

Zeitschrift: Tec21
Herausgeber: Schweizerischer Ingenieur- und Architektenverein
Band: 127 (2001)
Heft: 4: Landschaft - schafft Land

Artikel: Unentgeltliche Akquisition oder entgeltlicher Auftrag
Autor: Hess-Odoni, Urs
DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-80114>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. [Siehe Rechtliche Hinweise.](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. [Voir Informations légales.](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. [See Legal notice.](#)

Download PDF: 14.03.2025

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

Unentgeltliche Akquisition oder entgeltlicher Auftrag

Die Frage, bis wann Architekten- oder Ingenieur-tätigkeiten unentgeltliche Akquisitionsbemühungen darstellen und wann sie zu honorarpflichtigen Vertragsleistungen werden, bildet ein Dauerthema des Baurechts. Ohne die gefestigte Praxis der Vermutung der Honorarpflicht in Frage zu stellen, drängen sich auf dem Hintergrund der Bau-wirklichkeit doch gewisse Differenzierungen auf.

Obwohl die Rechtsnatur des Architekten- oder Ingenieurvertrages in Lehre und Rechtssprechung umstritten ist¹, gehen wir bei der Diskussion der Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit der Leistungen primär von den Bestimmungen über den Auftrag aus. Die Anwendung der werkvertraglichen Bestimmungen ergäbe aber im Wesentlichen die gleichen Antworten.

Der schweizerische Gesetzgeber hat mit der Formulierung von Art. 394 Abs. 3 OR (Eine Vergütung ist zu leisten, wenn sie verabredet oder üblich ist) die Frage nach der Entgeltlichkeit von Auftragsleistungen offen gelassen. Das schweizerische Recht geht weder von einer Vermutung der Unentgeltlichkeit aus², noch macht es die Entgeltlichkeit zu einem wesentlichen Vertragsmerkmal des Auftrages³. Die Honorierung muss daher entweder (ausdrücklich oder stillschweigend) vereinbart sein oder sich aus der Verkehrsübung ergeben. Sonst ist der Auftrag unentgeltlich.

In Übereinstimmung mit der Wirtschaftswirklichkeit gehen Lehre und Rechtssprechung davon aus, dass die Kommerzialisierung und Professionalisierung des

Dienstleistungsbereiches zu einer faktischen Vermutung für die Entgeltlichkeit von Auftragsleistungen führen⁴. Abweichende Vereinbarungen bleiben aber natürlich jederzeit vorbehalten, wobei solche Unentgeltlichkeitsvereinbarungen formlos, insbesondere auch stillschweigend, getroffen werden können⁵. Zudem bleibt auch die Möglichkeit bestehen, dass in einem bestimmten Bereich eben keine Praxis (Übung) der Honorierung existiert.

Immer dann, wenn klare und ausdrückliche Vereinbarungen vorliegen, stellen sich die hier zu diskutierenden Fragen nicht. Es ist aber branchenüblich, dass sich Architekten- und Ingenieurverhältnisse sehr oft «nahtlos» aus ersten Kontaktaufnahmen und Abklärungen heraus entwickeln, wobei ausdrückliche oder gar klare Abmachungen kaum je getroffen werden. Dementsprechend häufig sind denn auch Diskussionen und Streitigkeiten über die Frage der Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit von Architekten- und Ingenieurleistungen.

Erste Bedingung: Zustandekommen eines Vertrages

Die Regelung von Art. 394 Abs. 3 OR kommt nun natürlich nur zur Anwendung, wenn überhaupt ein Auftrag zwischen Bauherrn (Auftraggeber) und Architekt/Ingenieur (Auftragnehmer) zustandekommen ist⁶. Solange kein Vertrag besteht, kann naturgemäss auch kein Honoraranspruch geltend gemacht werden⁷. Bevor über die Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit diskutiert werden kann, muss daher immer geprüft werden, ob es überhaupt einen Architekten-/Ingenieurvertrag gibt. Dabei liegt die Beweislast für das Vorliegen eines Vertrages klar beim Architekten/Ingenieur, der

einen Honoraranspruch geltend machen will (Art. 8 ZGB).

