

Der Bauherr – Herr des Bauvertrages? 2. Teil:

Unternehmer- und Architektenklauseln beim Grundstückkauf

Prof. Dr. iur. Peter Gauch, Universität Freiburg

SEMINAR FÜR SCHWEIZERISCHES BAURECHT

BAURECHTSTAGUNG 1983 / TAGUNGSUNTERLAGE 2

Prof. Dr. iur. Peter GAUCH, Universität Freiburg

DER BAUHERR - HERR DES BAUVERTRAGES ? 2. TEIL:
UNTERNEHMER- UND ARCHITEKTENKLAUSELN BEIM
GRUNDSTUECKKAUF

<u>UEBERSICHT</u> :	Seite :
<u>I.</u> EINLEITUNG	27
<u>II.</u> BEGRIFF UND MERKMALE	29
<u>III.</u> RECHTSNATUR	31
<u>1.</u> Normalfall: Vorvertrag	
<u>2.</u> Ausnahmefall: Vorvertrag zugunsten eines Dritten	
<u>IV.</u> GUELTIGKEIT	36
<u>V.</u> DURCHSETZUNG	40
<u>VI.</u> EINZELFRAGEN ZUR UNTERNEHMERKLAUSEL	42

LITERATUR

BUCHER, Die verschiedenen Bedeutungsstufen des Vorvertrages, in: Berner Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1979, Bern und Stuttgart 1979, S. 169 ff.; von Büren, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1964; Dessemontet, Quelques remarques à propos du contrat d'architecte, in: Hundert Jahre Schweizerisches Obligationenrecht, Freiburg 1982, S. 485 ff.; Gauch, Der Unternehmer im Werkvertrag, 2. Aufl., Zürich 1977; Gauch/Schluep/Jäggi, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil (ohne Deliktsrecht), 2. Aufl., Zürich 1981; Gautschi, Berner Kommentar zu Art. 363 - 379 OR, Bern 1967; Guhl/Merz/Kummer, Das Schweizerische Obligationenrecht, 7. Aufl., Zürich 1980; Jäggi/Gauch, Zürcher Kommentar zu Art. 18 OR, Zürich 1980; Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, Allgemeiner Teil, 13. Aufl., München 1982; Reber, Rechtshandbuch für Bauunternehmer, Bauherr, Architekt und Bauingenieur, 4. Aufl., Dietikon 1983; Schönenberger/Jäggi, Zürcher Kommentar zu Art. 1 - 17 OR, Zürich 1973; von Tuhr/Escher, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II, 3. Aufl., Zürich 1974; von Tuhr/Peter, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I, 3. Aufl., Zürich 1979; Wiegand, Die klassischen Probleme des Architekten- und Ingenieurvertrages, Baurechtstagung 1981, Tagungsunterlage 4.

BEILAGEN:

- 1 ZBJV 93, 1957, S. 323 - 326 (Verpflichtung, allfällige Bauarbeiten einem bestimmten Dritten zu übertragen)
- 2 BGE 98 II 305 - 313 (Architektenklausel als Vorvertrag zugunsten Dritter; Architektenvertrag untersteht dem Auftragsrecht)
- 3 RJN 1969-73, S. 36 - 43 (Architektenklausel: Vorvertrag zugunsten Dritter)
- 3A BGr. RJN 1969-73, S. 44 - 45 (Architektenklausel: Vorvertrag zugunsten Dritter; Formfreiheit der Architektenklausel)
- 4 PKG 1963, Nr. 17, S. 84 - 87 (Unmittelbare Verpflichtung des Grundstückkäufers gegenüber einem Architekten)
- 5 LGVE 1976, I, S. 363, Nr. 294 ("Handwerkerservitut" im Kaufvertrag: Vorvertrag zu einem Werkvertrag)
- 6 BGE 103 II 52 - 58 ("Starke" Unternehmerklausel; Unternehmerklausel für Arbeiten auf einem andern als dem gekauften Grundstück)
- 7 BGHZ 60, S. 28 - 34 (Sittenwidrigkeit einer Architektenklausel bei Hinzutreten erschwerender Umstände)
- 8 SJZ 74, 1978, S. 172 - 175 (Erlöschen einer Bauverpflichtung durch Unmöglichkeit)

UNTERNEHMER- UND ARCHITEKTENKLAUSELN BEIM GRUNDSTUECKKAUF

Der Bauherr - Herr des Bauvertrages? Zu diesem Thema gehören gewiss auch die Unternehmerklauseln. Mit ihnen verwandt und (leider!) ebenso verbreitet sind die Architektenklauseln. Deshalb und zum Vergleich werden sie hier gleich mitbehandelt, obwohl sie mit dem Bauvertrag unmittelbar nichts zu tun haben.

I. EINLEITUNG

1. Wer Bauherr werden möchte, der braucht ein Grundstück. Wer aber ein Grundstück braucht, der macht vielfach schon frühzeitig Bekanntschaft mit Unternehmern und Architekten. Zugleich mit dem Baugrund (so stellt er fest), muss er auch Unternehmer und Architekten "übernehmen". Dafür sorgen die Unternehmer- und Architektenklauseln, die jedermann geläufig sind:

- Hans St. verpflichtet sich, der Firma M. "sämtliche Erd-, Maurer- und Verputzarbeiten, die Gipser- und Malerarbeiten, die Wand- und Bodenbeläge- und Kunststeinarbeiten" zur Ausführung zu übertragen, und zwar "zu Konkurrenzpreisen, wie sie im Zeitpunkt der Arbeitsausführung gelten, sowie nach den einschlägigen Bestimmungen des SIA" (ZBJV 93, 1957, S. 323 = Beilage 1).
- "Sämtliche Baumeisterarbeiten sind zu Konkurrenzpreisen, die von der Berechnungsstelle des Schweizerischen Baumeisterverbandes zu kontrollieren und anerkennen sind, der Firma M.B. oder deren Rechtsnachfolger zu übertragen".

