" ist, wenn sie ohne einen solchen (von der Gegenseite gelieferten) Grund geschieht (missverständlich: BGE 109 II 469 = Beilage 1).

Ueber die Auflösungsregel der SIA-Honorarordnungen (Art. 1.14) und die darin vorgesehene 10%-Klausel siehe: SCHUMACHER, Tagungsunterlage IV/3, S. 91 ff.

**b.** Die Haftung der Bauleitung für Vertragsverletzungen ist 1. eine auftragsrechtliche Verschuldenshaftung (Art. 97 Abs. 1 / 398 OR), äussert sich 2. in einer Schadenersatzpflicht, besteht 3. unabhängig von einer rechtzeitigen Rüge des Bauherrn und verjährt 4. grundsätzlich nach den allgemeinen Bestimmungen der Art. 127 ff. OR. Doch ist zu beachten:

- Das für die Haftung vorausgesetzte Verschulden ist im Privatrecht objektiviert (vgl. z.B. DESCHENAUX/TERCIER, § 7, N 29 f.). Deshalb handelt die Bauleitung (bei gegebener Zurechnungsfähigkeit) schon dann fahrlässig (und damit schuldhaft), wenn sie die objektiv gebotene Sorgfalt bei der Vertragserfüllung ausser acht lässt. Unsorgfältig handelt z.B. eine Bauleitung, die bei ihrer Tätigkeit gegen "anerkannte Regeln der Technik" (der "Baukunde") verstösst. Zum Begriff dieser Regeln: GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 592.

- Für das Verhalten ihrer Hilfspersonen (z.B. der von ihr verpflichteten Spezialisten) haftet die Bauleitung nach Art. 101 OR, also ohne eigenes Verschulden. Im Falle einer erlaubten Substitution kommt Art. 399 Abs. 2 OR zur Anwendung.
- Wirkt sich die Vertragsverletzung der Bauleitung in der Weise aus, dass im "unbeweglichen Bauwerk" eines Bauunternehmers ein Werkmangel entsteht, so greift die verjährungsrechtliche Sonderbestimmung des Art. 371 Abs. 2 OR ein, die folgenden Wortlaut hat.

"Der Anspruch des Bestellers eines unbeweglichen Bauwerkes wegen allfälliger Mängel des Werkes verjährt ... gegen den Unternehmer sowie gegen den Architekten oder Ingenieur, die zum Zwecke der Erstellung Dienste geleistet haben, mit Ablauf von fünf Jahren seit der Abnahme". Merke:

Diese Bestimmung des Art. 371 Abs. 2 OR stellt den Architekten und den Ingenieur dem Unternehmer verjährungsrechtlich gleich, um (nach dem Willen des Gesetzgebers) zu verhindern, dass für sie eine längere Verjährungsfrist gilt als für den Unternehmer, der das mangelhafte Werk erstellt hat (BGE 89 II 406 f.; Zweck = Sicherung des Rückgriffs: BGE 102 II 418 = BR 1979, S. 12, Nr. 17 = Beilage 3). Sie erfasst nur Ansprüche "wegen allfälliger Mängel" des Bauwerkes, also nicht andere Ersatzansprüche gegen den Architekten oder Ingenieur (BGE 102 II 418 f.). Doch ist gleichgültig, in was für einem Vertragsverhältnis der Architekt (Ingenieur) zum Bauherrn steht (BGE 102 II 418) und welcher Art die geleisteten Dienste sind (BGE 89 II 407 f.). Die Verjährungsfrist beträgt fünf Jahre, bei absichtlicher Verschweigung des Mangels zehn Jahre (BGE 102 II 418).

Die Verjährung beginnt mit der Abnahme des Werkes. Sind an der Errichtung eines Gesamt-Bauwerkes verschiedene Nebenunternehmer (SIA-Norm 118, Art. 30) beteiligt, so beginnt die Verjährungsfrist gegenüber dem Architekten (oder Ingenieur) mit der separaten Abnahme jedes Teil-Werkes (hinsichtlich der betreffenden Mängel) separat zu laufen (also kein Hinausschieben, bis die Werke aller Nebenunternehmer abgenommen sind; GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 1669; anders: GAUTSCHI, N 27 zu Art. 371 OR und AGVE 1977, Nr. 8, S. 39).

Ueber die Haftungs- und Verjährungsbestimmungen der SIA-Honorarordnungen (Art. 1.6 - 1.8) siehe SCHUMACHER, Tagungsunterlage IV/3, S. 82 ff. und 85 ff.

### III. DREI WICHTIGE EINZELFRAGEN

Von den zahllosen Einzelfragen, die sich im Zusammenhang mit dem diskutierten Thema stellen, können hier nur drei erörtert werden, die besonders wichtig sind. Es handelt sich um 1. die Bausummenüberschreitung, 2. die Vertretungsmacht der Bauleitung und 3. das Verhältnis zwischen der Mängelhaftung des Unternehmers und der Haftung der Bauleitung.

#### A. DIE BAUSUMMENEÜBERSCHREITUNG - HAFTUNG DER BAULEITUNG

Die Bausummenüberschreitung ist im Bauwesen ein bekanntes Uebel. Nach der Bauausführung (wenn die tatsächlichen Gesamtkosten der Baute feststehen) stellt sich heraus, dass der Kostenvoranschlag des Architekten oder Ingenieurs (SIA 102, Art. 4.2.2 / SIA 103, Art. 4.1.4) oder eine vom Bauherrn gesetzte Kostenlimite nicht eingehalten, sondern überschritten wurde. Eine solche Ueberschreitung kann zu einer Reduktion des vom Bauherrn geschuldeten Honorars wegen nicht richtiger Erfüllung des Auftrages führen (BGE 108 II 197 ff. = Beilage 4). Wie aber verhält es sich mit der Schadenersatzhaftung? Ist die Bauleitung dem Bauherrn zur Leistung von Schadenersatz verpflichtet? Diese Frage wurde zwar bereits an der Baurechtstagung 1981 aufgeworfen (SCHUMACHER, S. 14 ff.). Doch hat ihre Aktualität in einem Masse zugenommen, dass es sich rechtfertigt, nochmals darauf einzutreten. Zu unterscheiden sind zwei Grundfälle und ein Sonderfall:

1. Unnötige Mehrkosten der tatsächlichen Bauausführung (= nicht kostengerechte Ausführung der Bauarbeiten). Die Ausführung des Bauprojektes hat mehr gekostet, als es in der konkreten Ausführungsart (so, wie es tatsächlich ausgeführt wurde) hätte kosten müssen und dürfen. Rechtslage:

Die Bauleitung hat die betreffenden Mehrkosten als Schaden zu ersetzen, falls sie diese durch nicht richtige Erfüllung ihres Auftrages (z.B. durch ungünstige Vergabe, Planungsfehler, Verzögerungen in der Planlieferung, unrichtige Weisungen, ungenügende Bauaufsicht, mangelhafte Koordinierung der Bauarbeiten) verschuldet hat oder für ein entsprechendes (ursächliches) Verhalten einer Hilfsperson nach Art. 101 OR eintreten muss. Das gilt sogar dann, wenn der Kostenvoranschlag (oder die vom Bauherrn gesetzte Kostenlimite) eingehalten wurde.

**2. Reine Bausummenüberschreitung.** Die durch Kostenvoranschlag oder Kostenlimite bestimmte Bausumme wurde überschritten, obwohl die Baute (so, wie sie tatsächlich zur Ausführung kam) nicht mehr gekostet hat als notwendig. Die Bauleitung haftet unter einer zweifachen Voraussetzung:

**a. Erste Voraussetzung: Die Ueberschreitung beruht auf einem vertragswidrigen Verhalten der Bauleitung,** wofür diese einzustehen hat, weil sie ein Verschulden oder eine Hilfspersonenhaftung (Art. 101 OR) trifft. Als haftungsbegründendes Verhalten kommen z.B. in Betracht:

- Erstellung eines zu ungenauen Kostenvoranschlages (z.B. Uebersehen einzelner Positionen, ungenaue Kostenschätzung), sofern die Erstellung des Kostenvoranschlages ebenfalls zum Auftrag der Bauleitung gehört hat.
- Nichteinhaltung einer vom Bauherrn gesetzten Kostenlimite bei der Ausarbeitung des Bauprojektes, sofern die Projektierung ebenfalls zum Auftrag der Bauleitung gehört hat.
- Eigenmächtige (vertragswidrige) Abänderung des Bauprojektes.
- Unterlassene Abmahnung des Bauherrn bei kostenteuernden Sonder- und Aenderungswünschen des Bauherrn (PKG 1976, Nr. 10, S. 53 ff. = Beilage 5), sofern die Bauleitung nicht beweist, dass der Bauherr auch bei rechtzeitiger Abmahnung an seinen Wünschen festgehalten hätte.



Merke: Weil jedes Bauvorhaben mannigfache Unsicherheitsfaktoren beinhaltet, verfügt der Architekt oder Ingenieur, der einen Kostenvoranschlag aufstellt, über einen gewissen Spielraum, innerhalb dem der Bauherr nach Rechtsprechung und Lehre eine Ueberschreitung tolerieren muss (vgl. z.B. BGE 28 II 543; Max XI, 1961, Nr. 15, S. 27 ff. = Beilage 6; RJN 1980-81, S. 76 f. = Beilage 7; REBER, S. 301). Solange diese Toleranzgrenze nicht überschritten wird, fehlt es zum vornherein an einer Vertragsverletzung des Architekten oder Ingenieurs (nicht nur an einem Verschulden; anders: Max XI, 1961, Nr. 15, S. 28). Doch ist zu beachten:

- Entgegen verbreiteter Meinung gilt die Toleranzgrenze nur insoweit, als die Ueberschreitung ihren Grund in der Ungenauigkeit des Kostenvoranschlages hat. So gesehen, bestimmt die Toleranzgrenze den verlangten Genauigkeitsgrad des Kostenvoranschlages. Eine Ueberschreitung, die z.B. auf eigenmächtiger Abänderung des Projektes durch die Bauleitung beruht, braucht daher der Bauherr überhaupt nicht (auch nicht in gewissem Umfang) zu tolerieren (anders: PKG 1976, Nr. 10, S. 53 ff. = Beilage 5).
- Das soeben Gesagte bedarf indes einer Ergänzung für den Fall, da der Bauherr eine Kostenlimite gesetzt hat, die deshalb überschritten wird, weil der Projektverfasser sich bei der Ausarbeitung des Bauprojektes nicht an die Limite hielt. Auch eine solche Ueberschreitung hat der Bauherr in gewissem Umfang zu tolerieren. Somit verfügt der Verfasser eines Projektes mit gesetzter Kostenlimite über einen ähnlichen Spielraum wie der Architekt oder Ingenieur, der einen Kostenvoranschlag ausarbeitet.
- Wo die Toleranzgrenze liegt, kann nicht allgemein gesagt werden, weil es auf die konkreten Umstände des Einzelfalles (namentlich auf die Eigenart des Bauvorhabens) ankommt. Für die Ueberschreitung eines (detaillierten) Kostenvoranschlages bei Neubauten dürfte als "Faustregel" eine Grenze von 10% gelten (Max XI, 1961, Nr. 15, S. 28 = Beilage 6; 10 % auch bei Renovationsarbeiten: RJN 1980-81, S. 77 = Beilage 7; kritisch: TERCIER, BR 1984, S. 13 f., Anm. zu Nr. 3.). Um Unsicherheiten zu beseitigen, steht es den Parteien selbstverständlich frei, die Toleranzgrenze durch Vereinbarung zu bestimmen. Einschlägige Vertragsbestimmungen sind z.B. in den SIA-Honorarordnungen vorformuliert:

SIA 102, Art. 4.2.5: "Aufbau des Kostenvoranschlages z.B. nach Untergruppen und Gattungen des BKP gegliedert. Der Genauigkeitsgrad (mangels besonderer Vereinbarung +/-10%) ist mit den Spezialisten abzustimmen und zusammen mit den Beträgen für Unvorhergesehenes im Kostenvoranschlag zu nennen". (Kritik: Unklar, ob der "Genauigkeitsgrad" die "Beträge für Unvorhergesehenes" einschliesst oder nicht.)

SIA 103, Art. 3.7: "Die Unterlagen des Bauprojektes ermöglichen in der Regel die Veranschlagung der Kosten mit einer Genauigkeit von +/-10%". (Kritik: Unklar, was "in der Regel" heisst und welche Ausnahmefälle es gibt.)

Für Kostenschätzungen, die dem Kostenvoranschlag vorangehen, ist der vorgeschriebene Genauigkeitsgrad geringer (SIA 102, Art. 4.1.4, 4.2.2 / SIA 103, Art. 3.7).

- b.** Zweite Voraussetzung: Der Bauherr hat durch die Ueberschreitung der Bausumme einen Schaden erlitten. In dieser selbstverständlichen Voraussetzung der Schadenersatzpflicht liegt zugleich deren grösste Problematik. Denn bei der Ermittlung des Schadens muss sich der Bauherr grundsätzlich die Wertsteigerung anrechnen lassen, die sein Grundstück (samt Baute) durch den unerwarteten Mehraufwand erfahren hat (vgl. PKG 1976, Nr. 10, S. 53 ff. = Beilage 5; RJN 1980-81, S. 77 = Beilage 7; BGH BauR 1979, S. 74 ff. = Beilage 8). Diese Anrechnung des Mehrwertes kann zu einer erheblichen Verminderung (Beilage 5 und 7), ja sogar zu einem Wegfall des Schadens (Beilage 8) führen. Einschränkend ist jedoch beizufügen:

Von einer Berücksichtigung der Wertsteigerung ist abzusehen, wenn es nach Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) unzumutbar erscheint, dem Bauherrn den (aufgedrängten) Mehrwert anzurechnen. Gegen eine Anrechnung kann im Einzelfall z.B. sprechen:

- dass die Wertsteigerung des Grundstückes für den Bauherrn selber, im Rahmen seiner Vermögensplanung, nutzlos ist;
- dass der Bauherr in finanzieller Hinsicht nicht in der Lage ist, die Mehrbelastung zu tragen;
- dass der Bauherr in Kenntnis der wirklichen Kosten eine billigere Ausführung gewählt oder von der Bauausführung abgesehen hätte.

Vgl. zum Ganzen: WERNER/PASTOR, Der Bauprozess, 4. Aufl., Düsseldorf 1983, S. 385 f.

**3. Bausummengarantie.** In diesem dritten Fall (dem Sonderfall) hat die Bauleitung die Einhaltung des Kostenvoranschlages oder einer Kostenlimite in dem Sinne garantiert, dass sie die Leistung von Ersatz im Umfang einer allfälligen Ueberschreitung versprach. Das Leistungsversprechen bindet die Bauleitung unabhängig davon, ob sie die Ueberschreitung zu verantworten hat oder nicht. Der Bauherr muss sich weder die Wertsteigerung des Grundstückes anrechnen lassen, noch spielt die Toleranzgrenze eine Rolle.

Die übernommene Garantie kann allerdings vertraglich beschränkt sein, indem sie z.B. eine Ersatzleistung bei unvorhergesehenen Umständen ausschliesst. Auch gehen Mehrkosten, die der Bauherr trotz Abmahnung verursacht hat, zu dessen Lasten.

Ob ein solches Garantieverprechen vorliegt, ist für den Einzelfall durch Auslegung des Vertrages zu ermitteln. Die Verwendung des Wortes "Garantie" ist zwar ein Indiz, aber weder notwendige Voraussetzung noch zwingender Ausdruck eines Garantieverprechens.

## **B. DIE VERTRETUNGSMACHT DER BAULEITUNG**

In der Praxis stellt sich immer wieder die Frage, ob und in welchem Umfang die Bauleitung ermächtigt ist, ihren Bauherrn gegenüber Dritten (namentlich gegenüber den Unternehmern) zu vertreten (vgl. dazu SCHWAGER, Der Architekt als Vertreter des Bauherrn, BR 1980, S. 19 ff.; SCHWAGER, Der Umfang der Architektenvollmacht, BR 1980, S. 36 ff.).

1. Diese Frage lässt sich nicht allgemein beantworten. Denn **die Vollmacht**, ihren Bauherrn zu vertreten, wird der Bauleitung vom Bauherrn durch Rechtsgeschäft ("Bevollmächtigung") eingeräumt; und der Umfang der Vollmacht beurteilt sich nach dem Inhalt dieser Bevollmächtigung (Art. 33 Abs. 2 OR). Somit kommt es auf den Einzelfall an, ob und inwieweit die Bauleitung ermächtigt ist, Rechtshandlungen im Namen und mit Wirkung für den Bauherrn vorzunehmen. Doch ist zu beachten:

- Die Bevollmächtigung, durch die der Bauherr seiner Bauleitung eine Vollmacht erteilt, kann ein ausdrückliches oder ein stillschweigendes Rechtsgeschäft sein. Insbesondere aber ist im Auftrag, bestimmte Rechtshandlungen vorzunehmen, auch die Ermächtigung zu diesen Handlungen enthalten (Art. 396 Abs. 2 OR).

