

# Rechtsprechung

## Zurück zum Geist-Werkvertrag!

Prof. Peter Gauch, Freiburg

**Anmerkung zum BGE vom 15. Februar 1983, veröffentlicht in der Pra 1983 399 ff.**

### A. Der Werkvertrag

1. «Durch den Werkvertrag verpflichtet sich der Unternehmer zur Herstellung eines Werkes und der Besteller zur Leistung einer Vergütung.» Mit dieser Formulierung umschreibt Art. 363 OR den gesetzlich geregelten Werkvertrag. Dessen typische Leistung besteht in der «Herstellung eines Werkes»: in der **Leistung von Arbeit mit einem bestimmten Arbeitserfolg**. Der durch Vereinbarung bestimmte Erfolg gehört mit zum Gegenstand der vom Unternehmer geschuldeten Leistung. Er besteht in einem Arbeitsergebnis (z. B. einer Mauer, einer Heizungsanlage) und bildet das Werk im Sinne des Werkvertragsrechts, das der Unternehmer nach Art. 363 OR schuldet.

Pointiert ausgedrückt, schuldet der Unternehmer nach dem Gesagten nicht nur ein Werk (ein «Wirken»), sondern ein Werk<sup>1</sup>. Nicht nur Arbeit schuldet er, sondern auch den Arbeitserfolg. Die Arbeit (die «Tätigkeit») ist also nicht als solche geschuldet (BGE 98 II 302), sondern als Mittel für den zu erarbeitenden Erfolg<sup>2</sup>. Dadurch unterscheidet sich der Werkvertrag von andern Arbeitsleistungsverträgen des Gesetzes (namentlich vom Einzelarbeitsvertrag und vom einfachen Auftrag), bei denen der Arbeitspflichtige zwar ebenfalls zur Leistung von Arbeit, nicht aber auf den Arbeitserfolg verpflichtet ist<sup>3</sup>.

2. Da jede menschliche Arbeit zielgerichtet ist, lässt sich nicht immer mit Bestimmtheit sagen, ob nur die Arbeit oder auch der Arbeitserfolg geschuldet sei<sup>4</sup>. Schon aus diesem Grund können im Einzelfall zusätzliche Abgrenzungs-

kriterien eine wichtige Rolle spielen<sup>5</sup>. Je persönlicher z. B. die geschuldete Arbeit und je ausgeprägter nach der Natur des konkreten Vertrages das vorausgesetzte Vertrauensverhältnis der Parteien ist, desto eher liegt (mit Rücksicht auf Art. 404 OR) ein Auftrag (nicht ein Werkvertrag) vor. Und was den Widerstreit zwischen Werkvertrag und Einzelarbeitsvertrag betrifft, so löst er sich häufig schon deshalb zugunsten des Einzelarbeitsvertrages, weil im konkreten Fall der Arbeitspflichtige dem Berechtigten subordiniert, die Arbeitspflicht eine (auf bestimmte oder unbestimmte Zeit bestehende) Dauerschuld und die Vergütung nach Zeit bemessen ist<sup>6</sup>. Doch darf bei alledem nicht übersehen werden, dass es auch Werkverträge gibt, die auf einem starken Vertrauensverhältnis der Parteien beruhen oder bei denen der Unternehmer ähnlich wie ein Arbeitgeber nach Weisungen des Bestellers arbeitet oder nach der aufgewendeten Arbeitszeit vergütet wird.

### B. Der Entscheid vom 15. Februar 1983 und seine Vorgeschichte

3. Das Werk, das der Unternehmer herzustellen hat (Ziff. 1), kann jedenfalls in einem körperlichen Arbeitserfolg bestehen, also ein körperliches (stoffliches) Werk sein (z. B. eine Maschine, eine Mauer, eine Spundwand, ein Dach, ein Fabrikneubau). Kommt aber, so fragt es sich, auch ein unkörperliches (geistiges) Werk als Gegenstand der werkvertraglichen Unternehmerleistung in Betracht? **Kann also der Werkvertrag auch ein Geist-Werkvertrag<sup>7</sup> sein?** Mit dieser Frage befasst sich das Bundesgericht im französischsprachigen Entscheid vom 15. Februar 1983. Der Entscheid ist zur amtlichen Publikation bestimmt, wurde bis anhin aber erst in der Praxis (in deutscher Übersetzung) veröffentlicht (Pra 1983 399 ff.). Um seine Bedeutung zu verstehen, muss kurz auf die Vorgeschichte zurückgegriffen werden:

4. Bis zu BGE 98 II 311 hat das Bundesgericht in langjähriger Rechtsprechung immer wieder angenommen, dass das vom Unternehmer geschuldete Werk ein körperlicher oder unkörperlicher

<sup>1</sup> v. Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. 3, München und Leipzig 1917, S. 591 f.