- "Der Eigentümer der Kaufparzelle verpflichtet sich, die Baumeisterarbeiten durch die Firma A. zu Konkurrenzpreisen ausführen zu lassen. Die Toleranz liegt bei 10%. Sollten die Baumeisterarbeiten nicht durch die Firma A. ausgeführt werden, erhöht sich der Bodenpreis um Fr. 10.-- m². Sollte die Kaufparzelle vor der Ueberbauung wider Erwarten weiterveräussert werden, so ist diese Verpflichtung auf jeden Erwerber der Kaufparzelle zu übertragen".

- "Die Käuferin verpflichtet sich, für sämtliche Architekturarbeiten bezüglich des Kaufareals das Architekturbüro S. + D. ... zu SIA-Bedingungen zu berücksichtigen" (BGE 98 II 306 = Beilage 2).

- Die Käuferin verpflichtet sich gegenüber dem Verkäufer, Alfred L., dass "elle confierait les travaux d'architecture à Marx L. jun., à condition que ce dernier dispose du temps nécessaire et puisse assurer la marche normale des travaux..." (RJN 1969/73, S. 37 = Beilage 3).

2. Solche Klauseln zielen darauf ab, die Freiheit des künftigen Bauherrn schon beim Grundstückkauf zu beschränken. Zum vornherein wird ihm ein Unternehmer oder Architekt vorgeschrieben, den er (nach dem Kriterium der Qualifikation, der Zuverlässigkeit und des Vertrauens) vielleicht gar nicht wählen würde. Das Grundeigentum dient als "Vehikel" zur Sicherung von Aufträgen (bisweilen auch zur Sicherung einer einheitlichen Bebauungsweise in einem bestimmten Gebiet). Das alles gäbe zwar Anlass, über Wirtschaftsordnung und Rechtspolitik nachzudenken. Im folgenden aber beschränke ich mich auf die juristische Behandlung der Unternehmer- und Architektenklausel nach geltendem Recht. Zunächst geht es um den Begriff und die Merkmale der Klausel:

II. BEGRIFF UND MERKMALE

1. Die Unternehmer- und Architektenklausel, um die es hier geht, ist eine Vertragsabrede im Rahmen eines Grundstückkaufvertrages. Darin verpflichtet sich der Käufer des Grundstückes gegenüber dem Verkäufer zur Vergebung von Arbeiten: Er verpflichtet sich, die entgeltliche Ausführung von Bau- oder Architekturarbeiten, die das Grundstück betreffen, einem bestimmten (durch die Klausel "begünstigten") Unternehmer oder Architekten (dem Verkäufer selbst oder einem Dritten) zu übertragen.

2. Die so verstandene Unternehmer- oder Architektenklausel weist folgende Merkmale auf:

a. Die Klausel wird im Rahmen eines Grundstückkaufvertrages vereinbart. Das heisst: Sie hängt zusammen mit dem Kauf eines Grundstücks, was aber nicht ausschliesst, dass sie schon im voraus (im Hinblick auf den bevorstehenden Kaufvertrag) verabredet wird (vgl. z.B. RJN 1969/73, S. 37 = Beilage 3).

Möglich ist auch, dass jemand die Verpflichtung zur Uebertragung von Bau- oder Architekturarbeiten im Rahmen eines andern (nicht eines Grundstückkauf-) Vertrages oder durch eine selbständige Vereinbarung (losgelöst von jedem andern Vertrag) übernimmt. Diese Fälle, die seltener vorkommen, werden hier nicht eigens behandelt.

b. Die Arbeiten, auf die sich die Klausel bezieht, sind Bau- oder Architekturarbeiten für das gekaufte Grundstück. Die Unternehmerklausel hat Bauarbeiten (mit oder ohne Lieferung des Materials), die Architektenklausel hat Architekturarbeiten (Projektierung, Planung, Bauleitung u.s.w.) zum Gegenstand.

Ausser Betracht bleiben Vertragsklauseln, welche die Vergebung von andern Arbeiten (z.B. von Ingenieurarbeiten), von Arbeiten auf einem andern (als dem gekauften Grundstück (z.B. BGE 103 II 53 = Beilage 6) oder blosse Lieferungen (z.B. Materiallieferungen) zum Gegenstand haben.

- c. Der Käufer verpflichtet sich in der Klausel, die in Frage stehenden Arbeiten einem bestimmten (dem "begünstigten") Unternehmer oder Architekten zu übertragen. Damit übernimmt der Käufer nur (aber immerhin) die Pflicht, einen Bau- oder Architekturvertrag über die betreffenden Arbeiten abzuschliessen. Die Erfüllung der Pflicht geschieht durch den künftigen Vertragsabschluss.

Wird gleichzeitig mit dem Grundstückkauf der Bau- oder Architekturvertrag selbst (sei es bedingt oder unbedingt) abgeschlossen, so liegt keine Unternehmer- oder Architekturklausel im hier verstandenen Sinne vor.

