Urteilskopf

98 II 305

45. Urteil der I. Zivilabteilung vom 3. Oktober 1972 i.S. Sauter und Dirler gegen Mesana AG.
Regeste (de):
Architektenvertrag. Auftrag.

Bestimmbarkeit der in einem Grundstückkaufvertrag enthaltenen Architektenklausel. Frage offen gelassen (Erw. 1).

Auf das Recht, den Auftrag jederzeit aufzulösen, kann nicht verzichtet werden (Erw. 2).

Der Architektenvertrag untersteht vorbehaltlos den Bestimmungen des Auftrages (Änderung der Rechtsprechung; Erw. 3).

Voraussetzungen, unter denen dem Begünstigten des Architektenvertrages gegen den Grundstückkäufer ein Schadenersatzanspruch zusteht (Erw. 4).

Regeste (fr):
Contrat d'architecte. Mandat.

Caractère déterminable de la clause d'architecte renfermée dans un contrat de vente immobilière. Question laissée ouverte (consid. 1).

On ne peut renoncer au droit de révoquer le mandat en tout temps (consid. 2).

Le contrat d'architecte est soumis sans réserve aux dispositions du mandat (changement de jurisprudence; consid. 3).

Conditions auxquelles le bénéficiaire du contrat d'architecte possède contre l'acheteur de l'immeuble un droit à des dommages-intérêts (consid. 4).

Regesto (it):
Contratto d'architetto. Mandato.

Determinabilità di una clausola d'architetto contenuta in un contratto di vendita immobiliare. Questione lasciata aperta (consid. 1).

Non si può rinunciare al diritto di revocare in ogni tempo il mandato (consid. 2).

Il contratto d'architetto soggiace senza riserve alle disposizioni sul mandato (cambiamento della giurisprudenza; consid. 3).

Presupposti del diritto del beneficiario di una clausola d'architetto a far valere il risarcimento dei danni nei confronti dell'acquirente del fondo (consid. 4).

Sachverhalt ab Seite 306

BGE 98 II 305 S. 306

A.- Die Mesana AG kaufte am 22. Dezember 1961 von der UTO-Wohnbau AG in Zürich die Parzelle Kat. Nr. 6819 in Schlieren. Der Kaufvertrag enthält in Ziff. 13 der "weiteren Verkaufsbestimmungen" folgende Klausel: "Die Käuferin verpflichtet sich, für sämtliche Architekturarbeiten bezüglich des Kaufareals das Architekturbüro Sauter & Dirler, Klausstrasse 33, Zürich 8, zu SIA-Bedingungen zu berücksichtigen." Während die Mesana AG diese Abrede ursprünglich als gültig erachtete, bestritt sie deren Verbindlichkeit mit Schreiben vom 3. April 1963 gegenüber den Architekten Sauter und Dirler. Das Grundstück blieb längere Zeit unüberbaut. Im Jahre 1970 erfuhren die erwähnten Architekten, dass die Mesana AG es zu überbauen beabsichtigte. Sie stellten fest, dass ein anderes Architekturbüro ein Vorprojekt ausgearbeitet hatte, und erblickten darin eine Verletzung der Architektenklausel. Am 4. September 1970 trat ihnen die UTO-Wohnbau AG, um Zweifel an ihrer Forderungsberechtigung auszuschliessen, sämtliche Rechte aus dem Kaufvertrag ab.
Sauter und Dirler klagten beim Handelsgericht des Kantons Zürich gegen die Mesana AG, die mit ihnen keinen Architektenvertrag abschliessen wollte, auf Zahlung von Fr. 40'000.–. Sie machten den aus der angeblichen Vertragsverletzung entstandenen Schaden, einstweilen in herabgesetztem Umfang, geltend. Subsidiär begründeten sie die Klage damit, dass die UTO-Wohnbau AG für das Grundstück Fr. 40'000.– mehr verlangt hätte, wenn die Architektenklausel nicht in den Vertrag aufgenommen worden wäre.