<sup>2</sup> Doch gehört sie ebenfalls zum Schuldinhalt (vgl. v. Gierke, Jherings Jahrb. 1914, S. 396; missverständlich: BGE 98 II 302).

<sup>3</sup> Zum Einzelarbeitsvertrag (Art. 319 OR) vgl. z. B. Vischer, SPR VII/1, S. 285; zum einfachen Auftrag (Art. 394 OR): Pra 1983 399 f.; BGE 59 II 261 ff.; BJM 1975 193 f.; ZR 51 (1952) Nr. 78, S. 135; Hofstetter, SPR VII/2, S. 19 und 23).

<sup>4</sup> Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Band II, 12. Aufl., München 1981, § 53 I, S. 277.

<sup>5</sup> Vgl. z. B. Vischer, SPR VII/1, S. 305.

<sup>6</sup> Vgl. BGE 73 I 420 f.; BJM 1972 172 f.; ZWR 1969 32.

<sup>7</sup> Der Ausdruck stammt (soweit ich sehe) von Jäggi, SJZ 69 (1973) 302.

perlicher Arbeitserfolg («un certain résultat matériel ou immatériel») sein könne (BGE 83 II 529; 70 II 218; 59 II 263). Mit **BGE 98 II 311** wurde dann die Praxis geändert. Als Werke im Sinne des Werkvertragsrechts will das Gericht in diesem Entscheid nur noch körperliche (stoffliche) Werke anerkennen. Wer sich dagegen zu immateriellen (geistigen) Leistungen verpflichtet, kann nicht Unternehmer eines Werkvertrages sein. Vielmehr untersteht er nach BGE 98 II 311 dem Auftragsrecht, sofern nicht ein anderes Vertragsverhältnis (namentlich ein Einzelarbeitsvertrag) vorliegt. Das gilt z. B. für den Architekten, selbst wenn er nur Pläne anfertigt; ferner für den Geologen, den Ingenieur und den Anwalt. Pläne und Gutachten sind kein körperliches Werk, sondern das Ergebnis geistiger Arbeit und damit ein unkörperlicher Arbeitserfolg, mögen sie auch durch gegenständliche Ausdrucksmittel (Schreib- und Zeichenpapier) wahrgenommen werden (so: BGE 98 II 311).

Mit dieser Praxisänderung war *der Geist-Werkvertrag tot*. Die Änderung wurde vom Bundesgericht in Semjud 100(1978) 392 bestätigt. Sie fand Gefolgschaft bei kantonalen Gerichten und einem Teil der Lehre<sup>8</sup>. Andererseits stiess sie aber auch auf Kritik<sup>9</sup>. Die Kritik ist berechtigt, schon mit Rücksicht auf die Gesetzesmaterialien<sup>10</sup>, aber auch sonst. Denn:

- Das Bundesgericht begründet seine Praxisänderung in BGE 98 II 311 vor allem mit dem Argument, dass nur für körperliche (stoffliche) Werke die werkvertragsrechtliche Mängelhaftung in Frage komme. Doch ist kein Grund ersichtlich, weshalb die Anwendung der werkvertraglichen Bestimmungen über die Mängelhaftung (Art. 367–371 OR) bei unkörperlichen Werken ausgeschlossen sein soll. Ein derartiger Grund wird in BGE 98 II 311 auch nicht genannt. Und in der Judikatur finden sich zahlreiche (Gegen-)Beispiele, in denen die erwähnten Bestimmungen – mit durchaus sachgerechtem Ergebnis – auch auf geistige Werke angewendet werden<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> Vgl. z. B. LGVE 1980, I, Nr. 562, S. 629; ZWR 1980 253f. = BR 1982, S. 13, Nr. 2; ZWR 1972 336; Hofstetter, SPR VII/2, S. 21; Gautschi, SJZ 70 (1974) 21 ff.

