

Erfolgsbezug bei Werkvertrag und Auftrag

Rechtsanwalt PD Dr. ARNOLD F. RUSCH LL.M.

BJM 2013, 285 ff.

I. Gängige Abgrenzung zwischen Werkvertrag und Auftrag

Das Bundesgericht nimmt die Abgrenzung zwischen Werkvertrag und Auftrag nach der *objektiven Gewährleistungsfähigkeit* im Sinne der *objektiven Überprüfbarkeit des Erfolgs* vor.¹ Im universitären Unterricht ist das Beispiel der Haarimplantation und der Haarverlängerung gängig. Die Implantation fällt wegen der Unsicherheit, ob der Körper die fremden Haare abstößt, unter den Auftrag. Die Haarverlängerung ist hingegen objektiv garantiefähig, weshalb der Unternehmer sie als Werk im Sinne des Art. 363 OR verspricht.² Dieses Abgrenzungskriterium ist nur vordergründig klar. Kann der Arzt nicht auch die Haarimplantation als *Erfolg des Erfolgs*³ auf dem Kopf bleiben? Aber auch bei der **[BJM 2013, 285/286]** Haarverlängerung ist die Zufriedenheit mit der neuen Frisur als Endziel und *Erfolg des Erfolgs* nicht objektiv garantiefähig. Bei der Anwaltstätigkeit zeigt sich dasselbe Bild. Ist nicht auch die Prozessführung als solche in Form der Teilnahme an den Verhandlungen und an den Schriftenwechseln bereits ein Erfolg, unabhängig vom Prozessgewinn?⁴ Hat wenigstens der Anwalt, der seinem Klienten den Prozessgewinn verspricht, einen Werkvertrag geschlossen? Oder weist vielleicht das Erfolgshonorar auf das Vorliegen eines Werkvertrags hin?

Das Kriterium der objektiven Garantiefähigkeit klingt einfach, doch fehlt die Trennschärfe, weil der Beauftragte diverse *Teilschritte* zum objektiv nicht garantiefähigen Erfolg sehr wohl als garantiefähige Erfolge versprechen könnte und im Gegenzug auch bei objektiv garantiefähigen Ergebnissen stets weitere Motive und Erwartungen existieren, die kaum objektiv garantiefähig sind. Wie muss das ideale Abgrenzungskriterium lauten? Es sollte im Alltag nicht viel Zeit benötigen, um die Rechtsnatur eines Vertrages zu bestimmen, weil lange Abklärungen ineffizient sind. Der Vorzug gebührt einfachen oder vielleicht sogar verkürzenden, heuristisch inspirierten Abgrenzungen,⁵ die die Notwendigkeit komplizierter Würdigungen anhand eines „*Indizienstrausses*“⁶ mit Ermessenskomponenten vermeiden. Die nachfolgenden Erwä-

¹ Vgl. Urteil BGer 4C.28/2001, E. 2c, Urteil BGer 4A_51/2007, E. 4.3, Urteil BGer 4C.165/2005, E. 3, BGE 130 III 458 ff., 461 f., BGE 127 III 328 ff., 329 f.

² Vgl. Urteil BGer 4P.65/2004, E. 1.4 und 1.4.1.

³ Diese Terminologie bei VON BÜREN BRUNO, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Zürich 1972, 123.

⁴ Vgl. STAUDINGER-RICHARDI REINHARD, Eckpfeiler des Zivilrechts, Dienstvertrag, Berlin 2012 (zit. STAUDINGER-RICHARDI), N 11; vgl. TILLMANNS KERSTIN, Strukturfragen des Dienstvertrages, Jus privatum 121, Habil. Köln 2005, Tübingen 2007, 38.

⁵ Vgl. zur Heuristik in der Gesetzgebung RUSCH ARNOLD F., Recht einfach – Heuristik und Recht, Le-Ges 2012, 337 ff. und Rechtsscheinlehre, Habil. Zürich 2010, 21 ff.

⁶ Vgl. GREINER STEFAN, Grenzfragen des Erfolgsbezugs im Werkvertragsrecht, AcP 2011, 248, m.w.H.; vgl. die diversen Kriterien bei DESSEMONTET FRANÇOIS, Les contrats de service, ZSR 1987 II 213 f.

gungen widmen sich zuerst vertieft der Problematik des Erfolgsbegriffs, um später Alternativen aufzuzeigen und zu analysieren.

II. Begriff des Erfolgs

1. Erfolg, Erfolg des Erfolgs und Erfolgsbezug als Garantie

Die gängige Abgrenzung anhand des objektiv garantiefähigen Erfolgs ist insofern richtig, als sie auf die *objektive* Garantiefähigkeit [BJM 2013, 286/287] abstellt. Es wäre immer möglich, subjektiv etwas zu *garantieren*, auch wenn man weiß, dass man den Erfolgseintritt höchstens begünstigen, nicht aber sicher herbeiführen kann.⁷ Hat die Partei, die den Erfolg versprochen hat, nicht gewusst, dass sie den Erfolg gar nicht mit Sicherheit herbeiführen kann, so trifft sie ein ebenfalls haftungsbegründendes Übernahmeverschulden.⁸ In beiden Fällen ist der Erfolg dennoch als solcher nicht klagbar, während bei einem Werkvertrag der Erfolg durch Verzugsrecht, Nachbesserung oder Neuerstellung des Werks klagbar ist. Folge des Garantievertrags ist, dass der Garant bei Nichterfolg seiner Tätigkeit unabhängig von einem Verschulden schadenersatzpflichtig wird, was wiederum nicht der gesetzlichen Ausgestaltung des Werkvertrags entspricht.⁹ Jede Klage auf Realerfüllung in Form der Herbeiführung der Heilung oder des Prozessgewinns kann keinen Erfolg haben, weil es nicht möglich ist, jemanden zu einer Heilung oder zu einem Sieg im Prozess zu verpflichten.¹⁰ Möglich ist einzig, für die Unmöglichkeit verschuldensfrei einstehen zu wollen.¹¹ Dies ist der Unterschied zwischen objektiver und subjektiver Garantiefähigkeit, die man trotz vielfältiger Schwierigkeiten – ab wann ist ein Erfolg überhaupt objektiv garantierbar? – in den Griff bekommen könnte.

Viel gravierender ist jedoch das vorgelagerte Grundproblem, dass die Vertragsgestaltung jede Tätigkeit *als Werk* oder *als Wirken* beschreiben kann und sich jedes Wirken auf ein näheres oder ferneres Ziel richtet.¹² Eine Putzequipe kann die *Reinigung* oder *saubere Räume* versprechen. Die Opernsängerin verspricht das [BJM 2013, 287/288] Singen oder den Gesang,¹³ der Arzt das Operieren (*Tätigkeit*), die Operati-

⁷ Vgl. GREINER (FN 6), AcP 2011, 230; vgl. BK-KOLLER ALFRED, Berner Kommentar, Bd. VI/2/3/1, Der Werkvertrag, Art. 363-366 OR, Bern 1998 (zit. BK-KOLLER), OR 363 N 64 ff., 177 f., 185; vgl. zum ähnlichen Problem beim Kauf in BGE 122 III 426 ff., 430.

⁸ Vgl. GREINER (FN 6), AcP 2011, 233.

