

# Die Hauptverträge des Immobilienrechts unter Berücksichtigung ihrer römischrechtlichen Wurzeln

**PD Dr. iur. Peter Reetz**

*Rechtsanwalt bei Wenger Plattner Rechtsanwälte, Küsnacht/Zürich*

**lic. iur. Michael Simon Graber**

## INHALTSÜBERSICHT

### EINLEITUNG

#### I. ALLGEMEINES

#### II. DER AUFTRAG (*MANDATUM*)

1. Allgemeines
2. Pflichten des Beauftragten
  - a) Die *actio mandati directa* bei den Römern
  - b) Persönliche Leistungspflicht
  - c) Sorgfaltspflicht und Schadenersatzpflicht
  - d) Treuepflicht
3. Pflichten des Auftraggebers
  - a) Bezahlung eines Honorars
  - b) Auslagen- und Verwendungersatz
  - c) Schadenersatzpflicht
  - d) Die römischrechtliche *actio mandati contraria*
4. Beendigung des Auftrags

#### III. Der Werkvertrag (*locatio conductio operis*)

1. Allgemeines
2. Nach Römischem Recht
  - a) Im Allgemeinen
  - b) Die *actio conducti* und die Lohngefahr
  - c) Die *actio locati*
3. Nach geltendem Recht
  - a) Sorgfaltspflicht des Unternehmers
  - b) Verzug des Unternehmers
    - aa) Verzug mit der Ablieferung des Werks
    - bb) Verzug vor Eintritt des Ablieferungstermins

- c) Gewährleistungspflicht
  - aa) Mangel des Werks
  - bb) Prüfung und Rüge
  - cc) Kein Ausschlussgrund (Negative Voraussetzungen)
  - dd) Verjährung
- d) Mängelrechte bei Sachgewährleistung
  - aa) Recht auf Wandelung
  - bb) Recht auf Minderung
  - cc) Nachbesserung
  - dd) Schadenersatz
- e) Mängelrechte gemäss SIA-Norm 118
- f) Pflichten, Obliegenheiten und Rechte des Bestellers

#### IV. *Tertium datur* - der Architektenvertrag

1. Allgemeines
2. SIA-Normen
3. Pflichten und Rechte des Architekten
  - a) Leistungspflichten, insbesondere Sorgfalts- und Treuepflicht
    - aa) Informations-, Aufklärungs- und Beratungspflichten
    - bb) Weisungsgebundenheit
  - b) Vertretungsbefugnis
4. Störung des Vertrags seitens des Architekten
5. Pflichten des Bauherrn
6. Störung des Vertrags seitens des Bauherrn
7. Rücktritt vom Vertrag
8. Verjährung

FINIS

## **EINLEITUNG**

*Cui honorem, honorem*<sup>1</sup>. Dem geradezu sprichwörtlich bescheidenen Jubilaren gebührt diese in höchstem Masse; und zwar selbstverständlich nicht aufgrund des von ihm erreichten Alters – bei den Römern hätte er schon in wesentlich jüngerem Alter als *senex* gegolten<sup>2</sup> –, sondern vielmehr deshalb, da seine Person und sein Denken schlichtweg eine grosse Bereicherung für die helvetische und die umliegende ausländische Jurisprudenz sind. Wer sich mit dem Wirken des Geehrten auseinandergesetzt und dieses verfolgt hat, weiss um die nachhaltigen und regelmässig grosse Begeisterung zeitigenden Spuren, welche dieser in erster Linie bei seiner treuen und höchst zahlreich erschienenen (und auch heute noch erscheinenden) Studentenschaft, nicht weniger jedoch auch mit seinem von einer schier unglaublichen Belesenheit zeugenden wissenschaftlichen Oeuvre hinterlassen hat.

Die grosse Verbundenheit mit dem Jubilaren hat die Autoren dieses Beitrages in den Versuch getrieben, mit den nachfolgenden Zeilen, welche sich den Hauptverträgen des Immobilienrechts und deren römischrechtlicher Genese widmen, dem wohl eindrücklichsten schweizerischen Rechtslehrer der vergangenen drei Dekaden eine kleine Freude zu bereiten. Im antiken Rom haben sich diesbezügliche Rechtsfragen wohl nicht seltener oder andersartig gestellt als *hic et nunc*, hat man doch über die Römer gesagt, sie bauen, als würden sie ewig leben und sie leben, als würden sie heute sterben. Eingedenk, dass Zukunft Herkunft zwingend braucht und voraussetzt (worauf der Jubilar Tausende von Studenten immer wieder – mit grossem Recht – aufmerksam gemacht hat), werden dabei die römischrechtlichen Wurzeln ebenso wenig ausser Acht gelassen wie das geltende Recht.

### **I. ALLGEMEINES**

Das private Bauvertragsrecht ist insbesondere vom Auftrag (*mandatum*) nach Art. 394 ff. OR und vom Werkvertrag (*locatio conductio operis*) nach Art. 363 ff. OR beherrscht – beides sind Konsenskontrakte römischrechtlichen Ursprungs. Währenddem jedoch die römischrechtlichen Regelungen für die damalige Zeit durchaus ausreichend waren, fallen diese vom Obligationenrecht in grossen Teilen übernommenen Normierungen angesichts der technischen Neuerungen einerseits und der Überregulierung von wirtschaftlich weitaus weniger bedeutsamen Rechtsbeziehungen andererseits zu knapp aus. Die Vertragspraxis greift daher entsprechend ihrem Bedürfnis nach vermehrter Rechtssicherheit auf Allgemeine Vertragsbedingungen zurück. Diese ergänzen oder modifizieren das dispositive Gesetzesrecht in zum Teil erheblichem Umfang. Im Bereich der Verträge der Bauwirtschaft hat vor allem die SIA-Norm 118 des Schweizerischen Ingenieur- und Architektenvereins grossen Einfluss erlangt und wird von verschiedenen Baupraktikern faktisch wie ein Gesetz angewandt – vielfach sogar in Unkenntnis des

<sup>1</sup> PAULUS, Röm. 13, 7.

<sup>2</sup> Nämlich ab Beginn des 46. Lebensjahres; cf. GELLIUS, Noctes Atticae, 10, 28, 1 f.

Umstandes, dass es sich bei jenem privaten Regelwerk mit der irreführenden Bezeichnung "Norm" gerade nicht um eine staatlich erlassene, autoritative Normierung privatrechtlicher Sachverhalte handelt. In der Praxis wird die SIA-Norm 118 in der Mehrzahl der Fälle als Standardklausel in die Bauverträge aufgenommen und wird so – einzig kraft privatrechtlicher bzw. konsensualer "Übernahme" – zum Bestandteil des Bauvertrages (gleiches gilt auch für die SIA-Normen 102 und 103).

## **II. DER AUFTRAG (MANDATUM<sup>3</sup>)**

### **1. Allgemeines**

Der Auftrag knüpft stärker als jedes andere Rechtsinstitut an die römischrechtlichen Regelungen an<sup>4</sup>. Als *bonae fidei iudicium* kam der Auftrag im Römischen Recht formfrei durch Konsens zustande<sup>5</sup>. Der Beauftragte verpflichtet sich dabei, die ihm übertragenen Geschäfte oder Dienste im Interesse des Auftraggebers zu besorgen. Analog zu Art. 20 OR war auch in Rom ein Mandat sittenwidrigen Inhalts nichtig: "*Rei turpis mandatum nullum est*"<sup>6</sup>.

Nach dem Gesagten ist der Beauftragte verpflichtet, den Auftrag im Interesse des Auftraggebers auszuführen. Der Beauftragte schuldet diesem zwar keinen bestimmten Erfolg, er muss jedoch den Erfolg mit allen (ihm aufgrund des konkreten Vertrages noch zumutbaren) Mitteln und Anstrengungen *lege artis* anstreben und in diesem Sinne tätig werden. Konkret muss er alles tun, was zur Bewirkung der geschuldeten Leistung erforderlich ist und hat alles zu vermeiden, was diese Leistung beeinträchtigen könnte<sup>7</sup>.