<sup>9</sup> Vgl. z. B. VPB 1980, Nr. 17, S. 62 ff. = BR 1981, S. 13, Nr. 7; Gauch, Der Unternehmer im Werkvertrag, 2. Aufl., Zürich 1977, Nr. 17 ff.; Jäggi, SJZ 69 (1973) 301 ff.; Schlupe, SPR VII/2, S. 903 f.; Steffen, BR 1982, S. 48 ff.

<sup>10</sup> Ergänzungsbotschaft zur Revision des Obligationenrechts, BBl 1909 III 752.

<sup>11</sup> Vgl. z. B. SJZ 67 (1971) S. 112, Nr. 49; 45 (1949) S. 327, Nr. 151; 44 (1948) S. 310 f., Nr. 107; JdT 98 (1950) I 348; ZBJV 54 (1918) 463.

- Soll der Werkvertrag, wie das Bundesgericht in BGE 98 II 311 annimmt, bloss körperliche Werke erfassen, so hat der Rechtsanwendende jeweils zu entscheiden, ob ein bestimmter Arbeitserfolg «körperlich» ist oder nicht. Da nun aber jedes Werk immer auch das Ergebnis einer geistigen Leistung darstellt, sind die Übergänge vom körperlichen zum geistigen Werke fließend, weshalb eine Einordnung («körperliches» oder «geistiges» Werk) in vielen Fällen nur schwer zu treffen ist. Die Schwierigkeit der Abgrenzung zeigt sich auch darin, dass weder Lehre noch Rechtsprechung verlässliche Abgrenzungskriterien entwickelt haben.

5. Die Kritik der Lehre wurde vom Bundesgericht gehört. Im **Entscheid vom 15. Februar 1983** qualifiziert das Gericht die Arbeit eines Geometers («consistant à représenter sur plan la topographie d'un lieu») als Werkleistung (Pra 1983 401). Und in Übereinstimmung mit einem früheren, unveröffentlichten Urteil (vom 22. Dezember 1981) hält es kurz und bündig fest, dass die in BGE 98 II 311 vertretene Ansicht über die Natur des Werkes unrichtig war: «L'opinion, selon laquelle le contrat d'entreprise ne peut avoir pour objet que le résultat d'un travail portant sur une chose matérielle était erronée. L'ouvrage, au sens des art. 363 ss. CO, peut au contraire revêtir une forme aussi bien matérielle qu'immatérielle» (vgl. Pra 1983 400).

### C. Der Kommentar

6. Somit hat das Bundesgericht seine Praxis erneut geändert. **Der Geist-Werkvertrag ist wieder auferstanden**. Das ist zu begrüssen, und zwar in zweifacher Hinsicht:

- Einmal von der Sache her, weil es Werkverträge über unkörperliche (geistige) Werke tatsächlich gibt. Auch das Ergebnis einer immateriellen (z. B. wissenschaftlichen oder künstlerischen) Leistung ist durchaus geeignet, Gegenstand der werkvertraglichen Unternehmerleistung zu sein<sup>12</sup>. So kann die «Herstellung eines Werkes» (Art. 363 OR) z. B. darin bestehen, dass der Werkunternehmer Baupläne ausarbeitet (vgl. Ziff. 9).

<sup>12</sup> Vgl. z. B. Becker, N 4 zu Art. 363 OR; Jäggi, SJZ 69 (1973) 301 ff.; Oser/Schönenberger, N 1 ff. zu Art. 363 OR; entschieden anders aber: Gautschi, Vorbem. zu Art. 363–379 OR, N 1 und N 4; N 63 zu Art. 394 OR.

einen Verkaufsprospekt gestaltet, das Land vermisst<sup>13</sup>, Photo- oder Filmaufnahmen macht<sup>14</sup>, Begleittexte komponiert<sup>15</sup>, ein Filmmanuskript verfasst<sup>16</sup>, Software individuell entwickelt und einbaut.

- Zu begrüssen ist der Entscheid vom 15. Februar 1983 aber auch deswegen, weil sich das Gericht unverblümt dazu bekennt, in BGE 98 II 311 geirrt zu haben. Ein Bundesgericht, das über genügend Autorität verfügt, um eigene (als unrichtig erkannte) Positionen wieder aufzugeben, verdient Anerkennung und lässt zugleich hoffen, dass in andern Fragen ebenfalls eine Entwicklung möglich bleibt.