Merke: Als Grundsatz gilt, dass die Bauleitung "für rechtsgeschäftliche Erklärungen im Namen des Bauherrn, die diesem erhebliche finanzielle Verpflichtungen auferlegen, einer ausdrücklichen Ermächtigung" bedarf (BGE 109 II 459 f. = Beilage 9).

- Die Bevollmächtigung ist bisweilen in Allgemeinen Vertragsbedingungen vorformuliert. Die SIA-Honorarordnungen 102 und 103 enthalten diesbezüglich eine nur unvollständige und unklare Regelung:

Art. 1.4.3 der beiden Honorarordnungen bestimmt: "Inhalt und Umfang der Vertretungsbefugnisse des Architekten (Ingenieurs) richten sich nach Vertrag" (Abs. 1). "Im Zweifelsfall hat der Architekt (Ingenieur) die Weisung des Auftraggebers einzuholen für alle rechtsgeschäftlichen Vorkehren sowie für Anordnungen, die terminlich, qualitativ oder finanziell wesentlich sind" (Abs. 2). "Gegenüber Dritten, wie Behörden, Unternehmern, Lieferanten und weiteren Beauftragten, vertritt der Architekt (Ingenieur) den Auftraggeber rechtsverbindlich, soweit es sich um Tätigkeiten handelt, die mit der Auftragserledigung üblicherweise direkt zusammenhängen" (Abs. 3).

Darüber: SCHUMACHER, Tagungsunterlage IV/3, S. 78 ff.

- Die einmal erteilte Vollmacht kann vom Bauherrn jederzeit widerrufen oder beschränkt werden (Art. 34 Abs. 1 OR). Ein vom Bauherrn zum voraus erklärter Verzicht auf dieses Recht ist ungültig (Art. 34 Abs. 2 OR).

2. Die Vollmacht, die der Bauherr seiner Bauleitung erteilt hat, wird als interne Vollmacht bezeichnet. Von ihr zu unterscheiden ist die Vollmacht, die der Bauherr einem Dritten, also nach aussen, kundgibt. Diese (nach aussen) **kundgegebene Vollmacht** wird bedeutsam, wenn sie weiter reicht als die interne Vollmacht der Bauleitung. Denn alsdann greift die Regel des Art. 33 Abs. 3 OR ein, wonach sich Bestand und Umfang der Vollmacht dem Dritten gegenüber nach Massgabe der erfolgten Kundgebung richten. Merke:

- Art. 33 Abs. 3 OR spricht nur vom "Umfang" der Vollmacht, gilt aber sinngemäss auch für deren Bestand (GAUCH/SCHLUEP/JAEGGI, Nr. 1035).
- Die Regel des Art. 33 Abs. 3 OR gilt nicht uneingeschränkt, sondern nur zugunsten eines Dritten, der a. von der an ihn gerichteten Kundgabe Kenntnis genommen hat, der b. gutgläubig ist (BGE 77 II 142 ff.), weil er glaubt, dass die Kundgabe mit der intern erteilten Vollmacht übereinstimmt, und der c. "bei der Aufmerksamkeit, wie sie nach den Umständen von ihm verlangt werden darf", gutgläubig sein kann (Art. 3 Abs. 2 ZGB; GAUCH/SCHLUEP/JAEGGI, Nr. 1039).

3. Von praktischer Bedeutung, und zwar für den Bauunternehmer, ist die Regel des Art. 33 Abs. 3 OR vor allem dann, wenn die **SIA-Norm 118** Bestandteil des mit dem Bauherrn abgeschlossenen Bauwerkvertrages bildet. Denn:

- Wie bereits gesagt, spricht die SIA-Norm 118 in zahlreichen Bestimmungen von der Bauleitung statt vom Bauherrn. Unter dem Gesichtspunkt der Stellvertretung wirkt sich dieser Umstand als Kundgabe einer Vollmacht (z.B. zur Anerkennung der Schlussabrechnung: Art. 154 Abs. 3 / 155 Abs. 1) aus, wenn der Bauherr die SIA-Norm 118 in den Bauwerkvertrag übernimmt (vgl. die Beispiele bei SCHWAGER, BR 1980, S. 36 ff.).
- Ueberhaupt wird dem Unternehmer durch (den oft kritisierten) Art. 33 Abs. 2 der Norm ganz allgemein kundgegeben: "Soweit der Werkvertrag in der Vertragsurkunde nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt, vertritt die Bauleitung den Bauherrn gegenüber dem Unternehmer; alle Willensäusserungen der Bauleitung, die das Werk betreffen, sind für den Bauherrn rechtsverbindlich, insbe-

sondere Weisungen, Bestellungen, Bestätigungen und Planlieferungen; auch nimmt die Bauleitung Mitteilungen und Willensäusserungen des Unternehmers, die das Werk betreffen, für den Bauherrn rechtsverbindlich entgegen."

In den erwähnten Bestimmungen gibt also der Bauherr, wenn er die SIA-Norm 118 in den Bauwerkvertrag übernimmt, dem Bauunternehmer eine Vollmacht der Bauleitung kund (Art. 33 Abs. 3 OR; vgl. GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 252). Diese Kundgabe schützt den Unternehmer nach Art. 33 Abs. 3 OR - jedoch nur dann, wenn der Unternehmer im Zeitpunkt der Vertreterhandlung von der kundgegebenen Vollmacht Kenntnis genommen hat, gutgläubig ist und auch gutgläubig sein kann (vgl. oben Ziff. 2).

Kann der Unternehmer bei der "Aufmerksamkeit, wie sie nach den Umständen von ihm verlangt werden darf", nicht gutgläubig sein, so ist er nicht berechtigt, sich auf seinen guten Glauben zu berufen (Art. 3 Abs. 2 ZGB). Das trifft z.B. zu, wenn der Bauherr die Norm (oder die fragliche Kundgabebestimmung, z.B. Art. 33 Abs. 2 der Norm) bloss global (ohne Kenntnis oder Verständnis ihres Inhaltes) übernommen hat und der Unternehmer dies weiss oder nach den Umständen annehmen muss. Dasselbe gilt, wenn der Unternehmer an der Richtigkeit der Vollmachtskundgabe zweifelt, ohne sich beim Bauherrn nach der wirklich (intern) erteilten Vollmacht zu erkundigen. Weiss der Unternehmer geradezu um die Differenz zwischen der wirklich erteilten und der ihm kundgegebenen Vollmacht, so ist er bösgläubig. Ist er aber bösgläubig oder darf er sich auf seinen guten Glauben nicht berufen, so bleibt massgeblich die intern erteilte (nicht kundgegebene) Vollmacht. Zum Ganzen: GAUCH, a.a.O., Nr. 253.

Hat der Bauherr eine Kundgabebestimmung (z.B. Art. 33 Abs. 2 der Norm) nur global übernommen, so ist ausserdem zu beachten: Die Wirksamkeit einer solchen Bestimmung kann schon an der Ungewöhnlichkeitsregel scheitern (GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 252; SCHWAGER, BR 1980, S. 42), welche überraschenden Formularbestimmungen, mit denen der global Zustimmende weder rechnet noch zu rechnen braucht, die Geltung versagt (vgl. BGE 109 II 458 = Beilage 9). Nach der Ansicht des Bundesgerichts muss z.B. ein branchenfremder, "einmaliger" Bauherr nicht damit

rechnen, dass in der SIA-Norm 118 (konkret: in Art. 154 Abs. 3 / 155 Abs. 1) eine Vollmacht der Bauleitung zur Anerkennung der Schlussabrechnung kundgegeben wird (BGE 109 II 459 = Beilage 9).

**4. Was den Abschluss der Bauwerkverträge im besondern betrifft, ist negativ ein Dreifaches zu merken:**

- Durch die blosser Tatsache, dass der Bauherr einen bauleitenden Architekten oder Ingenieur beizieht und ihn allenfalls mit den Unternehmern verhandeln lässt, erteilt er weder eine Vollmacht zum Vertragsabschluss, noch gibt er eine solche Vollmacht nach aussen kund (GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 296; SCHWAGER, BR 1980, S. 37; vgl. BJM 1954, S. 162; OGr BL, BR 1984, S. 52, Nr. 59; SJZ 73, 1977, S. 82, Nr. 31 = BR 1979, S. 10, Nr. 1; ungenau: Extraits 1978, S. 57 = BR 1980, S. 45, Nr. 24). Ebensowenig lässt sich aus der üblichen Bezeichnung der Bauleitung als "Vertreterin des Bauherrn" eine erteilte oder kundgegebene Vollmacht zum Abschluss von Bauwerkverträgen herleiten (BJM 1957, S. 42).
- Weder in Art. 1.4.3 noch in einer andern Vorschrift der SIA-Honorarordnungen 102 und 103 wird der Bauleitung eine Vollmacht zum Abschluss von Bauwerkverträgen eingeräumt. Der Leistungsbescrieb (Art. 4) behält den Entscheid über den Vertragsabschluss sogar ausdrücklich (wenn auch nicht in dieser Formulierung) dem Bauherrn vor (vgl. SIA 102, Art. 4.3.4 und 4.4.1; SIA 103, Art. 4.1.5).
- Die SIA-Norm 118 stimmt mit den Honorarordnungen 102 und 103 insofern überein, als sie keine Vollmacht der Bauleitung zum Abschluss von Bauwerkverträgen kundgibt. Art. 33 Abs. 2 der Norm bezieht sich nach seiner systematischen Stellung erst auf die Zeit nach Abschluss des Bauwerkvertrages (GAUCH, a.a.O., Nr. 298; SCHWAGER, BR 1980, S. 37, Anm. 10). Und Art. 3 Abs. 3 der Norm beschränkt sich auf die schlichte Feststellung, dass sich der Bauherr beim Abschluss des Werkvertrages "durch die Bauleitung vertreten lassen kann". Dazu kommt, dass die SIA-Norm 118 für den Abschluss des Bauwerkvertrages ohnehin nur dann von Belang ist, wenn der Bauherr sie im konkreten Fall bereits für die Vertragsverhandlungen als anwendbar erklärt hat (GAUCH, a.a.O., Nr. 298).

## C. MAENDELHAFTUNG DES BAUUNTERNEHMERS UND HAFTUNG DER BAULEITUNG

Für die Mängel seines Bauwerkes haftet der Bauunternehmer dem Bauherrn nach Massgabe der Art. 367 ff. OR. Wurde ein Werkmangel durch die fehlerhafte Leistung der Bauleitung (z.B. fehlerhafte Pläne, unrichtige Weisungen, schlechte Koordinierung, ungenügende Bauaufsicht) mitverursacht, so stellt sich die Frage, in welchem Verhältnis die werkvertragliche Mängelhaftung des Unternehmers zur auftragsrechtlichen Vertragshaftung der Bauleitung steht (WIEGAND, S. 14 ff.). Für die Beantwortung dieser Frage gelten folgende Grundsätze (GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 2017 ff.):

1. Sind die Haftungsvoraussetzungen sowohl beim Unternehmer als auch bei der Bauleitung erfüllt (z.B. BGE 93 II 322), so **haften beide** für den Mangel des vom Unternehmer hergestellten Werkes. Der eine haftet aus Werkvertrag, der andere aus Auftrag. Dies bedeutet:

- Der Bauherr kann gegen den einen oder den andern oder gegen beide zugleich vorgehen. Jeder der Belangten haftet auf seine Art: der Unternehmer nach Massgabe des Art. 368 OR, die Bauleitung auf Leistung von Schadenersatz. Beide Haftungen stehen "gleichrangig" nebeneinander. Es ist also nicht so, dass die Bauleitung nur "subsidiär" hinter dem Unternehmer haften würde.

Merke: Die Schadenersatzpflicht der Bauleitung (aus Verletzung ihres Auftrages) "richtet sich auf Ersatz des Schadens in Geld. Nach Art. 43 Abs. 1 OR, auf den Art. 99 Abs. 3 OR verweist, kann zwar der Richter eine andere Art des Ersatzes bestimmen. Doch dürfte sich dies kaum jemals rechtfertigen. Insbesondere ist es nicht Sache des Architekten (Ingenieurs) ..., den Werkmangel am Bau körperlich zu beseitigen (BGH NJW 1974, S. 367)" (GAUCH, a.a.O., Nr. 2021; anders offenbar WIEGAND, S. 14 f.).

- Der Umstand, dass der eine haftet, bleibt grundsätzlich ohne Einfluss auf die Haftung des andern (BGE 95 II 54; 93 II 322). Dieser Grundsatz schliesst eine bloss anteilmässige Haftung der Beteiligten (BECKER, N 13 zu Art. 51 OR) aus, gilt aber nicht uneingeschränkt. Denn:
- Im Verhältnis zum Unternehmer handelt die Bauleitung bei Ausübung ihrer Verrichtungen als Hilfsperson (Art. 101 OR) des Bauherrn. Ihr Verhalten ist daher dem Bauherrn als eigenes Verhalten anzurechnen (GAUCH, a.a.O., Nr. 1361), was zu einer völligen (Art. 369 OR) oder teilweisen Entlastung des Unternehmers führen kann (vgl. BGE 95 II 53 f.). Besteht das Fehlverhalten der Bauleitung allerdings nur in einer ungenügenden Ueber-



wachung der Bauarbeiten, so begründet dies keine Entlastung des Unternehmers. Denn die Ueberwachung des Unternehmers gehört (unter Vorbehalt anderer Vereinbarung) weder zu den Pflichten noch zu den Obliegenheiten des Bauherrn (GAUCH, a.a.O., Nr. 907, 1475 und 2025).

2. Die werkvertraglichen Mängelrechte, die dem Bauherrn gegenüber dem Unternehmer zustehen (Art. 368 OR: Wandlungs-, Minderungs-, Nachbesserungsrecht, Ersatz des Mangelfolgeschadens) konkurrieren mit der Schadenersatzforderung gegenüber der Bauleitung. Doch besteht zwischen den Haftpflichtigen **keine echte Solidarität** im Sinne der Art. 143 ff. OR (BGE 93 II 313 und 322), wenn man vom Sonderfall absieht, da der Mangel durch gewolltes Zusammenwirken der Beteiligten verschuldet wurde (Art. 50 Abs. 1 OR; BGE 93 II 322). Merke aber:

- Obwohl es an einer echten Solidarität fehlt, kommt Art. 147 Abs. 1 OR sinngemäss zur Anwendung. Der eine Haftpflichtige (Unternehmer oder Bauleitung) wird also in dem Umfang von seiner Haftung befreit, als der andere den Bauherrn befriedigt. Deshalb kann der Bauherr für einen Mangel, den der Unternehmer unentgeltlich beseitigt hat, nicht zusätzlich noch Schadenersatz von der Bauleitung verlangen. Hat umgekehrt die Bauleitung den Bauherrn für einen Mangel voll entschädigt, so ist die Haftpflicht des Unternehmers für diesen Mangel erloschen. Im einzelnen: GAUCH, a.a.O., Nr. 2028.
- Keine Anwendung findet dagegen Art. 136 OR, wonach "die Unterbrechung der Verjährung gegen einen Solidarschuldner ... auch gegen die übrigen Mitschuldner" wirkt. Diese Regel erfasst nur die echte Solidarität (BGE 104 II 229).

3. Hat einer der Haftpflichtigen (Unternehmer oder Bauleitung) mehr geleistet, als er im Verhältnis zum andern tragen muss, so ist er insoweit zum **Rückgriff** berechtigt. Ob und in welchem Umfang dies zutrifft, hängt davon ab, wie sich die Haftung im Innenverhältnis (zwischen Unternehmer und Bauleitung) verteilt (GAUCH, a.a.O., Nr. 2030). Darüber und damit auch über den Regress entscheidet der Richter nach seinem Ermessen (Art. 51/50 Abs. 2 OR), also nach "Recht und Billigkeit" (Art. 4 ZGB; BGE 93 II 353; zur Anwendung des Art. 51 OR: BGE 93 II 313 und 322). Merke:

- Bei seinem Ermessensentscheid muss der Richter auf die Verhältnisse des Einzelfalles abstellen, indem er die beidseitig gesetzten Mangelursachen gegeneinander abwägt und "gewichtet". Als Faustregel darf gelten, dass Planungsfehler im Innenverhältnis eher die dafür verantwortliche Bauleitung, Ausführungsfehler dagegen stärker den Unternehmer belasten.
- Der Rückgriff ist theoretisch in beiden Richtungen möglich. Praktisch jedoch kommt es nur selten zu einem Rückgriff des Unternehmers, da sich der Bauherr, der zunächst den Unternehmer belangt, das fehlerhafte Verhalten seiner Bauleitung als eigenes Verhalten anrechnen lassen muss (Ausnahme: ungenügende Ueberwachung). Diese Anrechnung aber hat zur Folge, dass der Unternehmer von seiner Mängelhaftung jedenfalls so weit befreit wird, dass für einen internen Ausgleichsanspruch gegenüber der Bauleitung nichts mehr verbleibt. Ueber die teilweise Entlastung des Unternehmers bei Wandelung, Minderung oder Nachbesserung vgl. GAUCH, a.a.O., Nr. 1479 ff.
- Grosse Schwierigkeiten bereitet der Rückgriff der Bauleitung dann, wenn die Mängelhaftung des Unternehmers durch Vereinbarung mit dem Bauherrn (zum vornherein oder nachträglich, z.B. durch Vergleich) wegbedungen wurde oder durch Genehmigung des Werkes (namentlich durch verspätete Mängelrüge) verwirkt ist (Art. 370 OR). Kann hier die Bauleitung dennoch auf den Unternehmer regressieren, allenfalls mit der Folge, dass der Unternehmer seinerseits auf den Bauherrn zurückgreifen darf (Regresszirkel)? Oder ist ein Regress der Bauleitung ausgeschlossen, allenfalls mit der Folge, dass sich ihre Schadenersatzpflicht auf das verkürzt, was sie im Innenverhältnis tragen muss? Und wie verhält es sich, wenn zwischen Bauherr und Unternehmer eine kürzere (als die gesetzliche) Verjährungsfrist vereinbart wurde? Zu diesen komplizierten Fragen siehe GAUCH, a.a.O., Nr. 2035 ff. und 2039.

97. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 13. Dezember 1983 i.S. Düssel gegen Dietschi, Boetschi & Moccetti (Berufung)

*Architektenvertrag. Rechtsnatur. Widerruf. Konventionalstrafe.*

Art. 394 Abs. 2 OR verbietet nicht, den Architektenvertrag als einen aus Elementen von Auftrag und Werkvertrag gemischten Vertrag zu qualifizieren (E. 3a-d; Änderung der Rechtsprechung).

Belugnis der Parteien, den Gesamt-Architektenvertrag jederzeit gemäss Art. 404 Abs. 1 OR zu widerrufen, im vorliegenden Fall bejaht (E. 3d und e).

Zulässigkeit einer Konventionalstrafe für unzeitigen Widerruf; Anwendung dieser Regel auf den Honorarzuschlag gemäss Art. 8.1 SIA-Norm 102 (1969) (E. 4).

*Contrat d'architecte: nature juridique. révocation, peine conventionnelle.*

L'art. 394 al. 2 CO ne s'oppose pas à ce que l'on qualifie le contrat d'architecte de contrat mixte, formé d'éléments du mandat et du contrat d'entreprise (consid. 3a-d; changement de jurisprudence).

Droit des parties, admis en l'espèce, de révoquer en tout temps le contrat d'architecte dans son ensemble, selon l'art. 404 al. 1 CO (consid. 3d et e). Licéité d'une peine conventionnelle pour révocation en temps inopportun; application de cette règle à la majoration d'honoraires prévue par l'art. 8.1 du Règlement SIA 102 (1969) (consid. 4).

*Contratto d'architetto: natura giuridica. revoca. pena convenzionale.*

L'art. 394 cpv. 2 CO non osta a che il contratto di architetto sia qualificato come contratto misto, formato di elementi del mandato e di elementi del contratto di appalto (consid. 3a-d; cambiamento della giurisprudenza). Diritto delle parti, ammesso nella fattispecie, di revocare sempre il contratto di architetto nella sua globalità, ai sensi dell'art. 404 cpv. 1 CO (consid. 3d, e).

Licéità di una pena convenzionale per revoca intempestiva; applicazione di questa norma alla maggiorazione d'onorario prevista dall'art. 8.1 del Regolamento SIA 102 (1969) (consid. 4).

Mit schriftlichem Vertrag vom 26. Dezember 1972 übertrug Martha Düssel der Kollektivgesellschaft Dietschi, Boetschi & Moccetti die Architekturarbeiten für eine Grossüberbauung in Zürich. Die Parteien erklärten die SIA-Norm 102 (1969) für die Honorarberechnung als verbindlich. Am 13. Februar 1976 wies Martha Düssel die Architekten an, ihre Arbeiten sofort einzustellen.

Daraufhin klagte die Architekturfirma gegen die Bauherrin auf Zahlung von Fr. 476 977.10 nebst 5% Zins seit 19. Februar 1976. Das Bezirksgericht Zürich hiess die Klage unter Berücksichtigung früherer Teilzahlungen und einer Teilvereinbarung im Prozess im Betrag von Fr. 281 683.— für Resthonorare und von Fr. 125 526.— als Honorarzuschlag von 15%, also insgesamt von Fr. 407 209.— nebst 5% Zins seit 19. März 1976, gut. Auf Appellation der Beklagten hin bestätigte das Obergericht des Kantons Zürich am 20. Januar 1983 dieses Urteil vollumfänglich, und das Kassationsgericht wies am 28. Juli 1983 eine Nichtigkeitsbeschwerde der Beklagten ab, soweit darauf einzutreten war.

Die Beklagte hat Berufung eingereicht und beantragt, das Urteil des Obergerichts aufzuheben und die Klage abzuweisen oder die Sache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Die Klägerin ersucht, die Berufung abzuweisen.

### Aus den Erwägungen:

3. — Den weiteren Teilbetrag von Fr. 125 526.— schuldet die Beklagte laut dem angefochtenen Urteil aufgrund von Art. 8.1 der SIA-Norm 102 (1969). Danach hat der Architekt, wenn ihm der Bauherr ohne sein Verschulden den Auftrag entzieht, Anspruch auf das Honorar für die geleisteten Arbeiten mit einem Zuschlag von 15% oder mehr, sofern der nachgewiesene Schaden diesen Prozentsatz übersteigt. Die Vorinstanz hält zwar für umstritten, ob die Bestimmung vor dem zwingenden Art. 404 OR standhalte. Unter Hinweis auf die Praxis des Bundesgerichts bejaht sie jedoch die Frage, soweit die Klausel eine zum voraus bestimmte pauschale Schadenersatzleistung vorsehe und der Bauherr aus Gründen vom Vertrag zurücktrete, die der Architekt nicht zu verantworten habe. Sie legt im folgenden einlässlich dar, dass die Beklagte den Vertrag lediglich aus wirtschaftlichen Überlegungen widerrufen habe, nicht weil das Vertrauensverhältnis zur Klägerin gestört gewesen sei.

a) Die Beklagte anerkennt, dass Art. 8.1 der SIA-Norm 102 Bestandteil des Vertrages geworden ist. Er enthält ihrer Meinung nach jedoch eine mit Art. 404 Abs. 1 OR nicht vereinbare Konventionalstrafe. Zulässig sei zwar Schadenersatz gemäss Absatz 2, die Parteien dürften ihn aber nicht im voraus pauschalieren; er sei ausserdem gar nicht ausgewiesen. Nach Ansicht der Klägerin hat der Honorarzuschlag, wie das Bundesgericht festgestellt habe, Schadenersatzcharakter. Im übrigen beruhe die bundesgerichtliche Praxis insoweit auf zwei heftig umstrittenen Prämissen, als sie im Dienstleistungsgewerbe keine Verträge sui generis zulasse und Art. 404 OR für zwingend erkläre. Im Sinne des vom Bundesgericht gefundenen Auswegs lasse Art. 8.1 eine Vorwegpauschalierung von Schadenersatz zu, wobei es freilich klüger gewesen wäre, einen Prozentsatz der noch nicht erbrachten als der erbrachten Leistungen vorzusehen. Nach der zweiten Methode schulde ihr die Beklagte allenfalls Schadenersatz von Fr. 100 913.50.

b) Während die frühere Rechtsprechung die separate Herstellung von Skizzen, Bauprojekten, Ausführungs- und Detailplänen vollumfänglich und den Gesamt-Architektenvertrag mindestens hilfsweise dem Werkvertragsrecht unterstellte (BGE 63 II 176 ff.), sind nach BGE 98 II 310 E. 3 in jedem Fall vorbehalten die Regeln des einfachen Auftrags anwendbar (bestätigt im Urteil vom 15. September 1977 i.S. Disch gegen Bertoli, in SJ 100/1978

S. 385 ff.). Dem lag die Auffassung zugrunde, dass Projekte und Pläne der Architekten Ergebnisse geistiger Arbeit seien und daher nur Gegenstand eines Auftrags sein könnten. Der Werkvertrag beschränke sich auf die Herstellung körperlicher Werke.

Diese Ansicht wurde vom Bundesgericht in einem unveröffentlichten Urteil vom 22. Dezember 1981 i.S. Adressen und Propagandazentrale Schaffhausen AG gegen DVD Daten-Verarbeitungsdienst AG erheblich abgeschwächt und in einem neuesten Urteil vollends fallengelassen, indem es die Tätigkeit eines Geometers, der ein Baugrundstück zu vermessen und die Ergebnisse in einem Plan festzuhalten hatte, nach Werkvertragsrecht beurteilte (BGE 109 II 34 ff.). Zu den Konsequenzen dieser neuen Rechtsprechung für den Architektenvertrag wollte es sich indes nicht äussern (S. 37 E. b). Bereits vor der amtlichen Publikation hat GAUCH (in Recht 1/1983 S. 132 ff.) dem Entscheid im Ergebnis zugestimmt, JEANPRÉTRE (in JdT 131/1983 S. 270) äusserte sich eher skeptisch.

c) Was nach BGE 109 II 34 ff. für die Tätigkeit eines Geometers gilt, ist in gleicher Weise für den Architekten, der Ausführungspläne und Kostenvoranschläge zu erstellen hat, von Bedeutung, allenfalls sogar, wenn er Bauprojekte ausarbeiten muss. Im Gegensatz zu BGE 98 II 310 E. 3 können derartige Arbeiten, wenn sie dem Architekten selbständig übertragen sind, durchaus auf einem Werkvertrag beruhen (ebenso DUCROT, in Baurecht 1983 S. 52 f.; GAUCH, Recht, S. 135/136; JÄGGI, in SJZ 69/1973 S. 303; SCHLUEP, in Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII/2 S. 903 f.). Andere Aufgaben wie Arbeitsvergebung und Bauaufsicht sind dagegen nach weitgehend unbestrittener Ansicht in der Literatur nur als Auftrag rechtlich fassbar.

d) Soweit ein Architektenvertrag sich beispielsweise auf das Erstellen von Plänen oder die Bauaufsicht beschränkt, ist er wohl problemlos entweder dem Werkvertragsrecht oder dem Auftragsrecht zuzuordnen. Schwieriger wird es, wenn der Architekt mit der Projektierung und Ausführung der Baute insgesamt beauftragt ist. Dem verständlichen Bestreben nach einheitlicher Subsumtion des Vertragsverhältnisses kam die Rechtsprechung seit BGE 98 II 310 E. 3 mit der vorbehaltenen Anwendung von Auftragsrecht entgegen, wobei sie unbefriedigende Konsequenzen einfach in Kauf nahm oder mit Konstruktiven abwendete, wie sie noch zu erwähnen sind. Anpassungsfähigere Lösungen, die analog etwa der früheren Praxis neben Auftragsrecht Elemente des Werkvertragsrechts zugelassen hätten, verwarf sie mit der Begründung, Art. 394

Abs. 2 OR schliesse im Bereich der Arbeitsleistungen Verträge sui generis aus (BGE 106 II 159 E. a, 104 II 110 E. 1). In der neueren Lehre ist das auf Kritik gestossen (BUCHER, in ZSR 102/1983 II S. 322 ff.; GAUCH, Recht, S. 136; GAUCH/SCHLUEP/JÄGGI, 3. Aufl. Nr. 493; GUHL/MERZ/KUMMER, 7. Aufl. S. 445; HOFSTETTER, in Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII/2 S. 24 ff.; JÄGGI, S. 302 f.; MERZ, in ZBJV 116/1980 S. 20 f.; SCHLUEP, S. 903 f.; VISCHER, in Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII/1 S. 313, PEDRAZZINI, in Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII/1 S. 504 f.).

Für die strenge Auslegung von Art. 394 Abs. 2 OR sprechen nach GAUTSCHI (N. 56 zu Art. 394 OR; ebenso SJZ 70/1974 S. 22 f.) neben dem Wortlaut auch die Gesetzesmaterialien. Indes belegt BUCHER (in ZSR 102/1983 II S. 286 f., 324 Anm. 74), dass diese Materialien den Schluss, der Gesetzgeber habe mit der Vorschrift die in Art. 19 OR verankerte Vertragsfreiheit einschränken wollen, nicht rechtfertigen. In der Tat behält Art. 394 Abs. 2 OR auch als dispositives Recht durchaus seine Bedeutung. Nach Ansicht der Mehrheit der Kritiker kann das die Zulassung von Verträgen sui generis rechtfertigen; jedenfalls lassen sich gemischte Verträge, bei denen Elemente eines anderen gesetzlichen Vertragstyps neben solchen des Auftragsrechts gegeben sind, ohne weiteres mit dem Wortlaut des Gesetzes vereinbaren (für diese Unterscheidung BGE 104 II 110 E. 1).

Art. 394 Abs. 2 OR zwingt demnach nicht dazu, ein komplexes Vertragsverhältnis wie den Architektenvertrag entweder ganz als Auftrag oder ganz als Werkvertrag zu beurteilen. Die Anerkennung gemischter Verträge erlaubt den Vertragspartnern wie dem Richter, den Umständen angepasste Lösungen zu finden, die der Rechtswirklichkeit besser entsprechen als eine einheitliche Qualifikation. Alle Probleme sind damit freilich nicht gelöst. Wo wie bei der Mängelhaftung nur einzelne Leistungen des Architekten zu beurteilen sind, ist eine Spaltung der Rechtsfolgen denkbar, indem sich etwa die Haftung für einen Planfehler aus Werkvertrag, jene für unsorgfältige Bauaufsicht aus Auftrag ergeben kann. Dagegen ist dieser Weg nicht gangbar, wenn die vorzeitige Auflösung eines Gesamtvertrages umstritten ist, der Auftrags- und Werkvertrags-elemente umfasst. Dabei kommt bei einem Projektierung und Bauausführung umfassenden Architektenvertrag dem Vertrauensverhältnis zwischen dem Bauherrn und dem Architekten so viel Bedeutung zu, dass die Auflösungsregel des Art. 404 OR den Vorzug verdient.

e) Das derzeitige Widerrufsrecht des Auftraggebers aus Art. 404 Abs. 1 OR ist nach ständiger Rechtsprechung zwingend; es kann vertraglich weder wegbedungen noch eingeschränkt werden (BGE 106 II 159 E. b, 104 II 115 E. 4, 103 II 130 E. 1, 98 II 307 E. 2a). In der Lehre wird weniger dieser Grundsatz kritisiert als seine Anwendung auf Fälle, für die er nicht passe (GUHL/MERZ/KUMMER, S. 466; JÄGGI, S. 304; HOFSTETTER, S. 48 und 53; BUCHER, in ZSR 102/1983 II S. 325; GAUCH, Recht, S. 134, 136; Derselbe, Der Unternehmer im Werkvertrag, 2. Aufl. N. 18). Danach soll es zwar für typische Auftragsverhältnisse, namentlich für unentgeltliche oder höchstpersönliche Aufträge, bei der strengen Ordnung von Art. 404 OR bleiben; dagegen soll für atypische Aufträge zum Beispiel eine Beendigung nach Werkvertragsrecht vereinbart werden können (so das Bundesgericht im Urteil vom 26. März 1957 i.S. Sekundarschulgemeinde Uster gegen Ziegler, E. 4; ebenso TERCIER, in Baurecht 1979 S. 9; wohl auch BUCHER, in ZSR 102/1983 II S. 325 f.). Wie es sich damit verhält, braucht nicht entschieden zu werden, weil vorliegend nicht das Auflösungsrecht als solches, sondern nur der vereinbarte Honorarzuschlag streitig ist.

4. — In ständiger Rechtsprechung schliesst das Bundesgericht aus Art. 404 Abs. 1 OR, dass das freie Widerrufsrecht nicht durch die Vereinbarung einer Konventionalstrafe erschwert werden darf (BGE 104 II 116 E. 4, 103 II 130 E. 1). Die Vorinstanz sieht im Honorarzuschlag nach Art. 8.1 SIA-Norm 102 indes keine Konventionalstrafe, sondern eine nach Art. 404 Abs. 2 OR zulässige Schadenersatzvereinbarung.

a) Das Obergericht folgt damit dem bereits zitierten Urteil Disch (in SJ 100/1978 S. 385 ff.), in dem das Bundesgericht den streitigen Art. 8.1 für gültig erklärt hat, weil er keine Konventionalstrafe, sondern eine «*appréciation anticipée de dommage causé à l'architecte*» vorsehe. Eine derartige Abmachung der Parteien liege im Rahmen ihrer Vertragsfreiheit und entspreche hinsichtlich der Schädigung der Lebenserfahrung. Die Beklagte bestreitet die Richtigkeit des Urteils, und auch die Klägerin sieht in ihm nicht mehr als einen vom Bundesgericht gefundenen Ausweg aus dem Dilemma, in das der Architektenvertrag wegen der zwingenden Natur von Art. 404 OR und der Verneinung der Verträge sui generis bei Arbeitsleistungen geraten sei.

