AJP/PJA

12/2014, S. 1627 ff.

Aktuelle Juristische Praxis / Pratique Juridique Actuelle

Aufsätze / Articles

[Seite 1627]

Dienstleistungsverträge – Begriff, Arten, rechtliche Grundlagen



ALFRED KOLLER *

Zusammenfassung

Der vorliegende Aufsatz befasst sich mit Begriff (1.) und Arten (2.) der Dienstleistungsverträge, vor allem aber mit deren rechtlichen Grundlagen (3.). In diesem letzten Abschnitt geht es zentral um die Interpretation von Art. 394 Abs. 2 OR. Nach dieser Bestimmung stehen «Verträge über Arbeitsleistung, die keiner besonderen Vertragsart dieses Gesetzes unterstellt sind, … unter den Vorschriften über den [einfachen] Auftrag». Das wird z.T. dahin interpretiert, dass die Art. 394 ff. OR bei Innominatverträgen mit Dienstleistungscharakter unmittelbar zur Anwendung gelangen und daher vorbehältlich einer abweichenden gültigen Vertragsabrede ohne Einschränkung. Nach anderer Ansicht finden die Bestimmungen nur entsprechende Anwendung und deshalb nur insoweit, als sie nach den Regeln der Analogie passen. Der Verfasser referiert Lehre und Rechtsprechung zu dieser Kontroverse und begründet, weshalb nur die zweite Auffassung dem Gesetzessinn entsprechen kann.

Résumé

Le présent article porte sur la notion (1.) et les types (2.) de contrats de service, mais aussi et surtout sur leurs bases légales (3.). Ce dernier paragraphe concerne avant tout l'

Quelle: www.legalis.ch | © 2024 Helbing Lichtenhahn

interprétation de l'art. 394 al. 2 CO. En vertu de cette disposition, «les règles du mandat [simple] s'appliquent aux travaux qui ne sont pas soumis aux dispositions légales régissant d'autres contrats». Cette disposition est parfois interprétée en ce sens que les art. 394 ss CO s' appliquent directement aux contrats innommés ayant un caractère de service et, sauf clause contractuelle contraire, sans restriction. Selon un autre avis, les dispositions ne s'appliquent que mutatis mutandis et uniquement si elles conviennent selon les règles de l'analogie. L' auteur rend compte de la doctrine et de la jurisprudence au sujet de cette controverse et explique pourquoi seule la deuxième conception correspond au sens de la loi.

INHALTSÜBERSICHT

1. Begriff der Dienstleistungsverträge

2. Arten von Dienstleistungsverträgen und deren Merkmale

3. Rechtliche Grundlagen der Dienstleistungsverträge

A. Einleitung

B. Die Konzeption der gesetzlichen Vertragstypenregelung

C. Die subsidiäre Geltung der Art. 394 ff. OR

1. Begriff der Dienstleistungsverträge

1. Bei den im OR geregelten Dienstleistungsverträgen (Arbeitsvertrag, Werkvertrag usw.) handelt es sich um Verträge, bei denen sich die eine Partei zur Erbringung einer Dienstleistung (z.B. Abschluss eines Vertrags, Führung eines Prozesses, Vornahme einer Operation) verpflichtet. Davon zu unterscheiden sind Vereinbarungen, welche zwar eine Dienstleistung zum Gegenstand haben, jedoch keine auf deren Erbringung gerichtete Verpflichtung erzeugen. Dazu gehören nebst den Gefälligkeitsabreden (dazu hinten Ziff. 2) Verträge, bei denen sich jemand für den Fall, dass er eine Dienstleistung erbringen sollte (ohne sich dazu zu verpflichten), eine Vergütung versprechen lässt. Solche auslobungsähnlichen (Art. 8 OR) Dienstleistungsverträge kommen etwa im Mäklerwesen vor: Es verspricht z.B. A, der auf Wohnungssuche ist, dem B eine Vergütung für den Fall, dass es ihm gelingen sollte, eine passende Mietgelegenheit nachzuweisen; B erklärt sein Einverständnis mit dem Lohnversprechen, ohne sich aber zu Suchbemühungen zu verpflichten.

Das Gesetz regelt solche auslobungsähnlichen Verträge nicht. Auf mäklervertragsnahe Verträge, wie sie soeben beispielshaft umschrieben wurden, können jedoch die Bestimmungen über den Mäklervertrag (Art. 412 Abs. 2 und 413–418 OR) analog angewendet werden. Nach anderer Ansicht ist der Mäklervertrag nach dem gesetzlichen Leitbild ein auslobungsähnlicher Vertrag, weil der Mäkler nicht verpflichtet sei, auf den vom Auftraggeber gewünschten Erfolg (Vermittlung eines Vertrags) hinzuarbeiten[1]. Nach dieser Auffassung finden daher die Regeln des Mäklervertrags unmittelbare Anwendung. Indessen ist der Mäklervertrag gemäss Art. 412 Abs. 1 OR «Auftrag» und daher der Beauftragte von Gesetzes wegen dienstleistungspflichtig[2]. Von grosser praktischer Bedeu [Seite 1628] tung ist die Kontroverse freilich nicht, da nach dem Gesagten die Art. 413 ff. OR so oder so Anwendung finden, wenn auch nach der einen Ansicht nur analog.

2. Gefälligkeitsabreden, welche eine Dienstleistung zum Gegenstand haben, stehen den unentgeltlichen Dienstleistungsverträgen (z.B. unentgeltlicher Auftrag, unentgeltlicher Hinterlegungsvertrag) nahe, unterscheiden sich von diesen aber dadurch, dass es den Parteien an einem Rechtsbindungswillen fehlt, sie also kein Rechtsverhältnis begründen wollen (vgl. z.B. BGE 137 III 539 [uneigennütziges Hüten eines Nachbarkindes, allein im Interesse von dessen Eltern]). Ob im Einzelfall ein Gefälligkeitsverhältnis oder ein unentgeltlicher Dienstleistungsvertrag vorliegt, ist durch Auslegung der Parteierklärungen zu ermitteln. Die Frage, die in die «allgemeine Rechtsgeschäftslehre»[3] gehört, lässt sich nicht immer zweifelsfrei entscheiden. Illustriert sei das an der Rechtsprechung zur Nachbarhilfe: In BGE 129 III 181 wurde ein Rechtsbindungswille verneint (Gefälligkeitsverhältnis), in BGE 61 II 95 hingegen – in einem weitgehend vergleichbaren

Fall – bejaht[4]. Beispielsweise die unentgeltliche Erteilung einer Auskunft (etwa an einen Passanten, der nach dem Weg fragt) stellt regelmässig eine blosse Gefälligkeitshandlung dar; eine vertragliche Bindung setzt besondere Umstände voraus, etwa erkennbare erhebliche Bedeutung der Auskunft für den die Auskunft Nachsuchenden (BGE 112 II 347) oder ein Eigeninteresse des die Auskunft Erteilenden[5].

Das Gesetz hat das Gefälligkeitshandeln nicht eigens geregelt. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung haftet der Gefällige nach ausservertraglichen Grundsätzen (BGE 137 III 539 E. 5.1), wogegen ihn die Lehre z.T. vertraglichen Haftungsgrundsätzen unterstellen will[6]. Der «Auftraggeber» haftet seinerseits ebenfalls nach ausservertraglichen Grundsätzen, daneben aber auch nach Massgabe von Art. 422 Abs. 1 OR, der freilich nur analoge Anwendung findet[7] (BGE 129 III 181). Wo es der Billigkeit entspricht, kann er daher – wie der unentgeltlich Beauftragte (BGE 61 II 95) – auch ohne Verschulden haftbar werden.