Was man bedauern möchte, ist einzig der Umstand, dass das Gericht im genannten Entscheid seine erneute Praxisänderung nur wenig begründet, sondern diesbezüglich auf die «überzeugenden Erwägungen» («aux arguments pertinents») im unveröffentlichten (!) Urteil vom 22. Dezember 1981 verweist (vgl. Pra 1983 400). Einen zusätzlichen Grund fügt es den unveröffentlichten (und daher unbekannt) Erwägungen allerdings doch hinzu, indem es ausführt: «Le contrat d'entreprise, qui ne peut pas être résilié en tout temps par l'entrepreneur mais peut l'être par le maître, en général contre indemnité (art. 377 CO), prend en considération l'intérêt légitime que peuvent avoir les contractants au respect de leur engagement quant à l'exécution à terme d'un ouvrage. Si l'on devait exclure du contrat d'entreprise les ouvrages immatériels, en les soumettant au droit du mandat, les parties ne pourraient obtenir la protection de cet intérêt» (vgl. Pra 1983 400).

Dieser «Zusatzgrund», wonach Werkvertragsrecht zur Anwendung kommen soll, um das unpassende Auftragsrecht zu vermeiden, verliert indes an Überzeugungskraft, wenn man auch im Gebiete der Arbeitsleistungen Innominatkontrakte anerkennt. Gerade das tut aber das Bundesgericht nicht. Vielmehr nimmt es in seiner jüngeren Rechtsprechung und auch im hier erörterten Entscheid an, dass gemäss Art. 394 Abs. 2 OR jeder Vertrag auf Arbeitsleistung, der unter keinen besondern Vertragstypus des Gesetzes falle, als einfacher

Auftrag zu behandeln sei (Pra 1983 399; BGE 106 II 159; 104 II 110 f.). Diese Ansicht hat zwar den Wortlaut des Gesetzes für sich, verkennt jedoch, dass es nicht Sinn und Zweck des Art. 394 Abs. 2 OR sein kann, Verträge unter das Auftragsrecht zu zwingen, für welche die Regeln des Auftragsrechts unangemessene Lösungen bringen<sup>17</sup>. Schon deshalb muss es im Gebiete der Arbeitsleistungen Platz für Innominatkontrakte geben, die nicht dem Auftragsrecht unterstehen<sup>18</sup>. Ob es wohl vermessen ist, auch in diesem Punkt auf eine Praxisänderung des Bundesgerichts zu hoffen? Die Vertragspraxis, die sich nicht in das Schema der gesetzlich geregelten Arbeitsleistungsverträge pressen lässt, würde es der Gerichtspraxis danken!

7. Mit der Feststellung, dass es Werkverträge über geistige Werke gibt (Ziff. 6), ist noch nichts gesagt zur Frage, ob sich *jeder* unkörperliche (geistige) Erfolg eignet, ein Werk im Sinne des Werkvertragsrechts zu sein. Diese Frage muss verneint werden. **Einschränkungen** drängen sich in zweifacher Hinsicht auf:

- Erstens kann ein unkörperlicher Arbeitserfolg nur dann als Werkleistung geschuldet sein, wenn er sich seiner Natur nach überhaupt als Arbeitsergebnis versprechen lässt. Nicht «versprechbar» in diesem Sinne sind z. B. der Lehr-, der Prozess- und der Heilerfolg, weil derartige Erfolge ihrer Natur nach auch von unwägbareren Faktoren abhängen, über die der Verpflichtete zum vornherein keine Macht hat. Deshalb fällt der (private) Unterrichtsvertrag als Werkvertrag ausser Betracht. Gleiches gilt für den Anwaltsvertrag über die Führung eines Prozesses; ferner für den Vertrag, worin sich der Arzt (oder Zahnarzt) gegenüber dem Patienten zur Heilbehandlung verpflichtet.
- Zweitens setzen die Regeln des Werkvertragsrechts (insbesondere jene über die Ablieferung und Prüfung des Werkes) voraus, dass der unkörperliche Erfolg doch eine «gewisse Körperlichkeit» erlangt, indem er (wie z. B. ein Bauplan) dauernde Gestalt in einer Sache (z. B. einem Schriftstück, einem Modell, einem Tonträger oder einem elek-

<sup>13</sup> Vgl. Ziff 5; ausserdem: VPB 1980, Nr. 17, S. 62 ff. = BR 1981, S. 13, Nr. 7; ZR 73 (1914) Nr. 5, S. 13.

