Urteilskopf

98 II 184

28. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 3. Oktober 1972 i.S. Zollikofer gegen Bötschi.
Regeste (de):
Verjährung.

Art. 127 und 128 Abs. 3 OR (Fassung bis Ende 1971).

Die Honorarforderung des Architekten verjährt mit Ablauf von 10 Jahren seit Eintritt der Fälligkeit (Erw. 2 und 3).

Regeste (fr):
Prescription.

Art.127 et 128 al. 3 CO (teneur antérieure au 1.1.1972).

La créance d'honoraires de l'architecte se prescrit par 10 ans dès son exigibilité (consid. 2 et 3).

Regesto (it):
Prescrizione.

Art. 127 e 128 cpv. 3 CO (testo vigente fino a fine 1971).

Il credito per onorario dell'architetto si prescrive in 10 anni dalla sua esigibilità (consid. 2 e 3).

Sachverhalt ab Seite 184

A.- Dr. jur. Pierre Zollikofer beauftragte am 26. April 1962 den Architekten-Techniker HTL Albert Bötschi, Pläne und

Kostenvoranschlag zu einem Einfamilienhaus zu erstellen und die zur Ausführung des Baues gehörenden Architektenarbeiten zu besorgen. Am 2. April 1963 widerrief er den Auftrag, worauf Bötschi ihm am 25. April 1963 Rechnung stellte und ihm am 13. Juli 1963 einen Zahlungsbefehl zustellen liess. Zollikofer erhob Rechtsvorschlag, machte Bötschi am 22. August 1963 jedoch einen Vergleichsvorschlag. Bötschi lehnte diesen am 3. September 1963 ab. Vom 6. Januar 1964 an stand Zollikofer mit dem Vater Bötschis, der als Bauunternehmer am Einfamilienhaus gearbeitet hatte, im Prozess um dessen Werklohnforderung. Am 25. November 1967 starb

Vater Bötschi. Der Prozess wurde von seiner Ehefrau, seiner Tochter und seinem Sohne weitergeführt und am 22. Oktober 1968 durch einen Vergleich beendet. Am 18. Dezember 1969 machte Bötschi jun. seine Forderung aus dem Architektenauftrag von Fr. 10'736.15 nebst Zins zum Gegenstand eines Sühnebegehrens, und am 27. August 1970 klagte er sie beim Bezirksgericht Bülach ein.

B.- Das Bezirksgericht hiess die Verjährungseinrede des Beklagten gut und erachtete subsidiär das lange Zuwarten des Klägers als rechtsmissbräuchlich. Es wies daher die Klage ab. Das Obergericht des Kantons Zürich hob dieses Urteil auf Berufung des Klägers am 18. April 1972 auf und wies die Akten zur materiellen Beurteilung der Klage an das Bezirksgericht zurück. Es hält die Forderung nicht für verjährt und auch die Einrede des Rechtsmissbrauchs nicht für begründet.

C.- Der Beklagte hat die Berufung erklärt. Er beantragt, das Urteil des Obergerichtes aufzuheben und die Klage abzuweisen. Der Kläger beantragt, auf die Berufung nicht einzutreten, sie eventuell abzuweisen.

Erwägungen

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. (Prozessuales).

2. Alle Forderungen, für die das Bundeszivilrecht nicht etwas anderes bestimmt, verjähren mit Ablauf von zehn Jahren, die mit der Fälligkeit der Forderung beginnen (Art. 127, 130 Abs. 1 OR). Diese Frist war nicht abgelaufen, als der Kläger sie am 18. Dezember 1969 durch das Begehren um Vorladung des Beklagten zum amtlichen Sühneversuch unterbrach (Art. 135 Ziff. 2 OR). Die Forderung des Klägers ist nur verjährt, wenn

sie zu den in Art. 128 Ziff. 3 OR genannten gehört, die der fünfjährigen Verjährungsfrist unterstehen.