⁹ Art. 368 Abs. 1 OR; vgl. BK-KOLLER (FN 7), OR 363 N 176 ff., 181, der nur für die „*unbedingte Erfolgsgarantie*“ eine Schadenersatzpflicht ohne Verschulden annimmt, nicht aber für normale Garantien; vgl. allgemein zum Auftrag mit Erfolgsgarantie CHK-GEHRER CAROLE/GIGER GION, in: Amstutz Marc et al. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2. A., Zürich 2012 (zit. CHK-VERFASSER), OR 394 N 4, m.w.H. und BK-FELLMANN WALTER, Berner Kommentar, Bd. VI/2/4, Der einfache Auftrag, Art. 394-406 OR, Bern 1992 (zit. BK-FELLMANN), OR 394 N 104.

¹⁰ Vgl. BK-KOLLER (FN 7), OR 363 N 180, 182.

¹¹ Vgl. BK-KOLLER (FN 7), OR 363 N 181 f., der dies als „*unbedingte Erfolgsgarantie*“ bezeichnet; vgl. GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG/EMMENEGGER SUSAN, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 9. A., Zürich 2008, N 3930; vgl. BUCHER EUGEN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil (ohne Deliktsrecht), 2. A., Zürich 1988, 421.

¹² Gut beschrieben bei VON BÜREN (FN 3), 124.

¹³ Vgl. TILLMANNS (FN 4), 16.

on (*Erfolg*) oder die Heilung (*Erfolg des Erfolgs*).¹⁴ Einzig die Heilung als Hoffnung ist nicht objektiv garantiefähig. Doch auch bei Tätigkeiten, die nach bisheriger Auffassung eindeutig als Werkverträge gelten, kann man ohne Probleme objektiv nicht garantiefähige Erfolge hinzudenken. Die Seilbahnfahrt auf den Aussichtsberg ist eindeutig ein objektiv garantiefähiger Erfolg, doch wer möchte schon dafür einstehen, dass oben auch wirklich die Sonne scheint, wie es alle Touristen erwarten?¹⁵ Der Besuch eines Restaurants erfolgt kaum nur wegen des vorgesetzten Essens, sondern weil man sich erhofft, dass man es essen und verdauen kann, dass es schmeckt und zu guten Unterhaltungen führt. Alle über die blosse Vorsetzung des Essens hinausgehenden Erwartungen kann der Wirt nicht objektiv garantieren.¹⁶ Dass man das vorgesetzte Essen nicht verträgt, kommt vielleicht ähnlich häufig vor wie das Ausbleiben des Heilungserfolgs beim Arzt. Der Genuss des Essens ist wie die Heilung bei der ärztlichen Behandlung als *Erfolg des Erfolgs* zu betrachten.

2. Erfolgsbezug durch Entlohnungsart

Es ist ausserhalb des Anwendungsbereichs des BGFA¹⁷ denkbar, ein reines Erfolghonorar für Tätigkeiten zu vereinbaren, bei denen der Erfolgseintritt unsicher ist. So erhält auch der Auftrag einen Erfolgsbezug, doch mutiert er dadurch zum Werkvertrag? Tritt der erwünschte Erfolg nicht ein, muss der Klient immerhin nichts bezahlen, was dem werkvertraglichen Konzept in Art. 372 OR entspricht. Bei der Gewährleistung und beim Verzugsrecht zeigt sich indes der Unterschied. Der gescheiterte Auftrag mit Erfolgshonorar berechtigt nicht zu den werkvertraglichen Gewährleistungs-, Erfüllungs- und Verzugsklagen, da es sich nicht um [BJM 2013, 288/289] eine Leistungsstörung handelt.¹⁸ Das Erfolgshonorar ist lediglich *ein* werkvertragliches Element, das sich ins Auftragsrecht einbringen lässt.¹⁹ Ein Arbeitsvertrag mit Erfolgsentlohnung wandelt sich ebenfalls nicht zum Werkvertrag. Genauso ist es möglich, auftragsrechtliche Elemente in den Werkvertrag zu schmuggeln, wenn eine Entlohnung ganz oder teilweise nach Zeitaufwand geschuldet ist, ohne am Erfolgsbezug etwas zu ändern.²⁰ Doch bleibt je nach Abrede der Eintritt des unsicheren und nicht garantiefähigen Erfolgs auch hier von Bedeutung, weil er der Weiterführung einen Riegel

¹⁴ Vgl. GREINER (FN 6), AcP 2011, 224; vgl. WEBER GERALD, Die Unterscheidung von Dienstvertrag und Werkvertrag, Diss. München 1977, 43-58; vgl. NIKISCH ARTHUR, Die Grundformen des Arbeitsvertrags und der Anstellungsvertrag, Schriften des Institutes für Arbeitsrecht an der Universität Leipzig, Heft 11, Berlin 1926, 46, 48; als vager Vorschlag bei Urteil BGer 4C.28/2001, E. 2c; a.M. WENDEHORST CHRISTIANE, Das Vertragsrecht der Dienstleistungen im deutschen und künftigen europäischen Recht, AcP 2006, 241.

¹⁵ Dieses Beispiel bei WEBER (FN 14), 50.

¹⁶ Dieses Beispiel bei VON BÜREN (FN 3), 124.

¹⁷ Art. 12 lit. e BGFA.

¹⁸ Vgl. CHK-GEHRER/GIGER (FN 9), OR 394 N 4.

¹⁹ Vgl. BK-KOLLER (FN 7), OR 363 N 132; GREINER (FN 6), AcP 2011, 245; vgl. BGH, Urteil vom 26. Januar 1995 - VII ZR 49/94 in NJW-RR 1995, 855 ff., 855, E. II.2b; vgl. Urteil BGer 4A_427/2011, E. 3 und 4A_683/2011, E. 5.3.

²⁰ Vgl. die Beispiele bei GREINER (FN 6), AcP 2011, 243 (Kostendach, keine Abgeltung von Mehraufwand bei zwischenzeitlichem Scheitern); vgl. umfassend dazu WEBER (FN 14), 58-63; vgl. STAUDINGER-RICHARDI (FN 4), Eckpfeiler, Dienstvertrag, N 12; vgl. BGH, Urteil vom 1. Februar 2000 - X ZR 198/97, NJW 2000, 1107 f., 1107, E. IV.2.a.

schiebt.²¹ Dies muss aber nicht zwingend so sein. Je nach den Umständen sind mehrere Erfolge hintereinander denkbar, ohne dass dies den Vertrag beendet.

III. Alternative Abgrenzungskriterien

1. Abnahme-, Prüfungs- und Rügeobliegenheit

Eine weitere Abgrenzung könnte anhand der *Abnahme-, Prüfungs- und Rügeobliegenheit* erfolgen, die das Auftragsrecht nicht kennt. Das Bundesgericht begründet damit die gängige Abgrenzung nach der Garantiefähigkeit des Erfolgs: „*Die Anwendung der werkvertraglichen Gewährleistungsregeln mit den strengen Prüfungs- und Rügeobliegenheiten (...) erscheint indessen nicht als sachgerecht, wenn das Ergebnis eines Gutachtens nicht objektiv gemessen und bewertet werden kann (...). Ein Gutachtervertrag ist daher als Auftrag zu qualifizieren, wenn die Richtigkeit des Ergebnisses nicht objektiv garantiefähig ist.*“²² Könnte man die sinnvolle Möglichkeit einer Abnahme und Prüfung nicht direkt zum Abgrenzungskriterium zwischen Auftrag und Werkvertrag machen? [BJM 2013, 289/290] Die Antwort ist ja, doch folgt die zwingende Einschränkung, dass man von der überkommenen Definition des Erfolgs und der ebensolchen Einordnung des Arzt- oder Anwaltsvertrags wegkommen muss. Ob ein Arzt oder ein Anwalt sorgfältige Arbeit geleistet hat, lässt sich objektiv messen, bewerten und insbesondere auch abnehmen im Sinne des Art. 370 Abs. 1 OR – unabhängig vom *Erfolg des Erfolgs*, der ein aleatorisches Element aufweist. Die Erfassung der ärztlichen und anwaltlichen Tätigkeit als Werkvertrag wäre ungewohnt, ebenso die daraus resultierende Notwendigkeit der Abnahme und Rüge, die man nur bei körperlichen Werken erwartet.²³