Der Gefällige handelt zwar ohne Rechtsbindungswillen, immerhin aber in Absprache mit einem andern. Wo dies nicht zutrifft, fallen Gefälligkeitshandlungen unter den Begriff der echten (gebotenen oder nicht gebotenen) Geschäftsführung ohne Auftrag[8].

2. Arten von Dienstleistungsverträgen und deren Merkmale

Zu den Dienstleistungsverträgen gehören die verschiedenen *Einzelarbeitsverträge* (Art. 319–355, 361 f. OR), der *Werkvertrag* (Art. 363–379 OR), der *Verlagsvertrag* (Art. 380–393 OR), die verschiedenen *Auftragsarten* (Art. 394–418v OR), ferner *Kommission, Speditions- und Frachtvertrag*, welche freilich ebenfalls als besondere Aufträge aufgefasst werden können (Art. 425 Abs. 2, 439 und 440 Abs. 2 OR), und schliesslich die *Hinterlegungsverträge* (Art. 472–491 OR)[9]. Nebst den im OR geregelten Verträgen gibt es sondergesetzlich geregelte Verträge wie den Pauschalreisevertrag[10] (s. dazu das PauRG) sowie zahllose Innominatverträge. Im Folgenden interessieren nur die Verträge des OR.

1. Die (Einzel-)*Arbeitsverträge* sind Dauerverträge (sie sind auf bestimmte oder unbestimmte Zeit abgeschlossen)[11] und kennzeichnen sich zudem dadurch, **[Seite 1629]** dass der Dienstpflichtige (der Arbeitnehmer) «im Dienst» des andern (des Arbeitgebers) steht, also diesem untergeordnet ist (Art. 319 Abs. 1 OR). Fehlt es an einem Unterordnungsverhältnis, liegt ein anderer Vertragstyp vor, etwa ein Agenturvertrag (Art. 418a OR; CJ GE, JAR 2000, 98 ff.) oder ein Innominatvertrag (z.B. Kommissionsagentur[12]). Der Arbeitnehmer schuldet nur Arbeit, nicht auch den damit angestrebten Erfolg (obligation de moyens). Verhält es sich anders (es hat sich z.B. jemand verpflichtet, periodisch eine Wohnung zu reinigen), so liegt ein Innominatvertrag vor, auf den freilich die Art. 319 ff. OR teilweise analog angewendet werden können, vorausgesetzt, es liegt ein Unterordnungsverhältnis vor. Möglicher Gegenstand eines Arbeitsvertrages sind beliebige Dienstleistungen.

> Ein Unterordnungsverhältnis ist gegeben, wenn der Dienstpflichtige nach dem Inhalt des Vertrags einer umfassenden Weisungsbefugnis des Vertragspartners untersteht, vorab hinsichtlich der zu verrichtenden Arbeit, dann auch in zeitlicher, örtlicher und organisatorischer Hinsicht (OGer ZH, JAR 1986, 59 ff.). Typischer Arbeitnehmer ist der Fabrikarbeiter, der zu bestimmten Zeiten an einem bestimmten Ort (Fabrik) tätig zu sein hat und dem in der Arbeitsorganisation des Arbeitgebers eine bestimmte Funktion (z.B. die Arbeit an einer Stanzmaschine) zugewiesen ist[13]. In der Praxis ist das Vorliegen eines Unterordnungsverhältnisses häufig streitig (z.B. BGE 106 II 45; OGer BE, SJZ 1989, 143 f.).

Alle Arbeitsverträge sind synallagmatische Verträge (der Arbeitgeber schuldet begriffswesentlich einen «Lohn», Art. 319 OR). Dass sich die Parteien auf Entgeltlichkeit der Arbeitsleistung geeinigt haben, ist freilich nicht vorausgesetzt. Es genügt, dass die Erbringung der Arbeitsleistung «nach den Umständen», also nach dem hypothetischen Parteiwillen[14], «nur gegen Lohn zu erwarten ist» (Art. 320 Abs. 2 OR). Gegebenenfalls wird eine Lohnvereinbarung «unterstellt»[15]. Dem hypothetischen Parteiwillen steht eine allfällige auf Entgeltlichkeit gerichtete Übung gleich (Art. 394 Abs. 3 OR analog bzw. a fortiori). Haben sich die Parteien auf Unentgeltlichkeit der Arbeitsleistung geeinigt oder ergibt sich diese aus den Umständen, sind aber im Übrigen die Voraussetzungen eines

Arbeitsvertrags gegeben (es verpflichtet sich beispielsweise ein an Grundbuchfragen interessierter Jusstudent, während dreier Monate gratis in einem Grundbuchamt mitzuarbeiten), so liegt ein Innominatvertrag vor. Mit dem «Lohn» ist eine Geldleistung gemeint. Ist eine andere Vergütung abgemacht, liegt wiederum ein Innominatvertrag vor.

2. Der *Werkvertrag* ist ein einfacher Vertrag (kein Dauervertrag). Zudem besteht zwischen dem Dienstpflichtigen (Unternehmer) und dem Vertragspartner (Besteller) kein Unterordnungsverhältnis. Sein besonderes Kennzeichen besteht darin, dass nicht nur Arbeit, sondern ein Arbeitserfolg («Werk», Art. 363 OR) geschuldet ist (obligation de résultat). Nach Auffassung des Bundesgerichts kann es sich um einen beliebigen Arbeitserfolg handeln; bei unkörperlichen Werken (Geistwerken) macht es jedoch die Einschränkung, dass ein Werk i.S.v. Art. 363 OR nur anzunehmen ist, wenn der Arbeitserfolg nach objektiven Kriterien überprüft und als richtig oder falsch qualifiziert werden kann (BGE 127 III 328 E. 2c)[16]. M.E. ist mit dem Werk i.S.v. Art. 363 OR – gleich wie unter dem aOR (Art. 350)[17] – nur die Herstellung oder Veränderung einer Sache (Sachwerk) gemeint[18]. Ist ein anderer Arbeitserfolg **[Seite 1630]** (Geistwerk) Vertragsgegenstand, handelt es sich um eine andere Vertragsart, etwa einen Frachtvertrag, meist aber um einen Innominatvertrag (z.B. Personentransportvertrag). Hat der Unternehmer den für die Herstellung des Werks nötigen Stoff zu liefern (Werklieferungsvertrag, Art. 365 Abs. 1 OR), ist nebst dem Arbeitserfolg Eigentumsverschaffung am Stoff geschuldet. Es handelt sich dann um eine Mischung aus Dienstleistungs- und Veräusserungsvertrag.

> Der Besteller kann sich das Recht vorbehalten, dem Unternehmer Weisungen zu erteilen, insbesondere hinsichtlich der Art der Ausführung des Werks (vgl. Art. 369 OR). Wenn er sich jedoch *umfassende* Weisungsbefugnisse ausbedingt, so ändert sich der Vertragscharakter. Denn die Werkherstellung i.S.v. Art. 363 OR ist begriffswesentlich selbständige Dienstleistung.

Der Besteller schuldet eine «Vergütung» (Art. 363 OR), der Werkvertrag ist also synallagmatischer Vertrag. Doch müssen sich die Parteien über die Entgeltlichkeit entgegen dem Wortlaut von Art. 363 OR («verpflichtet sich … zur Leistung einer Vergütung») nicht geeinigt haben, vielmehr genügt es, wenn eine Werkleistung nach den Umständen oder übungsgemäss nur gegen eine Vergütung zu erwarten und daher kraft objektiven Rechts (Art. 320 Abs. 2 und 394 Abs. 3 OR analog) geschuldet ist (s. analog vorne Ziff. 1 gegen Ende)[19] . Bei der «Vergütung» handelt es sich um eine Geldleistung. Ist z.B. eine Arbeitsleistung geschuldet, liegt ein Innominatvertrag vor[20].