<sup>14</sup> BJM 1975 193 f.; ZR 73 (1974) Nr. 67, S. 166 f.; 40 (1941) Nr. 115, S. 308 f.

<sup>15</sup> SJZ 70 (1974) S. 143 ff., Nr. 25.

<sup>16</sup> ZR 63 (1964) Nr. 134, S. 329.

<sup>17</sup> Hofstetter, SPR VII/2, S. 26.

<sup>18</sup> Zutreffend: BGE 107 II 216 ff. (vgl. recht 1983 95 f.); 83 II 530; vgl. auch Bucher, ZSR 102 (1983) II 322 ff.; Gauch/Schluemp/Jäggi, Nr. 493; Guhl/Merz/Kummer, S. 445 und 459; Pedrazzini, SPR VII/1, S. 505, Anm. 28; Schluemp, SPR VII/2, S. 813, Anm. 170; Vischer, SPR VII/1, S. 313. Anders aber Gautschi, Vorbem. zu Art. 363-379 OR, N. 7.

tronischen Datenspeicher) annimmt<sup>19</sup>. In der Praxis wurde diesem Erfordernis nicht immer Rechnung getragen. Vielmehr gibt es zahlreiche Urteile, die sich nicht an die Einschränkung halten, sondern z. B. die folgenden Verträge als Werkverträge qualifizieren: den Vorstellungsbetriebsvertrag<sup>20</sup>, den Musikanten-, Orchester- und Artistenvertrag<sup>21</sup>, den Sportveranstaltungsvertrag zwischen Veranstalter und Besucher<sup>22</sup>. Diese Urteile werden zwar in den Erwägungen des hier besprochenen Entscheides gedeckt (Pra 1983 400 f.). Dennoch sind sie abzulehnen. Sie verkennen den Werkbegriff des Art. 363 OR, der sich richtig nur unter Berücksichtigung der gesamten Werkvertragsordnung bestimmen lässt.

Die zweifache Einschränkung setzt dem Anwendungsbereich des Werkvertragsrechts eine richtige Grenze, hat aber nicht zur Folge, dass sämtliche Verträge, die deswegen keine Werkverträge sind, unter das Recht des einfachen Auftrages fallen. Denn solche Verträge können (entgegen der Rechtsprechung des Bundesgerichts) auch Innominatkontrakte sein, die sich dem Auftragsrecht entziehen (Ziff. 6 a. E.). Wer diese Möglichkeit verneint (es also mit dem Bundesgericht hält), der sieht sich oft gezwungen, einen Vertrag nur deshalb als Werkvertrag zu qualifizieren, weil sonst unpassende Regeln des einfachen Auftrages zur Anwendung kämen.

#### D. Die Qualifikation des Architekturvertrages

8. Dass es den Geist-Werkvertrag gibt, hat Bedeutung vor allem auch für die Qualifikation des Architekturvertrages, der von einem selbständigen Architekten mit dem Bauherrn abgeschlossen wird. Seine rechtliche Einordnung ist **seit Jahren umstritten**. Der Streit hängt damit zusammen, dass zur Tätigkeit des Architekten die verschiedenartigsten Einzelleistungen gehören und es *den* Architekturvertrag mit immer gleichem Inhalt gar nicht gibt. In BGE 98 II 311 f. (Ziff. 4) wurde der Architekturvertrag in all seinen Erscheinungsformen vorbehaltlos dem Auftragsrecht unterstellt, da ein Werkver-

trag über geistige Werke ausgeschlossen sei. Im Entscheid vom 15. Februar 1983 hat das Bundesgericht zwar zum Geist-Werkvertrag zurückgefunden, aber ausdrücklich offen gelassen, wie es sich mit der Qualifikation des Architekturvertrages verhält (vgl. Pra 1983, S. 401).

9. Wie verhält es sich? Bei der Beantwortung dieser Frage ist auszugehen von der früheren Rechtsprechung des Bundesgerichts (BGE 93 II 313; 89 II 406; 64 II 10), die sich (bis zu BGE 98 II 311 f.) durch **drei Grundsätze** (BGE 63 II 176 ff.) leiten liess.