2. Gegenleistungsgefahr

Eine alternative Abgrenzungsformel könnte wie folgt lauten: *Wer trägt die Gegenleistungsgefahr?*²⁴ Beim Werkvertrag ist es der Unternehmer (Art. 376 Abs. 1 OR), beim Auftrag der Auftraggeber. Dies trifft die gängigen Tätigkeitsformen von Arzt und Anwalt wie bisher als Auftrag. Das Honorar ist unabhängig davon geschuldet, ob der Heilungserfolg oder der Prozessgewinn sich einstellt, solange die Beauftragten *lege artis* vorgegangen sind. Eine grosse Schwäche liegt allerdings darin, dass die Abgrenzungsfrage ausgerechnet nach einer *Rechtsfolge* fragt.²⁵ Um die Antwort geben zu können, muss man *vorgängig* abklären, ob es sich um einen Auftrag oder einen Werkvertrag handelt. Doch verträgt sich diese Abgrenzung mit den Fällen des Auf-

²¹ Vgl. GREINER (FN 6), AcP 2011, 227.

²² Vgl. Urteil BGer 4C.28/2001, E. 2c; vgl. zur Prüfung und Rüge als Problem bei strittiger Qualifikation des Vertrags BK-FELLMANN (FN 9), OR 394 N 329; vgl. VON BÜREN (FN 3), 124 f. und 143 f., der wegen der Sachgewährleistungsvorschriften für den Werkvertrag „*eine Körperlichkeit von materieller oder immaterieller Art*“ verlangt.

²³ Früher verlangte das Bundesgericht beim Werkvertrag ein körperliches Werk, vgl. BGE 98 II 305 ff., 311 und die Aufgabe dieser Rechtsprechung in BGE 109 II 34 ff., 37 ff.; vgl. auch WEBER (FN 14), 46.

²⁴ Vgl. WERRO FRANZ, *Le mandat et ses effets*, Habil. Fribourg 1993 = *Travaux de la faculté de droit de l'université de Fribourg suisse*, Vol. 128, N 161; vgl. GREINER (FN 6), AcP 2011, 241; vgl. STAUDINGER-RICHARDI (FN 4), *Eckfeiler, Dienstvertrag*, N 11.

²⁵ Vgl. WENDEHORST (FN 14), AcP 2006, 242.

trags mit Erfolgshonorar oder mit zusätzlicher „Erfolgsgarantie“? Die Regelung der Gegenleistungsgefahr ist dispositiv und folglich, so sie das einzige Abgrenzungskriterium bleibt, qualifikationsbildend. Sie taugt zur Abgrenzung somit nicht, es sei denn, jeder Auftrag mit Erfolgshonorar fällt automatisch unter den Werkvertrag. Die Frage nach dem Gegenleistungsrisiko baut überdies auf der untauglichen Definition und der ebensolchen Verneinung des Er- [BJM 2013, 290/291] folgs auf. Die Frage nach dem Gegenleistungsrisiko fragt nicht nach dem *Erfolg*, sondern nach dem *Erfolg des Erfolgs*.²⁶ Das Problem zeigt sich insbesondere darin, dass die klassischen Arzt- und Anwaltsverträge auch einen Erfolg ausweisen, nämlich die medizinische Behandlung und die Prozessführung als solche. Die Behandlung dieser Verträge als Werkverträge wäre durchaus angebracht, die Frage nach dem Gegenleistungsrisiko auch beim Arzt- und Anwaltsvertrag richtig lösbar. Stirbt der Patient während der Operation, wäre dies nach herkömmlicher Ansicht nach Auftragsrecht zu würdigen: Die Erben des verstorbenen Patienten schulden bis zu dessen Tod heilungsunabhängig das Honorar des Arztes. Sieht man darin einen Werkvertrag, weil die Operation als *Erfolg* geschuldet ist, nicht aber die Heilung als *Erfolg des Erfolgs*, so müsste man die angefangene Operation bis zum Tod als ebenso vergütungspflichtig betrachten (Art. 378 OR).²⁷ Stirbt er *nach* sorgfältig durchgeführter Operation, wäre der Lohn ohnehin geschuldet (Art. 372 OR).

3. Steuerungsrecht

Könnte man Werkvertrag und Auftrag nach dem Grad der Steuerung auseinanderhalten?²⁸ Tatsächlich darf der Beauftragte von Weisungen im Rahmen des Auftragsrechts nicht ohne tatsächliche oder hypothetische Erlaubnis abweichen, wenn die Einholung der tatsächlichen Erlaubnis nicht tunlich ist (Art. 397 Abs. 1 OR). Abweichungen gehen nur in Ordnung, wenn der Beauftragte deren Folgen übernimmt (Art. 397 Abs. 2 OR). Beim Werkvertrag ist es zwar auch möglich, dem Unternehmer Weisungen zu geben, doch sind diese eher am Rande bei der Verantwortlichkeit erwähnt – der Besteller verliert die Gewährleistung, wenn der Mangel sich auf seine Weisungen zurückführen lässt und der Unternehmer ihn diesbezüglich abgemahnt hat (Art. 369 OR). Daraus könnte man den Umkehrschluss ziehen, dass die Steuerung durch Weisungen nur beim Auftrag wirklich vorgesehen ist, während der Unternehmer beim Werkvertrag sogar die Verant- [BJM 2013, 291/292] wortung für die Zweckmässigkeit der Bestellerweisungen übernehmen muss. Die Unterscheidung erfolgt indes wiederum nach *Rechtsfolgen* und ist deshalb nur bedingt tauglich.²⁹ Der Unterschied ist aber auch auf der Rechtsfolgenseite zu gering, so überhaupt einer besteht. Auch beim Auftrag besteht eine Abmahnungspflicht, die sich aus der Treuepflicht ableiten lässt (Art. 398 Abs. 2 OR).

²⁶ Vgl. dazu GREINER (FN 6), AcP 2011, 241, 246, der dies als „*wirtschaftlichen Erfolg*“ bezeichnet.

²⁷ Vgl. WENDEHORST (FN 14), AcP 2006, 259.

²⁸ Vgl. dazu WENDEHORST (FN 14), AcP 2006, 244 f.

²⁹ Ebenso HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht, Zürich 2012, N 3136; vgl. BUCHER EUGEN, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil. 3. A., Zürich 1988 (zit. BUCHER, OR BT), 203; vgl. auch WERRO (FN 24), N 162.