3. Bis Ende 1971 galt Art. 128 Ziff. 3 OR für Forderungen "aus Handwerksarbeit, Kleinverkauf von Waren, ärztlicher Besorgung, Berufsarbeit von Anwälten, Rechtsagenten, Prokuratoren und Notaren, Arbeit von Angestellten, Dienstboten, Taglöhnern und Arbeitern". a) Diese Aufzählung enthält nicht bloss Beispiele, wie der Beklagte glaubt, sondern ist erschöpfend (ROSSEL, Manuel de droit fédéral des obligations 191; BECKER, Art. 128 N. 2). Stellt man auf ihren Wortlaut ab, so werden die Honorarforderungen selbständigerwerbender Architekten, die Baupläne entwerfen, Kostenvoranschläge für Bauten erstellen und die Bauleitung besorgen, von ihr nicht erfasst. Sie gehören nicht zu den Forderungen aus Handwerksarbeit. Selbst wenn dieser Begriff weit ausgelegt werden müsste, fiele die Tätigkeit des Architekten nicht darunter. Sie ist wie die Verrichtungen der Ärzte, Anwälte und Notare, die Art. 128 Ziff. 3 der Handwerksarbeit gegenüberstellt, intellektueller Natur. Selbständigerwerbende Architekten haben auch nicht die Stellung von Angestellten, Dienstboten, Taglöhnern und Arbeitern. Ihre Forderungen unterstehen daher der fünfjährigen Verjährung nur dann, wenn Art. 128 Ziff. 3 OR auf sie sinngemäss anzuwenden ist. b) In der bis Ende 1971 gültig gewesenen Fassung unterschied Art. 128 Ziff. 3 OR sich von Art. 147 Ziff. 3 a OR nur durch die Verwendung der Begriffe "Angestellte" und "Arbeiter", an deren Stelle früher "Bureauangestellte" und "Fabrikarbeiter" stand. Art. 147 a OR wollte der kurzen Verjährungsfrist - Art. 154 des Entwurfes bemass sie auf zwei Jahre - ausschliesslich Forderungen unterstellen, die das miteinander gemeinsam haben, "dass sie auf zweiseitigen Verträgen (Tauschverträge im weiteren Sinne des Wortes) beruhen, bei welchen die Verkehrssitte eine rasche Abwicklung mit sich bringt und weder

die Ausstellung von Vertragsurkunden noch die längere Aufbewahrung von Quittungen üblich ist" (Botschaft des Bundesrates zum Entwurf, BBl 1880 I 194). Die Botschaft fügte bei, dieser Verjährung liege die Erwägung zugrunde, dass aus längerem Zuwarten des Gläubigers mit gerichtlichen Schritten gefolgert werden könne, er sei der Verkehrssitte entsprechend befriedigt worden. Der Bundesrat war der Auffassung, wenn der Gläubiger zehn

Jahre zuwarten dürfte, könnte der Schuldner leicht in die Lage kommen, "begründete Einreden (der Simulation, des Dolus, des Verzichtes, namentlich aber der Befriedigung des Gläubigers) nicht mehr gehörig beweisen zu können" (a.a.O. S. 194 und 195). Dieser Grundgedanke, der bei der Revision des Obligationenrechts keine Änderung erfuhr, trifft auf die Honorarforderung selbständigerwerbender Architekten nicht zu. Aufträge an Architekten werden in der Regel nicht wie Bestellungen an Handwerker, Kleinverkäufe von Waren, ärztliche Besorgungen, Berufsarbeiten von Anwälten, Rechtsagenten, Prokuratoren und Notaren ohne Ausstellung eines schriftlichen Vertrages, rasch und ohne längere Aufbewahrung von Quittungen abgewickelt, so dass der Auftraggeber gewöhnlich in Verlegenheit wäre, die ihm obliegenden Beweise, namentlich den Beweis der Zahlung zu erbringen, wenn er erst nach Ablauf von fünf Jahren seit der Fälligkeit der Honorarforderung belangt würde. Der Vertrag mit dem Architekten wird gewöhnlich schriftlich ausgefertigt. Seine Abwicklung erfordert meistens längere Zeit. Fehler in der Erfüllung der Architektenarbeit zeigen sich oft erst verhältnismässig lange nach der Fertigstellung des Bauwerkes. Das Architektenhonorar ist in der Regel bedeutend. Der Auftraggeber leistet Teilzahlungen, erhält Quittungen, bewahrt sie auf und ist sich der Tragweite des Geschäftes genügend bewusst, dass er sich die ihm obliegenden Beweise für mehr als fünf Jahre zu sichern pflegt. Unter dem Gesichtspunkt des Grundgedankens des Gesetzes besteht daher kein Anlass, Art. 128 Ziff. 3 auf Honorarforderungen selbständigerwerbender Architekten analog anzuwenden. Gewiss werden oft auch die Werkverträge mit Bauhandwerkern in ähnlicher Weise abgewickelt wie das Rechtsverhältnis mit dem Architekten und mag es daher verwundern, dass die erwähnte Bestimmung zwar die Forderungen aus Handwerksarbeit, aber nicht auch die Honorarforderung des Architekten erwähnt. Das ist jedoch kein Grund, auch diese schon in fünf Jahren verjähren zu lassen. Eher wäre zu erwägen, ob nicht der Begriff der Handwerksarbeit so eng auszulegen sei, dass Art. 128 Ziff. 3 die Werklohnforderung des Unternehmers gegen den Besteller eines unbeweglichen Bauwerkes nie erfasst, sondern nur die Forderungen von Handwerkern für die Herstellung beweglicher Sachen und für andere Verrichtungen, deren