– *Erster Grundsatz*: Ist der entgeltliche Architekturvertrag im Einzelfall ein blosser Planungsvertrag, der sich auf die Herstellung von Plänen (von «Skizzen und Bauprojekten, ... Ausführungs- und Detailplänen») beschränkt, so handelt es sich um einen Werkvertrag (BGE 63 II 176; 64 II 10). Dieser erste Grundsatz verdient Zustimmung<sup>23</sup>. Denn mit der Herstellung von Plänen schuldet der Architekt einen unkörperlichen Arbeitserfolg, der dauernde Gestalt in einer Sache annimmt und deshalb (bei Entgeltlichkeit) Gegenstand einer werkvertraglichen Unternehmerleistung ist (Ziff. 6 und 7).

– *Zweiter Grundsatz*: Die «Herstellung von Kostenvoranschlägen, die Vergebung von Arbeiten und die Oberaufsicht, sowie die Revision» bilden Gegenstand eines einfachen Auftrages (BGE 63 II 177). Dieser zweite Grundsatz verdient wiederum Zustimmung<sup>24</sup>, jedoch nur mit der Einschränkung, dass die entgeltliche Ausarbeitung eines Kostenvoranschlages eine Werkleistung darstellt<sup>25</sup>. Von den übrigen Architektenleistungen, die das Bundesgericht dem Auftrag zuordnet, besteht dagegen keine in der «Herstellung eines Werkes» (Art. 363 OR), das der Architekt seinem Kunden schuldet. Das gilt namentlich auch für die Bauleitung (die «Oberleitung» und die «örtliche Bauführung»<sup>26</sup>). Zwar trägt der Architekt durch die erwähnten Leistungen zur Errichtung einer Baute bei. Die Ausführung des Bauwerks aber ist nicht ihm, sondern den Bauunter-

<sup>19</sup> v. Büren, II, S. 143 f.; KGf, VS 1958, Nr. 41, S. 117; anders: BGE 70 II 218; 59 II 263.

<sup>20</sup> BGE 80 II 34; 70 II 218.

<sup>21</sup> BGr. Semjud 83 (1961) 162; 75 (1953) 259 f.; SJZ 62 (1966) S. 329, Nr. 188; JdT 108 (1960) I 92 f.

<sup>22</sup> Semjud 94 (1972) 518; SJZ 48 (1952) S. 365, Nr. 149; ZR 56 (1957) Nr. 101, S. 201.

<sup>23</sup> Vgl. Becker, N 5 zu Art. 363 OR; Oser/Schönenberger, N 19 zu Art. 363 OR; v. Büren, II S. 143 f., Anm. 69; Jäggi, SJZ 69 (1973) 305; Schlupe, SPR VII/2, S. 904; Steffen, BR 1982, S. 51. Anders aber: BGE 98 II 311 f.; Gautschi, N 43 a zu Art. 394 OR.

<sup>24</sup> Vgl. Gautschi, N 43 a zu Art. 394 OR; Jäggi, SJZ 69 (1973) 305; Oser/Schönenberger, N 19 zu Art. 363 OR.

<sup>25</sup> Vgl. Becker, N 5 zu Art. 363 OR; Oser/Schönenberger, N 19 zu Art. 363 OR.

<sup>26</sup> SIA-Ordnung 102, Art. 18.2.

nehmern übertragen. Sie gehört nicht zum Schuldinhalt des Architekturvertrages.

- *Dritter Grundsatz:* Werden «alle Funktionen miteinander einem Architekten übertragen», so stellt sich der Architekturvertrag insgesamt als einfacher Auftrag dar «mit der Massgabe, dass nötigenfalls die Spezialvorschriften des Werkvertrages aushülfsweise herangezogen werden dürfen» (BGE 63 II 177 ff.; 89 II 406; 93 II 313). Auch dieser dritte Grundsatz ist richtig. Übernimmt ein Architekt sämtliche Architektenleistungen (mindestens aber die Planung und Bauleitung), so rechtfertigt sich eine einheitliche Behandlung seines Vertrages. Denn ein solcher Gesamtvertrag bildet von seinem Ziel her eine Einheit. Er vereinigt die Einzelleistungen des Architekten zu einer geistigen Gesamttätigkeit, durch die der Architekt zur Errichtung einer Baute beiträgt. Doch wird vom Architekten weder die Baute selbst geschuldet; noch schuldet er mit seiner Gesamttätigkeit einen sonstigen Erfolg, der ein Werk im Sinne des Werkvertragsrechts wäre. Damit entzieht sich der Gesamtvertrag den Regeln des Werkvertragsrechts, während sich seine Qualifikation als einfacher Auftrag (nicht als Innominatkontrakt) rechtfertigt. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass der Planungsvertrag, für sich genommen, die Merkmale eines Werkvertrages aufweist. Denn:

Im Gesamtvertrag richtet sich (nach dem typischen Vertragswillen der Parteien) die Planungstätigkeit des Architekten nicht auf selbständig (und separat) geschuldete Arbeitserfolge, sondern geht als Teil der Gesamttätigkeit im Ganzen auf. Eine Aufsplitterung des Ganzen in Einzelleistungen mit rechtlich differenzierter Behandlung wird dem Sachverhalt nicht gerecht, weil die geschuldete Gesamttätigkeit qualitativ etwas anderes ist als die Summe der einzelnen Verrichtungen<sup>27</sup>. Der Vorbehalt des Bundesgerichts, wonach «nötigenfalls die Spezialvorschriften des Werkvertrages aushülfsweise herangezogen werden dürfen», wurde vom Gericht selber nie konkretisiert. Er kann nur (aber immerhin) soweit eingreifen, als einzelne Dispositivnormen des Auftragsrechts nicht mit dem konkret vereinbarten Vertragsinhalt harmonisieren<sup>28</sup>, dafür Werkvertragsrecht passt.

**10.** Soweit dem Gesagten zufolge Auftragsrecht zur Anwendung gelangt, kommt auch **Art. 404 OR** zum Zug, der sowohl dem Auftragnehmer als auch dem Auftraggeber ein Recht zur jederzeitigen Vertragsauflösung gibt (Abs. 1) und eine Schadenersatzpflicht nur für die Auflösung zur Unzeit vorsieht (Abs. 2). Nach fester Meinung des Bundesgerichts hat diese Vorschrift zwingenden Charakter (BGE 106 II 159 f.; 104 II 111; 103 II 130), was gewiss für unentgeltliche und für «höchstpersönliche» Aufträge passt<sup>29</sup>. Für andere Verträge, namentlich auch für den Auftrag des Architekten, ist aber ein Grund für die zwingende Anwendung des Art. 404 OR kaum ersichtlich, weshalb hier abweichende Abreden der Parteien vorgehen sollten<sup>30</sup>. Dass sich ein jederzeitiges Auflösungsrecht für den Architektenauftrag geradezu aufdrängen würde<sup>31</sup>, trifft unter keinem Gesichtspunkt zu. Umgekehrt ist es aber auch nicht so, dass das Auflösungsrecht für jeden Architektenauftrag zum vornherein unangemessen ist<sup>32</sup>.

**11.** Welchen Weg das Bundesgericht eingeschlagen wird, bleibt abzuwarten. Folgerichtig (und richtig) wäre es, wenn das Gericht auch hinsichtlich des Architekturvertrages von BGE 98 II 311 f. abweichen und den Planungsvertrag wiederum dem Werkvertragsrecht unterstellen würde. Was sich aber vor allem aufdrängt, ist eine Änderung der Rechtsprechung zu Art. 394 Abs. 2 und Art. 404 OR! Durch die Ablehnung von Innominatkontrakten im Gebiete der Arbeitsleistungen und die vorbehaltlos zwingende Anwendung des Art. 404 OR auf jeden Auftrag werden die Privatautonomie der Parteien und die Entscheidungsfreiheit des Gerichts in unnötiger Weise beschränkt. Diese Fesseln gilt es zu sprengen, damit die Praxis wieder praktischer wird!

<sup>29</sup> Jäggi, SJZ 69 (1973) 304.

<sup>30</sup> Vgl. z. B. Becker, N 8 zu Art. 404 OR; Bucher, ZSR 102 (1983) II 325 f.; Friedrich, ZBJV 91 (1955) 475 ff.; Ruppert, SJZ 66 (1970) 284 f.

<sup>31</sup> So: Reber, Rechtshandbuch für Bauunternehmer, Architekt und Bauingenieur, 4. Aufl., Zürich 1983, S. 248.

<sup>32</sup> Anders: Schlupe, SPR VII/2, S. 904 und 906.

<sup>27</sup> Vgl. demgegenüber Bucher, ZSR 102 (1983) II 325.

<sup>28</sup> Jäggi/Gauch, N 514 ff. zu Art. 18 OR.