### **2. Pflichten des Beauftragten**

#### **a) Die *actio mandati directa* bei den Römern**

Im alten Rom konnte der Auftraggeber mit der *actio mandati directa* seine Ansprüche gegenüber dem Beauftragten geltend machen. So konnte der Mandant etwa eine vertragskonforme Ausführung des Auftrags und die Herausgabe all dessen fordern, was der Beauftragte zur Erfüllung oder bei der Ausführung des Mandats vom Auftraggeber selbst oder von Dritten erhalten hatte. Für das geltende Recht sieht Art. 400 OR eine entsprechende Rechenschafts- und Berichterstattungspflicht des Mandatars vor; daneben statuiert die Bestimmung eine allgemeine Informations- und Ablieferungspflicht. Der Beauftragte muss insbesondere alles herausgeben, was er zur Durchführung oder in

<sup>3</sup> Das lateinische Verbum *mandare* (übergeben, übertragen) ist ethymologisch vermutlich aus *in manum dare* abzuleiten.

<sup>4</sup> MAX KASER/ROLF KNÜTEL, Römisches Privatrecht, 18. Aufl., München 2005, Rz 44.11.

<sup>5</sup> HEINRICH HONSELL, Römisches Recht, 6. Aufl., Zürich 2006, S. 156.

<sup>6</sup> ULPIAN, D. 17, 1, 6, 3.

<sup>7</sup> CLAIRE HUGUENIN, Obligationenrecht, Besonderer Teil, 2. Aufl, Zürich 2004, Rz 767.

Ausführung des Auftrags erlangt hat (Abrechnungs-, allgemeine Informations- und Auskunftspflicht, Pflicht zur Ablieferung von Vermögenswerten und Dokumenten etc.)<sup>8</sup>.

### **b) Persönliche Leistungspflicht**

Grundsätzlich hat der Mandatar die ihm übertragenen Geschäfte persönlich auszuführen. Der Beauftragte hat jedoch regelmässig das Recht, einen Substituten (Unterbeauftragten, cf. Art. 398 Abs. 3 OR und Art. 399 OR) beizuziehen. Dieser hat das Geschäft im Interesse des Auftraggebers selbständig auszuführen. Der Grund für die mögliche Beiziehung eines Unterbeauftragten liegt darin, dass der Mandant in jeder Hinsicht fachmännisch bedient werden soll, wofür ein Spezialist nötig sein kann, welcher über fundiertere Kenntnisse und Fähigkeiten als der (direkt) Beauftragte verfügt. War der Beauftragte zur Übertragung der Geschäfte befugt, so haftet er gegenüber dem Auftraggeber gemäss Art. 399 Abs. 2 OR nur für die gehörige Sorgfalt bei der Auswahl und Instruktion des Substituten (*cura in eligendo et instruendo*), nicht jedoch für dessen Überwachung (*cura in custodiendo*). Bei einem unbefugten Beizug eines Substituten haftet der Beauftragte indes für dessen Handlungen wie für seine eigenen (Art. 399 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 101 OR; es handelt sich diesfalls um eine Vertragsverletzung i.S.v. Art. 97 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 398 Abs. 2 OR). Der Beizug eines Substituten war auch dem römischen Auftragsrecht bekannt<sup>9</sup>.

### **c) Sorgfaltspflicht und Schadenersatzpflicht**

Gemäss Art. 398 Abs. 2 OR haftet der Beauftragte für getreue und sorgfältige Ausführung der Geschäfte. Wird der Beauftragte unsorgfältig bzw. unsachgerecht tätig, so stellt dies eine Verletzung des Auftrags dar. Der Beauftragte hat für jede Leistungsstörung einzustehen, die er zu vertreten hat<sup>10</sup>.

Gemäss Art. 398 OR richtet sich der Sorgfaltsmassstab beim Auftrag nach den Regeln des Arbeitsrechts (Art. 321a OR und 321e OR). Beim Mass der Sorgfalt wird dabei nicht zwischen entgeltlichem und unentgeltlichem Auftrag unterschieden. Allgemein gilt auch hier, dass der Beauftragte dasjenige Mass an Sorgfalt aufwenden muss, welches er bei seinen eigenen Angelegenheiten an den Tag legen würde (*diligentia quam in suis*)<sup>11</sup>.

Bei berufsmässig Beauftragten, welche gegen Entgelt tätig werden, dürfen allgemein jedoch erhöhte Erwartungen an die aufzuwendende Sorgfalt gestellt werden<sup>12</sup>. Besonders hohe Anforderungen gelten für Spezialisten, wozu Baufachleute regelmässig zu zählen sind. Der Sorgfaltsmassstab wird dann unter Berücksichtigung des in der Branche üblichen Durchschnitts, des Berufsrisikos, des Bildungsgrades und der Fachkenntnisse

<sup>8</sup> ROLF H. WEBER, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 3. Aufl., Art. 400 OR, Rz 1; WALTER FELMANN, in: Berner Kommentar, Obligationenrecht, Bern 1992, Art. 400 OR, Rz 171 ff.

<sup>9</sup> ULPIAN, D. 17, 1, 8, 3.

<sup>10</sup> FELMANN (Fn 8), Art. 398 OR, Rz 181 ff.

<sup>11</sup> FRÉDÉRIC KRAUSKOPF, in: Peter Gauch/Viktor Aepli/Hubert Stöckli (Hrsg.), Präjudizienbuch zum OR, 6. Aufl., Zürich 2006, Art. 398 OR, Rz 2.

<sup>12</sup> BGE 115 II 64.

festgesetzt. Entspricht die Arbeit nicht der fachlichen Qualität, die der Auftraggeber objektiv erwarten durfte, so liegt stets eine Vertragsverletzung vor<sup>13</sup>.

Bei der Schadenersatzbemessung ist bei Unentgeltlichkeit des Auftrags allenfalls eine Haftungsmilderung zu berücksichtigen (Art. 99 Abs. 2 OR). Nach Römischem Recht haftete der Mandatar sowohl für *dolus* (worunter jedoch auch schwere Nachlässigkeiten, welche sich als Treueverstoß charakterisierten, zu verstehen waren) wie auch für *culpa*<sup>14</sup>.

#### **d) Treuepflicht**

Der Beauftragte muss im Rahmen der Treuepflicht die Interessen des Auftraggebers wahren. Die Treue- bzw. Interessenwahrungspflicht beinhaltet auch die Beratung und Information des Auftraggebers. Bei unzumutbaren und unzulässigen Weisungen des Auftraggebers trifft dabei den Beauftragten eine Abmahnungspflicht. Nimmt sich der Beauftragte eines Mandats an, ohne über die erforderlichen Fähigkeiten zu verfügen, liegt bereits in der Übernahme des Auftrags (nicht erst in dessen Ausführung) ein Verschulden (sogenanntes Übernahmeverschulden, welches ebenfalls eine Vertragsverletzung darstellt)<sup>15</sup>.

### **3. Pflichten des Auftraggebers**

#### **a) Bezahlung eines Honorars**

Nach Römischem Recht war das Mandat stets unentgeltlich und beinhaltete damit kein vollkommenes Synallagma: "*Mandatum nisi gratuitum nullum est*"<sup>16</sup>. Wurde ein Entgelt vereinbart, sahen die Juristen in Rom darin eher einen Dienst- oder Werkvertrag (*locatio conductio operarum* bzw. *operis*) als einen Auftrag.

Historisch geht der unentgeltliche Auftrag auf die mannigfaltigen sittlichen Pflichten zum Tätigwerden im Interesse des Nächsten zurück; anders als im Individualismus und Egozentrismus der Gegenwart waren *officium* und *amicitia* in der römischen Gesellschaft mehr als nur leere Worte und Treulosigkeit war nicht etwa eine Gepflogenheit der Zeit, sondern galt als grösste Schande<sup>17</sup>.