Für das Zustandekommen eines Architekten-/Ingenieurvertrages gelten die normalen Vorschriften über den Vertragsschluss von Art. 1 ff. OR. Es braucht übereinstimmende gegenseitige Willenserklärungen des Auftraggebers und des Auftragnehmers⁸. Das Auftragsrecht enthält grundsätzlich keine besonderen Vorschriften, denn Art. 395 OR regelt trotz seines umfassenden Marginalen «Entstehung» nur einen Spezialfall zu Art. 6 OR (stillschweigende Annahme einer Vertragsofferte).

Vorgespräche und Vorabklärungen

Wie bei jedem anderen Vertrag (Kauf, Miete, Unternehmerwerkvertrag usw.) gehen auch beim Architekten- und Ingenieurverhältnis einem allfälligen Vertragsabschluss Vorgespräche und Vorabklärungen voraus⁹, die noch nicht unter den Vertrag selber fallen und daher als reine Akquisitionstätigkeiten auch nicht honorierungspflichtig sind¹⁰. Solche Vorgespräche müssen sich naturgemäss bereits auf das vom Bauherrn gewünschte konkrete Bauvorhaben beziehen, denn nur so können die Parameter einer möglichen Zusammenarbeit (Baugrundstück, Raumprogramm, Rahmenbedingungen eines Auftrages wie Baukosten, Ausbaustandard usw., Terminvorstellungen, Honorarvorstellungen usw.) verhandelt und bereinigt bzw. die gegenseitigen Vorstellungen aufeinander abgestimmt werden. Dazu wird der Bauherr dem Architekten/Ingenieur auf jeden Fall gewisse Informationen, Vorstellungen und Wünsche unterbreiten, ohne dass damit bereits der Wille zu einem Vertragsabschluss zum Ausdruck kommt. Es wird auch kaum zu vermeiden sein, dass der Architekt/Ingenieur bereits in diese Vorphase gewisse Konzept- und Projektideen auf den Tisch legt, um seine «Leistungsart und seine Qualitäten» als Verhandlungsargument ins Gespräch zu bringen («zu verkaufen»). Auch dies stellt nicht automatisch eine stillschweigende Willenserklärung zum Vertragsabschluss dar.

Aus diesem Grund muss klar festgestellt werden, dass aus dem Nachweis solcher konkreter Gespräche und Verhandlungen zwischen einem Bauherrn und einem Architekten/Ingenieur noch nicht zwingend auf das Zustandekommen eines Vertrages geschlossen werden kann. Mit dem Nachweis solcher konkreter Gespräche kann der Architekt/Ingenieur somit seine Beweislast für das Zustandekommen eines Vertrages eindeutig noch nicht erfüllen. Es braucht mehr.

Selbstverständlich ist zu beachten, dass die für einen Vertragsabschluss notwendigen übereinstimmenden gegenseitigen Willensäusserungen gemäss Art. 1 Abs. 1 OR nicht nur ausdrücklich, sondern auch stillschweigend bzw. konkludent vorgenommen werden können¹¹. Dies bedeutet, dass aus den unverbindlichen, noch nicht zum Vertrag gehörenden Vorgesprächen und «Vorleistungen» ohne formellen Akt ein Vertrag entstehen kann, wenn dies dem Willen der beiden Vertragsparteien entspricht. Dies ist dann der Fall, wenn die Fortsetzung der Vorgespräche dem gegenseitig ausgedrückten Willen beider Parteien entspricht, nun wirklich miteinander eine vertragliche Beziehung einzuge-