Der Werkvertrag, wie ihn Art. 363 ff. OR versteht, bezieht sich auf *ein* Werk (z.B. den Bau einer Mauer, die Umgestaltung eines Gartens, die Herstellung oder Reparatur einer Maschine). Freilich können Teillieferungen, allenfalls mit unterschiedlichen Fälligkeitsterminen (vgl. Art. 372 Abs. 2 OR), abgemacht sein, ohne dass sich dadurch der Vertragscharakter ändert (Teillieferungsvertrag). Sind hingegen *mehrere* Werke geschuldet, handelt es sich um einen Innominatvertrag, und zwar unabhängig davon, ob die Anzahl der Werke von vornherein feststeht (Sukzessivlieferungs[werk]vertrag) oder von der Dauer des Vertrags abhängig gemacht ist (Dauerwerkvertrag).

3. Beim *Verlagsvertrag* (Art. 380 ff. OR) verpflichtet sich der Urheber eines literarischen oder künstlerischen Werks, das Werk einem Verleger zum Zwecke der Herausgabe zu überlassen, der Verleger dagegen, das Werk zu vervielfältigen und in Vertrieb zu setzen (vgl. BGE 69 II 53). Der Verleger schuldet also eine Dienstleistung, wogegen der Gegner (Verlaggeber) verpflichtet ist, das von ihm geschaffene Werk zur Nutzung zu überlassen. Der Verlagsvertrag ist daher eine Mischung aus Dienstleistungsvertrag und Gebrauchsüberlassungsvertrag[21] (rechtspachtähnlicher Innominatvertrag[22]), nicht reiner Dienstleistungsvertrag. Andere Rechtsordnungen haben ihn denn auch nicht bei diesen Verträgen eingeordnet, sondern z.B. im URG geregelt (so in Frankreich und Italien) oder in einem eigenen Gesetz (so in Deutschland).

> Gegenstand des Verlagsvertrags «kann zunächst jedes dem Urheberrechtsschutz zugängliche Werk sein …, urheberrechtlich geschützt muss ein in Verlag gegebenes Werk allerdings nicht sein»[23]. Daher wäre nach HILTY [24] eine Regelung im URG verfehlt.

Verpflichtet sich jemand, ein literarisches Werk (z.B. ein juristisches Handbuch) vorerst zu schaffen und es dann später dem Vertragspartner zum Zwecke der Herausgabe zu überlassen, dieser aber, das Werk zu vervielfältigen und in Vertrieb zu setzen und eine Vergütung zu bezahlen, so ist dies eine Mischung aus Verlagsvertrag und Geistwerk-Vertrag, der nach der hier vertretenen Ansicht – wie gesagt – nicht unter den gesetzlichen Werkvertragsbegriff fällt, sondern zu den nicht geregelten Dienstleistungsverträgen gehört.

Der Verlagsvertrag ist von Gesetzes wegen nicht entgeltlich (Art. 380 OR, wo die Zahlung einer Vergütung nicht als Begriffsmerkmal erwähnt ist, und Art. 388 Abs. 1 OR, woraus sich mittelbar ergibt, dass der Verlagsvertrag auch unentgeltlich abgeschlossen werden kann).

[Seite 1631] 4. Allen *Auftragsarten* (hier unter Einschluss von Kommission, Spedition und Frachtvertrag verstanden, vorne vor Ziff. 1) ist gemein, dass die Vertragsparteien (Auftraggeber und Beauftragter) – gleich wie beim Werkvertrag – nicht in einem Unterordnungsverhältnis stehen. Die meisten Auftragsarten sind sodann auf die Erbringung einer blossen Dienstleistung gerichtet (obligation de moyens), nur beim Frachtvertrag ist ein Arbeitserfolg (Transport) geschuldet, wenn auch kein Werk i.S.v. Art. 363 OR.

Der Agenturvertrag ist Dauervertrag (Art. 418a OR), alle anderen Auftragsarten sind es nicht. Der einfache Auftrag kann sich auf beliebige Dienstleistungen beziehen, wogegen alle anderen Auftragsarten eine besondere Art von Dienstleistung zum Gegenstand haben: z.B. Vermittlung eines Vertragspartners (Mäklervertrag, Vermittlungsagentur), Abschluss eines Vertrags (Kommission, Spedition, Abschlussagentur), Transport einer Sache (Frachtvertrag), Gewährung von Kredit (Kreditauftrag) oder Auszahlung eines Geldbetrags (Kreditbrief). Der Auftrag zur Ehe- oder Partnerschaftsvermittlung kann insoweit, als ein Ehepartner oder ein Partner für eine eingetragene Partnerschaft im Sinne des Partnerschaftsgesetzes vermittelt werden soll, zu den Vertragsvermittlungsverträgen gezählt werden. Ansonsten aber hat er einen eigenen, keinem sonstigen Auftrag vergleichbaren Gegenstand.

> Das vorne in Ziff. 2 für den Werkvertrag Gesagte gilt für die Auftragsarten entsprechend: Der Beauftragte hat zwar vertragliche Ausführungsvorschriften des Auftraggebers zu beachten (Art. 397 Abs. 1 OR), doch ist seine Leistung begriffswesentlich selbständige Dienstleistung. Wo eine organisatorische und zeitliche Einordnung in die Arbeitsorganisation seines Vertragspartners erfolgt, handelt es sich nicht um einen Auftrag. Von praktischer Bedeutung ist diese Feststellung für die Abgrenzung des Agenturvertrags (Art. 418a ff. OR) vom Arbeitsvertrag (Art. 319 ff. OR).

Die Mehrheit der Auftragsarten sind Austauschverträge, nur der einfache Auftrag, der Kreditbrief und der Kreditauftrag sind von Gesetzes wegen unentgeltliche Verträge. Beim Frachtvertrag ist die Vergütung vom Eintritt des versprochenen Erfolgs (Transports) abhängig. Erfolgsabhängig ist auch die Vergütung bei einzelnen Auftragsarten, bei denen kein Arbeitserfolg versprochen ist. So ist die Vergütung beim Mäklervertrag begriffswesentlich Entgelt für die erfolgreiche (aber nicht geschuldete) Vermittlung eines Vertragsinteressenten (Art. 412 Abs. 1 OR). Demgegenüber ist beispielsweise beim Auftrag zur Ehe- oder zur Partnerschaftsvermittlung (Art. 406a OR) die Vergütung Entgelt für das blosse – vertragsgemässe – Tätigwerden des Beauftragten.

Z.T. wird die Ansicht vertreten, auch beim Mäklervertrag, bei der Kommission und bei der Spedition sei ein Arbeitserfolg geschuldet[25]. Indes ist – gleich wie beim Mäklervertrag – lediglich die Vergütung erfolgsabhängig, wogegen der Erfolg nicht geschuldet ist.

Soweit ein Auftrag von Gesetzes wegen Austauschvertrag ist, muss die Entgeltlichkeit nicht verabredet sein. Es genügt, dass ein Entgelt übungsgemäss geschuldet ist (Art. 394 Abs. 3 OR) oder sich aus dem hypothetischen Parteiwillen ergibt (s. analog vorne Ziff. 1 und 2, je gegen Ende).

5. Die *Hinterlegungsverträge* haben eine ganz bestimmte Dienstleistung (Aufbewahrung von Sachen oder Geld) zum Gegenstand. Sie sind Dauerverträge, also immer auf bestimmte oder unbestimmte Zeit geschlossen. Ein Unterordnungsverhältnis besteht zwischen den Parteien, dem Hinterleger einerseits, dem Aufbewahrer andererseits, nicht. Die

Dienstleistungspflicht des Aufbewahrers ist blosse Tätigkeitspflicht (Gewährung von Raum und Obhut), ein bestimmtes Arbeitsresultat ist nicht geschuldet.