BGE 98 II 305 S. 307

B.- Das Handelsgericht wies die Klage am 16. Dezember 1971 ab.

C.- Die Kläger beantragen mittels Berufung an das Bundesgericht, das vorinstanzliche Urteil aufzuheben und die Klage gutzuheissen, eventuell die Sache zur Neubeurteilung an das Handelsgericht zurückzuweisen. Die Beklagte verlangt Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils.

Erwägungen

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die Architektenklausel zwischen den Parteien des Kaufvertrages ist ein Vorvertrag (Art. 22 OR) zugunsten Dritter, d.h. der Kläger. Diese waren unmittelbar begünstigt und konnten daher nach Art. 112 Abs. 2 OR von der Beklagten verlangen, dass sie den Hauptvertrag abschliesse (OSER/SCHÖNENBERGER, N. 13 zu Art. 112 OR; BGE 46 II 138; nicht veröffentlichtes Urteil der I. Zivilabteilung vom 23. September 1970 i.S. Marx Levy c. Société coopérative Migros). Der Vorvertrag ist gültig, wenn sein Inhalt bestimmt oder bestimmbar ist (OSER/SCHÖNENBERGER, N. 8 zu Art. 22 OR; VON TUHR/SIEGWART, OR I S. 253). Die Beklagte hält im Berufungsverfahren daran fest, dass diese Voraussetzung nicht erfüllt, die streitige Klausel folglich unwirksam sei. Wie es sich damit verhält, kann offen bleiben, wenn der Architektenvertrag als frei widerruflicher Auftrag zu würdigen ist.

2. Die Kläger sind der Auffassung, die Beklagte habe mit der Aufnahme der Architektenklausel in den Kaufvertrag auf das Widerrufsrecht nach Art. 404 OR verzichtet; der in der Rechtsprechung und Lehre vertretenen Auffassung, im Auftrag dürfe auf das freie Widerrufsrecht nicht zum voraus verzichtet werden, könne in dieser "absoluten Form" nicht mehr gefolgt werden. a) Der Auftrag kann von jedem Teile jederzeit widerrufen oder gekündigt werden (Art. 404 Abs. 1 OR). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts und dem überwiegenden

Schrifttum kann dieses Recht vertraglich weder ausgeschlossen noch beschränkt werden (BGE 57 II 190, BGE 59 II 261, BGE 94 II 172, BGE 95 I 25; OSER/SCHÖNENBERGER, N. 2 und 3 zu Art. 404 OR; BECKER, N. 8 zu Art. 404 OR; GUHL/MERZ/KUMMER, OR (6. Aufl.) S. 436; GAUTSCHI, Kommentar, 3. Aufl., N. 10 a - e zu Art. 404 OR). Damit steht BGE 65 II 161 ff. nicht im Widerspruch.