Heutzutage sind typische Aufträge wie die Tätigkeit des Arztes, Anwaltes und Steuerberaters oder Dienstleistungen von Banken und Treuhandgesellschaften regelmässig entgeltlich. Dennoch statuiert das Obligationenrecht in Art. 394 Abs. 3, dass ein Entgelt nur geleistet werden muss, soweit es verabredet wurde oder üblich ist

<sup>13</sup> BGE 117 II 566 f., WEBER (Fn 8), Art. 398 OR, Rz 23.

<sup>14</sup> JUSTINIAN, D. 17, 1, 8, 10.

<sup>15</sup> KRAUSKOPF (Fn 11), Art. 398 OR, Rz 2 ff.

<sup>16</sup> PAULUS, D. 17, 1, 1, 4.

<sup>17</sup> CICERO pro Roscio Amerino 111.

(Unentgeltlichkeitsvermutung). Die allgemein geläufige Bezeichnung "Honorar" erinnert denn auch an die ursprüngliche Bedeutung des *Ehrenlohns* für eine Gefälligkeit.

Nach geltendem Recht ist der Auftraggeber somit in aller Regel zur Bezahlung eines Honorars verpflichtet. Wird der Auftrag nur teilweise oder schlecht erfüllt, hat der Auftraggeber indes die Möglichkeit, das Honorar zu reduzieren und allenfalls auch (kumulativ) Schadenersatz geltend zu machen (Art. 97 OR i.V.m. Art 398 Abs. 2 OR).

### **b) Auslagen- und Verwendungsersatz**

Der Auftraggeber ist verpflichtet, dem Beauftragten alle Auslagen (Geldaufwand) und Verwendungen (Verbrauch von Sachen) zu ersetzen (Art. 402 Abs. 1 OR). Auslagen- und Verwendungsersatz bilden nicht Teil der Vergütung und sind somit auch beim unentgeltlichen Auftrag geschuldet. Vorausgesetzt ist, dass ein Auftragsverhältnis vorliegt und die Aufwendungen zur Ausführung des Mandats nach den Umständen als geboten erachtet werden dürfen<sup>18</sup>.

### **c) Schadenersatzpflicht**

Beim entgeltlichen Auftrag haftet der Auftraggeber dem Beauftragten für den diesem aus dem Auftrag erwachsenen Schaden, sofern sich der Auftraggeber nicht exkulpieren kann (Art. 402 Abs. 2 OR)<sup>19</sup>. Voraussetzung für eine Schadenersatzpflicht des Auftraggebers ist, dass (i) der Beauftragte einen Schaden erlitten hat, (ii) eine Vertragsverletzung des Auftraggebers vorliegt (insbesondere die Verletzung der Nebenpflicht, den Beauftragten vor Schaden zu bewahren), (iii) die vertragswidrige Handlung den Schaden des Beauftragten verursacht hat und (iv) den Auftraggeber ein Verschulden trifft, wobei dieses nach Art. 97 Abs. 1 OR vermutet wird. Bei einem unentgeltlichen Auftrag hat indes der Auftraggeber auch ohne Verschulden dem Beauftragten den diesem entstandenen Schaden zu ersetzen, sofern dieser in einem funktionellen Zusammenhang mit der Erfüllung des Auftrags steht (analoge Anwendung der Regel von Art. 422 Abs. 1 OR aus der Geschäftsführung ohne Auftrag)<sup>20</sup>.

### **d) Die römischrechtliche *actio mandati contraria***

Nach Römischem Recht konnte der Mandatar Aufwendungs- und Schadenersatz mit der Konträrklage (*actio mandati contraria*) geltend machen<sup>21</sup>. Obschon sich in der Kaiserzeit angesichts der zunehmenden Besoldung ritterlicher und senatorischer Staatsbeamter die Auffassung durchsetzte, dass auch der Beauftragte ein Recht auf ein Honorar habe, fand dieses vor dem Prätor keinen Rechtsschutz, womit an der Unentgeltlichkeit des Auftrags festgehalten wurde<sup>22</sup>.

<sup>18</sup> FELMANN (Fn 8), Art. 402 OR, Rz 37, 57; HUGUENIN (Fn 7), Rz 811.

<sup>19</sup> FELMANN (Fn 8), Art. 402 OR, Rz 135; WEBER (Fn 8), Art. 402 OR, Rz 11.

<sup>20</sup> FELMANN (Fn 8), Art. 402 OR, Rz 179 ff.

<sup>21</sup> ULPIAN, D. 17, 1, 12, 7 et 9.

<sup>22</sup> HONSELL (Fn 5), S. 157.

#### **4. Beendigung des Auftrags**

Der Auftrag kann nach geltendem Recht (cf. Art. 404 OR) jederzeit widerrufen oder gekündigt werden. Die Parteien können das Auftragsverhältnis sodann (selbstverständlich) auch durch einen Aufhebungsvertrag auflösen. Der Vertrag erlischt ferner (grundsätzlich) auch durch Tod, Handlungsunfähigkeit oder Konkurs einer Partei (Art. 405 Abs. 1 OR).

Wird jedoch der Vertrag zur Unzeit gekündigt, so wird die kündigende Partei schadenersatzpflichtig (Art. 404 Abs. 2 OR). Gemäss Bundesgericht trifft dies zu, wenn der Zeitpunkt der Kündigung besonders ungünstig ist und für den Vertragspartner besondere Nachteile mit sich bringt<sup>23</sup>. Die Kündigung ist diesfalls jedoch trotzdem wirksam und stellt keine Vertragsverletzung dar, sondern verpflichtet den Kündigenden bloss zum Ersatz des der anderen Partei entstandenen Vertrauensschadens. Davon betroffen sind Ausgaben, welche die Gegenpartei im Vertrauen auf den Fortbestand des Vertrags getätigt hat (e.g. unnütz gewordene Dispositionen; Generalunkosten bei technischen Vorbereitungen; entgangener Gewinn, wenn andere, entgeltliche Aufträge abgelehnt worden sind etc.).

Auch das jederzeitige Kündigungsrecht im Auftragsverhältnis, über dessen Sinn schon viel Tinte geflossen ist, hat seine Wurzeln in der Rechtslehre der Römer. Als persönliches Vertrauensverhältnis erlosch das *mandatum*, wenn Mandant oder Mandatar zurücktraten<sup>24</sup>. Nicht anders als heute griffen indes die Römischen Juristen für den Fall eines Rücktritts zur Unzeit durch Gewährung einer Haftung korrigierend ein<sup>25</sup>.

### **III. DER WERKVERTRAG (LOCATIO CONDUCTIO OPERIS)**

#### **1. Allgemeines**

Der andere bei der Bebauung einer Liegenschaft vorherrschende Nominatkontrakt ist – damals wie heute – der Werkvertrag. Bei diesem schuldet der Unternehmer einen Erfolg (das Werk), wobei der Besteller sich zur Leistung einer Vergütung verpflichtet (Art. 363 OR). Gegenstand des Werkvertrages ist ein Werk, also die Herstellung einer beweglichen oder unbeweglichen Sache. Auch geistige, unkörperliche Dinge können Gegenstand eines Werkvertrages sein (e.g. technisches Gutachten).

Die Hauptpflicht des Unternehmers besteht in der Herstellung und Ablieferung eines Werks. Der Unternehmer ist in Abweichung von Art. 68 OR grundsätzlich zur persönlichen Herstellung des Werks verpflichtet. Eine Ausnahme gilt jedoch dann, wenn es nach der Natur des Geschäfts auf die persönlichen Eigenschaften des Unternehmers nicht ankommt (Art. 364 Abs. 2 OR).

<sup>23</sup> BGE 110 II 385.