Kritik hat der Entscheid Disch nicht im Ergebnis, jedoch in der Begründung erfahren. TERCIER (in Baurecht 1979 S. 9; ferner in

Baurecht 1982 S. 9) sieht insbesondere im Honorarzuschlag weniger einen Schadenersatzanspruch als vielmehr eine Konventionalstrafe (ähnlich schon früher PERRIN, *Le contrat d'architecture*, S. 72; dem Urteil stimmt aus urheberrechtlicher Sicht zu: DESSEMONT, in Hundert Jahre schweizerisches Obligationenrecht, S. 508). Eine vereinbarte Pauschalierung des Schadenersatzes lag schon BGE 83 II 531 E. 3 zugrunde und ist teilweise von der Lehre gebilligt, soweit die Pauschale nicht Straffunktion habe (HORSTETTER, S. 52 Anm. 30; OSER/SCHÖNENBERGER, N. 3 zu Art. 404 OR). Da die von den Parteien gewählte Bezeichnung nicht entscheidend sein kann (BGE 95 II 539 E. 5), ist im Einzelfall jedoch nicht zuverlässig feststellbar, ob die Pauschalierung Beweiserleichterung bringen oder Strafcharakter haben soll; es bedürfte dafür wohl einer Abklärung der Schadenshöhe, womit aber die Pauschalierung illusorisch würde. Demgegenüber bezweckt gerade die Konventionalstrafe, den Gläubiger vom Nachweis eines Schadens zu befreien (BGE 102 II 425 E. 4 mit Verweisung; GUHL/MERZ/KUMMER, S. 520; VON TUHR/ESCHER, S. 283).

Gemäss Art. 8.1 SIA-Norm 102 braucht der Architekt einen Schaden nur nachzuweisen, soweit er mehr als 15% Honorarzuschlag verlangt. Das entspricht der gesetzlichen Ordnung der Konventionalstrafe in Art. 161 Abs. 1 OR. Nicht anders verhielte es sich, wenn Art. 8.1 abweichend vom Urteil Disch nicht Anspruch auf Schadenersatz, sondern auf ein bestimmtes Honorar für den Widerrufsfall begründen wollte, denn auch so würde er lediglich eine Rechtsfolge des Auftragsentzugs regeln.

b) Obschon daher entgegen der Begründung im Urteil Disch der vereinbarte Honorarzuschlag keinem pauschalisierten Schadenersatz, sondern einer Konventionalstrafe gleichkommt, zieht das nicht zwangsläufig deren Ungültigkeit nach sich. Infolge ihrer akzessorischen Natur ist sie zwar ungültig, wenn sie ein widerrechtliches oder unsittliches Versprechen bekräftigen soll (Art. 163 Abs. 2 OR). Soweit der Honorarzuschlag bedingungslos für jeden Auftragsentzug geschuldet ist, läge darin in der Tat ein Verstoß gegen das jederzeitige Widerrufsrecht. Indes kann gemäss Art. 404 Abs. 2 OR ein rechtmässiger und wirksamer Widerruf dann Schadenersatzfolgen nach sich ziehen, wenn er zur Unzeit ausgeübt wird. Gleich muss es sich hinsichtlich der Zulässigkeit einer Konventionalstrafe verhalten. Darauf ist näher einzutreten, falls die Vorinstanz den Widerruf, ohne gegen Bundesrecht zu verstossen, als unzeitig betrachten durfte.

c) Unzeitig ist nach Ansicht der Vorinstanz der Widerruf des Bauherrn nur, wenn der Architekt dafür keinen sachlich vertretbaren Grund geliefert hat. Die Parteien anerkennen das zu Recht (BGE 104 II 320 E. b mit Hinweisen). Die Vorinstanz hält aufgrund der Vorbringen der Parteien für erwiesen, dass die Beklagte den Vertrag lediglich aus wirtschaftlichen Überlegungen widerrufen hat und nicht aus Gründen, die das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien betrafen. Die Beklagte hat diese Erwägungen erfolglos mit der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde angefochten und kritisiert sie summarisch auch in ihrer Berufung. Indessen ist nicht nur die Frage nach dem Beweggrund für den Auftragsentzug (BGE 107 II 229 E. 4), sondern auch jene nach dem natürlichen Kausalzusammenhang (BGE 107 II 224 E. b, 245 E. 5) tatsächlicher Natur und daher auf Berufung hin nicht überprüfbar.

Es erübrigt sich deshalb, im einzelnen auf die Einwände der Beklagten einzutreten. Hinsichtlich der Verzugszinsen bleibt immerhin festzuhalten, dass die Vorinstanz davon ausgeht, massgebender Zeitpunkt des Widerrufs sei der 13. Februar 1976 und nicht der 8. Juli 1977. Soweit sie dabei die entsprechenden Schreiben der Parteien auslegt und nicht bloss verbindlich feststellt, was die Beklagte tatsächlich ausgesagt hat, ist vor Bundesgericht dagegen mit dem blossen Hinweis auf ein paar Aktennummern nicht aufzukommen.

d) Die Vorinstanz nimmt insoweit zu Recht an, der Widerruf sei zur Unzeit erfolgt. Sie hält deshalb, übereinstimmend mit dem Urteil Disch, die Schadenspauschale für begründet. Es leuchte ein, dass ein Architekt seine Arbeit zum voraus planen und organisieren müsse und daher durch den Widerruf zu Schaden komme, wobei der Nachweis der Schadenshöhe praktisch kaum möglich sei. In anderem Zusammenhang hält sie fest, die Beklagte habe anfänglich zur Eile gedrängt, weshalb die Klägerin sich für ihren Grossauftrag habe einrichten und Kapazitäten bereitstellen müssen. Dem hält die Beklagte entgegen, es sei nicht ersichtlich, worin der Schaden bestehe; die Klägerin behaupte nur entgangenen Gewinn, auf den sie unter dem Titel von Art. 404 Abs. 2 OR keinen Anspruch habe; dass sie andere Aufträge habe ablehnen oder Mitarbeiter entlassen müssen, sei nicht dargetan.

Die gegensätzlichen Standpunkte zeigen deutlich, welche Konsequenzen es hat, im vereinbarten Honorarzuschlag Schadenersatz und keine Konventionalstrafe zu erblicken. So gibt Art. 404 Abs. 2 OR in der Tat keinen Anspruch auf Ersatz des entgangenen Ge-

winns, sondern nur auf Ausgleich der besonderen Nachteile als Folge des unzeitigen Widerrufs (BGE 106 II 160 E. c; Urteil vom 4. Oktober 1982 i.S. Stiftung für Jugendbildung der Firma Jugendkurhaus Rosenberg St. Gallen AG gegen Jugendkurhaus Rosenberg St. Gallen AG, S. 9; HOFSTETTER, S. 50; GAUTSCHI, N. 12e, 17d und 19a zu Art. 404 OR). Darin liegt ein Unterschied zur dienstvertraglichen Argumentation von BGE 83 II 532, wo die Pauschalierung auch den entgangenen Gewinn einschliessen konnte. Die Klägerin kann deshalb das entgangene Honorar nicht als Schaden im Sinne von Art. 404 Abs. 2 OR geltend machen. Dagegen entspricht es der Lebenserfahrung, dass bei einem umfangreichen Bauvorhaben (im vorliegenden Fall ging es um eine Bausumme von 27 Millionen Franken) der Architekt seinen Betrieb entsprechend ausbauen und andere Aufträge ausschlagen muss. Ob das dem Richter aber bereits erlaubt, ohne weitere konkrete Anhaltspunkte einen Betrag von Fr. 125 526.— als Schadenersatz zuzusprechen, ist zweifelhaft. Wird der Betrag jedoch als Konventionalstrafe aufgefasst, erscheint dies ohne weiteres zulässig. Die Höhe des Schadens behält dabei ihre Bedeutung; sie kann Anlass geben, die Strafe im Sinne von Art. 163 Abs. 3 OR herabzusetzen (BGE 103 II 136). Es obliegt aber der Beklagten, nicht der Klägerin, einen Herabsetzungsgrund darzutun, und das ist vorliegend nicht geschehen.

Wird der Honorarzuschlag von 15% nach Art. 8.1 SIA-Norm als Konventionalstrafe verstanden, so erscheint auch die Vorschrift, den Zuschlag auf den bereits verdienten Honoraren zu berechnen, weniger paradox als bei der Konstruktion als Schadenersatz. Der Schaden, den der Architekt infolge Entzugs des Auftrags erleidet, dürfte nämlich — wie TERCIER (in Baurecht 1979 S. 9) zu Recht bemerkt — nicht grösser, sondern kleiner werden, je später der Widerruf erfolgt.

e) Mit neuer Begründung, im Ergebnis jedoch übereinstimmend mit dem angefochtenen Urteil und der bisherigen Rechtsprechung, bleibt es folglich dabei, dass Art. 8.1 der SIA-Norm 102 grundsätzlich gültig und die Voraussetzung unzeitigen Widerrufs ausserdem erfüllt ist. Die Berechnung des Honorarzuschlags bestreitet die Beklagte im übrigen nicht, so dass das angefochtene Urteil zu bestätigen ist. Dass sie den Verzugszins erst ab 8. Juli 1977 gelten lassen will, beruht auf der Annahme, der Widerruf sei erst in jenem Zeitpunkt erfolgt; das hat sich bereits als unbegründet erwiesen.

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

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

Prof. PETER GAUCH, Universität Freiburg

---

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

---

### I. Die bisherige Geschichte

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

OR 394 II zwingt demnach nicht dazu, ein komplexes Vertragsverhältnis wie den Architektenvertrag entweder ganz als Auftrag oder ganz als Werkvertrag zu beurteilen. Die Anerkennung gemischter Verträge erlaubt den Vertragspartnern wie dem Richter, den Umständen angepasste Lösungen zu finden, die der Rechtswirklichkeit besser entsprechen als eine einheitliche Qualifikation. Alle Probleme sind damit freilich nicht gelöst. Wo wie bei der Mängelhaftung nur

einzelne Leistungen des Architekten zu beurteilen sind, ist eine Spaltung der Rechtsfolgen denkbar, indem sich etwa die Haftung für einen Planfehler aus Werkvertrag, jene für unsorgfältige Bauaufsicht aus Auftrag ergeben kann. Dagegen ist dieser Weg nicht gangbar, wenn die vorzeitige Auflösung eines Gesamtvertrages umstritten ist, der Auftrags- und Werkvertrags Elemente umfasst. Dabei kommt bei einem Projektierung und Bauausführung umfassenden Architektenvertrag dem Vertrauensverhältnis zwischen dem Bauherrn und dem Architekten soviel Bedeutung zu, dass die Auflösungsregel von OR 404 den Vorzug verdient» (Pra. 1984, S. 204 f.).

## III. Der Kommentar

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

- Zu den Architekturarbeiten, deren selbständige Übertragung auf Werkvertrag beruht, zählt jetzt das Gericht zu Recht auch die (entgeltliche) *Ausarbeitung von Kostenvoranschlägen*. Der werkvertragliche Charakter eines blossen Planungsvertrages, der die Erstellung von Bauprojekten umschliesst, wird demgegenüber nur mit einer gewissen (jedoch unbegründeten) Zurückhaltung befürwortet.
- Für den *Gesamtvertrag*, der über die Planung hinaus auch die Architektenleistungen der Ausführungsphase umfasst, nimmt das Gericht *ein aus Auftrag und Werkvertrag gemischtes Vertragsverhältnis* an. Damit vollzieht es eine weitere Kehrtwendung. Es verlässt seine zeitweilige Praxis, wonach jeder Vertrag auf Arbeitsleistung, der unter keinen besonderen Vertragstypus des Gesetzes falle, gestützt auf Art. 394 Abs. 2 OR als einfacher Auftrag zu behandeln sei<sup>8</sup>. Auch diese Kehrtwendung ist an sich zu begrüssen. Was aber den Gesamtvertrag des Architekten betrifft, stösst die Annahme eines gemischten Vertragsverhältnisses auf Zweifel. Denn:

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

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

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

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

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

– Somit ist klar: Der Gesamtvertrag des Architekten entzieht sich den Regeln des Werkvertrages, während sich seine *Qualifikation als einfacher Auftrag* rechtfertigt. Die jetzige Meinung des Bundesgerichts, wonach ein aus Auftrag und Werkvertrag gemischtes Vertragsverhältnis vorliegt (Ziff. 3), hat zwar den Umstand für sich, dass der blosse Planungsvertrag, allein genommen, die Merkmale eines Werkvertrages aufweist<sup>11</sup>. Dennoch vermag sie nicht zu überzeugen. Dagegen sprechen folgende Überlegungen:

– Im Gesamtvertrag richtet sich (nach dem typischen Vertragswillen der Parteien) die Planungstätigkeit des Architekten nicht auf selbständig geschuldete Arbeitserfolge, sondern geht als Teil der Gesamttätigkeit im Ganzen auf<sup>12</sup>. Eine *Aufsplitterung des Ganzen in Einzelleistungen mit rechtlich differenzierter Behandlung wird dem Sachverhalt nicht gerecht*, weil die geschuldete Gesamttätigkeit qualitativ etwas anderes ist als die Summe der einzelnen Verrichtungen<sup>13</sup>. Dass einzelne Verrichtungen, würde man sie gesondert vereinbaren, dem Werkvertragsrecht unterständen, vermag den Gesamtvertrag des Architekten ebensowenig zu einem gemischten Vertragsverhältnis zu machen wie etwa den Heilungsvertrag mit dem Arzt oder den Prozessführungsvertrag mit dem Anwalt.

– Dazu kommt, dass der Gesamtvertrag des Architekten sich aus einer Vielzahl von Einzelleistungen zusammensetzt, wie der Leistungsbeschreibung der SIA-Ordnung 102 (Art. 4.1–4.5) eindrücklich demonstriert. Eine rechtlich differenzierte Behandlung dieser Einzelleistungen, die sich zur Gesamtleistung des «Vollarchitekten» zusammenfügen, und eine damit verbundene *Spaltung der Rechtsfolgen müsste zu einem völlig unpraktikablen Ergebnis führen*. Das

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

BGE 102 II 418 f.

S. 418 3. — Que l'on considère l'art. 371 al. 2 CO selon sa lettre ou selon la ratio legis, qui était d'éviter que l'architecte ou l'ingénieur ne doive répondre des défauts d'une construction immobilière alors qu'il ne peut plus se retourner contre l'entrepreneur, on ne saurait appliquer cette disposition à toute action du maître contre l'entrepreneur, l'architecte ou l'ingénieur fondée sur l'inexécution ou l'exécution défectueuse de leurs obligations contractuelles. La prescription de cinq ans concerne les prétentions dérivant des défauts — sauf si le maître a été induit en erreur intentionnellement —, sans égard à la qualification des rapports contractuels noués entre le maître de l'ouvrage et l'architecte ou l'ingénieur. Elle ne vise en revanche pas l'action en dommages-intérêts que le maître peut exercer contre l'entrepreneur, l'architecte ou l'ingénieur répondant d'une violation de leurs obligations contractuelles, mais sans qu'il en résulte des défauts au sens des art. 367 ss. CO: ainsi en cas de retard dans l'exécution de l'ouvrage, ou de dommage causé lors de cette exécution à un arbre ou une autre construction du maître de l'ouvrage.

L'art. 371 al. 2 CO n'est donc pas applicable, en l'espèce, à l'action intentée par la demanderesse contre le défendeur, pour le dommage consécutif à des fautes commises dans le contrôle des factures de l'entrepreneur M. Ces fautes ne

## Obligationenrecht - N° 60

S. 419 sont pas à l'origine de défauts de la construction immobilière, elles ont seulement amené la demanderesse à payer à l'entrepreneur en question plus qu'il ne lui était dû. L'action est dès lors soumise à la prescription ordinaire de dix ans, selon l'art. 127 CO.

L'entrepreneur M. a présenté le 21 juin 1965 sa facture au défendeur, qui l'a reconnue exacte le 29 juin et l'a transmise le lendemain 30 juin à la demanderesse en disant qu'elle pouvait la payer. La prescription n'était donc en tout cas pas acquise lorsqu'elle a été interrompue par voie de poursuite le 6 août 1971. Il convient en conséquence d'annuler le jugement déféré et de renvoyer la cause à l'autorité cantonale pour qu'elle statue quant au fond sur les prétentions de la demanderesse.

BGE 108 II 197 ff.

197

**42. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 4. Mai 1982 i.S. X. gegen Katholische Kirchgemeinde Au (SG) (Berufung)***Auftrag, Art. 397 und 398 OR.*

Sorgfaltspflichten des Beauftragten bei Erteilung von unzweckmässigen oder unerfüllbaren Weisungen durch den Auftraggeber.

*Mandat, art. 397 et 398 CO.*

Devoirs de bonne et fidèle exécution lorsque le mandataire reçoit du mandant des instructions inappropriées ou irréalisables.

*Mandato, art. 397 e 398 CO.*

Obbligo di diligenza del mandatario che riceva dal mandante istruzioni non appropriate o irrealizzabili.