4. Notwendigkeit der zeitlichen Begrenzung

TILLMANNS beschreibt in ihrer Habilitation das Kriterium der „*Notwendigkeit der zeitlichen Begrenzung*“³⁰ das schon WEBER³¹ und NIKISCH³² behandelten. Dass die zeitliche Erfassung der Entlohnung oder die zeitliche Einschränkung als solche kein taugliches Abgrenzungskriterium abgibt, ist angesichts der Möglichkeit des Erfolgshonorars beim Auftrag und der Aufwandsentlohnung beim Werkvertrag evident. Ist es aber nur bei Auftrag *notwendig*, eine zeitliche Begrenzung einzuführen, weil der Beauftragte sonst ewig tätig sein könnte? Er könnte ewig tätig sein, weil der Erfolg beliebig oft oder vielleicht auch gar nie eintritt. Dem Werkvertrag als „*gegenständlich bestimmte und begrenzte Arbeit*“³³ kann man auf diese Weise den Arbeitsvertrag und den Auftrag entgegenhalten. Beim Arbeitsvertrag ist die zeitliche Begrenzung ein Element der Legaldefinition: „...verpflichtet sich der Arbeitnehmer auf bestimmte oder unbestimmte Zeit...“ (Art. 319 Abs. 1 OR). Der Auftrag ist – vereinfacht dargestellt – ein Arbeitsvertrag [BJM 2013, 292/293] ohne Subordination.³⁴ Als Dauerverträge bedürfen beide der zeitlichen Begrenzung, die Art. 404 Abs. 1 OR beim Auftrag zwingend sicherstellt. Das Kriterium der Notwendigkeit der zeitlichen Begrenzung ist trennscharf, denn es gibt entweder eine Begrenzung durch ein Ergebnis oder durch die Zeit.³⁵ Lehre und Rechtsprechung müssen indes bereit sein, sich von liebgewonnenen Konventionen zu trennen.³⁶ Denn die Resultate, die das Kriterium der Notwendigkeit der zeitlichen Begrenzung hervorbringt, entsprechen nicht den bisherigen Konventionen. Richtigerweise ist nämlich auch die zeitliche Begrenzung bei der anwaltlichen Prozessführung und beim medizinischen Heileingriff nicht notwendig. Treten die Heilung oder der Prozessgewinn ein, ist das Vertragsverhältnis ohnehin beendet. Treten die Folgen nicht ein, bestehen keine weiteren Optionen, die der Arzt oder Anwalt wahrnehmen könnte. Er kann beispielsweise einen Prozess als *res iudicata* nicht nochmals führen.³⁷ Ebenso ist es meist nicht sinnvoll, dieselbe Operation zweimal vorzunehmen. Das Kriterium der Notwendigkeit der zeitlichen Begrenzung ist sinnvoll, denn es beschreibt gleichzeitig die auftragsrechtliche Leistung historisch korrekt als *locatio conductio operarum*, also eine Dienstmiete.³⁸ Dies erklärt das un-

³⁰ Vgl. TILLMANNS (FN 4), 17; vgl. WENDEHORST (FN 14), AcP 2006, 243 f.; vgl. STAUDINGER-RICHARDI REINHARD/FISCHINGER PHILIPP S., Vorbemerkungen zu §§ 611 ff. BGB, Berlin 2011, N 34 f.; vgl. BÜHLER THEODOR, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V.2d, 3. A., Zürich 1998 (zit. ZK-BÜHLER), OR 363 N 156, m.w.H. zur Entstehungsgeschichte; vgl. WERRO (FN 24), N 302.

³¹ WEBER (FN 14), 63 ff.

³² NIKISCH (FN 14), 52 ff., 53: „Bei dieser Auffassung ergibt sich eine leicht und sichere Lösung für alle Fälle, die bisher der Unterordnung unter den einen oder den anderen Vertragstypus so grosse Schwierigkeiten bereitet haben. Ob der Wille der Vertragsparteien auf die Tätigkeit oder den Erfolg gerichtet war, ist einfach daraus zu entnehmen, ob die Arbeitsleistung durch die versprochene Arbeitsaufgabe in sich selbst begrenzt ist oder ob sie als fortlaufende einer zeitlichen Begrenzung bedarf.“

³³ Vgl. VON BÜREN (FN 3), 121 f.

³⁴ Vgl. WERRO (FN 24), N 71, 73, 91.

³⁵ Vgl. NIKISCH (FN 14), 15, 22, 52; bejahend, aber kritisch, weil Rechtsprechung und Lehre dieses Kriterium nie übernommen haben TILLMANNS (FN 4), 17 f.; kritisch WEBER (FN 14), 68 ff.

³⁶ Vgl. WENDEHORST (FN 14), AcP 2006, 244.

³⁷ Vgl. NIKISCH (FN 14), 57.

³⁸ Vgl. dazu TILLMANNS (FN 4), 25 f.

terschiedliche Beendigungsregime zwischen Arbeit, Auftrag und Werkvertrag. Während beim Auftrag die jederzeitige, grundsätzlich kostenfreie Beendigung ein wichtiges Element darstellt (Art. 404 OR) und nur eine Vergütung *pro rata temporis* anfällt, ist beim Werkvertrag bei vorzeitiger Beendigung grundsätzlich die ganze Vergütung inklusive Gewinn geschuldet (Art. 377 OR).

Mehrere Autoren haben versucht, dieses Abgrenzungskriterium zu widerlegen. Ein erstes Beispiel WEBERS sind die Synchronschwimmerinnen, die fünf Minuten in einer bestimmten Figur schwimmen sollen. Dies schaffe für *Tätigkeit und Erfolg* einen Zeitbezug.³⁹ Einzuräumen ist, dass eine zeitliche Begrenzung erfolgt ist. Dem kann man aber entgegenhalten, dass alle anderen [BJM 2013, 293/294] Tätigkeiten auch eine gewisse, vielleicht auch nur sehr kurze Zeitdauer beanspruchen, in der man alles richtig machen muss und im vorliegenden Beispiel die zeitliche Begrenzung nicht notwendig gewesen wäre. Das einmalige Ereignis besteht darin, diese Darbietung, die fünf Minuten dauern soll, zu erbringen. Es besteht keine Notwendigkeit, diese Tätigkeit zeitlich zu beschränken, weil deren einmalige Darbietung eine natürliche Grenze setzt. Die Schwimmerinnen erfüllen schlecht, wenn sie die Darbietung frühzeitig abbrechen müssen. Soll die Darbietung hingegen mehrfach hintereinander – beispielsweise an mehreren Vorstellungen – geschuldet sein, könnte wiederum Auftragsrecht Anwendung finden, weil dies grundsätzlich unbeschränkt oft erfolgen könnte und so der zeitlichen Begrenzung bedürfte.⁴⁰ Dasselbe gilt für das zweite Beispiel WEBERS. Es geht um die vom Theater bestellten Claqueure, die für Applaus im Theater sorgen sollen.⁴¹ Das Publikum klatscht nur mit, wenn die Vorstellung dafür etwas hergibt. Ist dies der Fall, lässt sich das Publikum durchaus mitreissen, wenn ein paar Claqueure für Applaus sorgen. Das Einsetzen des Publikumsapplauses, aber auch dessen Ausbleiben lassen sich als begrenzendes Ereignis wahrnehmen. Einer zeitlichen Einschränkung bedarf es deshalb nicht.⁴² Die Claqueure können nicht ewig weiterklatschen, wenn das Publikum den Applaus verweigert. Wie verhält es sich mit der fortlaufenden Erbringung eines Erfolgs, wie z.B. der wöchentlichen „Applaudierung“ eines Stücks, der regelmässigen Reinigung eines Hauses oder der Beheizung eines Hauses während einer längeren Zeit? GAUCH schliesst den *Dauer-Werkvertrag* aus, lässt aber die analoge Anwendung der werkvertraglichen Regeln zu.⁴³ Denkbar wäre aber die Erfassung als *Sukzessivlieferungswerkvertrag* oder eben als *Auftrag*.⁴⁴ Die [BJM 2013, 294/295] fortlaufende Tätigkeit bedarf sehr wohl

³⁹ WEBER (FN 14), 69.

⁴⁰ Vgl. TILLMANNS (FN 4), 17.