BGE 98 II 305 S. 308

Die Inhaltsangabe des Entscheides (S. 161), welche die vertraglich vorgesehene Unwiderruflichkeit des Auftrages oder der Vollmacht vorbehält, gibt die massgebende Erwägung unvollständig wieder; auf S. 164 des Entscheides wurde der Verzicht auf das Widerrufsrecht nur soweit vorbehalten, als er mit Art. 404 und 34 Abs. 2 OR vereinbar sei ("dans la mesure compatible avec les art. 404 et 34 al. 2 CO"). Allerdings hat das Bundesgericht im Urteil 83 II 529 ff. entschieden, die auf bestimmte Zeit eingeräumte Liegenschaftsverwaltung könne nur aus wichtigen Gründen im Sinne des Art. 352 OR vorzeitig entzogen werden. Es hat aber angenommen, es liege nicht ein Auftrag im eigentlichen Sinne vor, sondern entweder ein Arbeitsvertrag oder ein auf zeitlich begrenzte Arbeit gerichteter Vertrag besonderer Art, der grundsätzlich den Regeln über den Auftrag unterstehe. Es liegt somit auch hier kein Widerspruch zur erwähnten Rechtsprechung und Lehre vor. Die Regelung des Art. 404 Abs. 1 OR wird durch das persönliche Vertrauensverhältnis, das dem Auftrag zugrunde liegt, gerechtfertigt (OSER/SCHÖNENBERGER, a.a.O.; GAUTSCHI, a.a.O.). Freilich kann eingewendet werden, dass auch der Dienstvertrag oder der Gesellschaftsvertrag nicht selten durch eine besondere Vertrauensbeziehung gekennzeichnet sei (RUPPERT, Zum Widerruf des Bauherrn beim Architektenvertrag und dessen Folgen, in SJZ 66/1970 S. 285; FRIEDRICH, Fragen aus dem Auftragsrecht, in ZBJV 91/1955 S. 477). Diese Rechtsverhältnisse sind jedoch Dauerverträge (GAUCH, System der Beendigung von Dauerverträgen, Diss. Freiburg 1968 S. 9 ff.) und können daher um ihres Bestandes willen nicht jederzeit durch einseitige Willenserklärung aufgelöst, sondern grundsätzlich nur aus wichtigen Gründen vorzeitig beendigt werden (Art. 337 Abs. 1 und 545 Abs. 2 OR). Es gehört anderseits zum Wesen des Auftrages, dass die Hoffnungen und Interessen der einen oder andern Partei durch das einseitige Auflösungsrecht beeinträchtigt werden können (GUHL/MERZ/KUMMER, a.a.O. S. 436/37). FRIEDRICH, (a.a.O. S. 478) hält indessen dafür, das Kündigungsrecht des Beauftragten scheitere am Grundsatz, dass der Schuldner die versprochene Leistung zu erbringen habe. Er übersieht dabei, dass das Kündigungsrecht des Beauftragten das logische Gegenstück zum Widerrufsrecht des Auftraggebers ist (GAUTSCHI, N. 15 a zu Art. 404 OR; SOERGEL/SIEBERT, Kommentar zum BGB 1969, 10. Aufl., N. 1 zu § 671 BGB). Ebensowenig kann

BGE 98 II 305 S. 309

ihm darin zugestimmt werden (vgl. a.a.O. S. 478), dass der Verzicht des Auftraggebers in bestimmten Fällen (z.B. Arzt, Anwalt, Vermögensverwalter) ausgeschlossen, in andern dagegen (z.B. bei der Einräumung eines Alleinverkaufsrechtes oder der Erteilung eines zeitlich beschränkten Auftrages zur Vermögensverwaltung) anerkannt werden müsse, "weil das Auflösungsrecht aus wichtigem Grund immer" bestehe. Diese Unterscheidung verträgt sich mit dem Gebot der Rechtssicherheit nicht. Zudem sieht das Gesetz den Widerruf des Auftrages aus wichtigem Grund nicht vor. Es anerkennt damit das Recht des Auftraggebers, jederzeit einen anderen Bauftragten beiziehen zu können, ohne Gefahr zu laufen, beide für ihre Tätigkeit vergüten zu müssen. Es schützt also das Verdienstinteresse des Beauftragten nicht (GAUTSCHI, N. 10 b zu Art. 404 OR). b) Entgegen der Meinung RUPPERTS (a.a.O. S. 286) kann das freie Auflösungsrecht nicht mit dem Hinweis auf das in Deutschland, Frankreich und Italien geltende Recht begründet werden; denn in diesen Staaten hat in erster Linie der Gesetzgeber selber den Verzicht auf das Auflösungsrecht, wenn auch mit gewissen Einschränkungen, als zulässig erklärt. c) Nach Auffassung der Kläger hat das Handelsgericht verkannt, dass der Verzicht auf das Widerrufs-