Die Hinterlegungsverträge sind bis auf das Lagergeschäft (Art. 482 ff. OR) von Gesetzes wegen nicht entgeltlich (Art. 472 Abs. 2 OR). Dass das Lagergeschäft entgeltlich ist, ergibt sich nicht unmittelbar aus dem Gesetz, doch wird es vom Lagerhalter gewerbsmässig betrieben und ist daher «notwendig entgeltlich»[26]. Dass sich die Parteien auf Entgeltlichkeit der Lagerhaltung geeinigt haben, ist allerdings – gleich wie bei den sonstigen synallagmatischen Dienstleistungsverträgen (oben Ziff. 1, 2 und 4) – nicht erforderlich. Vielmehr muss sie sich lediglich aus «den Umständen» (Art. 372 Abs. 1 OR) oder einer allfälligen Übung (Art. 394 Abs. 3 OR analog) ergeben[27]. Ist im Einzelfall Unentgeltlichkeit der Lagerhaltung abgemacht, so liegt kein Lagergeschäft, sondern – bei sonst gegebenen Begriffsmerkmalen – ein lagervertragsähnlicher Innominatvertrag vor.

[Seite 1632] **3. Rechtliche Grundlagen der Dienstleistungsverträge**

A. Einleitung

Das OR behandelt in folgender Reihenfolge den Arbeitsvertrag (10. Titel), den Werkvertrag (11. Titel), den Verlagsvertrag (12. Titel), den Auftrag (13. Titel), Kommission und Spedition (15. Titel), den Frachtvertrag (16. Titel) und den Hinterlegungsvertrag (19. Titel).

Inmitten der Dienstleistungsverträge finden sich nicht-vertragliche Rechtsinstitute: die Geschäftsführung ohne Auftrag (14. Titel), die Handlungsvollmachten (17. Titel) und die Anweisung (18. Titel). Während die Geschäftsführung ohne Auftrag und die Anweisung schuldrechtliche Institute sind, gehören die Handlungsvollmachten zum Gesellschaftsrecht.

Auch *ausserhalb des OR* gibt es zahlreiche Bestimmungen zu Dienstleistungsverträgen. Allein für die *Einzel*arbeitsverträge (Art. 319–355 OR) zählt PORTMANN [28] ein rundes Dutzend einschlägiger Rechtserlasse auf. Diese gehören zwar grösstenteils zum öffentlichen Arbeitsrecht. Aufgrund von Art. 342 Abs. 2 OR haben sie «aber oft zugleich privatrechtliche Wirkung»[29]. Einzelne Spezialgesetze enthalten Bestimmungen für Dienstleistungsverträge, die im OR keine Regelung erfahren haben, so das BG über die Arbeitsvermittlung (AVG) für den Dienstverschaffungsvertrag und das Bundesgesetz über die Personenbeförderung (PBG) für Personentransportverträge, die unter das Regal des Bundes fallen.

> In der Lehre ist umstritten, inwieweit im OR nicht geregelte (Dienstleistungs-)Verträge den Innominatverträgen zuzuordnen sind. Nach einzelnen Autoren schliesst jede gesetzliche Regelung das Vorliegen eines Innominatvertrages aus, nach anderen gilt dies nur für eine einigermassen umfassende Regelung. Nach der ersten Auffassung ist beispielsweise der Personalleihvertrag (vgl. z.B. BGer 2C_356/2012) Nominatvertrag, obwohl er in Art. 22 AVG lediglich eine sehr partielle Regelung erfahren hat, nach der zweiten Ansicht ist er den Innominatverträgen zuzuzählen[30]. M.E. verdient die letztere Ansicht den Vorzug[31]. Von praktischer Bedeutung ist freilich die Frage nicht, sofern man sich darüber einig ist, dass so oder so subsidiär Auftragsrecht zur Anwendung gelangt (Art. 394 Abs. 2 OR, dazu hinten C./Ziff. 2).

Die Regeln des einfachen Auftrags, also die Art. 394–406 OR, haben nicht nur für den einfachen Auftrag Bedeutung, vielmehr finden sie bei zahlreichen weiteren Verträgen Anwendung, freilich immer nur subsidiär; Sonderrecht, auch ungeschriebenes (Art. 1 Abs. 2 ZGB), geht also vor.

B. Die Konzeption der gesetzlichen Vertragstypenregelung

Im Folgenden gelangt die gesetzliche Vertragstypenregelung überblicksweise zur Darstellung. Ausser Betracht bleibt allerdings der Verlagsvertrag, der – wie gesehen – sachlich nur beschränkt den Dienstleistungsverträgen zugeordnet werden kann.

1. Im Titel über den *Arbeitsvertrag* unterscheidet das Gesetz den «Einzelarbeitsvertrag» (Überschrift zu Art. 319–343 OR) und drei «besondere Einzelarbeitsverträge» (Überschrift von Art. 344–355 OR): den Lehrvertrag, den Handelsreisendenvertrag und den

Heimarbeitsvertrag[32]. Für diese «besonderen Einzelarbeitsverträge» gelten subsidiär die Regeln über den (gewöhnlichen) «Einzelarbeitsvertrag» (Art. 355 OR). Dieser bildet also gleichsam einen Grundtypus der Einzelarbeitsverträge.

Ein Einzelarbeitsvertrag wird zwischen einem bestimmten Arbeitgeber und einem bestimmten Arbeitnehmer geschlossen. Kein Einzelarbeitsvertrag ist der in Art. 356–358 OR geregelte Gesamtarbeitsvertrag (GAV). Dabei handelt es sich um einen Vertrag zwischen einem einzelnen Arbeitgeber oder einem Arbeitgeberverband und einem Arbeitnehmerverband, mit dem die Parteien «gemeinsame Bestimmungen über Abschluss, Inhalt und Beendigung der einzelnen Arbeitsverhältnisse der beteiligten Arbeitgeber und Arbeitnehmer auf[stellen]» (Art. 356 Abs. 1 OR). Gesamtarbeitsverträge bezwecken also die kollektive Regelung von Einzelarbeitsverträgen. Kein Arbeitsvertrag, ja überhaupt kein Vertrag ist der in Art. 359–360f OR geregelte Normalarbeitsvertrag (NAV). Dabei handelt es sich um einen behördlichen Erlass, durch den «für einzelne Arten von Arbeitsverhältnissen Bestimmungen über deren Abschluss, Inhalt und Beendigung aufgestellt» werden (Art. 359 Abs. 1 OR). Zuständig zum Erlass sind je nach Geltungsbereich des NAV die Kantone oder der Bundesrat (Art. 359a Abs. 1 OR). Für landwirtschaftliche Arbeitsverträge und Arbeitsverträge von Hausbediensteten haben die Kantone von **[Seite 1633]** Bundesrechts wegen – für ihr Gebiet – NAV zu erlassen (Art. 359 Abs. 2 OR).

2. Auch beim *Auftrag* unterscheidet das Gesetz zwischen einem Grundtypus (einfacher Auftrag, Art. 394–406 OR) und verschiedenen besonderen Auftragsarten (Auftrag zur Ehe- oder Partnerschaftsvermittlung, Kreditbrief, Kreditauftrag, Mäklervertrag und Agenturvertrag). Auf diese kommen die Regeln über den einfachen Auftrag ergänzend zur Anwendung[33]. Entsprechende Verweisregeln finden sich bei den einzelnen besonderen Auftragsarten (z.B. Art. 406a Abs. 2 OR), eine allgemeine Verweisregel analog Art. 355 OR fehlt (s. Näheres hinten C./Ziff. 1).