⁴¹ WEBER (FN 14), 72, NIKISCH (FN 14), 20.

⁴² Vgl. WEBER (FN 14), 72.

⁴³ GAUCH PETER, Der Werkvertrag, 5. A., Zürich 2011, N 9, 323; vgl. BK-KOLLER (FN 7), OR 363 N 161 ff.; vgl. Urteil BGer 4C.231/2004, E. 2.

⁴⁴ Vgl. WEBER (FN 14), 69; vgl. zum ganzen Problem TILLMANNS (FN 4), 17, Fn. 36, m.w.H. zur uneinheitlichen Rechtsprechung; vgl. BGH, Urteil vom 27. Januar 2011 – VII ZR 133/10 in NJW 2011, 915 ff., 916, N 9 (Werkvertrag); vgl. BGH, Urteil vom 1. Dezember 1993 - VIII ZR 129/92 in NJW 1994, 443 ff. (Dienstvertrag); vgl. BGH, Urteil vom 18. Oktober 2001 - III ZR 265/00, NJW 2002, 595 für den Vertrag, in dem eine Person für die Dauer einer Tournee die Beleuchtung der Bühne verspricht (Dienstvertrag); zum Sukzessivliefervertrag vgl. BK-KOLLER (FN 7), OR 363 N 164. Die auftragsrechtliche Erfassung passt auch zum Auffangtatbestand (vgl. Art. 394 Abs. 2 OR).

der zeitlichen Einschränkung, die auch in der jederzeitigen Kündbarkeit liegen kann und diese legitimiert (Art. 404 Abs. 1 OR).⁴⁵ Das Kriterium der Notwendigkeit der zeitlichen Begrenzung kennt aber auch Unschärfen. Wenn ein Beleuchtungstechniker verspricht, bei der Tournee einer Popgruppe als Beleuchtungstechniker mitzuwirken, liegt dann Auftrag oder Werkvertrag vor?⁴⁶ Die ganze Angelegenheit bedarf keiner zeitlichen Begrenzung, weil die Tournee nicht ewig dauert. Doch kann man schon in der Tourneedauer eine zeitliche Begrenzung erkennen. Die Tätigkeit als solche – jeden Abend während des Konzerts die Beleuchtung sicherstellen – bedarf der zeitlichen Begrenzung, weil man es ewig machen könnte. Eine Tournee kann lange oder kurz dauern und stellt als solche noch keine Leistungsbegrenzung dar. Erst die zeitliche Fixierung definiert die Tournee. Die Tätigkeit fällt somit unter das Auftragsrecht.

Eine ähnliche Überlegung findet sich bei der Kommission. Diese ist auf ein einmaliges Geschäft und damit auch auf einen einmaligen Erfolg ausgerichtet. Es handelt sich dabei um einen verkappten *Werkvertrag*, wie KOLLER richtig schreibt.⁴⁷ Einer zeitlichen Beschränkung bedarf es nicht. Soll die Kommission wiederholt als Dauerschuldverhältnis erfolgen und damit auch mehrere Erfolge zeitigen, so ist darauf das auftragsrechtlich einzuordnende Agenturrecht oder Auftragsrecht anwendbar.⁴⁸ Subsidiär ist allerdings auch bei der Kommission Auftragsrecht anwendbar (Art. 425 Abs. 2 OR).

Die Notwendigkeit der zeitlichen Begrenzung macht das Erfolgskriterium nicht unbedingt nutzlos. Es bleibt notwendig, um den Umfang der Sachgewährleistung abzustecken. Wenn ein Erfolg (im Sinne des blossen *Erfolgs*, nicht des *Erfolgs des Erfolgs*)⁴⁹ objektiv garantiefähig ist, bleibt man zur Erfüllung und Gewähr- **[BJM 2013, 295/296]** leistung verpflichtet. Bleibt bei einem herkömmlich ermittelten Werkvertrag der Erfolg aus, liegt fast automatisch eine Vertragsverletzung vor. Beim Kriterium der Notwendigkeit der zeitlichen Begrenzung ist es demgegenüber unabdingbar, auf die Sorgfaltspflichtverletzung statt auf das blosse Ausbleiben des Erfolgs abzustellen.

IV. Fazit

Überzeugen kann einzige die Abgrenzung anhand der Notwendigkeit der zeitlichen Begrenzung der Tätigkeit. Mit diesem Abgrenzungskriterium geht allerdings eine kleine Revolution einher, weil inskünftig alle Gutachter-, Arzt- und Anwaltstätigkeiten auch unter den Werkvertrag fallen. Dass die ganze Rechtsprechung und Lehre plötzlich auf dieses Kriterium wechseln, ist unwahrscheinlich. In den nachfolgenden Gedanken widmet sich der Fokus dennoch auf dessen Tragfähigkeit.

⁴⁵ Dies gibt BK-KOLLER (FN 7), OR 363 N 165 ff. zu, indem er den Dauercharakter als für den Werkvertrag unpassend erachtet und nach alternativen Beendigungsregeln sucht.

⁴⁶ Dieses Beispiel bei BGH, Urteil vom 18. Oktober 2001 - III ZR 265/00, NJW 2002, 595.

⁴⁷ Vgl. BK-KOLLER (FN 7), Art. 363 N 11, 53; vgl. die Hinweise bei HUGUENIN (FN 29), N 3429; vgl. den ähnlichen Gedanken für Deutschland bei WEBER (FN 14), 45 f., 64.

⁴⁸ Vgl. BUCHER (FN 29), OR BT, 245; bei der Vermögensverwaltung, die ebenfalls aus einzelnen Kommissionsgeschäften bestehen kann, wendet die Rechtsprechung ebenfalls Auftragsrecht an, vgl. BGE 124 III 155 ff., 161.

⁴⁹ Es handelt sich dabei um einen anderen Erfolgsbegriff, wie TILLMANNS (FN 4), 10 f. richtig festhält.

V. Überprüfung anhand konkreter Fälle

1. Gutachten

Das Bundesgericht qualifiziert Gutachten, deren Ergebnis objektiv überprüfbar ist, als Werkverträge. Es begründet dies mit den Schwierigkeiten der Prüfung und Rüge, die nur bei objektiver Überprüfbarkeit sinnvoll seien.⁵⁰ Das Abgrenzungskriterium der Notwendigkeit der zeitlichen Begrenzung lässt auch das Gutachten über eine nicht objektiv überprüfbare Frage unter den Werkvertrag fallen. Man kann ein Haus nicht ewig schätzen. Auch ein juristisches Gutachten ist irgendwann beantwortet. Es gibt keine Notwendigkeit, eine zeitliche Beschränkung einzuführen. Wäre das wirklich schlimm? Wer die herkömmliche Abgrenzung nach dem Erfolg *richtig beantworten will, findet auch in der Beurteilung der Frage lege artis einen Erfolg.* Die objektive Garantiefähigkeit ist für diese Qualifikation aber generell nicht notwendig. Wer ein Haus nach gängigen Wertmassstäben schätzt, hat keinen Fehler begangen, wenn bei der Auktion nur geringere Gebote eintreffen [BJM 2013, 296/297] oder ein späterer Verkauf zu einem höheren Preis erfolgt. Genauso ist ein juristisches Gutachten nicht falsch und kein „Schlechtachten“⁵¹, bloss weil das Gericht später anders entscheidet. Wer die zur h.L. und Rechtsprechung abweichende Meinung sorgfältig begründet und die Abweichung auch offenlegt, hat keinen Fehler begangen. Diese Einschätzung lässt sich objektiv überprüfen. Wer dies verneint, müsste auch die Bewertung juristischer Arbeiten an Universitäten als unmöglich erachten. Ein allfälliger Mangel des Gutachtens, den der Besteller beweisen muss, richtet sich nach den gewöhnlichen Kriterien des Art. 368 Abs. 1 OR, d.h. nach den vertraglich verabredeten und vorausgesetzten Eigenschaften.⁵² Der gedankliche Weg, die Begründung und die Anwendung adäquater Einschätzungsriterien sind entscheidend.⁵³ Dass sich bei Gutachten technischer Natur aufgrund der objektiven Garantiefähigkeit eine klare Antwort auf die gestellte Frage ergibt, macht keine unterschiedliche Qualifikation notwendig. Liegt bei solchen Gutachten technischer Natur eine Abweichung zum richtigen Ergebnis vor, dann zeigt dies automatisch, dass auch ein Mangel im Beurteilungsprozess vorliegen muss. Bei den anderen, nicht objektiv garantiefähigen Gutachten zeigt sich der Mangel des Werks nur durch die Beurteilung des Prozesses der Werkerstellung, nicht aber zwingend im Ergebnis des Gutachtens.