*Aus den Erwägungen:*

2. — Das Kantonsgericht stellt fest, der Kläger habe den Projektierungsauftrag bei einer Begrenzung der Gebäudekosten auf Fr. 350 000.— gar nicht erfüllen können. Nach seiner Auffassung war der Kläger verpflichtet, sich sofort der Kostenfrage zuzuwenden, sobald er ahnte, dass die Kostenbegrenzung nicht einzuhalten war. Es führt aus, ein Fachmann hätte ohne grossen Arbeitsaufwand zur Einsicht gelangen können, dass das gewünschte Raumprogramm mit den gegebenen Mitteln mit grosser Wahrscheinlichkeit nicht auszuführen sei. Wenn der Kläger zu dieser Einsicht gekommen wäre, hätte er die Beklagte darüber orientieren müssen. Weil er das nicht getan, sondern die Projektierung weiter vorangetrieben habe, sei ihm eine Verletzung der Sorgfaltspflicht vorzuwerfen. Er habe somit den Auftrag seit dem Eintritt der Ahnung,

dass die Preislimite unerfüllbar sei, nicht richtig ausgeführt. Der Kläger besitze daher keinen Honoranspruch für seine Tätigkeit nach diesem Zeitpunkt; das Bezirksgericht habe zu Recht gestützt auf das Ergänzungsgutachten das bis dahin aufgelaufene Honorar auf Fr. 6615.90 festgesetzt.

Der Kläger beharrt auch vor Bundesgericht darauf, den Auftrag ordnungsgemäss erfüllt zu haben und demzufolge das volle Honorar beanspruchen zu können.

a) Oberste Pflicht des Beauftragten ist es, die Interessen des Auftraggebers sorgfältig und treu zu wahren, das heisst zu seinem Nutzen und nicht zu seinem Schaden zu handeln (GAUTSCHI, N. 18 a zu Art. 397 OR). Wurde dem Beauftragten eine unzumässige oder unerfüllbare Weisung erteilt, so hat er den Auftraggeber über die Unzumässigkeit oder Unerfüllbarkeit aufzuklären und dessen Stellungnahme zu erwirken (GAUTSCHI, N. 18 b zu Art. 397 OR). Sobald er die Unzumässigkeit oder Unerfüllbarkeit der Weisung erkennt, darf er demnach die Auftragsausführung nicht unter Missachtung dieser Weisung fortsetzen. Hat er Anlass zur Annahme, die Weisung könnte unzumässig oder unerfüllbar sein, so muss er, um seinen Sorgfaltspflichten zu genügen, nötige Abklärungen ohne Verzug vornehmen und, erweist sich danach die Annahme als zutreffend, den Auftraggeber sofort orientieren. Die weitere Auftragsausführung darf er daneben nur soweit vorantreiben, als dies im Blick auf die Erfüllung innert einer gesetzten Frist unbedingt nötig ist. Die Verletzung von Sorgfaltspflichten stellt eine unrichtige Auftragsausführung dar, für welche die Gegenleistung nicht geschuldet wird (GAUTSCHI, N. 9 b zu Art. 402 OR).

b) Wie schon erwähnt, geht das Kantonsgericht in Übereinstimmung mit dem Gutachten davon aus, der dem Kläger erteilte Projektierungsauftrag habe mit einer Begrenzung der Gebäudekosten auf Fr. 350 000.— nicht erfüllt werden können. Gemäss Gutachten war die Kostenvorstellung mit Fr. 350 000.— bereits ohne Einbezug der nachträglichen Zusatzwünsche für Schutzraum und Lüftung illusorisch, so dass es auf die dadurch bewirkte Kostensteigerung nicht ankommt. Nach Auffassung des Gutachters, der sich das Kantonsgericht anschliesst, war dies für den Kläger lange vor Ablieferung der Baupläne und des Kostenvoranschlages feststellbar. Wenn er dessen ungeachtet die Projektierung bis dahin vorantrieb, so erfüllte er nach den dargelegten Grundsätzen den ihm erteilten Auftrag nicht richtig. Diesem Vorwurf kann

er nicht unter Hinweis darauf entgehen, er hätte nach Vorlage der Pläne und des Kostenvoranschlages in Zusammenarbeit mit der Beklagten dann schon versucht, die Gebäudekosten auf die festgesetzte Limite herabzudrücken.

c) Nach der gestützt auf das Gutachten getroffenen Feststellung des Kantonsgerichts konnte der Kläger «ab etwa 23. Januar 1978 ahnen», dass der übernommene Auftrag in bezug auf die Kostenbegrenzung nicht erfüllbar sei. Mit «ahnen» kann nach dem allgemeinen Sprachgebrauch nichts anderes als ein undeutliches Wissen, eine blosser Vermutung, ein unbestimmtes Vorgefühl gemeint sein. Das Kantonsgericht hat den vom Gutachter verwendeten Begriff offensichtlich nicht anders verstanden, spricht es doch von «Anlass zu Zweifeln». Die von ihm gezogenen Schlussfolgerungen rechtlicher Art, vom Zeitpunkt dieser Ahnung hinweg sei der erteilte Auftrag durch den Kläger nicht mehr richtig erfüllt worden und es sei ihm daher nur bis zu diesem Zeitpunkt das Honorar geschuldet, widersprechen indessen den vorne unter lit. a aufgeführten Rechtsgrundsätzen. Sobald sich Anhaltspunkte dafür ergaben, dass die Weisung bezüglich der Gebäudekosten unerfüllbar war, hatte der Kläger unverzüglich abzuklären, ob dem so sei, und der Beklagten Mitteilung zu machen, sobald die Unerfüllbarkeit mit genügender Sicherheit festzustellen war. Die eigentlichen Projektierungsarbeiten durfte er während dieser Abklärungsphase nur soweit noch vorantreiben, als es die zeitliche Dringlichkeit gebot. Nicht im Interesse der Auftraggeberin lag die Auftragsausführung demnach insoweit, als mehr als diese zeitlich dringlichen Planungsarbeiten vorgenommen und nach Offenbarung der Unerfüllbarkeit der gesetzten Weisung die Orientierung der Beklagten unterlassen und die Projektierung zum Abschluss gebracht wurde.

PKG 1976, Nr.10, S.53 ff.

- 10 — **Vom Architekten verursachte und vom Bauherrn nicht anerkannte Mehrkosten sind nicht honorarpflichtig** (Art. 4.6. der SIA-Norm 102).  
— **Schadenersatzpflicht des Architekten bei fahrlässiger Berechnung und Überschreitung des Kostenvoranschlages** (Art. 6.1. der SIA-Norm 102).

*Sachverhalt:*

A. 1. Mit Architektenvertrag vom 20. November 1969, der mittels eines SIA-Normalformulars (Nr. 21) schriftlich abgeschlossen wurde, übertrug Dr. P der Firma V für ein Wohnhaus folgende architektonischen Arbeiten: Vorprojekt, Bauprojekt, Kostenvoranschlag, Ausführungspläne, Ausschreibung, Bauausführung, Rechnungswesen und örtliche Bauführung. Das Architektenhonorar sollte nach der Honorartabelle Klasse 3 berechnet werden und 11.67 % betragen, was einer Bausumme von Franken 300 000.— entspricht. Darin nicht enthalten und separat zu berechnen waren hingegen die Kosten für die Vervielfältigung von Plänen (Fr. 6.— pro m<sup>2</sup>), das Ingenieurhonorar (10 % der Eisenbetonsumme von ca. Fr. 30 000.—) sowie die Kosten für die Terrainaufnahmen. — Bei Abschluss des Architektenvertrages unterbreitete die Firma V folgenden Kostenvoranschlag: Gebäudekosten Fr. 332 000.— (effektive Gebäudekosten Fr. 294 000.—, Architektenhonorar Fr. 34 500.—, Ingenieurhonorar Fr. 3000.—, Lichtpausen und Terrainaufnahmen Franken

perten, die Kosten für den Baulanderwerb sowie die Bauzinsen und öffentlichen Gebühren.

Im vorliegenden Fall ist die honorarberechtigte Bausumme nicht der Bauabrechnung, sondern dem Kostenvoranschlag vom 20. November 1969 zu entnehmen. Darin werden die Gebäudekosten mit Fr. 294 000.— und die Aufwendungen für Umgebungsarbeiten mit Fr. 28 000.— beziffert. Nach Abzug von Fr. 17 000.— an Subventionen, Rabatte und Skonti verbleibt eine honorarberechtigte Bausumme von Fr. 305 000.—. Auf einen anderen Betrag abzustellen, besteht kein Anlass, nachdem die Parteien in Art. 3 des Architektenvertrages ausdrücklich vereinbart hatten, dass das Architektenhonorar nach der Honorartabelle Klasse III zu berechnen sei und 11,67 % betragen solle. Dieser Wert entspricht nämlich einer honorarberechtigten Bausumme von Fr. 300 000.—, und es besteht also kein vernünftiger Grund zur Annahme, dass nach dem Willen der Parteien die 11,67 % für jede beliebige, mit dem Kostenvoranschlag in Widerspruch stehende Bausumme gemäss Bauabrechnung gelten sollte. Vom Kostenvoranschlag abzuweichen, geht auch deshalb nicht an, weil der Bauherr — wie noch zu zeigen sein wird — die Kostenüberschreitung weder verursacht noch gebilligt hat; vom Architekten verursachte und vom Bauherrn nicht anerkannte Mehrkosten sind aber nicht honorarpflichtig (Art. 4.6. der SIA-Norm 102).

11,67 % von Fr. 305 000.— ergeben ein Architektenhonorar von Fr. 35 593.50. Hinzukommen die im Honorar nicht eingeschlossenen Nebenleistungen (Ingenieurarbeiten, Terrainaufnahmen und Vervielfältigungen) in der Höhe von Fr. 8636.45 gemäss Rechnung vom 2. Dezember 1970. Da dieser Betrag weder in der amtlichen Expertise noch im Berufungsverfahren begründet beanstandet wurde, besteht kein Grund zu einer Reduktion. Architektenhonorar und Entschädigung für Nebenleistungen betragen somit Fr. 44 229.95. Daran hat der Beklagte bereits Akontozahlungen in der Höhe von Fr. 20 000.— bezahlt, so dass der Klägerin eine Restforderung von Fr. 24 229.95 zusteht.

2. Laut Art. 2.6. der SIA-Norm 102 hat der Architekt alles daran zu setzen, dass der Kostenvoranschlag eingehalten wird. Auch ist er verpflichtet, Mehrkosten dem Bauherrn anzuzeigen, sobald sie erkennbar werden. — Berechnet der Architekt in fahrlässiger Weise die Gesamtsomme des von ihm aufgestellten Kostenvoranschlages wesentlich zu niedrig, wird er dem Bauherrn schadenersatzpflichtig (Art. 6.1. der SIA-Norm 102).

Im vorliegenden Fall bezifferte die Klägerin in ihrem Kostenvoranschlag die honorarberechtigte Bausumme mit Fr. 305 000.—, während

500.—), Umgebungsarbeiten Fr. 28 000.—, Anschlussgebühren Fr. 5000.— und Kosten für Baulanderwerb Fr. 70 000.—, total somit Fr. 435 000.—. An Abzügen setzte die Offerentin Fr. 5000.— Luftschuttsubventionen und Fr. 12 000.— Rabatte und Skonti ein.

2. Nachdem die Bauarbeiten im Herbst 1969 begonnen und im Laufe des Jahres 1970 abgeschlossen worden waren, stellte die Firma V am 2. Dezember 1970 dem Bauherrn Rechnung für ihre Leistungen, wobei sie von einer Bausumme (effektive Gebäudekosten und Umgebungsarbeiten) von Fr. 459 595.60 ausging. Die einzelnen Posten betragen:

10.88 % der Bausumme als Architektenhonorar, abzüglich 5 % Rabatt (Fr. 2500.—) für Kostenüberschreitung	Fr. 47 504.—
10 % von Fr. 73 354.70 als Ingenieurhonorar	Fr. 7 335.45
Terrainaufnahmen pauschal	Fr. 200.—
Lichtpausen	Fr. 1 090.—
Photokopien und Frachtgebühren	Fr. 11.—
Total	Fr. 56 140.45
Akontozahlungen des Bauherrn	Fr. 20 000.—
Saldo zugunsten der Firma V	Fr. 36 140.45

B. Als P keine weiteren Zahlungen mehr leistete, klagte die Firma V auf Bezahlung eines Betrages von Fr. 38 640.45 nebst 5 % Zins ab 1. Januar 1971. Der eingeklagte Betrag entspricht demjenigen der Rechnung vom 2. Dezember 1970, wobei jedoch der Rabatt von 5 % für die Kostenüberschreitung nicht mehr gewährt wurde. Der Beklagte beantragte die Abweisung der klägerischen Ansprüche, soweit sie den Betrag von Fr. 14 000.— überstiegen, und erhob Widerklage auf Bezahlung von Fr. 106 255.— nebst 6 % Verzugszins seit dem 16. Februar 1972.

C. Das Bezirksgericht verpflichtete in teilweiser Gutheissung von Klage und Widerklage die Firma V, Dr. P den Betrag von Fr. 26 107.— nebst 5 % Zins seit dem 16. Februar 1972 zu bezahlen. Gegen dieses Urteil liess der Beklagte und Widerkläger die Berufung an das Kantonsgericht erklären.

#### Erwägungen:

1. Gemäss SIA-Norm 102, auf die im Vertrag vom 20. November 1969 verwiesen wird, berechnet sich das Architektenhonorar in Prozenten der honorarberechtigten Bausumme. Diese erfasst die wirklichen Baukosten des ausgeführten Bauprojektes, ausgenommen die von den Unternehmern gewährten üblichen Rabatte und Skonti, die Gesamt- und Nebenleistungen des Architekten, die Honorare für Spezialisten und Ex-

sie unter diesem Titel in der Bauabrechnung einen Betrag von Franken 459 595.60 anführte. Dies ergibt eine Kostenüberschreitung von Franken 154 595.60. Es ist zwar zuzugeben, dass ein Architekt nicht schon für jede geringfügige Überschreitung des Kostenvoranschlages einzustehen hat. Da zwischen ihm und dem Bauherrn ein Vertrauensverhältnis besteht, müssen ihm Änderungen erlaubt sein, die er wegen seiner grösseren Sachkenntnis und Erfahrung im Interesse des Bauherrn als geboten erachtet. So werden denn in der Praxis Kostenüberschreitungen bis 10 % der devisierten Bausumme durchaus geduldet (PKG 1956 Nr. 14). Differenzen wie im vorliegenden Fall sind hingegen — besondere Rechtfertigungsgründe vorbehalten — schlechthin untragbar. Sie zeugen von einer gleichgültigen Einstellung des Architekten gegenüber den Interessen des Auftraggebers, die als grobfahrlässige, wenn nicht sogar absichtliche Vertragsverletzung zu werten ist. Die Klägerin kann sich nicht damit entlasten, ihr Kostenvoranschlag sei nicht verbindlich gewesen, haben doch die Erwägungen oben unter Ziffer 1 gezeigt, dass die Parteien ihrem Vertragsabschluss eine Bausumme zugrundelegten, die weitgehend derjenigen gemäss Kostenvoranschlag vom gleichen Tag entspricht. Ebensowenig hilft der Klägerin die Behauptung, die Kostenüberschreitung sei im wesentlichen darauf zurückzuführen, dass der Beklagte und dessen Ehefrau während der Bauarbeiten entscheidende Abänderungen gewünscht hätten. Den Beweis blieb sie nämlich schuldig. Selbst wenn die Bauherrschaft in der Tat grössere Abänderungswünsche geäussert hätte, wäre es Pflicht der Klägerin gewesen, den Beklagten auf die finanziellen Folgen aufmerksam zu machen. Dass sie dies getan habe, behauptet sie selber nicht, und es finden sich hiezu auch in den Akten keine Hinweise. Dass es die Teuerung war, die wesentlich zur Kostenexplosion beigetragen habe, blieb ebenfalls unbewiesen. Weiter darf sich die Klägerin nicht darauf berufen, der Beklagte hätte die Mehrkosten erkennen und — wenn er sie nicht billigen wollte — von sich aus einschreiten müssen; dies aber habe er nicht getan. Die Klägerin übersieht dabei, dass aus dem Kostenvoranschlag der genaue Arbeitsumfang, auf dem sie ihre Berechnungen stützte, nicht ersichtlich ist. Erst recht war es dem Beklagten weder möglich noch zumuthar, anhand der einzelnen Werkverträge und des Baufortschrittes die Kostenentwicklung zu prüfen und mit dem Kostenvoranschlag zu vergleichen. Mit dieser Arbeit hatte er ja gerade einen Fachmann, die Klägerin, betraut. Dass er schliesslich sämtliche Lieferanten und Handwerker bezahlte, kann ihm nicht als Billigung der Kostenüberschreitung ausgelegt werden. Es blieb ihm keine andere Wahl, wenn er Betreibungen ausweichen und verhindern wollte, dass sein Grundstück mit Bauhandwerkerpfandrechten belegt würde.