3. *Kommission, Spedition und Frachtvertrag* werden zwar vom Gesetz nicht im Titel über den Auftrag behandelt, trotzdem werden sie subsidiär den Regeln über den einfachen Auftrag unterstellt (Art. 425 Abs. 2 OR, Art. 439 OR i.V.m. Art. 425 Abs. 2 OR, Art. 440 Abs. 2 OR; dazu hinten C./Ziff. 1). Der Sache nach handelt es sich daher ebenfalls um besondere Auftragsarten. Freilich passen die Art. 394–406 OR nur beschränkt, jedenfalls beim Frachtvertrag, der die Schaffung eines Geistwerks (Transport) zum Gegenstand hat. Bei diesem werden die Art. 394 ff. OR teilweise durch die Art. 363 ff. OR, welche freilich immer nur analog heranzogen werden können, verdrängt. Das gilt nach herrschender, m.E. zutreffender Lehre hinsichtlich der Tragung der Preisgefahr[34]. Wenn also dem Frachtführer die Ausführung des Transports aus einem von ihm nicht zu vertretenden Grund (Zufall) unmöglich wird, so hat er für die bereits geleistete Arbeit – anders als nach dem Recht des einfachen Auftrags – grundsätzlich kein entsprechendes Teilentgelt zugut (Art. 376 Abs. 1 OR analog); anders nur dann, wenn der Zufall beim Absender eingetreten ist (Art. 376 Abs. 3 und 378 Abs. 1 OR analog). Des Weitern wird man annehmen müssen, dass Art. 377 OR den Art. 404 OR verdrängt. Der Frachtführer darf daher den Vertrag nicht – nach Art. 404 OR – jederzeit widerrufen, der Absender darf dies zwar, jedoch nur nach Art. 377 OR, also gegen «volle Schadloshaltung» des Frachtführers (anders BGE 55 II 183 und das HGer ZH in ZR 29 /1930 Nr. 80[35]).

> Die «meisten neueren Gesetzgebungen» verweisen für den Frachtvertrag «subsidiär auf den Werkvertrag»[36]. Dass im schweizerischen Recht eine entsprechende Verweisregel fehlt, ist sachgerecht, denn die Art. 363 ff. OR sind auf Sachwerke zugeschnitten und passen daher für Geistwerke nur sehr beschränkt. Das schliesst zwar die analoge Heranziehung einzelner werkvertragsrechtlicher Regeln – wie gesehen – nicht aus, es wäre jedoch nicht gerechtfertigt gewesen, die Art. 363 ff. OR in *allgemeiner* Weise für subsidiär anwendbar zu erklären. Nach herrschender Ansicht sind freilich auch Geistwerke Werke i.S.v. Art. 363 OR. Wäre dies die Meinung des Gesetzgebers, hätte er sich wohl beim Frachtvertrag für die subsidiäre Anwendung der Art. 363 ff. OR anstelle der Art. 394 ff. OR entschieden.

4. Die *Hinterlegungsverträge*, welche im Gesetz den Abschluss der Dienstleistungsverträge machen, sind im 19. Titel geregelt. Dieser zerfällt in vier Teile: Hinterlegung im Allgemeinen

(Art. 472–480 OR), Hinterlegung vertretbarer Sachen (Art. 481 OR), Lagergeschäft (Art. 482–486 OR) und Haftung der Gast- und Stallwirte (Art. 487–491 OR). Die Art. 472–480 haben für die Hinterlegung vertretbarer Sachen und das Lagergeschäft eine ähnliche Bedeutung wie die Art. 394 ff. OR für die besonderen Auftragsarten. Sie bilden gleichsam einen allgemeinen Teil.

Der Gastwirtevertrag (Gastaufnahmevertrag) ist kein Hinterlegungs-, sondern ein Innominatvertrag, doch sind Gastwirte unter bestimmten Voraussetzungen verpflichtet, auf Wunsch des Gastes einen Hinterlegungsvertrag zu schliessen (vgl. Art. 488 Abs. 1 und 2 OR) [37]. Das erklärt die – systematisch wenig überzeugende – Einordnung der Gastwirtehaftung im Titel über den Hinterlegungsvertrag. Die Haftung der Stallwirte ist der Haftung für Gastwirte nachgebildet. Die Einordnung dieser Haftung im Titel über den Hinterlegungsvertrag ist noch weniger gerechtfertigt als diejenige des Gastwirts, denn ein Kontrahierungszwang i.S.v. Art. 488 Abs. 1 und 2 OR besteht für den Stallwirt nicht.

C. Die subsidiäre Geltung der Art. 394 ff. OR

1. Die Art. 394 ff. OR kommen bei den *besonderen Auftragsarten* (einschliesslich Kommission, Spedition und Frachtvertrag) ebenfalls zur Anwendung, wenn auch nur **[Seite 1634]** subsidiär (s. bereits vorne B./Ziff. 2 f.). Das ergibt sich für den Auftrag zur Ehevermittlung (Art. 406 Abs. 2 OR), den Mäklervertrag (Art. 412 Abs. 2 OR), den Agenturvertrag (Art. 418b OR i.V.m. Art. 412 Abs. 2 und 425 Abs. 2 OR), die Kommission (Art. 425 Abs. 2 OR), den Speditionsvertrag (Art. 439 OR i.V.m. Art. 425 Abs. 2 OR) und den Frachtvertrag (Art. 440 Abs. 2 OR) unmittelbar aus dem Gesetz. Beim Kreditauftrag (Art. 408 ff. OR) fehlt zwar eine entsprechende Verweisregel, doch kann angesichts seiner systematischen Stellung (er ist im Titel über den Auftrag geregelt) nicht zweifelhaft sein, dass auch er subsidiär den Regeln über den einfachen Auftrag untersteht[38]. Für den Kreditbrief ist zwar die Geltung der Art. 394 ff. OR ausdrücklich vorgesehen (Art. 407 Abs. 3 OR), doch lässt sich dem Gesetzeswortlaut nicht entnehmen, dass die Bestimmungen bloss subsidiär gelten. Dies versteht sich jedoch von selbst.

> Wo das Gesetz die subsidiäre Geltung der Art. 394 ff. OR zum Ausdruck bringt, tut es dies auf unterschiedliche Weise: Art. 406a Abs. 2 OR und 418b OR sehen vor, dass die Bestimmungen «ergänzend», Art. 412 Abs. 2 OR, dass sie «im Allgemeinen» anwendbar sind. Wiederum anders Art. 425 Abs. 2 OR. Hier ist bestimmt, dass die Art. 394 ff. OR insoweit anwendbar sind, als nicht die «Bestimmungen dieses Titels [des Titels über die Kommission] etwas anderes enthalten». Eine analoge Formulierung findet sich in Art. 440 Abs. 2 OR für den Frachtvertrag.

Subsidiäre Anwendung bedeutet, dass die Art. 394 ff. OR nur insoweit zum Tragen kommen, als kein Sonderrecht vorgeht. Auch ungeschriebenes, in Anwendung von Art. 1 Abs. 2 ZGB geschaffenes Sonderrecht kommt in Betracht (s. vorne B./Ziff. 3). Inwieweit die Art. 394 ff. OR durch ungeschriebene Sonderregeln verdrängt werden, bestimmt sich nach den allgemeinen Grundsätzen der Rechtsanwendung. Sie kommen daher insoweit nicht zum Tragen, als sie zur jeweiligen gesetzlichen Sonderregelung im Widerspruch stehen oder dem Vertragstyp nicht gerecht werden und daher anzunehmen ist, ihre Geltung könne nicht dem gesetzgeberischen Willen entsprechen. Die zur Diskussion stehenden Verweisungsregeln (Art. 406a Abs. 2 OR usw.) haben also die gleiche Bedeutung wie z.B. Art. 221 OR, wo bestimmt ist, dass die Regeln über den Fahrniskauf beim Grundstückkauf «entsprechende Anwendung» finden, d.h. (nur) insoweit, als sie nach den Regeln der Analogie passen[39].