2. Anwaltstätigkeit

H.L. und Rechtsprechung erfassen den Vertrag des Anwalts mit dem Klienten als Auftrag.⁵⁴ Nur wenige Tätigkeiten sollen unter das Werkvertragsrecht fallen.⁵⁵ Das Kriterium der Notwendigkeit der zeitlichen Begrenzung würde dies ändern. Die An-

⁵⁰ Vgl. Urteil BGer 4C.28/2001, E. 2c.

⁵¹ Dieses Witzchen bei ZIMMERMANN PETER, Sachverständigenhaftung für Mangelfolgeschäden einer falsch durchgeföhrten Begutachtung, DS 2007, 286.

⁵² Vgl. CHK-HÜRLIMANN/SIEGENTHALER (FN 9), OR 367 N 3.

⁵³ Vgl. ZIMMERMANN (FN 51), DS 2007, 289.

⁵⁴ Vgl. BOHNET FRANCOIS/MARTENET VINCENT, Droit de la profession d'avocat, Bern 2009, N 2527 ff., m.w.H. und BK-FELLMANN (FN 9), OR 394 N 142 ff.

⁵⁵ Vgl. BOHNET/MARTENET (FN 54), N 2535 ff., m.w.H.; a.M. BK-FELLMANN (FN 9), OR 394 N 145, m.w.H.

waltstätigkeit erfolgt häufig mit einem klaren *Problem- oder Verfahrensbezug*. In diesen Fällen ist es nicht notwendig, eine zeitliche [BJM 2013, 297/298] Begrenzung zu finden, weil sie sich ganz natürlich ergibt. Ein Verfahren ist irgendwann fertig. Weitere Verfahren sind wegen der *res iudicata* kaum möglich. Die Notwendigkeit zeitlicher Begrenzung ergibt sich einzig, wenn man als Anwalt *einem Angestellten ähnlich* für einen Klienten tätig wird. Denkbar ist, dass ein Anwalt verspricht, pro Woche einen Tag den arbeitsrechtlichen Problemen eines Betriebs zu widmen. Hier wäre das Auftragsrecht anwendbar, wenn die Tätigkeit ohne Subordination erfolgt.

Die Unterschiede zur auftragsrechtlichen Erfassung sind geringer, als man meinen möchte. An Stelle des zwingenden Art. 404 OR würde Art. 377 OR treten. Der Anwalt hätte bei einem grundlosen Abbruch des Mandats zwar Anspruch auf die bisher angefallene Vergütung und Schadenersatz für die weggefallene, zukünftige Vergütung, doch erfährt dieser Anspruch durch die *Additions- oder Abzugsmethode*⁵⁶ eine Reduktion. Liegt für die Beendigung ein wichtiger, auf Seiten des Unternehmers liegender und verschuldeter Grund vor, entfällt die Schadenersatzpflicht.⁵⁷ Dies käme der Kritik an der zwingenden Anwendung des Art. 404 OR entgegen.⁵⁸ Die Einordnung ins Werkvertragsrecht ändert nichts daran, dass der Anwalt sich sein Honorar auch inskünftig nicht mit dem Prozessgewinn verdient, sondern mit der Prozessführung oder Beratung *lege artis*. Auch der verlorene Prozess ist ein Erfolg, wenn ihn der Anwalt sorgfältig geführt hat. Was sich ändert, sind die strengen Rügeobliegenheiten und die Sachgewährleistung. Bei der Freizeichnung ändert sich nichts, da das *Standesrecht* eine solche nur eingeschränkt zulässt.⁵⁹ [BJM 2013, 298/299]

Im Urteil BGer 4A_15/2011 beurteilte das Bundesgericht die Einsprachenerledigung durch ein Ingenieurbüro trotz offensichtlichen Widerwillens nach Werkvertragsrecht.⁶⁰ STÖCKLI bezeichnete dies als offensichtlich unhaltbar und hielt Auftragsrecht für einschlägig.⁶¹ Das Ingenieurbüro sollte aufgrund des Zuschlags drei Sachen vollbringen: Teil A umfasste die Vermarkung von „Los 1“. Teil B die Ersterhebung und Teil C die öffentliche Auflage und Einsprachenerledigung. Nur Teil C war von Interesse. Die Parteien vereinbarten die Aufwandsentschädigung. Dafür gab das Ingenieurbüro eine Kostenschätzung von netto Fr. 8'321.50 ab und ging dabei von ebenfalls geschätzten 15-20 Einsprachen aus. Tatsächlich gingen 46 Einsprachen ein. Wenn

⁵⁶ Vgl. CHK-HÜRLIMANN/SIEGENTHALER (FN 9), OR 377 N 5.

⁵⁷ Vgl. CHK-HÜRLIMANN/SIEGENTHALER (FN 9), OR 377 N 6; vgl. Urteil BGer 4C.387/2001, E. 6.2.

⁵⁸ Vgl. FELLMANN WALTER, Anwaltsrecht, Bern 2010, N 1252 ff.; vgl. die Übersicht bei CHK-GEHRER/GIGER (FN 9), OR 404 N 7, die die zwingende Beendigungsmöglichkeit bei Verträgen, die auf einem besonderen Vertrauen beruhen, bejahen (N 8).

⁵⁹ Vgl. ZR 1971 Nr. 88, 260 f. Es verträgt sich nicht, für seine Fehler nicht einstehen zu wollen, wenn Art. 12 lit. a BGFA (SR 935.61) die sorgfältige und gewissenhafte Ausübung des Berufes verlangt. Offenbar ist es aber zulässig, die Haftung auf die Höhe der Deckungssumme zuzulassen (vgl. FELLMANN (FN 58), N 1376 und ZR 2007 Nr. 83, 311 f.; vgl. BOHNET/MARTENET (FN 54), N 3104).

⁶⁰ Urteil BGer 4A_15/2011, E. 3.2.2.