<sup>24</sup> KASER/KNÜTEL (Fn 4), Rz 44.5.

<sup>25</sup> PAULUS, D. 17, 1, 22, 11.

## 2. Nach Römischem Recht

### a) Im Allgemeinen

Die *locatio conductio operis* hatte in Rom den gleichen Inhalt wie noch heute. So waren die Errichtung von Bauwerken oder die Herstellung oder Reparatur von Sachen auch damals die häufigsten Inhalte von Werkverträgen. Im Wesentlichen schuldete der Unternehmer (*conductor*) dem Besteller (*locator*) einen durch Tätigkeit herbeizuführenden Erfolg. Anders als beim Mandat war also nicht einzig ein blosses Tätigwerden geschuldet. Hatte jedoch der Unternehmer das Werk für den Besteller aus eigenem Stoff herzustellen (in der heutigen Terminologie würde man von einem Werklieferungsvertrag sprechen), so handelte es sich nach damals herrschender Meinung um eine *emptio venditio* (Kaufvertrag).

Im Gegensatz zum geltenden Recht konnte der *locator* eine persönliche Ausführung des Werks nur dann verlangen, wenn dies explizit vereinbart wurde oder wenn wegen der spezifischen Eigenschaften des geschuldeten Werks eine Leistung durch den *conductor* zwingend war (e.g. bei einem Artefakt).

### b) Die *actio conducti* und die Lohngefahr

Anders als das *mandatum* war die *locatio conductio operis* auch in Rom zwingend entgeltlich. Der Besteller war zur Bezahlung des Werklohns (*merces, pretium*) verpflichtet. Vor dem Prätor verhalf diesbezüglich die *actio conducti* dem Unternehmer zu seinem Recht. An der Lohngefahr schieden sich jedoch seinerzeit die Juristengeister. Während die einen für den Fall, da das Werk durch Zufall untergegangen war, die Lohngefahr stets den *conductor* tragen liessen<sup>26</sup>, folgten die Juristen der Klassik mit gewissen modifizierenden Einschränkungen dem Grundsatz *periculum est locatoris*<sup>27</sup>.

### c) Die *actio locati*

Mit der *actio locati* konnte der Besteller die Ablieferung des herzustellenden oder auszubessernden Werks verlangen. Der Unternehmer haftete dem Besteller in für das Römische Recht eher weitreichendem Masse: Nebst der bei synallagmatischen Verträgen üblichen Haftung für *culpa* (also für jedes Verschulden) kannten schon die Römer im Werkvertrag eine Garantiehftung. So haftete der *conductor* auch ohne Verschulden für die ihm übergebenen Gegenstände für *custodia*. Hatte der Unternehmer zudem nicht die Fertigkeit und Erfahrung, derer es zur vertragsgemässen Herstellung des Werks bedurfte, so haftete er (unabhängig von einem Verschulden im Rahmen der Ausführung) für seine eigene *imperitia*. Letzeres erinnert stark an die auftragsrechtliche Haftung des Mandatars für ein Übernahmeverschulden.

<sup>26</sup> LABEO, D. 19, 2, 62.

<sup>27</sup> Gelegentlich wird auch – wie beim Dienstvertrag (*locatio conductio operarum*) – von einer Art "Sphärentheorie" ausgegangen: Je nachdem, in wessen Einflussbereich sich das Werk zum Zeitpunkt des unverschuldeten Untergangs befunden hat, wird die Lohngefahr dem *conductor* bzw. *locator* auferlegt; cf. KASER/KNÜTEL (Fn 4), Rz 42.28; HONSELL (Fn 5), S. 152.

Auch wenn diese Garantiehafung im ausgeklügelten System des heutigen Gewährleistungsrechts nur in den Grundzügen wiederzuerkennen ist, so war sie dennoch unabdingbarer Vorläufer desselben.

### **3. Nach geltendem Recht**

#### **a) Sorgfaltspflicht des Unternehmers**

Nach Obligationenrecht richtet sich der anzuwendende Sorgfaltsmassstab nach Art. 364 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 321a OR. Der Unternehmer haftet dabei auch für leichte Fahrlässigkeit. An die Sorgfaltspflichten des Unternehmers sind aber höhere Anforderungen zu stellen als an den Arbeitnehmer, weil er regelmässig eine besonders sachkundige Person ist, die selbständig und nicht nach Anweisungen zu arbeiten pflegt (cf. auch Art. 165 SIA-Norm 118)<sup>28</sup>.

#### **b) Verzug des Unternehmers**

Der Unternehmer gerät in Schuldnerverzug, wenn er sich mit der geschuldeten Leistung verspätet. Dabei ist zwischen dem Verzug mit der Ablieferung des Werks (Art. 102 ff. OR) einerseits und dem Verzug vor Eintritt des Ablieferungstermins (Art. 366 Abs. 1 OR) andererseits zu unterscheiden:

##### *aa) Verzug mit der Ablieferung des Werks*

Grundsätzlich sind Art. 102 ff. OR anwendbar, wenn der Unternehmer mit der Ablieferung des Werks in Verzug gerät. Voraussetzung hierfür ist einerseits, dass der Unternehmer entweder trotz Eintretens des Ablieferungstermins das Werk objektiv pflichtwidrig noch nicht vollendet oder das vollendete Werk pflichtwidrig noch nicht abgeliefert hat und andererseits der Besteller den Unternehmer gemahnt hat (Art. 102 Abs. 1 OR; Ausnahmen cf. Art. 102 Abs. 2 OR). Den Unternehmer treffen diesfalls die Verzugsfolgen der Art. 103–109 OR. Der Besteller hat dabei insbesondere das Recht, nach Ablauf einer angesetzten (angemessenen) Nachfrist durch unverzügliche Erklärung auf die ausstehende Leistung zu verzichten und entweder Ersatz des aus der Nichterfüllung entstandenen Schadens zu verlangen oder vom Werkvertrag zurückzutreten und bei Verschulden des Unternehmers Ersatz des aus dem Dahinfallen des Vertrages erwachsenen Schadens zu fordern (Art. 107–109 OR)<sup>29</sup>.

##### *bb) Verzug vor Eintritt des Ablieferungstermins*

Art. 366 Abs. 1 OR findet Anwendung, wenn sich der Unternehmer vor Eintritt des Ablieferungstermins in Verzug befindet<sup>30</sup>. Diese Sonderregelung erlaubt es dem Besteller,

<sup>28</sup> GAUDENZ G. ZINDEL/URS PULVER, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 3. Aufl., Art. 364 OR, Rz 4.

<sup>29</sup> Cf. dazu eingehend: PETER GAUCH, Der Werkvertrag, 4. Aufl., Zürich 1996, Rz 659 ff.

<sup>30</sup> BGE 116 II 452.

bereits vor Eintritt des Ablieferungstermins gegen den Unternehmer vorzugehen. Ist der Unternehmer mit der Ausführung des Werks in objektiv pflichtwidriger Weise im Rückstand, so dass eine verspätete Ablieferung unvermeidlich wird oder verbindliche Zwischentermine nicht eingehalten werden können, so darf der Besteller vom Vertrag zurücktreten (Art. 366 Abs. 1 OR). Die Regelung des Art. 366 Abs. 1 OR ist jedoch lückenhaft und muss durch das allgemeine Verzugsrecht ergänzt werden: Der Verzug und somit das Rücktrittsrecht des Bestellers setzt kein Verschulden des Unternehmers voraus (Art. 366 Abs. 1 OR). Der Besteller muss den Unternehmer jedoch mahnen (Art. 102 Abs. 1 OR; Ausnahmen cf. Art. 102 Abs. 2 OR). Das Rücktrittsrecht kann unter Vorbehalt von Art. 108 OR sodann nur nach erfolglosem Ablauf einer angemessenen Nachfrist ausgeübt werden (Art. 107 Abs. 2 OR). Der Unternehmer, der sich schuldhaft in Verzug befindet, wird ferner durch den Rücktritt des Bestellers nach Massgabe von Art. 109 Abs. 2 OR schadenersatzpflichtig. Anstatt vom Vertrag zurückzutreten, kann der Besteller, der auf die weitere Leistung verzichtet, auch Ersatz des aus der Nichterfüllung entstandenen Schadens verlangen (Art. 107 Abs. 2 OR), falls den Unternehmer ein Verschulden trifft<sup>31</sup>.