recht im Auftrag nicht deshalb ausgeschlossen sei, weil der zum voraus erklärte Verzicht des Vollmachtgebers auf das Recht, die Vollmacht zu widerrufen oder zu beschränken, ungültig ist. Der Kläger sieht in Art. 34 Abs. 2 OR gegenteils eine Sonderbestimmung, aus der folge, dass im allgemeinen der Verzicht auf Rechte zulässig sei. Der Verzicht des Auftraggebers auf das Widerrufsrecht hätte keinen Sinn, da er die zur Ausführung des Auftrages notwendige Vollmacht jederzeit entziehen oder beschränken kann (Art. 34 Abs. 1 und 2 OR). VON TUHR/SIEGWART, OR I S. 319/20 sind der Auffassung, nach Art. 34 Abs. 2 OR sei nur der Verzicht auf den Widerruf ungültig; dagegen könne sich der Vollmachtgeber verpflichten, den Widerruf nicht auszuüben, wenn dieses Versprechen die Selbstbestimmung des Vollmachtgebers nicht im Sinne der Art. 19 und 20 OR zu weit beschränke; ein solches Versprechen hindere den Vollmachtgeber nicht am Widerruf, verpflichte ihn aber zum Ersatz des Schadens, den der Vertreter durch den Widerruf erleide, und könne durch Konventionalstrafe gesichert werden. Das führt indessen zu einer unzulässigen

Erschwerung des Widerrufs und ist abzulehnen (OSER/SCHÖNENBERGER, N. 7 zu Art. 34 und N. 3 zu Art. 404 OR). Demnach bleibt es dabei, dass der Auftrag jederzeit bedingungslos aufgelöst werden kann und dass nach Art. 404 Abs. 2 OR eine Pflicht zu Schadenersatz nur besteht, wenn die Beendigung zur Unzeit erfolgt.

3. Die Kläger machen geltend, der Architektenvertrag enthalte neben Merkmalen des Auftrages auch solche des Werkvertrages und unterstehe daher nicht in jeder Beziehung dem Auftragsrecht; er sei eher als Vertrag besonderer Art, denn als gemischter Vertrag oder Auftrag zu würdigen (RUPPERT, a.a.O. S. 285). a) Im grundsätzlichen Entscheid BGE 63 II 176 ff. ist das Bundesgericht der Ansicht, die Herstellung von Skizzen und Bauprojekten sowie von Ausführungs- und Detailplänen unterstehe in der Regel den Vorschriften des Werkvertrages, während die Aufstellung von Kostenvoranschlägen, die Vergebung der Arbeiten und die Oberaufsicht "regelmässig wohl eher Gegenstand eines gewöhnlichen Auftrages" seien, wenn nicht ausnahmsweise eine besonders enge persönliche Beziehung zwischen dem Bauherrn und Architekten im Sinne eines ausgesprochenen Unterordnungsverhältnisses die Anwendung des Dienstvertragrechtes nahe lege. Würden aber alle Obliegenheiten einem Architekten übertragen, so rechtfertige es sich nicht, auf den wertmässigen Hauptteil (Ausarbeitung der Skizzen, des Bauprojektes, der Ausführungs- und Detailpläne) abzustellen und das ganze Rechtsverhältnis als Werkvertrag zu würdigen; denn damit werde ein nicht unwesentlicher Teil der Tätigkeit des Architekten in eine Vertragsform gedrängt, mit der sie nichts verbinde. Unterstelle man dagegen das ganze Rechtsverhältnis den Vorschriften des Auftrages, mit der Einschränkung, dass nötigenfalls die Vorschriften des Werkvertrages hilfsweise herangezogen werden, so werde den Verhältnissen nach keiner Richtung Zwang angetan. Das Bundesgericht hat an dieser Rechtsprechung seither festgehalten (BGE 64 II 10, BGE 89 II 406). Es ist mit OSER/SCHÖNENBERGER (N. 19 zu Art. 363 OR) und BECKER (N. 4 und 5 zu Art. 363 OR) der Meinung (BGE 63 II 176), dass der Architekt mit der Erstellung von Skizzen und Bauprojekten sowie von Ausführungs- und Detailplänen ein bestimmtes Arbeitsergebnis verspreche, das Gegenstand des Werkvertrages (Art. 363 ff. OR) sei (vgl. BGE 59 II 263 und