Ergebnis die Rechtsprechung (vgl. BGE 93 II 242 ff.) nicht als "unbewegliches Bauwerk" im Sinne des Art. 371 Abs. 2 OR betrachtet. Wie dem auch sei, lässt sich jedenfalls die analoge Anwendung von Art. 128 Ziff. 3 OR auf die Forderungen von Architekten nicht mit der vom Bezirksgericht und von GAUTSCHI, Art. 371 N. 18 c, vertretenen Auffassung begründen, es rechtfertige sich nicht, den Starken im Vergleich zum wirtschaftlich Schwachen zu privilegieren. Abgesehen davon, dass es auch "starke" Bauhandwerker und "schwache" Architekten gibt, geht es hier nicht um einen Interessenausgleich zwischen einer stärkeren und einer schwächeren Vertragspartei. Der Umstand, dass Bauhandwerker die Einrede der Verjährung schon nach fünf Jahren gewärtigen müssen, rechtfertigt es nicht, die Architekten gleich zu behandeln und damit diese einer für sie ungünstigen Regelung zu unterwerfen, nur weil das Gesetz sie für jene getroffen hat. Das hat mit Gründen der Billigkeit, wie der Beklagte, GAUTSCHI und das Bezirksgericht sie anrufen, nichts zu tun. Die Frage der Billigkeit kann sich nur zwischen dem Schuldner und dem Gläubiger stellen, nicht im Verhältnis zwischen den Gläubigern

der einen und denen einer anderen Kategorie, die ja miteinander in keinem Rechtsverhältnis stehen. Ob es sich rechtfertigt, das Privileg, das Art. 128 Ziff. 3 OR gewissen Schuldnern gewährt, auf andere auszudehnen, ist nach rein sachlichen Gesichtspunkten zu entscheiden, wie sie dem Gesetz zugrunde liegen. Die Überlegungen, die den Gesetzgeber bei der Aufstellung von Art. 147 Ziff. 3 a OR und Art. 128 Ziff. 3 OR geleitet haben, treffen auf Forderungen für Architektenarbeit, wie dargetan, in der Regel nicht zu. Der Geltungsbereich von Art. 128 Ziff. 3 OR kann auch nicht mit der vom Bezirksgericht und von GAUTSCHI, Art. 371 N. 18 b, angeführten Begründung ausgedehnt werden, bei der Revision des Art. 147 a OR habe die Tendenz bestanden, die Fälle kurzfristiger Verjährung zu erweitern. Diese Tendenz bestand nur für Forderungen unselbständig Erwerbender, indem die Begriffe "Bureauangestellte" und "Fabrikarbeiter" durch die weiteren Begriffe "Angestellte" und "Arbeiter" ersetzt wurden. Sie wurde bei der Revision von Art. 128 Ziff. 3 durch Art. 1 der Schluss- und Übergangsbestimmungen des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1971 über den Arbeitsvertrag fortgesetzt, indem nun alle Forderungen "aus dem Arbeitsverhältnis von Arbeitnehmern" in fünf Jahren verjähren. Es ist nicht Aufgabe des