hen. Obwohl damit logisch-strukturell ein genau definierter Zeitpunkt, nämlich der Zeitpunkt des Konsenses im Sinne von Art. 1 OR gegeben und massgebend ist, erscheint der Übergang von aussen als unscharf und fliegend, so dass er beweismässig nur schlecht nachzuweisen ist. Es ist auch zu beachten, dass das Zustandekommen eines Konsenses und damit der Abschluss eines Vertrages keineswegs zu vermuten sind. Dies gilt generell, aber in bezug auf Architekten- und Ingenieurverträge auch deshalb, weil in der heutigen Wirklichkeit des Baumarktes gescheiterte Akquisitionsbemühungen durchaus häufig und üblich sind. Werden überdies in diesem Zusammenhang bzw. in dieser Phase Ausdrücke wie «unverbindlich» oder «ohne Verpflichtung» gebraucht, so sind sie ein starkes Indiz, dass noch kein Vertrag zustande gekommen ist¹². Gegen einen Vertragsabschluss fällt auch ins Gewicht, wenn der Bauherr in dieser Phase noch mit mehreren Architekten oder Ingenieuren Kontakt hat und verhandelt, denn es ist nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge nicht anzunehmen, dass er mehr als einen Architekten- oder Ingenieurvertrag für sein Bauvorhaben abschliessen will. Ebenso ist nicht zu vermuten, dass der Bauherr schon einen Vertrag schliessen will, bevor er sich überhaupt für ein Baugrundstück entschieden oder dieses erworben hat¹³.

Diese Beweisschwierigkeiten wirken sich immer zu Lasten des Architekten oder Ingenieurs aus, der ein Honorar beanspruchen will und daher die Beweislast für den Konsens trägt. Kann er diesen nicht klar nachweisen, so muss der Richter seine Forderung im Zweifel abweisen.

Bestätigung

Es ist dem Architekten oder Ingenieur daher dringend zu empfehlen, dem Bauherrn sofort schriftlich zu bestätigen, wenn er den Auftrag als zustande gekommen und seine Leistungen als honorarpflichtig betrachtet¹⁴. Tut er dies nicht, so muss er mit einer hohen Wahrscheinlichkeit auf ein Honorar verzichten. Eine solche Bestätigung hat zwar nicht den gleichen Beweiswert wie eine ausdrückliche Vereinbarung, sie verbessert aber die Beweissituation des Architekten oder Ingenieur doch wesentlich. Hätte der Bauherr nämlich eine andere Auffassung, so müsste er dies nach Treu und Glauben kundtun und den Inhalt des Briefes zurückweisen. Dadurch würde auf jeden Fall Klarheit geschaffen.

Skizze einer Bestätigung des Architekten

Sehr geehrter Herr A

Es freut mich, dass Sie mir im Rahmen der gestrigen Besprechung den Auftrag erteilt haben, in einer ersten Phase für ihr mögliches Bauvorhaben auf dem Grundstück xxx Skizzen und Vorprojektstudien zu erarbeiten sowie erste Kostenüberlegungen anzustellen.

Gerne werde ich Ihren Auftrag zu den Bedingungen der Ordnung SIA 102 für Leistungen und Honorare der Architekten erfüllen.

Ich freue mich auf die Zusammenarbeit und grüsse Sie freundlich.

Zusammenfassend muss man betonen, dass aus den ersten konkreten Gesprächen zwischen einem Bauherrn und einem Architekten/Ingenieur noch nicht auf das Vorliegen eines Auftrages geschlossen werden kann. Damit gibt es für diese Phase auch keine faktische Vermutung der Entgeltlichkeit. Wenn dem Architekten oder Ingenieur nicht der klare Beweis für das Zustandekommen eines Konsenses gelingt, muss er daher mit seiner Honorarforderung scheitern. Die Situation der Architekten und Ingenieure ist in der Akquisitionsphase nicht besser als diejenige irgendeiner anderen Person, die im Hinblick auf einen möglichen Vertragsabschluss Vorleistungen erbringt.

Das Gleiche würde auch gelten, wenn der Architekten- oder Ingenieurvertrag dem Werkvertragsrecht unterstellt würden. Auch dort ist ein Werklohn nur dann geschuldet, wenn ein Werkvertrag durch gegenseitige übereinstimmende Willensäußerungen des Bestellers und des Unternehmers überhaupt zustande gekommen ist. Auch dann trägt der Unternehmer, welcher den Werklohn fordert, dafür die Beweislast für den Konsens über den Abschluss des Werkvertrages.