- d. Der Käufer verpflichtet sich gegenüber dem Verkäufer, der das Versprechen des Käufers im eigenen Namen (also nicht als Vertreter eines Dritten) entgegennimmt. Im Normalfall ist der Verkäufer, der im eigenen Namen handelt, zugleich auch der "begünstigte" Unternehmer oder Architekt: Der Vertrag muss mit ihm selber abgeschlossen werden. Ein Sonderfall liegt vor, wenn sich der Käufer gegenüber dem Verkäufer verpflichtet, die Arbeiten einem Dritten zu übertragen, den versprochenen Bau- oder Architekturvertrag also mit einem Dritten abzuschliessen (vgl. z.B. BGE 98 II 306 = Beilage 2; RJN 1969/73, S. 37 ff. = Beilage 3; ZBJV 93, 1957, S. 323 = Beilage 1).

Atypisch ist der Fall, in dem sich der Käufer unmittelbar gegenüber einem Dritten (z.B. einem Architekten, der das Grundstück vermittelt hat) zur Uebertragung von Arbeiten verpflichtet (z.B. PKG 1963, S. 85, Nr. 17 = Beilage 4). Dieser Fall, der in unserer Begriffsbestimmung der Unternehmer- und Architektenklausel fehlt, bedarf keiner besonderen Erörterung.

III. RECHTSNATUR

Um die "Rechtsnatur" der Unternehmer- und Architektenklausel zu bestimmen, ist auszugehen vom Normalfall, in dem der Käufer des Grundstücks die Arbeiten dem Verkäufer selbst (nicht einem Dritten) zu übertragen hat.

1. NORMALFALL: VORVERTRAG

1. Für diesen Normalfall steht fest, dass die Unternehmer- und die Architektenklausel nichts anderes ist als ein (mit dem Grundstückkauf verbundener und daher unselbstständiger) Vorvertrag (Art. 22 OR; LGVE 1976 I, S. 363, Nr. 294⁵ = Beilage 5; Bücher, S. 180; Gauch/Schluop/Jäggi, Nr. 802; offengelassen in BGE 103 II 55 = Beilage 6).

2. Durch den Vorvertrag wird (wie das Gesetz sagt) "die Verpflichtung zum Abschluss eines künftigen Vertrages begründet" (Art. 22 Abs. 1 OR). Exakt das trifft auf die Unternehmer- und die Architektenklausel zu, sofern sie gültig vereinbart wird (dazu Ziff. IV). Im einzelnen:

- a. Der "künftige Vertrag", der abgeschlossen werden soll, ist ein Bauvertrag (Unternehmerklausel) oder ein Architekturvertrag (Architektenklausel).

Der Bauvertrag (über die Ausführung von Bauarbeiten) ist ein Werkvertrag (Art. 363 ff. OR), selbst wenn es sich um einen General- oder Totalunternehmervertrag handelt (vgl. Tagungsunterlage 1). Demgegenüber untersteht der Architekturvertrag nach der neueren (aber umstrittenen) Rechtsprechung des Bundesgerichts (seit BGE 98 II 311 f. = Beilage 2) vorbehaltlos (ohne Rücksicht auf seinen Gegenstand) dem Auftragsrecht (Art. 394 ff. OR). Folgt man dieser Rechtsprechung, so richtet sich die Architektenklausel stets auf den Abschluss eines Auftrags, während die Unternehmerklausel auf den Abschluss eines Werkvertrages zielt.

- b. Die Pflicht zum Vertragsabschluss trifft den Käufer des Grundstücks. Er ist verpflichtet, den Bau- oder Architekturvertrag über die in Frage stehenden Arbeiten abzuschliessen, und zwar (im Normalfall) mit dem Verkäufer. Diese Abschlusspflicht des Käufers wird auch als "Bauverpflichtung", "Baumeisterverpflichtung", "Handwerkerservitut", "Architektenverpflichtung", "Architektenbindung" und dergl. bezeichnet. Sie enthält zugleich die negative Pflicht, die Arbeiten nicht einem andern zu übertragen (Bucher, S. 181), weshalb die Unternehmer- oder Architektenklausel immer auch den Charakter eines "Exklusivvertrages" hat. Merke:

- Da der Käufer zum Abschluss des Unternehmer- oder Architektenvertrages verpflichtet ist, hat der Verkäufer das Recht, von ihm den Abschluss des Vertrages zu verlangen. Dieses Recht des Verkäufers ist eine Forderung; es richtet sich gegen den Käufer persönlich (LGVE 1976 I, S. 363, Nr. 294 = Beilage 5), also nicht gegen den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks (keine Realobligation!), auch wenn nach dem Wortlaut der Klausel "der Eigentümer" verpflicht-

tet ist. Eine "Verdinglichung" durch Vormerkung im Grundbuch (Art. 959 ZGB) und die Errichtung einer entsprechenden Grunddienstbarkeit (Art. 730 ZGB) sind ausgeschlossen (Gautschi, N 22c zu Art. 365 OR; Reber, S. 255).