Richters, die Liste der aufgezählten Forderungen ohne sachlichen Grund noch mehr zu erweitern. Es liegt nicht eine Lücke, d.h. eine ungewollt unvollständige Regelung vor, die den Richter, wie der Beklagte geltend macht, zur "Rechtsfortbildung" berechtigen würde. Wenn das Bezirksgericht, wiederum GAUTSCHI Art. 371 N. 18 c folgend, sodann anführt, nach mehr als fünf Jahren könne die richtige Erfüllung der Arbeitsobligation, von der der Vergütungsanspruch abhängt, kaum mehr geprüft werden, verkennt es, dass der Beweis richtiger Erfüllung dem Architekten obliegt und daher dieser, nicht der Auftraggeber, benachteiligt wird, wenn der Beweis wegen Zeitablaufs misslingt. Es besteht daher kein Anlass, wegen des erwähnten allfälligen Beweisnotstandes die Honorarforderung schon mit fünf Jahren verjähren zu lassen und damit auch den sorgfältigen Architekten zu treffen, der den Beweis richtiger Erfüllung erbringen könnte. Wie schon gesagt, treten übrigens die Mängel eines Bauwerkes oft nicht sofort auf und kann daher erst nach längerer Zeit gesagt werden, ob der Architekt seine Aufgabe richtig erfüllt hat oder nicht. Dem Auftraggeber kann es recht sein, wenn der Architekt ihn nicht auf Zahlung des Honorars belangt, solange ungewiss ist, ob gegen ihn Ansprüche aus Mängeln des Werkes bestehen. Damit ist auch dem Argument des Bezirksgerichtes der Boden entzogen, die Honorarforderung des Architekten müsse wie gemäss Art. 371 Abs. 2 OR der Anspruch des Bestellers wegen Mängel des unbeweglichen Bauwerkes in fünf Jahren seit der Abnahme des Werkes verjähren; der Architekt solle die Gewährleistungsansprüche des Auftraggebers nicht dadurch ausschalten können, dass er seine Forderung erst nach Ablauf dieser Frist geltend mache. Lässt der Architekt fünf Jahre verstreichen, so kann der Auftraggeber die Ansprüche gegen ihn wegen Mängel des Werkes stets noch durch Einrede geltend machen (Art. 120 Abs. 3 OR). Setzt der Architekt seine Forderung vor Ablauf von fünf Jahren durch, so ist es dem Auftraggeber dagegen nicht mehr möglich, die erst nachher entstehenden Ansprüche aus Mängeln des Werkes mit ihr zu verrechnen; er muss sie selbständig einklagen. Sein Interesse geht also gerade dahin, dass der Architekt mit der Einforderung des Honorars länger als fünf Jahre zuwarte. Ein Nachteil kann dem Auftraggeber daraus selbst dann nicht entstehen, wenn seine Ansprüche die

Honorarforderung des Architekten übersteigen, denn den Mehrbetrag kann er auf alle Fälle nicht verrechnen, gleichgültig, ob der Architekt ihn vor oder erst nach Ablauf von fünf Jahren belange. Es ist nicht zu ersehen, wie der Architekt die Möglichkeit haben könnte, durch Zuwarten mit der Einforderung seines Honorars einen