Wann besteht die faktische Vermutung der Entgeltlichkeit bei einem Architekten- oder Ingenieurvertrag?

Nach der gefestigten sowie richtigen Lehre und Rechtsprechung besteht, gestützt auf Art. 394 Abs. 3 OR, eine faktische Vermutung der Entgeltlichkeit, wenn einmal das Zustandekommen eines Vertrages nachgewiesen ist. Dies gilt für die Architekten- und Ingenieurverträge genauso wie für andere Arten von kommerziellen Aufträgen. Diese Vermutung baut auf der grundsätzlich berechtigten Annahme auf, dass solche Leistungen üblicherweise nur gegen Entgelt erbracht werden.

Beweispflicht für die Üblichkeit eines Honorars

Diese Grundannahme der Entgeltlichkeit der Architekten- und Ingenieurleistungen muss aber auf dem Hintergrund der Bauwirklichkeit immer wieder überprüft werden. Sie darf nicht einfach als Glaubenssatz vorausgesetzt werden. Konkret ist es so, dass der Architekt oder Ingenieur, welcher sich auf die Übung der Entgeltlichkeit beruft, dafür die Beweislast trägt (Art. 8 ZGB). Wird diese Übung in einem konkreten Fall vom Bauherrn und Auftraggeber bestritten, so muss der Architekt oder Ingenieur diese Übung nicht bloss substantiiert und konkret für die fragliche Leistungsphase behaupten¹⁵, sondern auch beweisen¹⁶. Im Zweifelsfall hat der Richter gegen die Entgeltlichkeit zu entscheiden.

Stillschweigende Vereinbarung der Unentgeltlichkeit

Es ist – unabhängig davon ob man diese Entwicklung begrüsst oder ablehnt – in der Bauwirklichkeit Mode und Übung (je nach der Sichtweise Sitte oder Unsitte, aber doch immerhin Realität) geworden, dass viele Architekten und teilweise auch Ingenieure am Anfang eines Vertrages Leistungen «auf Risiko» bzw. «ohne Kostenfolgen» erbringen. Das bedeutet, dass sie die Leistung auf eigene Kosten und ohne Verrechnung an

den Bauherrn erbringen, um damit eine gute Ausgangssituation für einen weiteren Auftrag zu erhalten. Oftmals besteht eine Art Konkurrenzsituation, in der mehrere Architekturbüros nebeneinander ganze Vorprojekte oder doch Vorprojektstudien erstellen, wobei für alle Beteiligten klar ist, dass diese nur dann zu honorieren sind, wenn der Bauherr sich überzeugen lässt und gestützt darauf einen honorarpflichtigen Weiterbearbeitungsauftrag erteilt. Bejaht man für eine solche Situation das Vorliegen eines Auftrages¹⁷, so kann jedenfalls nicht gesagt werden, für derartige Leistungen sei die Honorierung üblich. Dabei ist zu beachten, dass auch Lehre und Rechtsprechung die Möglichkeit der stillschweigenden Vereinbarung der Unentgeltlichkeit ausdrücklich vorsehen¹⁸. Darum dürfte es dem Architekten oder Ingenieur unter Berücksichtigung der konkreten Marktverhältnisse äusserst schwer fallen, den Beweis zu erbringen, dass für solche Arbeiten der ersten Phase (erste Skizzen, Vorprojektstudien, Vorprojekte, erste Kostenüberlegungen) eine Honorierung üblich sei. Auch wenn noch keine faktische Vermutung der Unentgeltlichkeit besteht und nachgewiesen werden kann, fehlt es realistisch betrachtet am Beweis einer Übung der Entgeltlichkeit. Dies aber ist entscheidend.