- Häufig ist die Verpflichtung des Käufers aufschiebend bedingt (Art. 151 OR), weil der Käufer die Uebertragung der Bau- oder Architekturarbeiten nur für den Fall versprochen hat, dass er sich überhaupt (allenfalls innerhalb einer gewissen Zeit) zur Ausführung des Bauvorhabens entschliesst (vgl. z.B. ZBJV 93, 1957, S. 325 = Beilage 1). Alsdann liegt eine "schwache" Unternehmer- oder Architektenklausel vor. Dies im Unterschied zur "starken" Klausel, die eine unbedingte Verpflichtung enthält (z.B. BGE 103 II 53 = Beilage 6) und daher den Käufer praktisch zur Bauausführung zwingt (Bucher, S. 184 f.).
- Nach dem Inhalt der vereinbarten Klausel ist bisweilen auch der Verkäufer zum Vertragsabschluss verpflichtet. Alsdann handelt es sich um eine zweiseitig verpflichtende Klausel, die jeder Partei das Recht gibt, von der andern den Abschluss des Bau- oder Architektenvertrages zu fordern. In der Mehrzahl der Fälle verpflichtet die Klausel aber nur einseitig den Käufer, so dass dieser kein Recht auf Vertragsabschluss hat (vgl. z.B. ZBJV 93, 1957, S. 325 = Beilage 1).

3. Die Qualifikation der Unternehmer- und Architektenklausel als Vorvertrag (Art. 22 OR) entspricht zwar der herrschenden Meinung, ist aber umstritten. Es gibt Autoren, die andere Meinungen vertreten:

- a. Nach Gautschi (N 22d und 22f zu Art. 365 OR) sind "solche Baubindungen" keine Vorverträge, sondern bedingt abgeschlossene Werkverträge (Unternehmerklausel) oder Aufträge (Architektenklausel). Nach Dessemontet (S. 491) begründet die Architektenklausel nur eine Art Verhandlungspflicht: Sie verpflichtet den Erwerber, "à prendre en considération les projets et suggestions de l'architecte, sans le contraindre à lui confier tous les travaux d'architecture ultérieurs". Von Büren (S.

213 ff.) und andere (z.B. Guhl/Merz/Kummer, S. 94) zweifeln überhaupt am Sinn eines Vorvertrages, der sich auf den Abschluss eines spätern Vertrages zwischen den gleichen Parteien richtet (vgl. dazu auch BGE 103 III 107 und 105 III 16).

b. Dem ist entgegenzuhalten: Erstens gibt es den Vorvertrag (Art. 22 OR; Bucher, S. 176 ff.; vgl. z.B. auch Larenz, S. 81), unabhängig davon, ob er den Rechtsgelehrten als sinnvoll erscheint. Und zweitens ist die Unternehmer- und Architektenklausel, wie sie umschrieben wurde und häufig vorkommt, nichts anderes als ein solcher Vorvertrag. Das schliesst zwar nicht aus, dass die Parteien des Grundstückkaufvertrages im Einzelfall etwas anderes vereinbaren können, zum Beispiel:

- den Abschluss eines (bedingten) Bau- oder Architekturvertrages (Gautschi);
- eine Verhandlungspflicht (im Sinne von Dessemontet);
- oder ein Optionsrecht, das den Verkäufer ermächtigt, den Bau- oder Architekturvertrag durch einseitige Erklärung (ohne Mitwirkung des Käufers) in Geltung zu setzen (Larenz, S. 82; Schönenberger/Jäggi, N 24 zu Art. 3 OR).

Was die Parteien aber wirklich vereinbart haben, kann nur durch Auslegung der konkreten Abrede (nicht "in abstracto") entschieden werden.

2. AUSNAHMEFALL: VORVERTRAG ZU GUNSTEN EINES DRITTEN

1. Im Ausnahmefall wird die Unternehmer- oder Architektenklausel nicht zu Gunsten des Verkäufers, sondern eines Dritten vereinbart. Der Verkäufer lässt sich vom Käufer versprechen, dass dieser die Bau- oder Architekturarbeiten einem Dritten (also nicht ihm, dem Verkäufer selbst) vergeben werde. Trifft dies zu, so liegt zwar ebenfalls ein Vorvertrag (Art. 22 OR) vor, jedoch ein Vorvertrag zu Gunsten eines Dritten (Art. 112 OR; BGE 98 II 307 = Beilage 2; ZBJV 93, 1957, S. 325 = Beilage 1; RJN 1969/73, S. 38 f. = Beilage 3; BGr. RJN 1969/73, S. 44 = Beilage 3A; Guhl/Merz/Kummer, S. 95; Wiegand, S. 3). Das bedeutet:

2. Der Käufer ist gegenüber dem Verkäufer verpflichtet, den Bau- oder Architekturvertrag mit dem "begünstigten" Dritten abzuschliessen. Der Verkäufer hat das Recht, diesen Vertragsabschluss zu verlangen (Art. 112 Abs. 1 OR). Merke:

- Ob auch der Dritte ein direktes (selbständiges) Recht auf Vertragsabschluss hat (z.B. BGE 98 II 307 = Beilage 2), bestimmt sich nach der Regel des Art. 112 Abs. 2 OR. Zu bejahen ist ein solches Recht des Dritten nur dann, "wenn dies die Willensmeinung der beiden andern (Käufer und Verkäufer) war, oder wenn es der Übung entspricht (= "echter Vertrag zu Gunsten eines Dritten").
- Auch die Klausel, die einen Dritten (nicht den Verkäufer selbst) "begünstigt", kann eine "schwache" oder "starke" Unternehmer- oder Architektenklausel sein. Doch verpflichtet sie immer nur einseitig den Käufer. Denn Käufer und Verkäufer können eine Abschlusspflicht zu Lasten des Dritten nicht begründen.