### **c) Gewährleistungspflicht**

#### *aa) Mangel des Werks*

Die Gewährleistungspflicht nach Art. 368 OR setzt einen Mangel des Werks voraus. Ein Mangel wird definiert als Abweichung des abgelieferten Werks vom Vertrag. Es werden folgende Mängel unterschieden:

- Objektiver Mangel: Das Werk ist nach der Verkehrsanschauung fehlerhaft (e.g. undichtes Dach, zu poröser Beton, schiefe Wände);
- Subjektiver Mangel: Das Werk weist nicht diejenige Beschaffenheit auf, die nach dem Vertrag geschuldet ist (e.g. Sportschwimmbecken mit Längenabweichungen, Maschine, welche die geforderte Funktion oder Kapazität nicht erreicht).

#### *bb) Prüfung und Rüge*

Der Besteller hat das Werk nach der Ablieferung zu überprüfen. Eine unverzügliche Rügepflicht des Bestellers besteht bei allfälligen offenen sowie erkennbaren Mängeln und bei versteckten Mängeln mit Entdeckung (nicht erkennbar bei ordnungsgemässer Prüfung). Andernfalls gilt das Werk als genehmigt (Art. 370 Abs. 2 und 3 OR). Mängel, die nach und nach zu Tage treten, gelten erst dann als entdeckt, wenn der Besteller ihre Bedeutung und Tragweite erfassen kann<sup>32</sup>. Bei arglistigem Verschweigen von Mängeln durch den Unternehmer besteht die Genehmigungsfiktion nicht (Art. 370 Abs. 1 OR).

Anders verhält es sich im Rahmen der SIA-Norm 118: Der Hauptfall der Abnahme des Werks nach der SIA-Norm 118 stellt die gemeinsame Prüfung des Werks durch die

<sup>31</sup> Cf. dazu eingehend: GAUCH (Fn 29), Rz 675.

<sup>32</sup> BGE 118 II 149.

Bauleitung (Bauherrn) einerseits und den Unternehmer andererseits dar<sup>33</sup>. Erforderlich ist die Vollendung des Werks oder Werkteils (Art. 157), die Vollendungsanzeige (Art. 158 Abs. 1) und die (ordentliche) Abnahme mit (gemeinsamer) Abnahmeprüfung innert Monatsfrist ohne Feststellung wesentlicher Mängel (Art. 158 Abs. 2; für die Ausnahme der Abnahme des Werks ohne gemeinsame Prüfung cf. Art. 164). Zeigen sich wesentliche Mängel, wird die Abnahme zurückgestellt (Art. 161 Abs. 1). Die Zurückstellung geschieht von selbst; sie muss nicht vom Bauherrn verlangt werden und sie geschieht auch gegen den Willen des Unternehmers. Der Bauherr hat dem Unternehmer dann ohne Versäumnis eine angemessene Frist zur Behebung dieser wesentlichen Mängel zu setzen (Art. 161 Abs. 2). Der Besteller muss bei der gemeinsamen Prüfung des Werks die erkannten und offensichtlichen Mängel rügen. Unterlässt er dies, gilt das Werk bezüglich dieser Mängel als genehmigt und es tritt für diese Mängel Haftungsbeziehung des Unternehmers ein. "Der Besteller muss vom Mangel solche Kenntnis erlangt haben, dass er eine genügend substantiierte Rüge erheben kann" (BGE 118 II 148). Der Besteller kann sodann während der zweijährigen Garantiefrist – in Abweichung vom Gesetz – Mängel aller Art jederzeit rügen (Art. 173 Abs. 1). Dieses Recht besteht unabhängig davon, ob das Werk erst nach gemeinsamer Prüfung (Art. 159 ff.) oder ohne gemeinsame Prüfung (Art. 164) abgenommen wurde. Das Recht besteht ebenfalls bei der Abnahme mit gemeinsamer Prüfung für solche Mängel, die der Bauherr bei der gemeinsamen Prüfung nicht erkannt hat, obwohl er sie hätte erkennen können und bei der Abnahme ohne gemeinsame Prüfung (Ausnahme) für Mängel, die der Bauherr vor der Abnahme erkannt hat oder hätte erkennen können, wenn das Werk gemeinsam geprüft worden wäre. Von der Haftung ausgenommen bleiben jedoch Mängel, für die das Werk (oder der Werkteil) bei der gemeinsamen Prüfung nach Art. 163 genehmigt wurde. Dies gilt insbesondere für Mängel, welche der Bauherr bei der gemeinsamen Abnahmeprüfung nicht gerügt hat, obwohl sie ihm bekannt oder offensichtlich waren. Handelt es sich um einen für den Bauherrn erkennbaren, jedoch nicht offensichtlichen Mangel, bleibt die Haftpflicht des Unternehmers dagegen – wie erwähnt – einstweilen bestehen. Nach Ablauf der zweijährigen Garantiefrist kann der Besteller noch sogenannte verdeckte Mängel rügen (cf. Art. 179 Abs. 2 und 3, mit weiteren Verweisen). Diese Mängel müssen sofort nach Entdeckung gerügt werden, ansonsten der Unternehmer von der Haftung befreit wird (es sei denn, der Mangel wurde absichtlich verschwiegen; Art. 179 Abs. 3)<sup>34</sup>.

cc) *Kein Ausschlussgrund (Negative Voraussetzungen)*

Die Gewährleistungspflicht des Unternehmers kann vertraglich oder gesetzlich beschränkt oder ausgeschlossen werden. Von Gesetzes wegen ist die Gewährleistung in folgenden Fällen ausgeschlossen:

- Der Besteller hat das Werk ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt (Art. 370 Abs. 1 OR);
- Der Besteller (oder eine seiner Hilfspersonen) hat den Mangel selbst verschuldet (e.g. durch Weisungen, die er entgegen den ausdrücklichen Abmahnungen des Unternehmers erteilte, cf. Art. 369 OR);

<sup>33</sup> ALFRED KOLLER, SIA-Norm 118, St. Gallen 2000, S. 54.

<sup>34</sup> Cf. dazu eingehend: KOLLER (Fn 33), S. 54 ff.

- Der Mangel wurde durch den vom Besteller gelieferten Stoff oder durch dessen Baugrund verursacht und der Unternehmer ist rechtzeitig seiner Anzeigepflicht (Art. 365 Abs. 3 OR) nachgekommen.

#### *dd) Verjährung*

Gemäss Art. 371 OR beginnt die Verjährung mit der Ablieferung bzw. der Abnahme des Werkes und tritt ein nach Ablauf von:

- 1 Jahr bei beweglichen Sachen (Art. 371 Abs. 1 i.V.m. Art. 210 OR);
- 5 Jahren bei unbeweglichen Bauwerken (Art. 371 Abs. 2 OR);
- 10 Jahre bei arglistigem Verschweigen des Mangels durch den Unternehmer (die durch Art. 371 OR abgekürzte Verjährungsfrist wird auf die ordentliche Frist des Art. 127 OR ausgedehnt; sinngemässe Anwendung von Art. 210 Abs. 3 OR).

Die SIA-Norm 118 unterscheidet nicht zwischen unbeweglichen Bauwerken und übrigen Werken. Die Verjährung tritt einheitlich fünf Jahre nach Abnahme des Werks (Art. 180 Abs. 1) und bei absichtlichem Verschweigen von Mängeln durch den Unternehmer nach 10 Jahren ein (Art. 180 Abs. 2).