83 II 529, wo der Begriff des Werkvertrages gleich umschrieben wird). b) GAUTSCHI (N. 5 der Vorbemerkungen zu Art. 363-379 OR und N. 43 a und b sowie N. 63 zu Art. 394 OR) lehnt diese Auffassung mit beachtlichen Gründen ab und will die gesamte Tätigkeit des Architekten - gesamthaft wie gesondert betrachtet - vorbehalt-

los als Auftrag würdigen (gleicher Meinung ist PERRIN, Le contrat d'architecte, Recherches et travaux de la Faculté de droit de Genève, 1970, S. 28-33). Er weist mit Recht darauf hin, dass auch der Beauftragte einen bestimmten Erfolg, so der Anwalt den Prozessgewinn, erreichen will und dass er dafür mit der gleichen Sorgfalt haftet wie der Unternehmer im Werkvertrag (Art. 398 Abs. 1 und 364 Abs. 2 OR). Ein wesentlicher Unterschied besteht aber darin, dass Gegenstand des Werkvertrages das Ergebnis von Arbeiten an körperlichen Sachen ist, weil nur für diese die Sachgewähr (Art. 365 und 367 ff. OR) besteht, während der Auftrag eine immaterielle (z.B. eine geistige oder künstlerische) Leistung betrifft, die der Sachgewähr entzogen ist (GAUTSCHI, N. 63 a zu Art. 394 OR). Die Skizzen, Vorprojekte und Pläne des Architekten sind sowenig wie das Gutachten eines Juristen, Geologen, Ingenieurs oder Mediziners ein stoffliches Werk, sondern das Ergebnis einer geistigen Arbeit, auchwenn sie durch gegenständlicheAusdrucksmittel (Schreib- und Zeichenpapier) wahrnehmbar gemacht werden (GAUTSCHI, N. 5 der Vorbemerkungen zu Art. 363-379 OR Berücksichtigt man sodann, dass der Architekt zum Besteller nicht in einem Verhältnis der Unterordnung steht, so können die erwähnten Obliegenheiten des Architekten nur Gegenstand eines Auftrages sein. Daran vermag der Hinweis RUPPERTS (a.a.O. S. 285) nichts zu ändern, dass im deutschen und italienischen Recht geistige Arbeit als Werkvertrag gewürdigt werde. Freilich ist auch der deutsche Bundesgerichtshof - im Gegensatz zum Reichsgericht - der Auffassung, dass der Architekt durch das "im Bauplan" verkörperte Werk nicht bloss Arbeit wie beim Dienstvertrag (§ 611 BGB), sondern einen bestimmten Erfolg verspreche (BGHZ 31/1960 S. 225 f.). Eine solche Verpflichtung kann aber schon deshalb nicht als Auftrag verstanden werden, weil dieser nach deutschem Recht nur unentgeltlich möglich ist (§ 662 BGB; BGE 59 II 262, BGE 63 II 178). Endlich ist auch die im italienischen Werkvertragsrecht getroffene Unterscheidung zwischen "opera materiale" und "opera intellettuale" (vgl.