⁶¹ Vgl. STÖCKLI HUBERT, Toleranzgrenze bei "Überschreitung des Kostenansatzes" (Art. 375 OR): zwei Faustregeln und ihre Relativierung, BR 2011, 190 f.

aber auch die Zahl der Einsprachen Gegenstand der Schätzung⁶² und damit des Kostenvoranschlags bildeten, kann es für die Anwendung des Art. 375 Abs. 2 OR nicht auf den höheren Aufwand ankommen, der sich mittels Hochrechnung auf 46 Einsprachen ergibt.⁶³ Auszugehen ist folglich auch hier vom Grundbetrag der Schätzung von Fr. 8'321.50. Das Ingenieurbüro stellte indes über Fr. 60'000 in Rechnung. Ist es ein Auftrag oder ein Werkvertrag? Die Einsprachenerledigung lässt sich nach herkömmlicher Lehre problemlos als Erfolg verstehen. Eine Einsprache ist irgendwann erledigt, positiv oder negativ, was objektiv überprüfbar ist. Nur falls sich die positive Einsprachenerledigung als Prozessgewinn versteht, wäre ein Erfolg des Erfolges objektiv vielleicht nicht garantiefähig. Das Kriterium der Notwendigkeit der zeitlichen Begrenzung hätte indes eindeutig zum Werkvertragsrecht geführt. Die Einsprachen sind irgendwann erledigt. Eine zeitliche Begrenzung der Tätigkeit ergibt sich auf natürliche Art und Weise – weil nicht jedermann einspracheberechtigt ist, weil es Fristen dafür gibt und das anschliessende Verfahren auch nicht ewig dauern kann. Werkvertragsrecht passt also durchaus, doch erfolgte die Anwendung von Art. 375 Abs. 2 OR in diesem Falle ohne den notwendigen **[BJM 2013, 299/300]** Bodenbezug,⁶⁴ trotz festgestellten Verschuldens⁶⁵ des Ingenieurbüros bei der Kostenschätzung – und beides ohne jede Begründung!

3. Ärztlicher Heileingriff

Der ärztliche Heileingriff erfolgt nach h.L. und Rechtsprechung stets im Rahmen eines Auftrags.⁶⁶ Verschiedentlich war dies Gegenstand von Kritik, insbesondere im Bereich der Schönheitsoperationen.⁶⁷ Gleich wie bei der Anwaltstätigkeit ergibt sich durch die Definition der Tätigkeit eine zeitliche Begrenzung. Die ärztliche Tätigkeit würde deshalb nach dem Kriterium der Notwendigkeit der zeitlichen Begrenzung ebenfalls in den meisten Fällen unter den Werkvertrag fallen. Dies wäre mit den gängigen Erklärungen vereinbar, wenn man die Operation *lege artis* bereits als Erfolg zulassen würde.⁶⁸ Ärztliche Betreuung ausserhalb des Heileingriffs – beispielsweise die Betreuung eines chronisch kranken Patienten – würde wiederum unter das Auftragsrecht fallen. Dies offenbart eine Schwäche des neuen Kriteriums. Zu Beginn der Tätigkeit wäre bei unbekannter Krankheit und noch unklaren Behandlungs- oder Heilungsmöglichkeiten nicht klar, ob es sich um einen Auftrag oder einen Werkvertrag

⁶² STÖCKLI (FN 61), BR 2011, 191. Von einer übereinstimmenden Prognose war in Urteil BGer 4A_15/2011 nirgendwo die Rede, vielmehr bildete auch die Anzahl der Einsprachen Gegenstand der Schätzung, vgl. Urteil BGer 4A_15/2011, E. 3.5.2.

⁶³ Urteil BGer 4A_15/2011, E. 2.3. Hochgerechnet auf 46 Einsprachen würde die Kostenschätzung Fr. 19'139 bis Fr. 25'519 betragen.

⁶⁴ Vgl. dazu STÖCKLI (FN 61), BR 2011, 191.

⁶⁵ Die Vorinstanz stellte ein Verschulden fest, vgl. Urteil BGer 4A_15/2011, E. 2.1. Bei Verschulden sollten die Faustregeln und die Toleranzgrenzen keine Anwendung finden, vgl. ZK-BÜHLER (FN 30), OR 375 N 25. Das Bundesgericht hat demgegenüber der Vorinstanz lediglich aufgetragen, das Verschulden bei der Reduktion zu berücksichtigen; vgl. Urteil BGer 4A_15/2011, E. 3.6.

⁶⁶ Vgl. BK-FELLMANN (FN 9), OR 394 N 185 ff.; vgl. Urteil BGer 4A_521/2011, E. 3.1.

⁶⁷ Vgl. PELET ODILE, Médecine esthétique et obligation de résultat, in: Fuhrer Stephan/Chappuis Christine (Hrsg.), Haftpflicht- und Versicherungsrecht, Liber amicorum Roland Brehm, Bern 2012, 316 ff., m.w.H.

⁶⁸ Vgl. WEBER (FN 14), 49, m.w.H.

handelt. Denkbar wäre, dies gleich wie die Reparatur bei unbekanntem Mangel zu erfassen (vgl. unten, Titel 7). Unterschiedlich sind – je nach Sichtweise – die Freizeichnungsmöglichkeiten. Das Bundesgericht lässt offen, ob beim Auftrag eine Freizeichnung möglich sei, weil die Sorgfalt schon vertraglich geschuldet sei.⁶⁹ Die h.L. ist [BJM 2013, 300/301] sich aber ohnehin einig, dass für Körperschäden keine Freizeichnung möglich sei.⁷⁰

4. Architektentätigkeit

Auch die Architektentätigkeit bedarf keiner zeitlichen Beschränkung, weil eine Baute oder eine Renovation ein natürliches Ende finden. Folglich wäre darauf Werkvertragsrecht anwendbar. Auftragsrecht findet nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung noch immer für weite Teile der Architektentätigkeit Anwendung.⁷¹

5. Wartungsvertrag

Das Bundesgericht qualifizierte einen Vertrag über die einmalige Wartung von Feuerlöschnern als Werkvertrag, weil ein objektiv garantiefähiger Erfolg geschuldet sei.⁷² Das Bundesgericht hielt dazu explizit fest, dass keine andere Qualifikation in Frage komme, weil die Parteien nur einen einmaligen Vertrag abgeschlossen hätten – „*un contrat de nature ponctuelle*“ – und dass „*en l'absence d'un élément de durée, il fallait qualifier cette convention de contrat d'entreprise au sens des art. 363 ss CO.*“⁷³ Der Feuerlöscher müsste im Rahmen eines längerfristigen Wartungsvertrages oder eines Wartungsabonnements also viel besser funktionieren, weil die Gewährleistung für Mängel stark unterschiedlich verjährt (Art. 127, 371 Abs. 1 OR). Das Kriterium der Notwendigkeit der zeitlichen Begrenzung würde zu denselben, etwas unbefriedigenden Resultaten führen, denn es fragt nach der zeitlichen Begrenzung der Tätigkeit, nicht der Wirkung.⁷⁴ Die einmalige Wartung bedarf keiner zeitlichen Begrenzung (Werkvertrag), die andauernde Wartung jedes Jahr sehr wohl (Auftrag). Nur [BJM 2013, 301/302] wenn man den Inhalt des einmaligen Wartungsvertrags dahingehend verstünde, dass es um die einwandfreie Funktion der Feuerlöscher für eine gewisse Zeit geht – ähnlich wie beim Gerüstbauvertrag⁷⁵ – entsteht die Notwendigkeit der zeitlichen Begrenzung. Dies würde die Türe zur Anwendung des Auftragsrechts öffnen. Zehn Jahre wären zu lang, doch sind zwei Jahre recht kurz. Mit der unlängst erfolgten Verdoppelung der Verjährungsfrist in Art. 371 Abs. 1 OR auf zwei Jahre hat sich aber das Problem immerhin etwas entschärft.

⁶⁹ BGE 124 III 155 ff., 165.

⁷⁰ Vgl. BK-FELLMANN (FN 9), OR 398 N 523 und CHK-FURRER/WEY (FN 9), OR 100 N 19, m.w.H.