3. Ganz anders verhält es sich natürlich im (möglichen, hier aber nicht behandelten) Fall, da der Verkäufer die Klausel nicht im eigenen Namen, sondern als Stellvertreter des Dritten (Art. 32 OR) vereinbart. Alsdann ist der Dritte selber Vertragspartner des Vorvertrages und wird als solcher unmittelbar berechtigt und (allenfalls) verpflichtet. Der betreffende Vorvertrag ist daher kein Vertrag zu Gunsten eines Dritten.

IV. GÜLTIGKEIT

Damit eine Unternehmer- oder Architektenklausel wirksam ist, muss sie alle Gültigkeitserfordernisse eines (Vor-) Vertrages erfüllen. Hervorzuheben sind drei Erfordernisse:

1. Die Klausel muss hinreichend bestimmt sein. Die herrschende Lehre verlangt für den Vorvertrag, dass dieser die wesentlichen Punkte des spätern (Haupt-) Vertrages genügend bestimmt oder bestimmbar macht (BGE 98 II 307 = Beilage 2; v. Tuhr/Peter, S. 275; Gauch/Schluep/Jäggi, Nr. 807; kritisch: Bucher, S. 183 ff.). Dem ist grundsätzlich zuzustimmen, auch für die Unternehmer- und die Architektenklausel.

a. Jedenfalls muss die Klausel, damit sie gültig ist, die zu übertragenden Arbeiten ihrer Art nach bestimmen (z.B. "Baumeisterarbeiten", "sanitäre Installationen", "Generalunternehmung", "Planung", "Bauleitung", "sämtliche Architekturarbeiten"). Durch Auslegung der Klausel muss aber auch bestimmbar sein, auf was für ein

Bauobjekt sich diese Arbeiten beziehen. Bei einer Klausel mit bedingter Verpflichtung dürfte es genügen, wenn die Festlegung des Bauobjekts dem Käufer überlassen wird, von dessen Bauentschluss die Verpflichtung abhängt.

- b. Mit Bezug auf die Höhe der Vergütung braucht die Klausel nichts zu bestimmen. Schweigt sie, so greifen die Art. 374 OR (Festsetzung nach dem Wert der Arbeit und der Aufwendungen) oder Art. 394 Abs. 3 OR (übliche Vergütung) ein.

2. Die Klausel darf keinen unmöglichen, widerrechtlichen oder sittenwidrigen Inhalt haben (Art. 20 Abs. 1 OR). Anlass zu Bemerkungen geben die Widerrechtlichkeit und die Sittenwidrigkeit:

- a. Widerrechtlichkeit. Zur Zeit gibt es keine Norm des schweizerischen Rechts, welche die Vereinbarung einer Unternehmer- oder Architektenklausel an sich verbietet. Somit wäre eine konkrete Klausel nur dann widerrechtlich, wenn sie auf einen widerrechtlichen Bau- oder Architekturvertrag abzielen würde.

Anders im deutschen Recht. Nach Art. 10 des sogenannten Artikelgesetzes (Gesetz zur Verbesserung des Mietrechts und zur Regelung von Ingenieur- und Architektenleistungen, 4.11.1971) ist unwirksam "eine Vereinbarung, durch die der Erwerber eines Grundstücks sich im Zusammenhang mit dem Erwerb verpflichtet, bei der Planung oder Ausführung eines Bauwerks auf dem Grundstück die Leistungen eines bestimmten Ingenieurs oder Architekten in Anspruch zu nehmen".

b. Sittenwidrigkeit. Gewiss ist eine Klausel sittenwidrig, wenn sie nach ihrem konkreten Inhalt den Käufer übermässig bindet (Art. 27 ZGB; Guhl/Merz/Kummer, S. 95; vgl. Gauch/Schluep/Jäggi, Nr. 515). Das dürfte in vielen Einzelfällen zutreffen. Von der Beurteilung des Einzelfalls zu unterscheiden ist jedoch die Grundsatzfrage, ob die Unternehmer- oder Architektenklausel nicht schon an sich (ohne Rücksicht auf ihren konkreten Inhalt) gegen die guten Sitten verstösst.

- Diese Frage ist nach meiner Ansicht zu verneinen. Zwar erweckt allein schon die Koppelung der Klausel mit einem Grundstückkauf berechtigtes Unbehagen (Jäggi, SJZ 69, 1973, S. 301). Auch wird die Freiheit des Käufers (namentlich durch eine unbedingte Bauverpflichtung) in erheblichem Masse beschränkt und das Spiel des freien Wettbewerbes durchkreuzt. Dazu kommen - bei der Architektenklausel - standesrechtliche Bedenken (vgl. SJZ 68, 1972, S. 132), weshalb ausländische Berufsverbände (vorbildlich für den SIA!) die Klausel verbieten (vgl. z.B. Reber, S. 254).
- All das vermag die Sittenwidrigkeit aber noch nicht zu begründen, wenn nicht weitere, erschwerende Umstände hinzutreten (BGHZ 60, S. 28 ff. = Beilage 7). Solche Umstände können z.B. sein: Fehlen "ungebundener" Grundstücke oder "Monopolstellung" eines Architekten (Unternehmers) in einem bestimmten Gebiet. Im letzten Fall bekommt die Frage nach der Zulässigkeit der Klausel noch eine kartellrechtliche Dimension!