Bei einzelnen besonderen Auftragsarten kommen die Art. 394–406 OR praktisch ohne Einschränkung zum Tragen (so z.B. beim Kreditbrief), insbesondere beim Agenturvertrag ist hingegen deren Bedeutung gering. Namentlich findet hier Art. 404 OR, der bei allen anderen besonderen Aufträgen zum Tragen kommt, keine Anwendung (die besonderen Beendigungsregeln von Art. 418p ff. OR verdrängen den Art. 404 OR).

Bei den besonderen Aufträgen generell ohne Bedeutung sind Abs. 1 und 2 von Art. 394 OR: Abs. 1 befasst sich mit dem Begriff des einfachen Auftrags, kann also bei anderen Verträgen

naturgemäss keine Bedeutung haben, und Abs. 2 betrifft nach Wortlaut und Sinn nur im OR nicht geregelte Dienstverträge. Für diese sieht er vor, dass sie «unter den Vorschriften über den einfachen Auftrag [stehen]» (s. sogleich Ziff. 2).

2. Nach Art. 394 Abs. 2 OR stehen *«Verträge über Arbeitsleistung, die keiner besonderen Vertragsart dieses Gesetzes unterstellt sind, …* unter den Vorschriften über den [einfachen] Auftrag» (Hervorhebung hinzugefügt). Diese Bestimmungen (genauer: die Art. 394 Abs. 3 und 395–406 OR) finden freilich nur ergänzende Anwendung. Sonderrecht (z.B. Art. 22 AVG) geht also vor, auch ungeschriebenes (vgl. vorne Ziff. 1, 3. Absatz). Auf die Regeln des einfachen Auftrags ist demnach – gleich wie bei den besonderen Aufträgen (Mäklervertrag usw.) – nur insoweit zurückzugreifen, als sie sachgerecht sind, d.h. nach den Grundsätzen der Analogie passen. Soweit dies nicht der Fall ist, hat der Richter eigene Regeln zu schaffen (Art. 1 Abs. 2 ZGB), bei gemischten Verträgen insbesondere unter analoger Heranziehung von Bestimmungen, welche für die beigemischten Verträge vorgesehen sind[40]. Nur auf diesem Wege lassen sich Wertungswidersprüche vermeiden. So ist beispielsweise dem Dauervertragscharakter der Kommissionsagentur, bei der es sich um eine Mischung aus Kommission und Agenturvertrag handelt, hinsichtlich der Auflösung dadurch Rechnung zu tragen, dass anstelle von Art. 404 OR die agenturrechtlichen Regeln (Art. 418q f. OR) – analog – herangezogen werden. Das Gesagte entspricht der in Lehre und Rechtsprechung herrschenden Ansicht (s. den nächsten Absatz), es finden sich jedoch auch abweichende Ansichten[41]. Insbesondere wird aus dem Umstand, dass der umschriebene subsidiäre Charakter der Art. 394 ff. OR im Wortlaut von Art. 394 **[Seite 1635]** Abs. 2 OR keinen Niederschlag gefunden hat, teilweise abgeleitet, dass die Art. 394 ff. OR bei den im OR nicht geregelten Dienstleistungsverträgen vorbehältlich gesetzlicher Sonderregeln wie z.B. Art. 22 AVG ohne Einschränkung zum Tragen kommen, soweit die Parteien nicht rechtswirksam davon abgewichen sind[42]. Zwingendes Auftragsrecht ist daher nach dieser Auffassung immer anwendbar, dispositives Recht insoweit, als es mit der vertraglichen Regelung im Einklang steht[43]. Folgt man dem, so findet beispielsweise Art. 404 OR bei der Kommissionsagentur ohne Weiteres Anwendung, falls man ihn für zwingend erachtet[44]. Richtig kann dies nicht sein, nachdem der Gesetzgeber für einen verwandten Vertrag, die Agentur, eine jederzeitige Auflösungsmöglichkeit nicht vorgesehen hat (Art. 418p ff. OR).

Das Bundesgericht hat ursprünglich die hier vertretene Auffassung geteilt, meist mit Selbstverständlichkeit, ohne eine wörtliche Interpretation von Art. 394 Abs. 2 OR überhaupt in Betracht zu ziehen (z.B. BGE 60 II 335 [Auflösung des Agenturvertrags, der damals noch keine gesetzliche Regelung erfahren hatte, nicht nach Art. 404 OR, sondern entsprechend den Regeln des Arbeitsvertragsrechts, was im Wesentlichen der heutigen Rechtslage entspricht, vgl. Art. 418q f. OR], BGE 83 II 525 E. 1 = Pra 1958 Nr. 44 [vorzeitige Auflösung des Liegenschaftsverwaltungsvertrags nach den Grundsätzen des Arbeitsvertragsrechts, wiederum nicht nach Art. 404 OR]). Eine Praxisänderung erfolgte in BGE 104 II 108. Hier wurde ausdrücklich in Kauf genommen, dass die Anwendung von Art. 394 ff. OR u.U. sachlich «nicht zu befriedigen vermag» (S. 116). Bereits in BGE 109 II 462 E. 3d = Pra 1984 Nr. 83 erfolgte dann jedoch wieder eine Rückkehr zur alten Rechtsprechung, jedenfalls für gemischte Verträge wie den aus Werkvertrag und Auftrag gemischten Architektenvertrag. Diese alt-neue Rechtsprechung wurde später mehrfach bestätigt (z.B. BGer 4A_213/2008 E. 5.2, BGE 127 III 543 E. 2a, ferner etwa BGE 110 II 380 E. 2, BGE 112 II 41 und BGE 115 II 464, 466, wonach die Art. 394 ff. OR bei gemischten Verträgen nur insoweit anzuwenden sind, als sie «als sachgerecht erscheinen»). Allerdings finden sich auch immer wieder Entscheide, in denen davon ausgegangen wird, die Art. 394 ff. OR seien bei im OR nicht geregelten Dienstleistungsverträgen gleichsam automatisch und global anzuwenden (s. z.B. BGer 4A_141/2011, wo ohne weitere Begründung Art. 404 OR auf einen Unterrichtsvertrag angewendet wurde, obwohl diese Regel bei einem solchen Vertrag nicht passt und daher richterrechtlich eine Auflösungsregel zu schaffen gewesen wäre)[45]. Die neuere *Lehre* vertritt grossmehrheitlich die hier vertretene Auffassung[46], anders vor allem REHBINDER /STÖCKLI [47] und WERRO [48]. Dieser Autor folgt der herrschenden Lehre hinsichtlich gemischter Verträge[49], wogegen er Verträge sui generis vollständig dem Auftragsrecht unterwerfen will. Demgegenüber nehmen REHBINDER/STÖCKLI an, Innominatverträge

seien im Bereich der Dienstleistungsverträge ausgeschlossen bzw. würden solche Verträge vollumfänglich dem Recht des einfachen Auftrags unterstehen.

Art. 394 Abs. 2 OR ist nur auf *reine* Dienstleistungsverträge anwendbar. Wo ein Vertrag nebst Dienstleistungselementen andere Elemente aufweist, können die auftragsrechtlichen Bestimmungen zwar u.U. ebenfalls angewendet werden, aber nur nach den allgemeinen Regeln der Analogie. Art. 394 Abs. 2 OR bleibt von vornherein aus dem Spiel. Zu Recht wurde daher in BGE 118 II 157 (Franchisevertrag mit Mietelementen) die Anwendung von Art. 394 Abs. 2 OR gar nicht in Betracht gezogen.

3. Bei *anderen Verträgen*, also bei solchen, bei denen das Recht des einfachen Auftrags nicht kraft objektiven Rechts subsidiär zur Anwendung gelangt, kann es doch im Wege richterlicher Rechtsfindung ergänzend anwendbar sein (Art. 1 Abs. 2 ZGB). So ist beispielsweise Art. 403 Abs. 1 OR analog auch beim Werkvertrag heranzuziehen.