⁷¹ Vgl. die Übersicht bei BSK-WEBER ROLF H., in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim P./Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 5. A., Basel 2011 (zit. BSK-VERFASSER), OR 394 N 31 und Urteil BGer 4A_53/2012, E. 3.4.

⁷² Urteil BGer 4C.69/2004, E. 3.1. und 4; vgl. dazu GAUCH (FN 43), N 323 ff., der Werkverträge von Dauer als Innominatekontrakte sieht; ebenso TERCIER PIERRE, Le point sur la partie spéciale du droit des obligations, SJZ 2005, 292.

⁷³ Urteil BGer 4C.69/2004, E. 3.1 und 4.

⁷⁴ Vgl. TILLMANNS (FN 4), 17.

⁷⁵ Vgl. dazu GAUCH (FN 43), N 356 ff. Mängel des Baugerüsts erfasst er einheitlich nach Mietrecht (N 359).

6. Auftragsrechtliche Spezifika

Wie erfasst man die Treuepflicht (Art. 398 OR) und die Ablieferungspflicht (Art. 400 OR), die kein werkvertragliches Pendant kennen? Art. 400 OR hat eine eminente Bedeutung zur Verhinderung von Interessenkonflikten. Diese Pflichten sollten deshalb beispielsweise bei der anwaltlichen Interessenvertretung auch im Rahmen des Werkvertragsrechts anwendbar sein. Für diese Fälle ist, wie in Deutschland, die Übernahme auftragsrechtlicher Bestimmungen in den Werkvertrag angezeigt (§§ 675 i.V.m. 662, 667 BGB),⁷⁶ sofern eine *Geschäftsbesorgung* vorliegt, die nach teilweiser Lehre bei jedem Werkvertrag zu bejahen sei, wenn die Interessenlage dies gebiete.⁷⁷ Bereits jetzt bejaht die Lehre Treuepflichten auch teilweise aus der werkvertraglichen Sorgfaltspflicht heraus (Art. 364 OR).⁷⁸ [BJM 2013, 302/303]

7. Reparatur bei unbekanntem Fehler

Dass die gewöhnliche Reparatur unter den Werkvertrag fällt, ist selbstverständlich. Bei einer Reparatur, bei der Besteller und Unternehmer nicht wissen, woran die Sache krankt, gestaltet sich die Qualifikation schwieriger. Das Bundesgericht hat einen Vertrag, wonach „*die defekte Heizung nach Klärung der Schadensursache zu reparieren sei*“, als Auftrag mit werkvertraglichen Elementen qualifiziert.⁷⁹ Die Suche nach dem Fehler war der Auftrag, die daraus resultierende Reparatur zur Behebung gehörte zum Werkvertrag. *Könnte es nicht auch ein reiner Werkvertrag sein?* Die gängige Argumentation sieht einen Auftrag, weil die Lösung nicht objektiv garantiefähig ist. Die reine Abarbeitung der möglichen Schadensursachen nach der Reihenfolge der Wahrscheinlichkeit lässt sich aber auch nach der gängigen Abgrenzung als Erfolg versprechen, denn sie wäre als solches objektiv garantiefähig.⁸⁰ Das Abgrenzungskriterium der Notwendigkeit der zeitlichen Begrenzung würde zur werkvertraglichen Qualifikation führen. Eine zeitliche Begrenzung ist nicht notwendig, weil das Arbeitsprogramm klar und begrenzt ist. Besteht keine reelle Aussicht mehr, den Fehler zu finden, liegt Unmöglichkeit vor. Man könnte das Arbeitsprogramm aber auch so definieren, dass die Fehlersuche solange geschuldet ist, als Aussicht auf Klärung des Defekts besteht.⁸¹ Dasselbe gilt für die Beseitigung der schliesslich festgestellten

⁷⁶ Vgl. STAUDINGER-PETERS FRANK/JACOBY FLORIAN, Vorbemerkungen zu §§ 631 ff. BGB, Berlin 2008 (zit. STAUDINGER-PETERS/JACOBY), N 47 ff., 60 ff. Zum Verweis gehört auch die *Interessenwahrungspflicht*, die auf § 662 BGB gründet, vgl. MK-HEERMANN PETER W., Münchener Kommentar zu § 675 BGB, München 2012 (zit. MK-HEERMANN), BGB 675 N 13 und STAUDINGER-MARTINEK MICHAEL, Kommentar zu § 662 BGB, Berlin 2006, BGB 662 N 26.

⁷⁷ STAUDINGER-PETERS/JACOBY (FN 76), vor BGB 631 N 47 und MK-HEERMANN (FN 76), BGB 675 N 10.

⁷⁸ BGE 129 III 604 ff., 610 f.; vgl. Urteil BGer 4C.88/2005, E. 2; vgl. BGE 96 II 58 ff., 61; vgl. GAUCH (FN 43), N 820; vgl. BSK-ZINDEL/PULVER (FN 71), OR 364 N 25 ff.; vgl. ZK-BÜHLER (FN 30), OR 364 N 29 ff., 34 f.; vgl. BUCHER (FN 29), OR BT, 206, der eine Treuepflicht von Fall zu Fall bejaht.

⁷⁹ Vgl. Urteil BGer 4C.86/2002, E. 2; vgl. GAUCH (FN 43), N 326; vgl. HISCHIER ROGER, Der erfolglose Blick unter die Motorhaube oder der Autoreparaturvertrag im Wandel der Zeit, in: Weber Peter Johannes/Weber Marc/Seitz Riccardo/Künzle Hans Rainer (Hrsg.), Liber discipulorum et amicorum - Festschrift für Prof. Dr. Kurt Siehr zum 65. Geburtstag, Zürich 2001, 63, der die Reparatur mit Fehlersuche dem Auftragsrecht zuordnet.

⁸⁰ Vgl. SCHMID MATTHIAS, Die fehlgeschlagene Reparatur - Probleme des BGB-Werkvertrages am Beispiel der Kfz-Reparatur, NJW 1994, 1825.

⁸¹ Vgl. WEBER (FN 14), 52 f.

Schadensursache. Glaubt der Unternehmer nach Ausschluss der höchstwahrscheinlichen Ursachen A und B, dass C die wahre Ursache des Problems sei, entpuppt sich dies aber als Fehler, besteht der werkvertragliche Erfüllungsanspruch fort – weiterhin als bezahlte Tätigkeit, nicht im Rahmen der unentgeltlichen Nachbesserung. Die Aufteilung der Rechtsfolgen in einen werkvertraglichen und einen auftragsrechtlichen Teil hingegen ist nicht sinnvoll. Dies hätte zur Folge, dass beim auftragsrechtlichen [BJM 2013, 303/304] Teil die kurze Verjährung des Art. 371 OR nicht zur Anwendung käme. Es lässt sich aber häufig nicht feststellen und nicht beweisen, ob der Fehler bei der Fehlersuche oder bei dessen Beseitigung entstand. Aus demselben Grund lehnen herrschende Lehre und Rechtsprechung eine Aufspaltung der Gewährleistung beim Werklieferungsvertrag ab. Der Wortlaut des Art. 365 Abs. 1 OR suggeriert zwar eine Aufspaltung nach Kauf- und Werkvertragsrecht, sieht die kaufrechtliche Gewährleistung indes nur für die *Rechtsgewährleistung* vor.⁸²

⁸² Vgl. CHK-HÜRLIMANN/SIEGENTHALER (FN 9), OR 365 N 1; vgl. BGE 117 II 425 ff., 428 f.