3. Die Klausel muss formgültig sein, was allerdings bloss dann ein bemerkenswertes Erfordernis ist, wenn sie einer gesetzlichen Gültigkeitsvorschrift untersteht.

- a. Nur als Vorvertrag (also "isoliert") betrachtet, bedarf die Klausel keiner besondern (gesetzlichen) Form, weil das Gesetz auch für den Hauptvertrag (den Bau- oder Architekturvertrag) keine solche Form vorschreibt (Art. 22 Abs. 2 OR). Damit ist die Formfrage jedoch nicht erledigt (anders: Gautschi, N 22d zu Art. 365 OR): Denn:
- b. Da die Klausel im Rahmen eines Grundstückkaufvertrages vereinbart wird, stellt sich die zusätzliche Frage, ob sie der Formvorschrift des Art. 216 Abs. 1 OR untersteht. Diese Vorschrift verlangt für die Gültigkeit des Grundstückkaufvertrages die öffentliche Beurkundung aller (objektiv und subjektiv) wesentlichen Punkte (Gauch/Schluep/Jäggi, Nr. 445), wozu auch die vom Käufer für das Grundstück versprochene Gegenleistung gehört (BGE 86 II 37; 101 II 331).

Die herrschende Meinung verneint die gestellte Frage, indem sie gestützt auf BGE 86 II 33 ff. annimmt, dass sich der Formzwang des Art. 216 Abs. 1 OR nicht auf die Unternehmer- oder Architektenklausel erstreckt (BGr. RJN 1969/73, S. 44 = Beilage 3A; Gautschi, N 22d zu Art. 365 OR). Die indirekt einschlägigen Bundesgerichtsentscheide sind unklar (vgl. BGE 107 II 216; 90 II 37; 78 II 439). Meines Erachtens bedarf die Klausel sicher dann der öffentlichen Beurkundung, wenn die vom Käufer übernommene Unternehmer- oder Architektenverpflichtung einen Teil der für das Grundstück versprochenen Gegenleistung ausmacht (vgl. BGE 86 II 37; für die bedingte Verpflichtung: BGE 86 II 260 f.). In BGE 86 II 33 ff., auf den sich die herrschende Meinung beruft, war dies gerade nicht der Fall (vgl. S. 40 des Entscheides).

Für den Praktiker ist es ein Gebot der Vorsicht, die Klausel in jedem Fall in die öffentliche Urkunde aufzunehmen. Wird sie zu Unrecht nicht beurkundet, ist der Grundstückkaufvertrag nichtig!

V. DURCHSETZUNG

Wurde eine Unternehmer- oder Architektenklausel gültig vereinbart, so stellt sich die Frage nach ihrer Durchsetzbarkeit.

1. Für den Vorvertrag (Art. 22 OR) im allgemeinen gilt, dass der Berechtigte auf Erfüllung klagen kann, wenn der Verpflichtete seine Abschlusspflicht verletzt. Die Erfüllungsklage richtet sich auf Abgabe der geschuldeten Vertragserklärung; die verweigerte Erklärung des Verpflichteten wird durch richterliches Urteil ersetzt und dadurch der "geschuldete" Hauptvertrag zustandegebracht (BGE 97 II 51 f.; Gauch/Schluep/Jäggi, Nr. 806; Larenz, S. 82; kritisch: Bucher, S. 187 ff.). Für die Unternehmer- und die Architektenklausel aber scheidet diese Möglichkeit praktisch aus. Denn:

2. Die Architektenklausel verpflichtet zum Abschluss eines Architekturvertrages, der nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ein Auftrag ist. Nach Art. 404 OR kann der Auftrag von jeder Seite jederzeit widerrufen (oder gekündigt) werden, und zwar grundsätzlich entschädigungslos (Art. 404 Abs. 1 OR). Schadenersatz ist nur infolge Widerrufs zur Unzeit geschuldet (Art. 404 Abs. 2 OR). Daraus ergibt sich für die Architektenklausel:

a. Die vom Käufer übernommene Architektenverpflichtung kann nicht erzwungen werden. "Es wäre übertriebener Formalismus, vom Käufer die Erteilung eines Auftrages zu fordern, den er nachher sofort widerrufen könnte (BGE 98 II 312 = Beilage 2). Deshalb kann der Käufer schon die Architektenverpflichtung (nicht erst den abgeschlossenen Architekturvertrag) widerrufen (RJN

1969/73, S. 41 = Beilage 3; BGr. RJN 1969/73, S. 44 f. = Beilage 3A), und zwar auch stillschweigend (z.B. durch Verweigerung des Vertragsabschlusses). Macht er von diesem Widerrufsrecht Gebrauch, so schuldet er keinerlei Schadenersatz (BGE 98 II 312 f. = Beilage 2). Ausnahme: Widerruf zur Unzeit (Art. 404 Abs. 2 OR); oder Haftung aus "culpa in contrahendo", wenn der Käufer die Architektenverpflichtung ohne Erfüllungswillen übernommen hat (BGE 98 II 312 f.).

- b. Da Art. 404 OR zwingend ist, kann das Widerrufsrecht des Käufers auch nicht wegbedungen (BGE 98 II 307 f. = Beilage 2) oder durch Konventionalstrafe erschwert werden (BGE 103 II 130; inkonsequent: BGr. SJ 1978, S. 385 ff. = BR 1979, S. 9).