#### **d) Mängelrechte bei Sachgewährleistung**

Die Haftung des Unternehmers lässt (Mängel-)Rechte des Bestellers entstehen (Art. 368 OR, Art. 169 SIA-Norm 118). Die Mängelhaftung des Werkunternehmers hängt bezüglich Wandelung, Minderung und Nachbesserung nicht von einem Verschulden ab; hingegen ist der Schadenersatzanspruch des Bestellers von einem Verschulden des Unternehmers abhängig (Art. 368 OR).

#### *aa) Recht auf Wandelung*

Bei der Wandelung wird der Werkvertrag gewandelt, i.e. aufgehoben. Dabei wird das Schuldverhältnis in ein Abwicklungsverhältnis überführt und es entstehen Rückerstattungspflichten, welche Zug um Zug zu vollziehen sind. Die Annahme des Werks kann vom Besteller dann verweigert werden, wenn ihm dies wegen eines gravierenden Mangels nicht zuzumuten ist (Art. 368 Abs. 1 OR). Falls das Werk auf Grund und Boden des Bestellers errichtet worden ist, darf dieser jedoch nicht wandeln, sofern das Entfernen des Werks mit unverhältnismässigen Nachteilen für den Unternehmer verbunden ist (Art. 368 Abs. 3 OR). Das Werk ist jedoch zu entfernen, wenn es für den beabsichtigten Gebrauch völlig untauglich ist<sup>35</sup>.

<sup>35</sup> Cf. BGE 98 II 123.

*bb) Recht auf Minderung*

Sind die Werkmängel weniger erheblich und ist eine Wandelung nicht gerechtfertigt, so kann der Besteller mindern (Art. 368 Abs. 2 OR). Die Berechnung des Minderwerts erfolgt dabei – wie beim Kauf – nach der relativen Methode. Dabei ist die volle Vergütung im Verhältnis des Wertes des mängelfrei gedachten Werks zum Wert des mangelhaften Werks zu kürzen. Falls die Nachbesserungskosten höher sind als die (relativ berechnete) Herabsetzungssumme, kann der übersteigende Teil nicht (mit der Minderung) geltend gemacht werden, denn mit der Wahl der Minderung entfällt der Nachbesserungsanspruch. Diesfalls sind die den Herabsetzungsbetrag übersteigenden Nachbesserungskosten überhaupt nicht mehr ersatzfähig, auch nicht unter dem Titel von Schadenersatzansprüchen<sup>36</sup>.

*cc) Nachbesserung*

Nachbesserung ist die unentgeltliche Verbesserung des Werks, welche vom Besteller verlangt werden kann, wenn deren Kosten nicht übermässig sind. Der Besteller soll durch die Nachbesserung weder schlechter noch besser gestellt werden, als wenn der Unternehmer zum vornherein korrekt erfüllt hätte<sup>37</sup>. Ist der Unternehmer mit der Nachbesserung in Verzug, kommen die allgemeinen Bestimmungen über den Schuldnerverzug zur Anwendung (Art. 102 ff. OR; insbesondere das Wahlrecht gemäss Art. 107 Abs. 2 OR). Der Besteller hat dem Unternehmer eine Nachfrist zu setzen und kann sodann Schadenersatz aus der Nichterfüllung der Nachbesserungsschuld verlangen<sup>38</sup>. Dies bedeutet insbesondere, dass der Besteller die Nachbesserung auf Kosten des Unternehmers durch einen Dritten vornehmen lassen kann (Ersatzvornahme).

*dd) Schadenersatz*

Einen Mangel**fol**geschaden kann der Besteller zusätzlich zu Wandelung, Minderung oder Nachbesserung geltend machen. Dieser Schadenersatzanspruch zielt darauf ab, dem Besteller denjenigen Schaden zu ersetzen, welcher ihm aus dem Werkmangel zusätzlich resultiert (cf. Art. 368 Abs. 1 OR). Somit sind nur die Mangel**fol**geschäden und nicht die Mängelschäden erfasst<sup>39</sup>. Voraussetzung ist das rechtzeitige Erheben einer Mängelrüge und ein Verschulden des Unternehmers<sup>40</sup>.

**e) Mängelrechte gemäss SIA-Norm 118**

Eine besondere Ordnung der genannten Sachgewährleistungsansprüche gilt, falls die SIA-Norm 118 von den Parteien in den Vertrag übernommen wurde. Gemäss Art. 169 Ziff. 1 SIA-Norm 118 hat der Bauherr zunächst einzig das Recht, vom Unternehmer die Beseitigung des Mangels innerhalb angemessener Frist zu verlangen (Nachbesserung).

<sup>36</sup> BGE 116 II 314 f.; ZINDEL/PULVER (Fn 28), Art. 386 OR, Rz 41 ff.; HUGUENIN (Fn 7), Rz 347, 648 f.

<sup>37</sup> ZINDEL/PULVER (Fn 28), Art. 386 OR, Rz 54.

<sup>38</sup> GAUCH (Fn 29), Rz 1831; ZINDEL/PULVER (Fn 28), Art. 386 OR, Rz 62 ff.

<sup>39</sup> ZINDEL/PULVER (Fn 28), Art. 386 OR, Rz 68.

<sup>40</sup> HUGUENIN (Fn 7), Rz 659; ZINDEL/PULVER (Fn 28), Art. 386 OR, Rz 94.

Wird der Mangel nicht behoben, kann der Besteller auf der Nachbesserung beharren oder ein Minderungsrecht geltend machen (Art. 169 Abs. 1 Ziff. 1 und 2). Gemäss Art. 169 Abs. 1 Ziff. 3 SIA-Norm 118 ist eine Wandlung nur dann möglich, wenn die Entfernung des Werks nicht mit unverhältnismässigen Nachteilen für den Unternehmer verbunden ist und die Annahme des Werks dem Bauherrn nicht zugemutet werden kann (cf. auch Art. 368 Abs. 1 und 3 OR)<sup>41</sup>. Unzumutbar ist die Annahme, wenn es dem Bauherrn unter Berücksichtigung der gegenseitigen Interessen der Parteien nach Recht und Billigkeit nicht zuzumuten ist, das mangelhafte Werk zu behalten (cf. BGE 98 II 122).

Ferner ist es dem Besteller nach Art. 171 Abs. 1 SIA-Norm 118 auch nicht verwehrt, neben und ausser den Rechten nach Art. 169 SIA-Norm 118 Schadenersatz nach Massgabe der Art. 368 und 97 OR geltend zu machen<sup>42</sup>. Darunter fällt etwa der Ersatz des Mangelfolgeschadens, der dem Bauherrn trotz tadelloser Nachbesserung, trotz Minderung oder Wandlung verbleibt (cf. BGE 117 II 550).

#### **f) Pflichten, Obliegenheiten und Rechte des Bestellers**

Die Bezahlung einer Vergütung stellt die Hauptpflicht des Bestellers dar (Werklohn, Art. 372–374 OR). Dieser Anspruch des Unternehmers entsteht mit Abschluss des Vertrages und wird bei Ablieferung des Werks fällig (Art. 372 Abs. 1 OR). Die Fälligkeit der Vergütung tritt auch bei allfälliger Mangelhaftigkeit des Werks ein<sup>43</sup>.

## **IV. TERTIUM DATUR - DER ARCHITEKTENVERTRAG**

### **1. Allgemeines**

Die starre Typengebundenheit im römischen Vertragsrecht liess keinen Platz für Innominatkontrakte. Gerade im modernen Baurecht ist jedoch ein solcher an der Tagesordnung: der Architektenvertrag.

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung werden das Erstellen von Plänen und Protokollen, die Ausarbeitung von Kostenvoranschlägen und Gutachten (e.g. technische Gutachten, nicht jedoch Verkehrswertschätzungen, cf. dazu BGE 127 III 328) und das Erstellen der Schlussabrechnung durch den Architekten als Werkvertrag qualifiziert.