Wiederum ist den Architekten und Ingenieuren daher dringend zu empfehlen, vorgängig zu solchen Leistungen eine schriftliche Bestätigung an den Bauherrn abzugeben, falls sie solche Leistungen honoriert haben möchten¹⁹. Ohne ein solches Dokument dürfte ein Honoraranspruch für die Anfangsleistungen (Vorprojektstudien, Vorprojekt) kaum durchzusetzen sein.

Honorierung für die weiteren Teilleistungen

Anders ist die Situation dagegen für die nachfolgenden Leistungen, nämlich für die Teilleistungen der Projekt-, der Vorbereitungs-, der Ausführungs- sowie der Abschlussphase. Hier kann ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass die Honorierung branchenüblich ist. Solche umfassenden Arbeiten haben mit Akquisition nichts mehr zu tun und sind auch in der heutigen Bauwirklichkeit ganz allgemein zu honorieren.

Situation bei der Werkvertragsqualifikation

Wie ist nun aber die Frage der Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit von Anfangsleistungen zu beurteilen, wenn man den Architektenvertrag dem Werkvertragsrecht unterstellt? Hier ist vorab zu beachten, dass der Werkvertrag begriffswesentlich entgeltlich ist. Soll eine Leistung unentgeltlich erbracht werden, so fällt sie selbst dann unter das Auftragsrecht, wenn sie sonst dem Werkvertragsrecht zuzuordnen wäre²⁰. Dabei hat wiederum der Architekt oder der Ingenieur die Beweislast für das Zustandekommen eines Werkvertrages durch einen Konsens, der alle begriffswesentlichen Merkmale des Vertrages umfasst. Damit muss wiederum die Üblichkeit der Vergütung bewiesen werden, wenn keine klare Vereinbarung nachgewiesen werden kann. Somit ergeben sich die genau gleichen Probleme und Schwierigkeiten wie bei einer Auftragsqualifikation des Architekten-/Ingenieurvertrages.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die allgemein anerkannte faktische Vermutung der Entgeltlichkeit der Architekten- und Ingenieurleistungen aufgrund der Bauwirklichkeit in der Anfangsphase eines Vertragsverhältnisses noch nicht spielen kann. Hier liegt immer noch die Beweislast für die Entgeltlichkeit beim Architekten oder Ingenieur, der sich den entsprechenden Beweis sichern muss, wenn er sich vor Enttäuschungen bewahren will. Die herrschende Lehre und Praxis muss daher auf dem Hintergrund der Bauwirklichkeit präzisiert werden. Damit besteht für die Architekten und Ingenieure ein Handlungs- und Klarstellungsbedarf.