Fussnoten:

* ALFRED KOLLER, Prof. Dr. iur., Professor an der Universität St. Gallen.
Herrn Rechtsanwalt PETER NÜESCH danke ich für verschiedene Hilfeleistungen, insbesondere die Kontrolle der Anmerkungen. Ein weiterer Dank geht an meinen Assistenten BLaw MARCO BÄCHTOLD. Er hat den Text formal bereinigt.

1 Z.B. BRUNO VON BÜREN, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil (Art. 184–551), Zürich 1972, 203; PETER GAUCH, Der Werkvertrag, 5. A., Zürich 2011, Rn 21, m.w.Nw. in Anm. 43.

2 So z.B. HUGO OSER/WILHELM SCHÖNENBERGER, Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht, Art. 184–418 OR, 2. A., Zürich 1936, N 13 zu Art. 412 OR.

3 STEPHAN LORENZ, Grundwissen – Zivilrecht: Auftrag und Geschäftsbesorgung, JuS 2012, 6 ff., 7.

4 S. eingehend PIERRE TERCIER/PASCAL G. FAVRE, Les contrats spéciaux, 4. A., Genf/Zürich/Basel 2009, Rn 5055 f.; ferner ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. A., Bern 2009, § 3 Rn 18 f.

5 HANS BROX/WOLF-DIETRICH WALKER, Besonderes Schuldrecht, 36. A., München 2012, § 29 Rn 6, allerdings zum deutschen Recht.

6 Z.B. JÖRG SCHMID/JONAS RÜEGG, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2011, ZBJV 2013, 492 ff., 496 (Kommentierung von BGE 137 III 539 [4A_275/2011]).

7 Nur analog, weil Handeln gestützt auf eine Gefälligkeitsabrede nicht ohne «Auftrag» i.S.v. Art. 419 OR erfolgt und daher die Art. 419 ff. OR nicht unmittelbar angewendet werden können (Geschäftsführer ohne Auftrag kann nur sein, wer ohne rechtsgeschäftliche oder sonstige Berechtigung tätig wird). Im Übrigen ist die Abgrenzung zwischen Gefälligkeit und Geschäftsführung ohne Auftrag umstritten (s. JÖRG SCHMID, Zürcher Kommentar zum ZGB/OR, Die Geschäftsführung ohne Auftrag, Art. 419–424 OR, 3. A., Zürich 1993, N 132 ff. zu Art. 419 OR; BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, Die privatrechtliche Gefälligkeit und ihre Rechtsfolgen, Diss. Freiburg /CH, 1999, Rn 241 mit Anm. 384).

8 Anders BGer 4A_326/2008, wo das Gefälligkeitshandeln nicht dem Geschäftsführungsrecht unterstellt wurde. M.E. hätte es als nicht gebotene echte Geschäftsführung ohne Auftrag qualifiziert werden müssen (vgl. EVA MAISSEN/TINA PURTSCHERT/ARNOLD F. RUSCH, Unentgeltliche Hilfeleistung: GoA, Gefälligkeit oder unentgeltlicher Auftrag?, Jusletter 9. September 2013, Rn 19).

9 Die Hinterlegungsverträge werden teilweise nicht den Dienstleistungsverträgen zugerechnet. So beispielsweise JÖRG SCHMID/HUBERT STÖCKLI, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Zürich 2010, welche die Hinterlegungsverträge zusammen mit der Bürgschaft in einem eigenen Kapitel (Hinterlegungs- und Sicherungsverträge) behandeln.

10 Dieser weist freilich typischerweise nebst Dienstleistungselementen auch Elemente von Kauf und Miete auf (vgl. VITO ROBERTO, Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 5. A., Basel 2011, Vorbem. zum PRG, N 2).

11 Bei einem Dauervertrag ist der Umfang der Leistung zeitbestimmt (KOLLER, OR AT [FN 4], § 2 Rn 120).

12 S. dazu ANDREAS M. DUBLER, Der Kommissionsagenturvertrag, Diss. Zürich 1995.

13 S. im Einzelnen WOLFGANG PORTMANN, Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 5. A., Basel 2011, N 1 ff. zu Art. 321d OR.

14 Vgl. KOLLER, OR AT (FN 4), § 10 Rn 11 ff.

15 MANFRED REHBINDER/JEAN-FRITZ STÖCKLI, Berner Kommentar zum ZGB/OR, Der Arbeitsvertrag, Einleitung und Kommentar zu den Art. 319–330b OR, Bern 2010, N 18 zu Art. 320 OR.

16 Das Bundesgericht hat allerdings nicht immer gleich entschieden. Ursprünglich hat es einen Arbeitserfolg ohne jede Einschränkung als Werk i.S.v. Art. 363 OR anerkannt (z.B. BGE 70 II 215 E. 3 [Vorstellungsbesuchsvertrag]). In BGE 98 II 305 E. 3 hat es dann den Werkbegriff auf körperliche Werke (Sachwerke) eingeschränkt. Schon wenige Jahre später ist es wieder zu seiner früheren Rechtsprechung zurückgekehrt (BGE 109 II 34 E. 3 [Geometervertrag]; 111 II 170 und 113 II 264 E. 2a [Montage eines Krans bzw. Bau eines Lehrgerüsts]). Neuerdings macht es die im Text erwähnte Einschränkung, wonach ein unkörperlicher Arbeitserfolg nur dann Werk i.S.v. Art. 363 OR ist, wenn er nach objektiven Kriterien überprüft und als richtig oder falsch qualifiziert werden kann.

17 HEINRICH HAFNER, Das Schweizerische Obligationenrecht, 2. A., Zürich 1905, N 3 zu Art. 350 aOR; A. SCHNEIDER/H. FICK, Das schweizerische Obligationenrecht, 2. A., Zürich 1896, N 3 zu Art. 350 aOR.

18 In der Lehre gehen die Ansichten zum Werkbegriff i.S.v. Art. 363 OR auseinander: Teils werden geistige Werke vom Anwendungsbereich des Art. 363 OR ausgeschlossen (Nw. bei ALFRED KOLLER , Berner Kommentar zum ZGB/OR, Der Werkvertrag, Art. 363–366 OR, Bern 1998, N 96 zu Art. 363 OR), teils werden sie generell – ohne Einschränkungen – als Werke i.S.v. Art. 363 OR anerkannt (so z.B. HERMANN BECKER, Berner Kommentar zum ZGB/OR, Art. 184–551 OR, Bern 1934, N 4 zu Art. 363 OR; ROGER BRÄNDLI, Bemerkungen zu BGE 134 III 361, AJP/PJA 2008, 1308 ff., 1310). Daneben finden sich mittlere Auffassungen, insbesondere zwei: Die einen schliessen – gleich wie das Bundesgericht – geistige Werke vom Werkbegriff von Art. 363 OR dann aus, wenn sie nicht objektiv auf ihre Richtigkeit (Mängelfreiheit) überprüft werden können (so z.B. HANS MERZ, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1989, ZBJV 1991, 236 ff., 253 [Kommentierung von BGE 115 II 50 = Pra 78 Nr. 250]), die anderen dann, wenn sie sich nicht in einem körperlichen Gegenstand («Werkträger»), z.B. einem Bauplan, niederschlagen (so erstmals HUGO OSER, Zürcher Kommentar zu Art. 1–529 OR, Zürich 1915, N 1a zu Art. 363 OR; ferner etwa GAUCH [FN 1], Rn 52 und 331, der konsequenterweise mündliche Gutachten vom gesetzlichen Werkvertragsrecht ausnimmt, schriftliche nicht).