Als auftragsrechtlichen Bestandteil des Architektenvertrages qualifiziert das Bundesgericht die Vergabe von Arbeiten, die Bauaufsicht und Bauleitung, die Prüfung des Bauwerks und die Leitung von Nachbesserungsarbeiten. Werden mehrere zu erbringende Leistungen in ein und demselben Vertrag zusammengefasst, so handelt es sich beim entsprechenden Vertrag um ein gemischtes Vertragsverhältnis, das werkvertragliche und auftragsrechtliche Elemente umfasst.

<sup>41</sup> Cf. dazu eingehend: GAUCH (Fn 29), Rz 2657 ff.; KOLLER (Fn 33), S. 11.

<sup>42</sup> GAUCH (Fn 29), Rz 2670.

<sup>43</sup> ZINDEL/PULVER (Fn 28), Art. 372 OR, Rz 5.

## **2. SIA-Normen**

Die SIA-Normen sind ein privates Regelwerk, das vom Schweizerischen Ingenieur- und Architektenverein herausgegeben wird. Die SIA-Normen werden in der Praxis regelmässig von der Architektenseite vorgeschlagen; sie haben den Charakter von Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Demnach müssen sie von den Parteien in den Vertrag einbezogen werden, damit sie im Einzelfall massgeblich sind<sup>44</sup>.

## **3. Pflichten und Rechte des Architekten**

### **a) Leistungspflichten, insbesondere Sorgfalts- und Treuepflicht**

Die Leistungspflicht des Architekten ergibt sich aus den vertraglichen Vereinbarungen mit seinem Vertragspartner (normalerweise dem Bauherrn). Der Architekt schuldet dem Vertragspartner dabei eine getreue und sorgfältige Ausführung des Vertrages. Sowohl nach Werkvertragsrecht als auch nach Auftragsrecht ist der Architekt zu derselben Sorgfalt verpflichtet wie der Arbeitnehmer im Arbeitsverhältnis (Art. 364 Abs. 1 und Art. 398 Abs. 1 OR). An einen freiberuflichen Architekten als besonders fachkundigen Baufachmann sind jedoch höhere Anforderungen zu stellen als an einen Arbeitnehmer (cf. SIA-Norm 102, Art. 1.3)<sup>45</sup>.

Mit den allgemein anerkannten Regeln des Fachgebiets wird der allgemein anerkannte Wissensstand des Architektenstandes angesprochen, dessen Beachtung zur objektivierten Sorgfaltspflicht des Architekten gehört. Die anerkannten Regeln der Baukunde werden weitgehend durch die Normen des SIA, des VSS (Verein Schweizerischer Strassenfachleute) und weiterer Fachverbände repräsentiert. Es sind jedoch auch Fälle denkbar, bei denen der aktuelle Stand der Technik und die Normen der Fachverbände nicht übereinstimmen. Diesfalls ist dennoch der aktuelle Stand der Technik massgebend.

### **aa) Informations-, Aufklärungs- und Beratungspflichten**

Der Architekt hat den Bauherrn zu informieren und ihm von sich aus oder auf dessen Anfrage hin jegliche Auskünfte zu erteilen. Art. 400 Abs. 1 OR statuiert eine umfassende Rechenschaftsablegungspflicht des Beauftragten, denn die laufenden Informationen sollen es dem Bauherrn ermöglichen, alle Entscheide in voller Kenntnis der Sachlage zu treffen. Der Architekt muss den Bauherrn fortlaufend beraten und ihm Empfehlungen und Vorschläge unterbreiten, um die Vorstellungen und Ideen des Bauherrn zu analysieren und zu optimieren. Der Architekt hat ferner sicherzustellen, dass die Weisungen des Bauherrn aufgrund realistischer Kenntnisse und Vorstellungen umgesetzt werden und er

<sup>44</sup> Cf. dazu eingehend: GAUCH (Fn 29), Rz 262 ff.

<sup>45</sup> Cf. dazu eingehend: RAINER SCHUMACHER, in: Das Architektenrecht, 3. Aufl., Fribourg 1995, Rz 435 f.

hat den Bauherrn auf die Vor- und Nachteile seiner Entscheidungen aufmerksam zu machen<sup>46</sup>.

*bb) Weisungsgebundenheit*

Der Bauherr hat gegenüber dem Architekten ein Weisungsrecht. Gleichwohl darf der Architekt die Weisungen des Bauherrn nicht nur passiv abwarten, sondern muss aufgrund seiner Informations- und Beratungspflicht die Anweisungen des Bauherrn aktiv einholen. Der Architekt hat sodann die erforderlichen Abklärungen zu treffen, falls der Bauherr Weisungen erteilt, deren Zweckmässigkeit oder Erfüllbarkeit bei objektiver Betrachtungsweise zweifelhaft ist. Den Architekten trifft schliesslich auch eine Abmahnungspflicht für Weisungen, die sich nachteilig auf das Bauwerk auswirken würden oder die den Regeln der Baukunst widersprechen. Der Bauherr muss dabei aus der Abmahnung schliessen können, dass der Architekt die Verantwortung ablehnt<sup>47</sup>.

**b) Vertretungsbefugnis**

Der bauleitende Architekt tritt gegenüber den übrigen Baubeteiligten als Vertreter des Bauherrn auf. Durch das eigene rechtsgeschäftliche Handeln verpflichtet der Architekt den Bauherrn. Nach Art. 396 Abs. 2 OR ist zu vermuten, dass im Auftrag auch die Ermächtigung zum Vollzug jener Rechtshandlungen enthalten ist, die zu dessen Ausführungen gehören. Der Umfang der Vertretungsmacht hängt somit direkt mit den übertragenen Aufgaben zusammen (Leistungsbeschreibung im Architekturvertrag)<sup>48</sup>. Gemäss Art. 1.3 der SIA-Norm 102 hat der Architekt im Zweifelsfall die Weisungen des Bauherrn für alle rechtsgeschäftlichen Vorkehrungen sowie für Anordnungen, die terminlich, qualitativ oder finanziell wesentlich sind, einzuholen.

**4. Störung des Vertrags seitens des Architekten**

In Bezug auf die nachträgliche Leistungsunmöglichkeit kommen die allgemeinen Regeln nach Art. 97 OR und Art. 119 OR zur Anwendung. Die Folgen des Leistungsverzugs des Architekten werden durch die gesetzliche Regelung von Art. 82 OR (Rückbehalt der eigenen Leistung) und Art. 102 ff. OR (Schuldnerverzug) geregelt.

Die Rechtsfolgen fehlerhafter Leistungen richten sich bei der Erstellung von Projekten, Plänen und Kostenvoranschlägen nach Werkvertragsrecht (der Sonderfall der Überschreitung eines Kostenvoranschlages richtet sich indes nach Auftragsrecht). Der Architekt hat demnach für einen Mangel in einem Plan oder Kostenvoranschlag auch ohne Verschulden einzustehen. Für alle weiteren Mangelfolgeschäden haftet der Architekt jedoch nur bei Vorliegen eines Verschuldens (Art. 368 Abs. 1 OR). Für fehlerhafte

<sup>46</sup> Cf. dazu eingehend: SCHUMACHER (Fn 45), Rz 441 ff.

<sup>47</sup> Gemäss Art. 25 Abs. 2 SIA-Norm 118 soll der Unternehmer schriftlich abmahnen. In Art. 1.3.5 SIA-Norm 102 wird hingegen die Schriftform bloss empfohlen;

Cf. dazu eingehend: SCHUMACHER (Fn 45), Rz 470 ff.

<sup>48</sup> Cf. dazu eingehend: WERNER SCHWAGER, in: Das Architektenrecht, 3. Aufl., Fribourg 1995, Rz 803 ff.