Urs Hess-Odoni, Dr. iur., Rechtsanwalt und Notar,
Luzern

Anmerkungen

- 1 Die Qualifikation schwankt zwischen reinem Auftrag, reinem Werkvertrag und einem aus Werkvertrag und Auftrag gemischten Vertragsverhältnis: BK-Fellmann, N. 179 ff. zu Art. 394 OR; OR-Weber, BS-Komm. N. 31 zu Art. 394; Gauch, Vom Architekturvertrag, seiner Qualifikation und der SIA 102 in Gauch/Tercier, Das Architektenrecht, N. 26 ff.; Hess, Der Architekten- und Ingenieurvertrag, S. 18
- 2 Diese Vermutung bestand auf der Basis der römisch-rechtlichen Mandatskonstruktion und hat auch noch im schweizerischen Recht gewisse Spuren hinterlassen: BK-Gautschi, N. 70 zu Art. 394 OR; BK-Fellmann, N. 364 zu Art. 394 OR; Guhl/Merz/Druey, Das Schweizerische Obligationenrecht, S. 495)
- 3 BK-Fellmann, N. 367 zu Art. 394 OR
- 4 OR-Weber, BS-Komm., N. 35 zu Art. 394
- 5 BK-Fellmann, N. 388 zu Art. 394 OR; OR-Weber, BS-Komm., N. 35 zu Art. 394
- 6 Das Gleiche gilt für den Werklohnanspruch gemäss Art. 374 OR, der ebenfalls nur zum Tragen kommt, wenn wirklich ein Werkvertrag vorliegt.
- 7 Gauch, Vom Architekturvertrag, seiner Qualifikation und der SIA 102 in Gauch/Tercier, Das Architektenrecht, N.20, wobei sich Gauch hier allerdings vor allem mit dem Problem der formell zustande gekommenen, aber wirkungslosen (unverbindlichen) Verträge befasst.
- 8 von Tuhr/Peter, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I, § 24; BK-Fellmann, N. 13 ff. zu Art. 395 OR
- 9 Je nach den Verhältnissen können die dadurch entstehenden Aufwendungen sehr umfangreich sein. Als Beispiel sei auf den Offertaufwand für eine grössere Baumeisterofferte verwiesen, die allenfalls sogar mit einer Unternehmervariante verknüpft wird.
- 10 Unter ganz bestimmten und engen Voraussetzungen können solche vorvertraglichen Bemühungen und Aufwendungen allenfalls unter dem Titel «culpa in contrahendo» entschädigt werden. Das hat aber mit der hier zu diskutierenden Frage nichts zu tun.
- 11 OR-Bucher, BS-Komm., N. 17 ff. zu Art. 1; BK-Fellmann, N. 16 zu Art. 395 OR
- 12 Diese Aussage wird durch BGE 64 II 19 nicht widerlegt. In jenem Präjudiz ging das Bundesgericht von der Existenz eines Architektenvertrages aus, so dass es lediglich die Frage prüfte, ob der vom Bauherrn verwendete Begriff «sans engagement» die faktische Vermutung der Entgeltlichkeit bei einem bestehenden Auftrag widerlege und daher als «kostenlos» zu interpretieren sei. Abgesehen davon, dass dieses ältere Bundesgerichtsurteil durchaus auf Kritik gestossen ist (Gauch, vom Architekturvertrag, seiner Qualifikation und der Ordnung SIA 102 in Gauch/Tercier, Das Architektenrecht, N. 14), müsste dieser Begriff «sans engagement» eben völlig anders gewichtet werden, wenn es um die Frage des Zustandekommens oder Nichtzustandekommens eines Vertrages überhaupt geht.
- 13 Natürlich kann es in einem konkreten Fall anders sein, das wäre aber zu beweisen, da es nicht der Usanz und nicht der allgemeinen Erfahrung entspricht.
- 14 z.B. in einem Brief, in welchem der Architekt oder Ingenieur für den erteilten Auftrag dankt und verspricht, diesen nach den Regeln und zu den Honorarkonditionen der massgebenden SIA-Ordnung abzuwickeln. Es liegt aber in der Natur der Sache, dass dieser Brief nicht eingeschrieben zugestellt werden kann, so dass gewisse Beweisprobleme bleiben.
- 15 Selbstverständlich genügt dabei nicht der Hinweis auf Lehre und Rechtssprechung zum Architekten- und Ingenieurvertrag bzw. zum Auftrag im Allgemeinen. Es muss vielmehr in tatsächlicher Hinsicht dargelegt werden, dass in der Bauwirklichkeit solche Leistungen normalerweise («üblicherweise») honoriert werden.
- 16 BK-Fellmann, N. 382 zu Art. 394 OR
- 17 Was allerdings nur mit Zurückhaltung anzunehmen ist und jedenfalls nur dann bejaht werden darf, wenn der Architekt oder Ingenieur des Auftragskonsens nachweisen kann.
- 18 BK-Fellmann, N. 369 und 388 zu Art. 394 OR; OR-Weber, BS-Komm., N 35 zu Art. 394
- 19 vgl. vorne N.14
- 20 Teilweise wird auch die These eines unentgeltlichen, im Gesetz nicht geregelten Innominatkontrakts vertreten (vgl. OR-Zindel/Pulver, BS-Komm., N. 6 zu Art. 363). In Anbetracht von Art. 394 Abs. 2 OR ist aber von einem Auftrag auszugehen.