Daraus erhellt, dass die Kostenüberschreitung grundsätzlich der Klägerin anzulasten ist. Immerhin ist anhand der konkreten Umstände und des Verschuldens abzuklären, ob Gründe vorliegen, die für eine Reduktion der Schadenersatzpflicht sprechen. Wie bereits dargetan wurde, ist der Klägerin ein erhebliches Verschulden vorzuwerfen, so dass unter diesem Titel (leichtes Verschulden) keine Schadenersatzermässigung einreten kann. Hingegen ist nicht zu verkennen, dass die Kostenüberschreitung nicht nur schädigende Wirkung zeigte, sondern dem Beklagten einen Mehrwert einbrachte, den dieser aufgrund seines Einkommens als Mediziner durchaus geniessen kann. Ein solcher Vorteil ist auszugleichen, wenn der Beklagte nicht auf Kosten der Klägerin ungerechtfertigt bereichert werden soll. Zu bedenken ist auch, dass die Klägerin nur ein reduziertes, auf den Kostenvoranschlag abgestimmtes Architektenhonorar erhielt, obwohl sie ein teureres, baulich einwandfreies Werk abgeliefert hat. So scheint es billig, dem Beklagten eine Schadenersatzforderung von 50 % der Kostenüberschreitung zuzusprechen, nämlich Fr. 77 297.80. Verrechnet mit der Honorarforderung der Klägerin in der Höhe von Fr. 24 229.95 verbleibt zugunsten des Beklagten eine Summe von Franken 53 067.85.

ZF 50/76

Urteil vom 22. November 1976



1. 27 15. Art. 97, 375 OR, Art. 8 ZGB. Haftung des Architekten bei Überschreitung des Kostenvoranschlages. Beweislast.

Eine Bauherrin (Klägerin) forderte von ihrem Architekten (Beklagten) Schadenersatz. Als Schadensbetrag machte sie u. a. den 110 % des Voranschlages übersteigenden Betrag der Bausumme geltend. Das private Schiedsgericht hieß die Klage in diesem Punkte gut. Das Obergericht als Kassationsinstanz nahm dazu wie folgt Stellung:

Der Beklagte führt aus, das Schiedsgericht habe fälschlicherweise angenommen, eine Überschreitung des Voranschlages um mehr als 10 % schaffe die Vermutung der Vertragsverletzung und des Verschuldens seitens des Architekten. Richtigerweise müsse der Bauherr den Schaden und das Verschulden behaupten und beweisen. Die Umkehr der Behauptungspflicht und der Beweislast verstoße gegen Art. 8 ZGB und Art. 97 und 375 OR, weshalb das angefochtene Urteil klares Recht verletze und somit den Kassationsgrund von § 259 Ziff. 5 ZPO erfülle.

Allein die vom Schiedsgericht vertretene Rechtsanwendung verstößt nicht nur nicht gegen klares Recht. Vielmehr stimmt sie mit der Rechtsordnung überein: Die Klägerin leitet ihren Schadenersatzanspruch mit Recht von dem mit dem Beklagten geschlossenen Architektenvertrag her. Zur Anwendung gelangt daher Vertragsrecht. Darnach aber hat,

23 wer Schadenersatz verlangt, nur den Vertrag, dessen Nichterfüllung bzw. nicht gehörige Erfüllung und den Schaden darzutun (von Tuhr/Siegwart, *Allg. Teil des OR*, Bd. II S. 548), während es Sache des Schuldners ist, den Nachweis des fehlenden Verschuldens zu erbringen (Art. 97 OR, von Tuhr/Siegwart, a. O. S. 75 und 540). Wenn im vorliegenden Fall die Klägerin den Nachweis erbracht hat, daß der Beklagte die Baute anstatt zu der auf Grund des detaillierten Kostenvoranschlages vereinbarten Bausumme von Fr. 899 693.90 mit einer Bausumme von Fr. 1 026 261.12 errichtete, so hat sie damit den Beweis für eine klare Vertragsverletzung erbracht. Denn bei dem Kostenvoranschlag vom 7. September 1956 handelte es sich keineswegs um eine bloß «überschlägige Kostenberechnung», zu deren Einhaltung der Architekt keine Garantie übernommen hätte, sondern um eine ins Einzelne gehende Berechnung, die den Beklagten verpflichtete, ihrem Ergebnis entsprechend den Bau zu errichten. Damit aber war die Haftung des Beklagten für die Kostenüberschreitung grundsätzlich gegeben. Sie entfiel nur insoweit, als er nachweisen konnte, daß ihn kein Verschulden trifft. Die Auffassung, die das Schiedsgericht hinsichtlich Behauptungspflicht und Beweislast vertritt, entspricht demnach der gesetzlichen Ordnung.

Das Schiedsgericht hat des weitern mit Recht die in Doktrin und Gerichtspraxis zugelassene Ausnahme von dieser Regel beachtet, daß nämlich der Bauherr eine Überschreitung des Kostenvoranschlages bis zu 10 % der veranschlagten Summe in Kauf zu nehmen habe. Das bedeutet beweisrechtlich, daß in einem solchen Falle zugunsten des Architekten die Vermutung besteht, an der Überschreitung treffe ihn kein Verschulden (vgl. Max. IX Nr. 750; SJZ 53 S. 307; ZBJV 86 S. 540). Wenn hier das Schiedsgericht 10 % der Kostenüberschreitung von vornherein in Abzug gebracht, das Verschulden des Beklagten an der restlichen Kostenüberschreitung von 4 % aber als gegeben erachtet hat, so hat es damit keineswegs klares Recht verletzt. Insbesondere ist die Auffassung, daß sich die Beweislast bei Kostenüberschreitungen von mehr als 10 % anders verteile, nicht willkürlich.

Schließlich ist auch die vom Schiedsgericht beiläufig vertretene Auffassung, daß eine Kostenüberschreitung von mehr als 10 % eine natürliche Vermutung eines Schadens begründe, die zu widerlegen Sache des Architekten sei, nicht willkürlich. Es leuchtet ohne weiteres ein, daß eine so ansehnliche Kostenüberschreitung, wie sie hier stattgefunden hat, eine wirtschaftlich unfruchtbare Immobilisierung von Kapitalwerten und eine geringere wirtschaftliche Realisierbarkeit zur Folge

haben mußte; wenn ein Schaden erst von 10 % Überschreitung hinweg angenommen wurde, so lag darin keine Willkür.

OG I. Kammer, 21. August 1961. (Das Bundesgericht hat die hier gegen eingereichte staatsrechtliche Beschwerde abgewiesen.)

S. 29

## Jugement de la Cour civile du 1<sup>er</sup> décembre 1980 en la cause

X c/ Z

### Art. 394 ss CO

Dépassement des devis imputable à un architecte; dommages-intérêts, principe et calcul (cons. 1 et 2).

Prise en considération de la plus-value acquise par un immeuble (cons. 3).

Fixation des honoraires de l'architecte (cons. 4).

A. La demanderesse a chargé le défendeur, architecte de son état, des travaux de rénovation d'un immeuble dont elle est propriétaire. Les devis, ascendant à un total de 300'490 francs, ont été dépassés à concurrence d'un montant de 88'666.70 francs. (résumé)

#### Extrait des considérants:

1. Les parties sont liées par un contrat d'architecte soumis aux règles du mandat (ATF 98 II 105). Le défendeur était ainsi responsable envers la demanderesse de la bonne et fidèle exécution du mandat (art. 398 al. 2 CO); il lui incombait plus particulièrement de veiller à ce que le devis soit respecté et avait le devoir de ne pas exécuter des travaux non prévus ou beaucoup plus onéreux sans rechercher l'autorisation de sa mandante. Cette obligation résulte non seulement des art. 397 et 398 CO, mais aussi de l'art. 26 de la norme SIA 102 qui dispose que «l'architecte doit mettre tout en oeuvre pour que le devis soit respecté. Les dépassements éventuels doivent être signalés au maître dès qu'ils se manifestent». Le défendeur ayant lui-même reconnu avoir entrepris des travaux sans en référer à la demanderesse et ne s'être rendu compte des dépassements qu'à la fin des travaux, il est prouvé qu'il a exécuté imparfaitement son mandat et qu'il doit répondre des conséquences dommageables de sa faute (RSJ 1957, p. 37 et 322; 1966, p. 127; ZBJV 1950, p. 540; PKG 1976, p. 53 N° 10, 1953, p. 66 N° 14).

2. Le défendeur observe que l'immeuble était vétuste et que, conséquemment, le devis ne pouvait être que très approximatif; au reste, la demanderesse, dont les représentants n'apparaissent que très rarement sur le chantier, avait une attitude qui faisait présumer son acceptation des dépassements, d'autant plus qu'elle avait invité le défendeur à obtenir un complément de crédit. S'il est exact que les travaux de rénovation d'un ancien immeuble sont parfois difficiles à estimer, cette circonstance ne dispense pas l'architecte d'accomplir consciencieusement son mandat et de solliciter l'autorisation de son mandant en vue d'effectuer des travaux non prévus; elle n'a pas pour effet de supprimer la faute du mandataire, mais peut être prise en considération pour l'estimation du dommage. Les preuves administrées ne permettent pas de constater une acceptation tacite de la demanderesse des dépassements de devis; le fait que le président de son conseil d'administration, domicilié à Genève, n'ait visité que rarement le chantier est inopérant; il prouve au contraire que la demanderesse avait mis toute sa confiance en son architecte et qu'il appartenait à ce

dernier, spécialiste en la matière, d'exécuter fidèlement son mandat. Quant à l'augmentation du crédit de construction, elle constitue une opération normale; le décompte final a été présenté tardivement à la demanderesse; le fait que celle-ci ait tenu à honorer les factures des maîtres d'état ne signifie pas qu'elle ait renoncé à actionner le défendeur en paiement de dommages-intérêts.

3. La jurisprudence cantonale précitée considère comme admissible un dépassement de 10 % par rapport au devis. Cette opinion peut être admise dans le cas d'espèce, d'autant plus que, comme mentionné ci-dessus, il est difficile de chiffrer avec précision les travaux de rénovation d'un ancien immeuble. Le dépassement de 88'666.70 francs doit être réduit de 30'049 francs (10 % de 300'490 francs) d'où un solde de 58'617.70 francs. Il faut encore se demander dans quelle mesure les dépassements mentionnés dans les explications écrites du défendeur ont été admis par la défenderesse, celle-ci ayant reconnu qu'ils avaient fait l'objet d'une discussion tout en expliquant que, à son avis, leur coût était englobé dans le devis. Cette opinion ne peut être accueillie pour les travaux extérieurs, soit les factures Duckert de 9'300 francs et Bernasconi de 3'713.20 francs; car la demanderesse savait pertinemment que le devis ne prévoyait pas de travaux extérieurs et, les ayant ratifiés, elle ne peut rendre le défendeur responsable d'un dépassement de devis non sollicité. Il convient dès lors de porter 13'013.20 francs en déduction de la somme de 58'617.70 francs, d'où un solde de 45'604.50 francs. Se conformant aux principes posés par la jurisprudence cantonale citée ci-dessus, la demanderesse reconnaît que les dommages-intérêts doivent être diminués de la plus-value acquise par l'immeuble en raison des dépenses supplémentaires; selon les faits de la demande, elle reconnaît une plus-value d'environ 49 % par rapport au dommage. En l'absence d'expertise et de preuves adéquates, la plus-value sera fixée ex aequo et bono à environ 50 % des dépassements non admissibles, le préjudice subi par la demanderesse étant ainsi arrêté à 22'800 francs.

4. Le solde d'honoraires reconnu par la demanderesse au défendeur s'élève à 11'624 francs. Reste à trancher la question de savoir dans quelle mesure le défendeur a droit à des honoraires sur le montant des dépassements chiffrés à 88'666.70 francs. L'art. 46 de la norme SIA 102 prévoit que «les augmentations du coût de l'ouvrage imputables à l'architecte et non admises par le maître ne sont pas prises en considération pour le calcul des honoraires». Il s'ensuit que le défendeur a droit à des honoraires, calculés au taux non contesté de 10,22 % sur 13'013.20 francs, coût des travaux extérieurs auxquels la demanderesse a donné son assentiment, soit à 1'330 francs. Faut-il encore lui octroyer des honoraires sur le dépassement de 10 % admis par la jurisprudence? L'arrêt du Tribunal cantonal des Grisons paru dans le PKG 1976, N° 10, p. 53 paraît résoudre cette question négativement. Une telle solution est cependant illogique dans la mesure où l'on admet qu'un dépassement de 10 % est tolérable en raison de la difficulté de chiffrer le coût des travaux avec précision. L'architecte n'étant pas reconnu responsable de ce dépassement, il peut prétendre à ses honoraires sur un montant de 30'049 francs, ce qui représente 3'071 francs (RJV 6 I 336).

BGH BauR 1979, S.74 ff.

## Überschreitung von Kostenvoranschlag durch Architekten: Schaden

BGB § 635  
BGH, Urteil v. 16. Juni 1977 – VII ZR 2/76 –  
Kammergericht.

### Aus den Gründen:

1. a) Das Berufungsgericht hat einen aufrechenbaren, aus der Überschreitung des Kostenvoranschlages hergeleiteten Schadensersatzanspruch der Klägerin verneint. Es hat offengelassen, ob der Beklagte insoweit gegen seine Vertragspflichten verstoßen habe. Denn jedenfalls fehlte es an einem Schaden der Klägerin, weil der Wert ihres Betriebsgrundstückes sich im Umfange ihrer gesamten Aufwendungen für die Lagerhalle erhöht habe.

Dagegen wendet sich die Anschlußrevision. Sie meint, das Berufungsgericht habe bei der Schadensermittlung fälschlich allein auf den **Sachwert** statt den **Verkehrswert** abgestellt. Von der mit zu hohem Kostenaufwand hergestellten Halle habe die Klägerin keinen größeren Nutzungseffekt gehabt als von einer billigeren Halle. Der Verkehrswert der Halle bleibe somit hinter ihrem Herstellungsaufwand zurück. Das Berufungsgericht habe als der Klägerin entstandenen Schaden die Differenz zwischen Herstellungsaufwand und **Verkehrswert** unter Zuhilfenahme eines Sachverständigen feststellen müssen.

b) Diese Rüge bleibt erfolglos. Für das Revisionsverfahren ist, weil das Berufungsgericht dies offengelassen hat, davon auszugehen, daß der Beklagte mit der Überschreitung des Kostenvoranschlages schuldhaft gegen seine Vertragspflichten verstoßen hat. Das angefochtene Urteil kann des-

halb nur dann Bestand haben, wenn das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei den Eintritt eines Schadens verneint hat. Das ist der Fall.

aa) Nach ständiger Rechtsprechung des Senats erleidet in Fällen der vorliegenden Art der Bauherr durch eine Überschreitung der von seinem Architekten angegebenen voraussichtlichen Baukosten insoweit **keinen** Schaden, als der zu seinen Lasten gehende Mehraufwand zu einer Wertsteigerung des Baugrundstückes geführt hat [1].

bb) Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerfrei festgestellt, daß die Klägerin unnütze Aufwendungen zur Errichtung der Lagerhalle nicht hat aufbringen müssen, daß vielmehr **diese** Lagerhalle nicht kostengünstiger hätte errichtet werden können und ihr **Sachwert** deshalb voll ihrem Errichtungsaufwand entspreche. Dagegen bringt auch die Anschlußrevision nichts vor. Die Klägerin bestätigt vielmehr, daß der objektive Wert der Halle dem tatsächlichen Errichtungsaufwand entspricht.

cc) Das Berufungsgericht hat den Wert des Betriebsgrundstückes der Klägerin als um den **Sachwert** der Lagerhalle gesteigert angesehen. Es hat dabei, wenn es vom „Wert des Betriebsgrundstückes“ spricht, ersichtlich dessen **Verkehrswert** im Auge gehabt, von dem bei Schadensermittlungen auch auszugehen ist.

Der Bundesgerichtshof hat nun allerdings mehrfach entschieden, daß es für die Bemessung des Ver-

[1] Senatsurteil NJW 1970 S. 2018, 2019 = BauR 1970, 246 mit weiteren Nachweisen.

kehrswertes eines bebauten Grundstücks „in der Regel und im wesentlichen“ auf dessen Ertragsfähigkeit ankomme [2]. Bei diesen Entscheidungen ging es jeweils darum, welchen Wert Baulichkeiten für denjenigen haben, der nach Bereicherungsrecht Ausgleich für auf seinem Grundstück errichtete Bauten schuldet.

In anderen Fällen, bei der Berechnung von Pflichtteilsansprüchen [3] oder Vermächtnissen [4], hat der Bundesgerichtshof es als sachgerecht angesehen, überwiegend oder sogar ausschließlich auf den Sachwert abzustellen.

In seiner Entscheidung NJW 1970, 2018 = BauR 1970, 246 hat der erkennende Senat die durch Umbau eingetretene Verkehrswertsteigerung eines Einfamilienhauses am Sachwert gemessen.

Aus dieser Rechtsprechung wird deutlich, daß es für die Bestimmung des Verkehrswertes eines bebauten Grundstücks auf die Besonderheiten des Einzelfalles ankommt.

Dem Ertragswert ist dann besondere Bedeutung zuzumessen, wenn das zu bewertende Gebäude im engeren Sinne zur Ertragserzielung bestimmt ist, wie das vorwiegend bei seiner Vermietung oder Verpachtung der Fall ist. Auch in Fällen, in denen der Grundstückseigentümer den Wert der auf seinem Grundstück und nicht zur Nutzung durch ihn errichteten Baulichkeiten nach Bereicherungsrecht zu ersetzen hat, wird der Umfang der Bereicherung zweckmäßig zu messen sein an dem Ertrage, den er aus den ihm zugewachsenen Baulichkeiten erzielen kann.