Leistungen seiner Angestellten haftet der Architekt nach den allgemeinen Regeln auch ohne Verschulden (Art. 101 OR).

Für Fehler, die nicht auf einer Leistung beruhen, welche als werkvertraglich qualifiziert wird, haftet der Architekt dagegen nach Auftragsrecht gemäss Art. 398 Abs. 2 OR (auftragsrechtliche Sorgfaltspflicht), welcher auch die Sorgfalt bei der Übertragung von Leistungen an Dritte (Art. 399 OR) und die Regelung der Haftung von Hilfspersonen (Art. 101 OR) umfasst<sup>49</sup>.

## **5. Pflichten des Bauherrn**

Auf die Erstellung von Projekten, Plänen und Kostenvoranschlägen durch den Architekten kommt nach dem Werkbegriff Werkvertragsrecht zur Anwendung. Den Bauherrn trifft durch die Anwendung des Werkvertragsrechts die werkvertragliche Prüfungs- und Rügeobliegenheit nach Art. 367 und 370 OR. Der Bauherr hat dabei (an sich) die Wahl, inwieweit er dieser Prüfungs- und Rügeobliegenheit nachkommt. Geht er dieser Obliegenheit jedoch nicht nach, so verliert bzw. verwirkt er seine Mängelrechte. Zum Verlust der Mängelrechte ist auch der Anspruch auf Ersatz von Plan- bzw. Mangelfolgeschäden zu zählen<sup>50</sup>.

## **6. Störung des Vertrags seitens des Bauherrn**

Der Bauherr hat gegenüber dem Architekten eine Mitwirkungspflicht. Er muss insbesondere Entscheidungen über die Bauqualität und die Kostenvoranschläge treffen und zu Fragen des Architekten Stellung nehmen. Kommt der Bauherr diesen Verpflichtungen nicht nach, so hat der Architekt grundsätzlich einen Anspruch auf Vergütung der konnexen Mehraufwendungen, jedoch nicht auf Schadenersatz, da es sich bei der Mitwirkungspflicht des Bauherrn um eine blosser Obliegenheit und nicht um eine durchsetzbare Rechtspflicht handelt (vorbehalten bleibt eine abweichende Vereinbarung). Falls der Architekt jedoch durch fehlerhafte Mitwirkungshandlungen einen Schaden erleidet, der keinen blossen Verzögerungsschaden darstellt, kann durchaus ein vertraglicher Schadenersatzanspruch des Architekten entstehen. Ebenfalls hat der Architekt im Falle einer unterlassenen oder verzögerten Mitwirkung seitens des Bauherrn die Möglichkeit einer Vertragsauflösung gemäss Art. 95 OR, da diesem mit einer Mehrvergütung oft nicht gedient ist<sup>51</sup>. Bei Zahlungsverzug des Bauherrn kann der Architekt nach den Regeln des Schuldnerverzugs vorgehen (Art. 102 ff. OR).

## **7. Rücktritt vom Vertrag**

Der Architekturvertrag (auch derjenige, der sich aus werkvertraglichen und auftragsrechtlichen Elementen zusammensetzt) kann von beiden Parteien jederzeit durch

<sup>49</sup> Cf. dazu eingehend: SCHUMACHER (Fn 45), Rz 376 ff.

<sup>50</sup> SCHUMACHER (Fn 45), Rz 626 ff.

<sup>51</sup> Vgl. hinsichtlich des Unternehmers: GAUCH (Fn 29), Rz 1340 ff.

einseitige Erklärung mit sofortiger Wirkung aufgelöst werden (Art. 404 Abs. 1 OR). Wird das Auflösungsrecht von einer der Parteien geltend gemacht, so erlöschen die gegenseitigen (künftigen) Leistungspflichten; demgemäss wird der Honoraranspruch des Architekten für die erbrachten Leistungen fällig und der Honoraranspruch für die noch zu leistende Arbeit fällt dahin. Gemäss Art. 404 Abs. 2 OR hat die kündigende Partei der anderen den Schaden zu ersetzen, der ihr infolge des Rücktritts "zur Unzeit" entsteht.

Ist der Architektenvertrag dagegen ein reiner Werkvertrag, kann der Bauherr gegen Vergütung der bereits geleisteten Arbeit und gegen volle Schadloshaltung des Architekten jederzeit vom Vertrag zurücktreten (Rücktrittsrecht gemäss Art. 377 OR). Der Besteller hat dabei das Recht, auch vor dem Beginn der Arbeiten durch den Architekten vom Vertrag zurückzutreten (cf. BGE 117 II 276)<sup>52</sup>.

Der vorzeitige Rücktritt vom Vertrag wird von der SIA-Norm 102 in Art. 1.12 geregelt (cf. auch BGE 109 II 462).

## **8. Verjährung**

Schadenersatzansprüche verjähren mit Ablauf der zehnjährigen Verjährungsfrist des Art. 127 OR, sofern im Einzelfall nicht eine der ausserordentlichen Verjährungsfristen des Art. 371 Abs. 1 und 2 OR anwendbar ist. Die Frist beginnt gemäss Art. 130 Abs. 1 OR mit der Fälligkeit der Forderung zu laufen.

Art. 371 OR enthält eine besondere Verjährungsordnung für Werkmängel. Sie sieht kürzere Verjährungsfristen und einen besonderen Zeitpunkt für den Beginn des Fristenlaufs vor. Die Verjährungsfrist beginnt erst mit der Ablieferung bzw. Abnahme des Werks zu laufen. Wird ein Gesamtwerk von mehreren Unternehmern erstellt, kann es zu verschiedenen Zeitpunkten abgenommen werden.

Die Verjährungsvorschrift befindet sich zwar in den Bestimmungen zum Werkvertragsrecht, gilt jedoch unabhängig davon, ob der betreffende Architekturvertrag als Auftrag, als Werkvertrag oder als gemischter Vertrag qualifiziert wird (cf. BGE 102 II 418).

Die Verjährungsfrist für Gewährleistungsansprüche beträgt:

- 1 Jahr bei beweglichen Werken (Art. 371 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 210 OR; e.g.: Baumaterialien, Türen, Erstellung eines Plans durch den Architekten);
- 5 Jahre bei unbeweglichen Bauwerken (Art. 371 Abs. 2 OR; Planmangel: Führt ein fehlerhafter Plan zu einem Mangel im unbeweglichen Bauwerk und wird ein Mangelfolgeschaden verursacht, wird die fünfjährige Verjährungsfrist angewandt);

<sup>52</sup> SCHUMACHER (Fn 45), Rz 614 ff.

- 10 Jahre bei arglistigem Verschweigen des Mangels durch den Unternehmer (Art. 371 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 210 Abs. 3 OR; cf. I.2.2.3d)<sup>53</sup>.

Die SIA-Norm 102 und SIA-Norm 118 unterscheiden nicht zwischen beweglichen und unbeweglichen Werken. Die Frist für Ansprüche aus Mängeln des Bauwerks beträgt fünf Jahre (alle anderen Ansprüche aus Vertrag verjähren nach zehn Jahren; bei Gutachten ist jedoch das Obligationenrecht massgebend).

## **FINIS**

Lieber Bruno. Mit diesem Beitrag möchten wir Dir herzlich für die unzähligen, uns von Dir vermittelten Einsichten in juristische Zusammenhänge danken. Du warst es, der bei uns beiden die Freude am vernetzten juristischen Denken und am Privatrecht überhaupt geweckt und gefördert hat. Deine fordernden Vorlesungen in der Aula magna der Universität Fribourg und die dort vorgetragenen Gedankengänge werden dabei unvergessen bleiben – ebenso wie Deine angekommene Botschaft, dass sich ergiebige Jurisprudenz nur auf dem Boden gewachsener historischer Analyse betreiben lässt.

<sup>53</sup> Cf. dazu eingehend: SCHUMACHER (Fn 45), Rz 638 ff.