MESSINEO, Manuale di Diritto Civile e Commerciale, Bd. IV Mailand 1954, § 147bis S. 237) ebensowenig ein Grund, bestimmte Leistungen (Skizzen, Vorprojekte und Pläne) des Architekten nicht als Gegenstand eines Auftrages zu behandeln; denn Art. 2222 Cci ("Contratto d'opera") erfasst nicht bloss die Pflicht zur Herstellung eines Werkes, sondern - ähnlich wie Art. 394 OR - auch zur Leistung von Diensten in unabhängiger Stellung, was aus dem Wortlaut der Bestimmung ("Quando una persona si obbliga a compiere verso un corrispettivo un'opera o un servizio, con lavoro prevalentemente proprio e senza vincolo di subordinazione nei confronti del committente...") klar hervorgeht. Da der sogenannte Architektenvertrag vorbehaltlos als frei widerruflicher Auftrag zu würdigen ist, kann die streitige Architektenverpflichtung, selbst wenn ihr Inhalt genügend bestimmbar sein sollte, praktisch nicht erzwungen werden; es wäre übertriebener Formalismus, vom Käufer die Erteilung eines Auftrages zu fordern, den er nachher sofort widerrufen könnte.

4. Die Kläger begründen ihre Forderung sodann damit, dass die UTO-Wohnbau AG für das Grundstück einen Mehrpreis von über Fr. 40'000.– verlangt hätte, wenn die Architektenklausel nicht in den Kaufvertrag aufgenommen worden wäre. Die Vorinstanz hat festgestellt, dass nicht mit Gewissheit gesagt werden könne, ob und gegebenenfalls inwelchem Umfange ein höherer Kaufpreis ohne die Architektenklausel erzielt worden wäre. Diese Feststellung ist an sich verbindlich (Art. 63 Abs. 2 OG). Sie ist aber rechtlich nicht entscheidend. Da weder die Verkäuferin noch die Kläger als begünstige Dritte oder als Zessionare einen Anspruch auf Erfüllung der Architektenklausel haben, steht ihnen auch kein Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung derselben zu. Die UTO-Wohnbau AG hat zu einem bestimmten Preis in den Kauf eingewilligt, so wie er lautet, d.h. mit der Architektenklausel, und ist daran gebunden. Sie und die Kläger können nicht einen hypothetischen Kauf anderen Inhalts zur Grundlage einer Schadenersatzforderung machen, wenn sie nicht nachweisen können, dass die Beklagte gegenüber den Klägern beim Abschluss des Kaufvertrages vom 22. Dezember 1961 eine unerlaubte Handlung begangen hat. Eine solche läge vor, wenn die Beklagte die Kläger absichtlich

getäuscht, ihnen z.B. einen nicht bestehenden Erfüllungswillen vorgespiegelt hätte. Dafür fehlt aber jegliche Feststellung und bestehen keine Anhaltspunkte. Die UTO-Wohnbau AG mag der irrtümlichen Meinung gewesen sein, der Vorvertrag zum Architektenauftrag dürfe nicht widerrufen werden. Dieser Irrtum berechtigt sie aber nicht, so gestellt zu werden, wie wenn sie den Verkauf unter Verzicht auf die Architektenklausel zu einem höheren Preis abgeschlossen hätte. Mit der gleichen Begründung kann auch die Auffassung der Kläger widerlegt werden, sie hätten von der UTO-Wohnbau AG für Vorprojekte Fr. 40'000.– oder mehr gefordert, wenn die Architektenklausel nicht in den Kaufvertrag aufgenommen worden wäre. Die Beklagte hat dadurch, dass sie den Kaufvertrag, so wie er lautet, abgeschlossen hat, weder gegenüber der Verkäuferin noch gegenüber den Klägern eine unerlaubte Handlung begangen. Sie muss daher die Kläger nicht so stellen, wie wenn die Klausel nicht Gegenstand des Kaufvertrages geworden wäre. Im übrigen ergibt sich weder aus dem Kaufvertrag noch aus der Architektenklausel, dass die Beklagte die Schuld der UTO-Wohnbau AG übernommen hat. Das behaupten denn auch die Kläger nicht.

Dispositiv

Demnach erkennt des Bundesgericht:
Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Handelsgerichtes des Kantons Zürich vom 16. Dezember 1971 bestätigt.