Bei **eigegenutzten Wohnhäusern** steht nicht der Ertrag im Vordergrund, der auch kaum zu messen ist, sondern die Möglichkeit der freien und jederzeitigen Benutzbarkeit für persönliche Zwecke aller Art. Deshalb muß nicht auf ihren Ertragswert, sondern es kann allein oder ganz überwiegend auf ihren Sachwert abgestellt werden [5].

Für den vorliegenden Fall kann offen bleiben, ob ebenso zu verfahren ist bei **eigegenutzten Betriebsgebäuden**, die in die Abläufe des jeweiligen Betriebes eingebunden sind und vielfach außer für Zwecke des Betriebes nicht anderweitig ertragbringend genutzt werden können. Denn die für die Höhe ihres Schadens darlegungspflichtige Klägerin hat nicht substantiiert dargetan, daß hier der Ertragswert des Betriebsgebäudes hinter seinem Sachwert zurückbliebe. Dazu reicht ihr Vortrag nicht aus, daß für sie eine wesentlich billigere „Fertighalle“ genauso nützlich gewesen wäre. Der Ertragswert eines Betriebsgebäudes wird nämlich nicht nur von seiner bei der Errichtung ins Auge gefaßten Nutzungsmöglichkeit bestimmt, sondern entscheidend auch von späteren

gangen ist, den die Klägerin nach der Errichtung der Halle durch den Verkauf des gesamten Betriebsgrundstücks erzielt hat, und ob die Klägerin einen gleich hohen Verkaufserlös erzielt haben würde, wenn sie eine billigere Halle hätte errichten lassen. Abgesehen davon hat die Klägerin nicht einmal vorgetragen, aus welchen Gründen sie ihr Betriebsgrundstück verkauft und inwiefern sie beim Verkauf in bezug auf die Lagerhalle Einbußen erlitten hat.

b) Soweit die Anschlußrevision schließlich einen

weiteren Nutzungsmöglichkeiten sowie von seiner Lebensdauer und den Unterhaltskosten. Ein teureres, aber haltbareres Gebäude kann bei gleichen Nutzungsmöglichkeiten durchaus einen höheren Ertragswert haben als ein in der Herstellung billigeres Gebäude. In dieser Hinsicht fehlt es jedoch an jeglichem Vorbringen der Klägerin, anhand dessen das Berufungsgericht hätte zu dem Schluß kommen können, der Ertragswert der tatsächlich errichteten Halle liege unter ihrem Sachwert.

Es ist danach nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht den Verkehrswert des Betriebsgrundstücks als um den vollen Sachwert der Lagerhalle gesteigert angesehen hat. Mit ihrem den Kostenvoranschlag übersteigenden Mehraufwand kann die Klägerin deshalb einen Schadensersatzanspruch nicht begründen.

2. Aus diesem Grunde bleibt auch der Angriff der Anschlußrevision erfolglos, das Berufungsgericht habe der Frage nachgehen müssen, ob die Klägerin – hätte ihr der Beklagte pflichtgemäß die tatsächliche Höhe der entstehenden Baukosten mitgeteilt – vom Bau dieser Halle abgesehen und eine billigere „Fertig-Halle“ errichtet haben würde. Die in einem solchen Fall aufzuwendenden geringeren Baukosten hätten zu einer entsprechend geringeren Verkehrswertsteigerung des Betriebsgrundstückes und somit nicht zu einer Verbesserung der Vermögenslage der Klägerin geführt. Die Klägerin hat auch nicht behauptet, daß sie etwa wegen der unvorhergesehenen höheren Baukosten in Finanzierungsschwierigkeiten geraten und dadurch Schaden erlitten hätte.

3. Die weiteren von der Anschlußrevision zur Schadensermittlung vorgebrachten Rügen haben ebenfalls keinen Erfolg:

a) Die Klägerin hat nicht vorgetragen, sie habe die Lagerhalle errichten lassen, um sie alsbald nach ihrer Errichtung zusammen mit dem gesamten Betriebsgrundstück zu verkaufen. Das Berufungsgericht durfte die mit der Errichtung der Lagerhalle eingetretene Verkehrswertsteigerung des Betriebsgrundstückes deshalb bewerten unter Zugrundelegung der bei Errichtung der Halle **vorgesehenen** betrieblichen Eigennutzung. Entgegen der Auffassung der Revision kann es deshalb bei der Schadensermittlung nicht darauf ankommen, mit welchem Teilbetrag der Herstellungsaufwand der Lagerhalle in den Verkaufserlös einge-

[2] BGHZ 10, 171, 180; BGHZ 17, 236, 240; BGH NJW 1961, 2205.

[3] BGHZ 13, 45, 47, 48.

[4] BGH Urteil vom 10. März 1956 — IV ZR 99/55.

[5] Vgl. BGH NJW 1970, 2018 = BauR 1970, 246.

Vermögensschaden der Klägerin damit begründen will, ihre Aufwendungen für die Lagerhalle seien zum Teil unnütz gewesen, weil eine billigere „Fertighalle“ ihren Bedürfnissen genügt hätte, verkennt sie, daß, wie die Anschlußrevision zugeht, der objektive Wert der Halle dem tatsächlichen Aufwand entspricht und somit die gesamten Aufwendungen in die Verkehrswertsteigerung des Betriebsgrundstückes eingegangen sind.

S. 76

(Mitgeteilt vom VII. Zivilsenat des BGH)

- Appréciation du caractère inhabituel selon un critère subjectif et objectif (consid. 5b).
- 2. Pour un maître d'ouvrage d'occasion, ne connaissant pas la branche, les art. 154 al. 3 et 155 al. 1 de la norme SIA 118 ont un caractère inhabituel et ne le lient dès lors pas (consid. 5c).

*Validità delle condizioni generali, regola fondata sul carattere inabituale di una clausola; potere di rappresentanza dell'architetto incaricato della direzione dei lavori, secondo la norma SIA 118, edizione 1977.*

1. Condizioni d'applicazione della regola fondata sul carattere inabituale di una clausola:
  - Protezione del contraente debole od inesperto (consid. 5a).
  - Apprezzamento del carattere inabituale secondo un criterio soggettivo e oggettivo (consid. 5b).
2. Per un committente occasionale, inesperto della materia, gli art. 154 cpv. 3 et 155 cpv. 1 della norma SIA 118 hanno un carattere inabituale e non sono quindi vincolanti (consid. 5c).

Die Adolf Forster AG plante 1980 den Bau eines Hühnerstalles in Bürglen für etwa 20 000 Legehennen nach einer in der Schweiz neuartigen Konzeption. Am 14. März 1980 schloss sie mit Hanspeter Krattiger zwei Werkverträge; der eine betraf Zimmerarbeiten für Fr. 116 500.—, der andere den Einbau der Stalleinrichtung für Fr. 64 700.—. Unterzeichnet wurden die Verträge von Helfenstein, dem Geschäftsführer der Adolf Forster AG, sowie von Krattiger und Architekt Engler, den die Bauherrin mit der Bauleitung beauftragte.

Beide Werkverträge enthalten insbesondere folgende Bestimmung:

«4. Bestandteile des Werkvertrages

...

«Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten des SIA, Norm 118, die in allen Teilen als bekannt vorausgesetzt werden und denen sich beide Parteien, Bauherr und Unternehmer, ausdrücklich unterwerfen.»

Nach Ausführung der Arbeiten sandte Krattiger dem Architekten einen Entwurf der Schlussabrechnung, in welchem auch die Ausmasse aufgeführt waren. Engler korrigierte die Rechnung, überprüfte mit Krattiger die Ausmasse und schickte den Entwurf zur Reinschrift an Krattiger zurück. Dieser liess darauf dem Architekten zuhanden der Adolf Forster AG drei detaillierte Rechnungen zukommen, die alle das Datum des 10. Februar 1981 tragen. Sie berücksichtigten sämtliche Korrekturen, die Engler am Entwurf vorgenommen hatte, und lauteten auf insgesamt Fr. 288 420.45. Die Rechnung für Zimmerarbeiten belief sich auf

96. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 6. Dezember 1983 i.S. Adolf Forster AG gegen Hanspeter Krattiger (Berufung)

*Gültigkeit allgemeiner Geschäftsbedingungen, Ungewöhnlichkeitsregel; Vertretungsergebnis des bauleitenden Architekten nach SIA-Norm 118, Ausgabe 1977.*

1. Anwendung der Ungewöhnlichkeitsregel, Voraussetzungen:
  - Schutz der schwachen oder unerfahrenen Vertragspartei (E. 5a).
  - Beurteilung der Ungewöhnlichkeit nach subjektivem und objektivem Massstab (E. 5b).
2. Art. 154 Abs. 3 und Art. 155 Abs. 1 der SIA-Norm 118 sind für einen branchenfremden, «einmaligen» Bauherrn ungewöhnlich und daher unverbindlich (E. 5c).

*Validité de conditions générales, règle tirée du caractère inhabituel d'une clause; pouvoir de représentation de l'architecte chargé de la direction des travaux selon la norme SIA 118, édition 1977.*

1. Conditions d'application de la règle tirée du caractère inhabituel d'une clause:
  - Protection de la partie contractuelle faible ou inexpérimentée (consid. 5a).

Fr. 179 701.70, diejenige für die Stalleinrichtung auf Fr. 43 535.20, und mit der dritten forderte Krattiger Fr. 45 183.55 für die zusätzlichen Arbeiten. Engler visierte die Rechnungen und gab sie am 12. Februar 1981 zur Zahlung an die Adolf Forster AG weiter.

Die Adolf Forster AG, die im Juni und Juli 1980 Akontozahlungen von insgesamt Fr. 150 000.— erbracht hatte, leistete den verbleibenden Betrag von Fr. 138 420.45 nicht und teilte, nachdem sie von Krattiger gemahnt worden war, diesem schriftlich mit, sie werde vorläufig nicht bezahlen, weil der Bau noch kontrolliert werden müsse und die Rechnungen in vielen Punkten nicht mit den Werkverträgen übereinstimmten.

Im Juni 1981 erhob Krattiger beim Bezirksgericht Weinfelden Klage gegen die Adolf Forster AG mit dem Antrag, die Beklagte zur Zahlung von Fr. 138 420.45 nebst Zins zu verpflichten. Da die Beklagte im Laufe des Verfahrens eine Abschlagszahlung von Fr. 94 115.— erbrachte, reduzierte der Kläger seine Forderung entsprechend. Mit Urteil vom 22. Juli 1982 sprach das Bezirksgericht dem Kläger Fr. 44 305.45 nebst Zins zu.

Die Beklagte appellierte an das Obergericht des Kantons Thurgau, das am 16. Dezember 1982 das erstinstanzliche Urteil bestätigte.

Die Beklagte hat gegen das Urteil des Obergerichts Berufung eingelegt mit dem Antrag, es aufzuheben und die Sache zur Neuverteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Der Kläger schliesst auf Abweisung der Berufung.

Das Bundesgericht heisst die Berufung teilweise gut, hebt das Urteil des Obergerichts auf und weist die Sache zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurück.

#### *Aus den Erwägungen:*

3. — Die Parteien haben in den Werkverträgen vom 4. März 1980 auf die SIA-Norm 118 (Ausgabe 1977) über «Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten» verwiesen und festgehalten, diese werde in allen Teilen als bekannt vorausgesetzt. Die Beklagte hat die grundsätzliche Geltung der SIA-Norm schon vor den kantonalen Gerichten nicht bestritten und ihre Haltung im Berufungsverfahren nicht geändert. Sie ist jedoch der Auffassung, unter den gegebenen Umständen verstoße die Anwendung einzelner Vorschriften, nämlich von Art. 154 und 155, gegen Bundesrecht, insbesondere gegen die Bestimmungen des Obligationenrechts über die

Stellvertretung und den einfachen Auftrag sowie gegen Art. 2 ZGB. Zur Begründung führt sie aus, die der Bauleitung in den Art. 154 und 155 verliehene Befugnis zur Vertretung des Bauherrn gegenüber dem Unternehmer laufe auf eine Generalvollmachtigung in finanzieller Hinsicht hinaus, die im Vertragsverhältnis zwischen Bauherr und bauleitendem Architekten offensichtlich nicht Bestand habe, was der Unternehmer regelmässig wisse. Die gegenteilige Meinung des Obergerichts sei um so stossender, als die beiden Bestimmungen über die Vertretungsbefugnis des Architekten im hinteren Drittel der umfangreichen SIA-Norm 118 für Bauarbeiten ständen, ohne dass die SIA-Norm 102 für Arbeiten des Architekten eine analoge Klausel und Generalvollmacht enthalte. Der Bauherr werde auf diese Weise an der Nase herumgeführt.

a) Das Obergericht legt zu dieser Frage dar, Art. 154 Abs. 3 der SIA-Norm 118 gebe der Prüfung der Schlussrechnung durch den Bauleiter eine Tragweite, die sie ausserhalb der Vertragsnormalien nicht habe. Denn ergäben sich bei der Prüfung keine Differenzen, so gelte die Schlussabrechnung mit dem Prüfungsbescheid der Bauleitung als beidseitig anerkannt und werde gemäss Art. 155 Abs. 1 zur Zahlung fällig. SCHWAGER (Der Umfang der Architektentvollmacht, Baurecht 1980/3, S. 42) weise zwar darauf hin, dass wohl die wenigsten Bauherren, die in den Werkverträgen die SIA-Norm 118 als anwendbar erklärten, sich bewusst seien, wieweit sie sich nach deren Wortlaut in finanzieller Hinsicht dem Architekten ausliefern; aufgrund der Ungewöhnlichkeitsregel müsse deshalb häufig gegenüber dem branchenunkundigen, «einmaligen» Bauherrn die Anwendung von Art. 154/155 abgelehnt werden. Nach Ansicht des Obergerichts kann sich die Beklagte jedoch nicht auf die Ungewöhnlichkeitsregel berufen, da sie weder branchenunkundig sei noch als einmalige Bauherrin betrachtet werden könne.

b) Die von der Beklagten beanstandeten Art. 154 und 155 der SIA-Norm 118 bestimmen insbesondere, die vom Unternehmer der Bauleitung eingereichte Schlussabrechnung sei innerhalb Monatsfrist von diesem zu prüfen und das Ergebnis der Prüfung unverzüglich dem Unternehmer mitzuteilen; ergäben sich bei der Prüfung keine Differenzen, so gelte die Schlussabrechnung mit dem Prüfungsbescheid der Bauleitung als beidseitig anerkannt; die durch die Schlussrechnung ermittelte Forderung des Unternehmers werde mit dem Prüfungsbescheid der Bauleitung fällig und sei innert dreissig Tagen zu bezahlen. Von der Beklagten nicht

erwähnt werden Art. 33 Abs. 2 und Art. 34 Abs. 1, welche die Vertretungsbefugnis des Bauleiters allgemein umschreiben und deshalb ebenfalls von Bedeutung sind. Danach vertritt die Bauleitung den Bauherrn gegenüber dem Unternehmer, soweit im Werkvertrag nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt wird; ferner sind alle das Werk betreffenden Willensäusserungen der Bauleitung für den Bauherrn rechtsverbindlich, insbesondere Weisungen, Bestellungen, Bestätigungen und Planlieferungen; zudem nimmt die Bauleitung Mitteilungen und Willensäusserungen für den Bauherrn rechtsverbindlich entgegen (Art. 33 Abs. 2). Endlich obliegt der Bauleitung gemäss Art. 34 Abs. 1 die Prüfung der Rechnungen und des Werkes.

Zweck der SIA-Norm 118 ist die Regelung des Vertragsverhältnisses zwischen Bauherrn und Werkunternehmer. Das vom Schweizerischen Ingenieur- und Architekten-Verein herausgegebene Regelwerk ist ein Schriftstück von 51 Druckseiten. Es umfasst insgesamt 190 Artikel, von denen die meisten in mehrere Absätze unterteilt sind. Die Norm wurde von einer Kommission ausgearbeitet, der vor allem Architekten und Ingenieure angehörten. Gemäss ihrer Präambel soll sie den Abschluss und die Gestaltung von Verträgen erleichtern und zudem bewirken, dass im Bauwesen möglichst einheitliche Vertragsbedingungen verwendet werden.