Damit scheint die Architektenklausel ausgespielt zu haben. In der Praxis aber gibt es sie unverändert in solcher Zahl, dass man fast meinen könnte, die Rechtswirklichkeit kümmere sich nicht um die Rechtsprechung (oder umgekehrt). Auch versuchen die Juristen allerhand "Umgehungsgeschäfte", deren Gültigkeit aber zweifelhaft ist. Ein wirklicher Ausweg ergäbe sich nur dann, wenn man (mit guten Gründen!) zur früheren Rechtsprechung zurückkehren und den auf die Herstellung von Plänen (unter Einschluss von Vorprojekt und Skizzen) beschränkten Architekturvertrag wieder dem Werkvertragsrecht unterstellen (also gleich wie den Bauvertrag) behandeln würde (BGE 63 II 176; 64 II 10).

3. Die Unternehmerklausel verpflichtet zum Abschluss eines Werkvertrages. Vom Werkvertrag kann der Besteller nach Art. 377 OR jederzeit, jedoch gegen volle Schadloshaltung des Unternehmers für die entzogene Arbeit (!), zurücktreten. Daraus folgt:

- a. Der Abschluss des (Bau-) Werkvertrages, zu dem sich der Käufer verpflichtet hat, lässt sich nicht erzwingen. Denn gestützt auf Art. 377 OR kann der Käufer nicht erst vom abgeschlossenen Werkvertrag, sondern bereits von der übernommenen Abschlusspflicht zurücktreten (Gautschi, N 22d zu Art. 365 OR).

Macht der Käufer vom genannten Rücktrittsrecht Gebrauch, indem er z.B. den Abschluss des Werkvertrages verweigert, so schuldet er dem "begünstigten" Unternehmer (anders als bei der Architektenklausel!) "volle Schadloshaltung". Ist ein Dritter "begünstigt", nicht aber unmittelbar berechtigt (unechter Vertrag zu Gunsten des Dritten), so kann der Käufer im eigenen Namen den Schaden des Dritten einfordern (Drittschadensliquidation; so jedenfalls: Becker, N 23 zu Art. 112 OR).

- b. Die umschriebene Rechtslage entspricht meistens auch den Vorstellungen der Parteien. Denn für den Fall der Nichterfüllung richtet sich ihr Vertragswille regelmässig gar nicht auf reale Durchsetzung der Klausel, sondern zum vornherein nur auf Schadenersatz (Bucher, S. 188). Mit Rücksicht darauf dürfte es sich rechtfertigen, an die genügende Bestimmtheit der Unternehmerklausel keine allzustrengen Anforderungen zu stellen (Bucher, S. 183 ff.).

VI. EINZELFRAGEN ZUR UNTERNEHMERKLAUSEL

Die Architektenklausel hat nach der gegenwärtigen Rechtsprechung des Bundesgerichts zumindest an rechtlicher Bedeutung eingebüsst. Voll bedeutsam aber bleibt die Unternehmerklausel. Deshalb gilt es abschliessend einige Einzelfragen zu behandeln, die sich zu dieser Klausel stellen. Sie betreffen:

1. Die Auslegung der Klausel. Sie geschieht mit den gewöhnlichen Auslegungsmitteln (Wortlaut/Umstände) und Auslegungsregeln (Jäggi/Gauch, N 344 ff. und N 411 ff. zu Art. 18 OR). Im Zweifel ist die für den Schuldner (hier: den Käufer) günstigere Deutung vorzuziehen ("in dubio mitius"; vgl. Jäggi/Gauch, N 448 zu Art. 18 OR). Deshalb ist bei unsicherem Auslegungsergebnis anzunehmen:

- dass nur eine "schwache" Unternehmerklausel vereinbart wurde, die Verpflichtung des Käufers zur Uebertragung der Bauarbeiten (die Bauverpflichtung) also von seinem Entschluss abhängt, überhaupt zu bauen.
- dass die Verpflichtung zeitlich limitiert ist.
- dass sich die Verpflichtung nur auf die erstmalige Ueberbauung des Grundstücks, nicht auf spätere Umbauten bezieht.
- dass der Käufer nicht gehalten ist, die übernommene Verpflichtung einem Dritterwerber des Grundstückes zu "überbinden".

Dies gilt allerdings nur dann, wenn nicht die Anwendung der Unklarheitsregel ("Im Zweifel gegen den Verfasser") zu einem andern Ergebnis führt (vgl. Jäggi/Gauch, N 460 f. zu Art. 18 OR).

2. Die "Konkurrenzpreise". Vielfach verpflichtet die Klausel den Käufer, die Arbeiten zu ("üblichen", "mittleren", "loyalen") Konkurrenzpreisen zu übertragen, deren Ermittlung die Einholung von Konkurrenzofferten (bisweilen sogar eine Ausschreibung) voraussetzt. Das führt in ein Dilemma. Denn:

Entweder kennen die "Konkurrenten" den Zweck der Offerteinholung; dann ist der Wettbewerb verfälscht und die Erreichung des Zweckes (Ermittlung der Konkurrenzpreise) unmöglich. Oder die zur Offertstellung eingeladenen Unternehmer kennen den Zweck nicht; dann aber handelt der Käufer, der die Offerten einholt, gegen Treu und Glauben und wird aus "culpa in contrahendo" haftbar.