Anspruch des Auftraggebers auszuschalten. Der Beklagte entnimmt dem Art. 371 Abs. 2 OR, Unternehmer und Architekt seien gleich zu behandeln. Er will diesen Gedanken in der Verjährungsfrage des Art. 128 Ziff. 3 analog anwenden. Durch die einheitliche Verjährungsfrist für Ansprüche aus Mängeln des Werkes wollte man jedoch nur vermeiden, dass der Architekt in einem Zeitpunkt belangt werde, in dem die Forderung gegen den Unternehmer schon verjährt ist und der Architekt daher nicht mehr auf diesen zurückgreifen könnte (StenBull StR 1910 S. 228; vgl. Entwurf 1909 Art. 1416 und Bericht des Bundesrates dazu vom 1. Juni 1909 S. 28). Dieser gesetzgeberische Gedanke lässt sich nicht sinngemäss auf die Verjährung der Ansprüche des Unternehmers und des Architekten übertragen. Der Besteller kann seine Einreden gegen beide jederzeit geltend machen und wird nicht benachteiligt, wenn er mit der Forderung des einen nur während fünf, mit jener des andern dagegen während zehn Jahren zu rechnen hat. Die Angleichung der beiden Fristen liefe auf eine Gleichbehandlung ohne sachlichen Grund hinaus. Die Gleichstellung der Architekten und der Unternehmer hinsichtlich der Verjährung ihrer Forderungen wäre übrigens nur dann durchwegs möglich, wenn alle Unternehmer Art. 128 Ziff. 3 OR unterstellt würden. Das ist nicht angängig, denn nicht jeder Unternehmer im Sinne der Art. 363 ff. OR verrichtet "Handwerksarbeit" im Sinne von Art. 128 Ziff. 3. Die analoge Anwendung dieser Bestimmung auf die nicht handwerklich arbeitenden Unternehmer widerspräche nicht nur ihrem Grundgedanken, sondern auch dem Umstande, dass Art. 128 Ziff. 3 im Verhältnis zu Art. 127 OR eine Ausnahmebestimmung ist. Dieser Umstand verbietet auch, wenigstens die Forderungen der Architekten und der in Art. 371 Abs. 2 mitgenannten Ingenieure gleich zu behandeln wie die in Art. 128 Ziff. 3 aufgezählten. Als der Gesetzgeber diese Bestimmung erliess, wusste er, dass die Ärzte, Anwälte und Notare nicht die einzigen intellektuell arbeitenden Selbständigerwerbenden sind. Hätte er alle Forderungen aus intellektueller selbständiger Arbeit oder zum

mindesten jene der Architekten und Ingenieure erfassen wollen, so hätte er Art. 128 Ziff. 3 anders abgefasst. Das Bundesgericht hat es denn auch schon mit Urteil vom 21. März 1921 i.S. Maget und Hoirie Béchert c. Regamey abgelehnt, diese Bestimmung auf die Honorarforderung des Architekten anzuwenden (JdT 1936 I 388, in der amtlichen Sammlung nicht veröffentlicht). Die vorherrschende Lehre ist gleicher Meinung (BECKER Art. 128 N. 10; OSER/SCHÖNENBERGER Art. 128 N. 7; VON TUHR/SIEGWART 2 658 Anm. 42; FICK/MORLOT Art. 128 Anm. 26; RENNEFAHRT Art. 128 Anm. 3; FUNK Art. 128 Anm. 3; CAPITAINE, Des courtes prescriptions 64; vgl. auch VON BÜREN, OR S. 425). Nur GAUTSCHI, Art. 371 N. 18 a-c, steht nicht auf diesem Boden. GUHL, OR 5. Auflage 247, den das Bezirksgericht ebenfalls anruft, kann GAUTSCHI, a.a.O. nicht gleichgestellt werden, sowenig wie GUHL/MERZ/KUMMER, OR 6. Auflage 280. Indem diese Autoren "Honorarforderungen aus Auftragsverhältnissen, z.B. bei den freien Berufsarten (Ärzte, Zahnärzte, Tierärzte, Apotheker, Anwälte, Notare usw.)" unter den in fünf Jahren verjährenden Forderungen erwähnen, gehen sie nicht über den Text von Art. 128 Ziff. 3 hinaus. Sie sagen nicht, die Honorarforderung jedes Beauftragten, besonders auch des Architekten und des Ingenieurs, unterstehe dieser Bestimmung.

Dispositiv

Demnach erkennt das Bundesgericht:
Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichts (II. Zivilkammer) des Kantons Zürich vom 18. April 1972 bestätigt.