4. --- Mit der Frage, ob der Richter die schwache oder unerfahrene Partei vor allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie nicht gelesen oder in ihrer Tragweite nicht begriffen hat, schützen soll, hat sich das Bundesgericht in drei neuen, veröffentlichten Urteilen auseinandergesetzt. In BGE 108 II 418 E. 1b hielt es als Grundsatz fest, wer einen Vertragstext unterzeichne, der auf allgemeine Geschäftsbedingungen verweise, sei in gleicher Weise gebunden wie derjenige, der seine Unterschrift unter den Text der allgemeinen Bedingungen selbst setze. Es komme deshalb nicht darauf an, ob die betreffende Partei die allgemeinen Geschäftsbedingungen tatsächlich gelesen habe. Dieser Grundsatz bedürfe indessen der Einschränkung für den Fall, dass die Gegenpartei wisse oder nach der allgemeinen Lebenserfahrung wissen müsse, dass der Erklärungsinhalt nicht gewollt sei. Aus dieser Einschränkung, die sich auf das Vertrauensprinzip stütze, habe ein Teil der Lehre die sogenannte Ungewöhnlichkeitsregel abgeleitet, wonach von der pauschalen Zustimmung zu allgemeinen Geschäftsbedingungen alle ungewöhnlichen Klauseln ausgenommen seien, insbesondere solche, deren Inhalt von dem abweicht, was vernünftigerweise

erwartet werden dürfe. In jenem Fall wurde die Anwendung der Ungewöhnlichkeitsregel indessen abgelehnt, im wesentlichen mit der Begründung, die Partei, welche den Einbezug der allgemeinen Geschäftsbedingungen in den Vertrag veranlasst habe, habe aufgrund der allgemeinen Lebenserfahrung nicht erkennen müssen, dass eine oder mehrere der darin enthaltenen Vorschriften von der Gegenpartei nicht gewollt seien. Zu beachten ist, dass es sich in jenem Fall, auch wenn dies nicht ausdrücklich gesagt wurde, nicht um «Kunden-AGB», sondern um «Unternehmer-AGB» gehandelt hat.

In einem späteren Urteil (BGE 109 II 118 E. 2) hat das Bundesgericht nach einem Hinweis auf die Literatur zur Ungewöhnlichkeitsregel deren Anwendung in Würdigung der konkreten Umstände wiederum abgelehnt. Schliesslich hat es sich in BGE 109 II 216 E. 2 ausführlich mit den zum Teil voneinander abweichenden Lehrmeinungen befasst, ohne dazu Stellung zu nehmen, weil diese Unterschiede keinen Einfluss auf den Verfahrensausgang hatten.

Auch im vorliegenden Fall erübrigt sich eine Stellungnahme zur Frage, ob und inwieweit der Richter neben der Geltungs- und Inhaltskontrolle von allgemeinen Geschäftsbedingungen vornehmen kann, wie dies von der Lehre teilweise gefordert wird (dazu zuletzt CARL BAUDENBACHER, *Wirtschafts-, schuld- und verfahrensrechtliche Grundprobleme der allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Zürich 1983, S. 282 ff.). Vielmehr ist auf Grund der Besonderheit des vorliegenden Falles zu entscheiden, ob sich die Beklagte auf die Ungewöhnlichkeitsregel berufen darf. Inhaltliche Gesichtspunkte können dabei insofern eine Rolle spielen, als eine Anwendung dieser Regel um so eher berechtigt ist, je stärker eine Klausel die Rechtsstellung des Vertragspartners beeinträchtigt.

5. --- a) Wie bereits erwähnt, kann sich in der Regel nur die schwache oder unerfahrene Partei auf die Ungewöhnlichkeitsregel berufen. Dass die Beklagte in wirtschaftlicher oder anderer Hinsicht im Vergleich zum Kläger als schwächere Partei zu betrachten ist, wird von der Vorinstanz nicht festgestellt und ergibt sich nicht aus den Akten. Als schwächere Partei muss allerdings auch diejenige gelten, welche unabhängig von ihrer wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit oder anderen Umständen, die sie als stärkere Partei erscheinen lassen, gezwungen ist, allgemeine Geschäftsbedingungen als Vertragsbestandteil zu akzeptieren, weil sie andernfalls kaum einen Vertragspartner findet. Da es in der Baubranche üblich ist, beim Abschluss von Werkverträgen über umfangreiche

Arbeiten die SIA-Norm 118 als anwendbar zu erklären, wäre das auch im vorliegenden Fall denkbar. Darüber fehlen indessen tatsächliche Feststellungen des Obergerichts; zudem behauptet die Beklagte nicht, sie habe sich in einer solchen Lage befunden. Damit wird entscheidend, ob die Beklagte als unerfahrene Partei gelten kann. Da die gleiche Frage auch bei der Prüfung, ob die angefochtenen Artikel der SIA-Norm 118 als für die Beklagte ungewöhnlich zu betrachten sind, eine Rolle spielt, ist sie im Zusammenhang damit zu beantworten.

h) In der Lehre wird die Meinung vertreten, die Ungewöhnlichkeit sei individuell, das heisst aus der Sicht des Zustimmenden zur Zeit des Vertragsabschlusses zu beurteilen; für einen Branchenfremden könnten deshalb auch branchenübliche Klauseln ungewöhnlich sein (SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N. 499 zu Art. 1 OR; GIGER, Geltungs- und Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen, S. 35; GAUCH, Vorgeformte Baubedingungen, Baurecht 1979/1, S. 5). Dem ist grundsätzlich beizustimmen. Auf die individuellen Vorstellungen des Zustimmenden darf jedoch nur soweit abgestellt werden, als sie der Gegenpartei erkennbar sind, denn wie bereits dargelegt muss bei der Beurteilung der Frage das Vertrauensprinzip wegleitend sein. In der Literatur wird denn auch mit Recht gefordert, die Ungewöhnlichkeitsregel nur dann anzuwenden, wenn neben der subjektiven Voraussetzung des Fehlens von Branchenerfahrung die betreffenden Klauseln objektiv beurteilt einen geschäftsfremden Inhalt aufweisen (SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N. 499 zu Art. 1 OR; GIGER, a.O., S. 34). Dabei sind unter geschäftsfremden Bestimmungen solche zu verstehen, die zu einer wesentlichen Änderung des Vertragscharakters führen oder in erheblichem Masse aus dem gesetzlichen Rahmen des Vertragstypus fallen.

Nach diesem objektiven Massstab beurteilt sind die von der Beklagten beanstandeten Vorschriften ungewöhnlich. Da mit einem Werkvertrag die gegenseitigen Rechte und Pflichten von Bauherrn und Unternehmer geregelt werden sollen, erscheint eine damit der Bauleitung verliehene umfassende Vollmacht in bezug auf finanzielle Verpflichtungen verglichen mit dem gesetzlichen Vertragstypus als geschäftsfremd. Im vorliegenden Fall drängt sich jedoch in Anbetracht des Umstandes, dass in den Werkverträgen auf die Vertretung der Beklagten durch den bauleitenden Architekten hingewiesen wird, eine differenzierte Betrachtungsweise auf. Damit erweiterte die Beklagte den Vertragsinhalt und gab

dem Kläger zu erkennen, dass der Bauleiter zur Vornahme von Handlungen in ihrem Namen berechtigt sei. Daraus dürfte der Kläger indessen nicht auf eine Generalvollmacht des Architekten für jede beliebige Rechtshandlung im Zusammenhang mit dem Bauvorhaben schliessen, denn der Umfang der Vertretungsbefugnis wurde damit nicht festgelegt (vgl. SCHWAGER, Der Architekt als Vertreter des Bauherrn, Baurecht 1980/2, S. 23/24). Soweit mit der SIA-Norm 118 die Vollmacht des bauleitenden Architekten zur Vornahme von Handlungen, welche die eigentliche Bauleitung betreffen, näher geregelt wird, können deren Bestimmungen nicht als geschäftsfremd beurteilt werden. Dagegen sind die Art. 154 Abs. 3 und Art. 155 Abs. 1, in welchen der Bauleitung umfassende Vertretungsbefugnis in finanziellen Belangen verliehen wird, mit der in den Werkverträgen vom 14. März 1980 festgehaltenen Vertragserweiterung nicht mehr vereinbar und daher geschäftsfremd.

c) Zu entscheiden bleibt somit, ob auch die subjektiven Voraussetzungen für die Anwendung der Ungewöhnlichkeitsregel gegeben sind. Von Bedeutung ist dabei vor allem die Frage, ob die Beklagte vor dem Abschluss der Werkverträge mit dem Kläger über Erfahrungen in Bausachen verfügte. Denn wie SCHWAGER zutreffend festhält, muss ein branchenfremder, «einmaliger» Bauherr nicht damit rechnen, dass der bauleitende Architekt aufgrund der SIA-Norm 118 befugt ist, ihn durch die Anerkennung der Schlussabrechnung zur Zahlung des vom Unternehmer damit geforderten Betrages zu verpflichten (Baurecht 1980/2 S. 24 und 1980/3 S. 42). Das muss jedenfalls dann gelten, wenn die Baurechnung den im Werkvertrag festgelegten Preis um nahezu zwei Drittel bzw. um mehr als Fr. 100 000.— übersteigt, wie das im vorliegenden Fall geschehen ist. Bei dieser Sachlage kann auch der Unternehmer nicht in guten Treuen annehmen, der Bauherr sei damit einverstanden, dass der bauleitende Architekt die Abrechnung genehmigt, ohne ihn über die Kostenüberschreitung und deren Ursachen auch nur zu orientieren. Das Obergericht führt dazu mit Recht aus, der Bauherr ziehe den Architekten zu als Fachmann für die Planung und Projektierung sowie für die Leitung und Überwachung der Bauausführung durch die Unternehmer, den Entscheid über finanzielle Verpflichtungen behalte er sich aber im Normalfall selbst vor, da es dazu nicht das besondere Fachwissen des Architekten brauche; als Grundsatz gelte deshalb, dass der Architekt für rechtsgeschäftliche Erklärungen im Namen des Bauherrn, die diesem erhebliche finanzielle Verpflichtungen



aufzulegen, einer ausdrücklichen Ermächtigung bedürfe (vgl. dazu neben SCHWAGER, Baurecht 1980/3 S. 36/37, auch REBER, Rechts- handbuch, 4. Aufl., S. 259/60 und 261). Ein Bauherr ohne Bau- erfahrung, der nicht auf die besondere Regelung der Art. 154 und 155 der SIA-Norm 118 aufmerksam gemacht worden ist, wird deshalb davon ausgehen, die Vertretungsbefugnis des Bauleiters sei in diesem Sinne beschränkt.

d) Das Obergericht stellt zur Frage der Bauerfahrung der Be- klagten vor Abschluss der Werkverträge fest, sie sei nicht bran- chenunkundig und könne auch nicht als «einmalige» Bauherrin betrachtet werden, wie bereits in anderem Zusammenhang er- wähnt worden sei. An der betreffenden Stelle führt es aus, der Geschäftsführer der Beklagten sei in Bausachen nicht unerfahren; wollte man nicht auf ihn abstellen, so wäre der Beklagten entge- genzuhalten, dass sie als versierte Handelsfirma die Usanzen des Baugewerbes kenne. Mit der Berufung wird gerügt, diese Annah- men fänden in den Akten nicht die geringste Stütze. Die Stallbaute Bürglen sei der erste Neubau gewesen, den die Beklagte an die Hand genommen habe; sie sei eine reine Produktionsgesellschaft, der nicht weitergehende Baufachkenntnisse als einer Normalbau- herrschaft entgegeng gehalten werden könnten; gegenteilige Be- hauptungen seien im Prozess nicht vorgebracht worden. Nach Auffassung der Beklagten sind die Feststellungen des Obergerichts unter Verletzung bundesrechtlicher Beweisvorschriften zustande gekommen und verstossen zudem gegen die Dispositionsmaxime.

Auf die Rüge der Verletzung der Dispositionsmaxime kann nicht eingetreten werden. Deren Geltung wird ausschliesslich vom kantonalen Prozessrecht geregelt, dessen Anwendung im Beru- fungsverfahren nicht überprüfbar ist (Art. 55 Abs. 1 lit. c OG; BGE 89 II 62 mit Hinweisen, 81 II 147). An die tatsächliche Feststellung der Vorinstanz, der Geschäftsführer der Beklagten sei in Bausachen nicht unerfahren, ist das Bundesgericht grundsätz- lich gebunden (Art. 55 Abs. 1 lit. c und Art. 63 Abs. 2 OG). Diese Feststellung trifft das Obergericht indessen im Zusammenhang mit der Erörterung der Frage, ob es Sache der Beklagten gewesen sei, für die Einholung von Nachtragsofferten zu sorgen. Sie bezieht sich auf die Behauptung des Geschäftsführers der Beklagten, er habe wohl das Werk sowie die Zusatzarbeiten gekannt und sie auch gewünscht, sich über die Kosten aber keine Gedanken ge- macht und diese auch nicht einschätzen können. Deshalb darf daraus nicht gefolgert werden, dass Helfenstein über Branchen-

kenntnisse verfügte und ihm die Art. 154 und 155 der SIA- Norm 118 bekannt sein mussten.

Ebenfalls tatsächliche Verhältnisse betrifft die Feststellung des Obergerichts, die Beklagte sei eine versierte Handelsfirma. Der daraus gezogene Schluss, sie kenne die Usanzen des Baugewerbes, beruht dagegen auf allgemeiner Lebenserfahrung und kann des- halb überprüft werden (BGE 107 II 274/5 mit Hinweisen). Er lässt sich in dieser absoluten Form offensichtlich nicht halten. Nicht jede «versierte» Handelsfirma verfügt zwangsläufig über Bau- erfahrung und kennt darum die Usanzen des Baugewerbes. Aus dem Gesellschaftszweck der Beklagten, der gemäss Handels- registereintrag in der Produktion von und dem Handel mit land- wirtschaftlichen Gütern, insbesondere im Betrieb von Geflügfär- men besteht, ist nichts Gegenteiliges abzuleiten. Im übrigen wird auch nicht ersichtlich, warum das Obergericht annimmt, die Be- klagte könne nicht als «einmalige» Bauherrin betrachtet werden. Auf die allgemeine Lebenserfahrung lässt sich diese Feststellung jedenfalls nicht stützen.

e) Demnach steht weder fest, dass Helfenstein, dessen Wissen und Erfahrung der Beklagten anzurechnen sind, in Bausachen erfahren war, noch ist bekannt, ob die Beklagte als «einmalige» Bauherrin betrachtet werden muss und deshalb die Usanzen des Baugewerbes nicht kennt. Unter diesen Umständen kann nicht abschliessend beurteilt werden, ob die Beklagte sich darum nicht auf die Ungewöhnlichkeitsregel berufen darf, weil in den Werkver- trägen ausdrücklich festgehalten ist, die Bestimmungen der SIA- Norm 118 seien den Parteien bekannt. Das müsste sich die Beklag- te, sollte sie schon vor Abschluss der Verträge über Erfahrung in Bausachen verfügt haben, entgegenhalten lassen. Andernfalls wäre wegen dem Umfang und der Gestaltung der SIA-Norm 118 eine differenzierte Betrachtungsweise angebracht. Obschon die Norm vorwiegend Vorschriften über das Verhältnis zwischen Bauherrn und Unternehmer enthält, muss auch einer damit nicht vertrauten Vertragspartei allein schon bei der Durchsicht des Inhaltsverzeich- nisses in die Augen springen, dass sie daneben auch Bestimmungen über die Vertretung des Bauherrn durch die Bauleitung umfasst. Aus den Art. 33 bis 36, die im Inhaltsverzeichnis unter dem Titel «Vertretung der Vertragsparteien» aufgeführt werden, geht aller- dings nur hervor, dass die Bauleitung den Bauherrn bezüglich Handlungen, welche die Leitung und Überwachung der Bauaus- führung betreffen, mit unbeschränkter Vollmacht vertritt (Art. 33

und 34). Dagegen lassen diese Vorschriften nicht erkennen, dass die Bauleitung auch die Befugnis haben soll, den Bauherrn in finanzieller Hinsicht zu verpflichten. Denn in Art. 34 Abs. 1 wird lediglich bestimmt, der Bauleitung obliege die Prüfung der Rechnungen. Die wesentlich weiter gehenden Bestimmungen von Art. 154 Abs. 2 und Art. 155 Abs. 1, deren genauer Inhalt aufgrund des Inhaltsverzeichnisses nicht erkennbar ist, müssten für eine Partei ohne Bauverfänger als ungewöhnlich beurteilt werden.

Für die Rechtsauffassung der Beklagten sprechen schliesslich die konkreten Umstände des Falles. Es ist kein sachlicher Grund ersichtlich, welcher den Bauleiter daran hinderte, die Schlussabrechnung von der Beklagten genehmigen zu lassen. Wegen der massiven Kostenüberschreitung hätten im Gegenteil sowohl Architekt Engler wie auch der Kläger selbst erkennen müssen, dass sich die Einholung der Genehmigung aufdränge. Zu beachten ist schliesslich, dass das SIA-Regelwerk in sich widersprüchlich ist, weil in der SIA-Norm 102 betreffend die Beziehungen zwischen Bauherrn und Architekt keine den Art. 154 und 155 der SIA-Norm 118 entsprechende Ermächtigung des Architekten vorgesehen ist. Auch wenn im vorliegenden Fall offen ist, ob zwischen Architekt Engler und der Beklagten die Anwendung der SIA-Norm 102 vereinbart und ob die Beklagte durch die mangelnde Kongruenz der beiden SIA-Ordnungen irreführt worden ist, ist das Fehlen einer entsprechenden Klausel in der SIA-Norm 102 doch ein Indiz dafür, dass sie für den Bauherrn ungewöhnlich sein kann.