19 So BGE 25 II 785 E. 2 (analoge Heranziehung von Art. 338 Abs. 2 aOR, der Vorgängerbestimmung von Art. 320 Abs. 2 OR); aus der Lehre z.B. OSER/SCHÖNENBERGER, Zürcher Kommentar (FN 2), N 7 zu Art. 363 OR. A.A. RAINER SCHUMACHER, Die Vergütung im Bauwerkvertrag, Grundvergütung – Mehrvergütung, Freiburg/CH 1998, Rn 20; GAUCH (FN 1), Rn 111a (ausdrückliche Ablehnung der analogen Heranziehung von Art. 320 Abs. 2 OR), 381 und 944; DERS., Erneut zum Gesamtvertrag des Architekten und Ingenieurs und zu seiner Qualifikation, veranlasst durch BGer 4A_230/2013 vom 17.9.2013, E. 2, BR 2014, 69 ff., 70 r.Sp.

20 So z.B. KOLLER, Berner Kommentar (FN 18), N 84 zu Art. 363 OR; GAUCH (FN 1), Rn 111; a.A. BECKER, Berner Kommentar (FN 18), N 11 zu Art. 363 OR; OSER/SCHÖNENBERGER, Zürcher Kommentar (FN 2), N 9 zu Art. 363 OR.

21 Anders THOMAS PROBST, Der Lizenzvertrag: Grundlagen und Einzelfragen, Jusletter 2. September 2013, Rn 58, der von einem «(zeitlich beschränkten) Veräusserungsvertrag» ausgeht.

22 Der Verlagsvertrag hat damit eine gewisse Nähe zum Lizenzvertrag, der vom Bundesgericht früher als Rechtspacht (Art. 275 OR) aufgefasst wurde, heute als rechtspachtähnlicher Innominatvertrag (Nw. bei ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Bd. 1: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Art. 184–318 OR: Grundlagen, Veräusserungsverträge, Gebrauchsüberlassungsverträge, Bern 2012, § 11 Rn 12).

23 RETO M. HILTY, Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 5. A., Basel 2011, N 4 und 5 zu Art. 380 OR.

24 HILTY, Basler Kommentar (FN 23), N 10 vor Art. 380–393 OR.

25 BECKER, Berner Kommentar (FN 18), N 4 zu Art. 363 OR, wenn auch nur implizit; BROX/WALKER (FN 5), § 22 Rn 12, wo diese Verträge zusammen mit dem Frachtvertrag als besonders geregelte Werkverträge behandelt werden.

26 THOMAS KOLLER, Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 5. A., Basel 2011, N 5 zu Art. 482 OR, m.Hw. auf BGE 126 III 192 = Pra 2001 Nr. 49.

27 HUGO OSER/WILHELM SCHÖNENBERGER, Zürcher Kommentar zum ZGB/OR, Art. 419–529 OR, 2. A., Zürich 1945, N 34 zu Art. 472 OR: «Eine Vergütung wird – abgesehen vom vertraglichen Versprechen – geschuldet, falls sie ‹nach den Umständen zu erwarten› war. Das trifft zunächst bei der gewerbsmässigen Aufbewahrung zu (vgl. Art. 485).»

28 PORTMANN, Basler Kommentar (FN 13), N 2 vor Art. 319 ff. OR.

29 PORTMANN, Basler Kommentar (FN 13), N 2 vor Art. 319 ff. OR.

30 Nw. bei ROLAND BACHMANN, Verdeckter Personalverleih: Aspekte zur rechtlichen Ausgestaltung, zur Bewilligungspflicht, zum Konzernverleih und zum Verleih mit Auslandsberührung, ArbR 2010, 55 ff., 66 FN 33.

31 KOLLER, OR BT (FN 22), § 1 Rn 4.

32 Für den Teilzeitarbeitsvertrag (Art. 319 Abs. 2 OR) finden sich zwar im OR keine besonderen Bestimmungen, doch sind einzelne der Vorschriften von Art. 319 ff. OR «im Zweifel» nicht anwendbar, so etwa «das Verbot der Schwarzarbeit (OR 321a III)» (REHBINDER/STÖCKLI, Berner Kommentar [FN 15], N 29 zu Art. 319 OR).

33 Soweit die Art. 394 ff. OR lückenhaft und daher ihrerseits ergänzungsbedürftig sind, sind die zwecks Lückenfüllung modo legislatoris (Art. 1 Abs. 2 ZGB) zu schaffenden Regeln (z.B. Art. 373 Abs. 1 und 375 OR analog) auch bei den besonderen Auftragsarten ergänzend anwendbar.

34 OSER/SCHÖNENBERGER, Zürcher Kommentar (FN 27), N 22 zu Art. 440 OR; BECKER, Berner Kommentar (FN 18), N 2 zu Art. 440 OR; ALBERT WEHRLI, Haftung des Frachtführers nach dem Schweizerischen Obligationenrecht, Diss. Bern 1920, 17 f.; a.A. OSER, Zürcher Kommentar (FN 18), Anmerkung II zu Art. 440 OR.

35 A.A. auch OSER/SCHÖNENBERGER, Zürcher Kommentar (FN 27), N 24 zu Art. 440 OR.

36 OSER/SCHÖNENBERGER, Zürcher Kommentar (FN 27), N 20 zu Art. 440 OR.

37 ALFRED KOLLER, Die Haftung des Gastwirts, recht 2013, 235 ff., 239.

38 Z.B. THEO GUHL/ALFRED KOLLER/ANTON K. SCHNYDER/JEAN NICOLAS DRUEY, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. A., Zürich 2000, § 50 Rn 2; WALTER FELLMANN, Berner Kommentar zum ZGB/OR, Der einfache Auftrag, Art. 394–406 OR, Bern 1992, N 3 vor Art. 394–406 OR.

39 KOLLER, OR BT (FN 22), § 5 Rn 3. Vgl. in verwandtem Zusammenhang auch DERS., OR AT (FN 4), § 67 Rn 44: Ansprüche aus Art. 679 und 955 ZGB verjähren nicht nach allgemeinem Verjährungsrecht, sondern analog Art. 60 OR (BGE 111 II 429 E. 2 und 119 II 216 E. 4). Die Art. 127 ff. OR werden also durch ungeschriebenes, analog Art. 60 OR geschaffenes Richterrecht verdrängt.

40 KOLLER, OR BT (FN 22), § 1 Rn 17 f.

41 Überblick bei DUBLER (FN 12), 53 ff.

42 So z.B. REHBINDER/STÖCKLI, Berner Kommentar (FN 15), N 49 zu Art. 319 OR: numerus clausus der Verträge auf Arbeitsleistung mit dem Auftrag als subsidiärer Vertragsform.

43 Auch der hypothetische Parteiwille geht dem dispositiven Recht vor; Auslegung und ergänzende Auslegung stehen sich also gleich (KOLLER, OR AT [FN 4], § 10 Rn 20 f.).

44 Für den zwingenden Charakter die ständige Rechtsprechung des Bundesgerichts (z.B. BGE 115 II 464; Entscheid 4A_213/2008). Demgegenüber hält ein guter Teil der Lehre Art. 404 OR für dispositiv, zumindest bei atypischen Aufträgen (vgl. ROLF H. WEBER, Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 5. A., Basel 2011, N 9 ff. zu Art. 404 OR; FELLMANN, Berner Kommentar [FN 38], N 104 ff. zu Art. 404 OR, je m.w.Nw.). Ebenso ein Teil der kantonalen Rechtsprechung (vgl. z.B. den Entscheid des OGer Zürich, der in BGer 4A_437/2008 angefochten war).

45 Einzelheiten zur Praxis des Bundesgerichts finden sich bei DUBLER (FN 12), 62 ff.

46 Nw. bei GAUCH (FN 1), Rn 17.

47 S. FN 42.

48 FRANZ WERRO, Commentaire romand, Code des obligations I, 2. A., Basel 2012, N 32 f. zu Art. 394 OR.

49 Genauer: Mischungen aus einem Mandat und einem Vertrag, der die Verschaffung eines Arbeitserfolgs zum Gegenstand hat.