So gesehen, stellt sich zumindest die Frage, ob solche Klauseln nicht schon an Art. 20 OR scheitern, weil die Ermittlung der Konkurrenzpreise entweder unmöglich ist oder dem Käufer ein treuwidriges Verhalten abverlangt.

3. Der Einbezug von SIA-Normen. Grundsätzlich kann der Käufer sich bereits in der Unternehmerklausel verpflichten, bestimmte SIA-Normen (z.B. die Norm 118) in den späteren Bauvertrag zu übernehmen. Die Gültigkeit einer solchen Verpflichtung setzt jedoch voraus, dass der Käufer die Möglichkeit hatte, sich (vor Vereinbarung der Klausel) vom Inhalt der betreffenden Normen in zumutbarer Weise in Kenntnis zu setzen (vgl. BGE 77 II 156; 100 II 209 f.; Gauch/Schluep/Jäggi, Nr. 836).

An dieser Voraussetzung dürfte es im Regelfall fehlen, wenn die Klausel ganz generell auf die "einschlägigen" Normen (oder "Bedingungen") des SIA verweist. Verweist sie gar auf künftige Normen (z.B. auf "die Bedingungen im Zeitpunkt der Vergebung" oder "Arbeitsausführung"), so ist die Voraussetzung sicher nicht erfüllt.

4. Die Abtretung. Kann der Verkäufer (oder der "begünstigte" Dritte) seinen Anspruch auf Abschluss des Bauvertrages einem andern abtreten (Art. 164 ff. OR) ? Die Frage ist grundsätzlich zu verneinen; denn der Anspruch auf Vertragsabschluss, der auf einem Vorvertrag beruht, ist nach der "Natur des Rechtsverhältnisses" (Art. 164 Abs. 1 OR) unabtretbar (Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgem. Teil, Zürich 1979, S. 489; v. Tuhr/Escher, S. 344 f.; anders: BGE 60 III 225 f.). Vorbehalten bleibt der Fall, da die Abtretbarkeit vereinbart wurde.

5. Die Schuldübernahme. Viele Klauseln enthalten eine Abrede, wonach der Käufer die übernommene Bauverpflichtung auf einen allfälligen Dritterwerber des Grundstückes übertragen (ihm "überbinden") muss. Diese Uebertragung geschieht durch Schuldübernahme nach Art. 175 OR. Nach dem Sinn der Abrede ist der Käufer meistens verpflichtet, mit dem Dritterwerber einen echten Vertrag zu Gunsten des Gläubigers zu schliessen, der diesem ein direktes Forderungsrecht gegenüber dem Dritterwerber gibt (Art. 112 Abs. 2 OR).

Von seiner eigenen Verpflichtung befreit wird der Käufer nur dann, wenn dies der Dritterwerber mit dem Gläubiger vereinbart (Art. 176 OR).

6. Die Dauer der Verpflichtung. Die Bauverpflichtung des Käufers dauert bis zu ihrem Erlöschen. Erlöschen kann sie durch Erfüllung, durch Rücktritt des Käufers (Art. 377 OR), durch Ablauf der vereinbarten Zeit (bei zeitlich limitierter Verpflichtung) oder aus andern Gründen. Zum Beispiel erlischt sie auch dann:

- wenn der "begünstigte" Unternehmer sich weigert, den Vertrag abzuschliessen (vgl. Bucher, S. 171, Anm. 6);
- wenn ein Käufer mit nur bedingter Bauverpflichtung, die er ausserdem nicht übertragen muss, vom Bauvorhaben absieht und das Grundstück veräussert (ZBJV 93, 1957, S. 325 = Beilage 1; Vorbehalt: Art. 156 OR);
- wenn die Ausführung der Arbeiten aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen unmöglich geworden ist (Art. 119 OR; SJZ 74, 1978, S. 174 = Beilage 8);
- wenn ein "begünstigter" Unternehmer, der das Werk persönlich auszuführen hätte, zur Ausführung unfähig geworden ist (Art. 379 Abs. 1 OR; vgl. BGE 103 II 54 ff. = Beilage 6).

7. Die Verjährung. Vom Erlöschen der Bauverpflichtung zu unterscheiden ist die Verjährung. Die Verjährungsfrist beträgt zehn Jahre (Art. 127 OR). Zu laufen beginnt die Frist mit der Fälligkeit (Art. 130 OR), grundsätzlich also sofort (Art. 75 OR).

- Haben die Parteien aber für den Abschluss des Bauvertrages einen bestimmten (eventuell "spätesten") Zeitpunkt vereinbart, so beginnt die Verjährung mit diesem Zeitpunkt.
- Bei einer "schwachen" Unternehmerklausel ist die Bauverpflichtung bedingt, indem sie vom Bauentschluss des Käufers abhängt. Deshalb beginnt hier die Verjährung erst mit Eintritt der Bedingung zu laufen (v. Tuhr/Escher, S. 218), wobei meines Erachtens auf den Zeitpunkt abzustellen ist, an dem der Käufer die Arbeiten einem Dritten überträgt (vgl. Dessemontet, S. 490) oder selber an die Hand nimmt. Ist die Verpflichtung des Käufers zeitlich nicht limitiert, so führt dieser späte Beginn der Verjährung zu einer überaus starken (geradezu "ewigen") Belastung des Käufers, was die Frage nach der Unsittlichkeit der Klausel aufwirft (Art. 20 OR / 27 ZGB).