

Der sogenannte "Geist-Werkvertrag" - ein Ungeist?

Cindy Kamm (Masterstudentin der Rechtswissenschaften an der Universität Freiburg)

La jurisprudence du Tribunal fédéral et la doctrine majoritaire subsumment les produits du travail intellectuel sous la notion d'ouvrage au sens de l'art. 363 CO. Le présent article soumet cette interprétation à une analyse critique et examine si l'application des dispositions du contrat d'entreprise aux produits du travail intellectuel est appropriée, ainsi que si cette conception de la notion d'ouvrage peut être maintenue. Il apparaît que le mandat offrirait un cadre normatif largement adéquat, s'il n'était pas caractérisé par le droit de résiliation impératif prévu à l'art. 404 al. 1 CO.

Einleitung

Sobald der «Erfolg» einer Leistung nicht gebaut, genäht oder geschweisst, sondern gedacht, geschrieben oder gesprochen wird, gerät das traditionelle Vertragsdenken ins Wanken. Das Werkvertragsrecht – massgeschneidert für Häuser, Maschinen und andere Dinge mit Ecken und Kanten – scheint für unkörperliche Erzeugnisse denkbar ungeeignet. Und doch hat sich die Vorstellung sogenannter «Geist-Werkverträge» etabliert, mitunter mit der Folge, dass diese Leistungen den Regeln der werkvertraglichen Mängelhaftung unterworfen werden.

Im Zentrum dieses Beitrags steht die Frage, ob und inwiefern der klassische Werkvertragsbegriff geeignet ist, sogenannte Geist-Werke sachgerecht zu erfassen, oder ob eine Einordnung unter alternative Vertragstypen – namentlich den Auftrag – vorzugswürdig erscheint. Ausgangspunkt bildet eine begriffliche Klärung des Terminus «Geist-Werkvertrag» (Kapitel II.A.). Darauf folgt die Untersuchung des Werksbegriffs gemäss Art. 363 OR (Kapitel II.B) sowie eine kritische Analyse der werkvertraglichen Regelungen im Hinblick auf immaterielle Arbeitserzeugnisse (Kapitel II.C). Sodann wird mit der Anwendung des Auftragsrechts auf geistige Leistungen ein alternatives Regelungsgefäss aufgezeigt (Kapitel III). Ein Fazit, das die zentralen Ergebnisse bündelt und kritisch würdigt, rundet den Beitrag ab (Kapitel IV).

I. Der "Geist-Werkvertrag" als Werkvertrag?

A. Begriff des "Geist-Werkvertrags"

Der «Geist-Werkvertrag» bezeichnet die Abrede, in der sich der Unternehmer zur Herstellung eines

geistigen, unkörperlichen Werks und der Besteller zur Leistung einer Vergütung verpflichtet.¹ Im Hinblick auf ihre Erscheinungsform lassen sich solche Arbeitserzeugnisse in zwei Arten einteilen: Einerseits solche, die sich in körperlicher Form manifestieren, und andererseits solche, die keinem dauerhaften Datenträger zugeführt werden.² Als Beispiele für solche unkörperliche Werke sind die Pläne eines Geometers, die Darbietung einer Violinistin, die Schaffung eines Kunstwerks und die Entwicklung und Wartung einer individuellen Software zu nennen.³

B. Werkbegriff gemäss Art. 363 OR

Die charakteristische Leistung des Werkvertrags besteht in der Herstellung und Ablieferung eines Werks.⁴ Eine nähere Definition des Werkbegriffs ist dem Gesetzeswortlaut allerdings nicht zu entnehmen. Lehre⁵ und Rechtsprechung⁶ definieren das Werk als körperlichen oder unkörperlichen Arbeitserfolg, der objektiv messbar ist (*un certain résultat matériel ou immatériel, objectivement constatable*).

C. (Un-)tauglichkeit des Werkvertragsrechts

Wird der Werkbegriff dahin erweitert, dass er neben materiellen auch immaterielle Arbeitserzeugnisse erfasst, stellt sich die dogmatische Frage, ob das Werkvertragsrecht überhaupt auf derartige unkörperliche Leistungen zugeschnitten ist.

1. Stoffbezogenheit

In Art. 364 Abs. 3 OR ist von den «zur Ausführung des Werkes nötigen Hilfsmittel[n], Werkzeuge[n] und Gerätschaften» die Rede. Art. 365 OR enthält

¹ P. ZIMMERMANN, Der Geist-Werkvertrag, Untersuchung über die Rechtsnatur geistiger Arbeitsleistung, unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsordnungen der Bundesrepublik Deutschland, von Frankreich, von Österreich und der Vereinigten Staaten von Amerika (Rechtsvergleich), Diss. Basel 1984, S. 1.

² ZIMMERMANN (Fn. 1), S. 1 f.

³ P. GAUCH, Der Werkvertrag, 6. Aufl., Zürich 2019, N 34.

⁴ J. SCHMID/H. STÖCKLI/F. KRAUSKOPF, OR BT, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Zürich 2021, N 1659.

⁵ Anstelle vieler: P. JÄGGI, Bemerkungen zu einem Urteil über den Architektenvertrag, SJZ 69 (1973), S. 301 ff.; S. GRÜNIG/P. SCHURTENBERGER, Art. 363 OR, in: S. Grünig/R. König (Hrsg.), Berner Kommentar, Werkvertragsrecht, Bern 2024, N 25.

⁶ BGE 130 III 458, E. 4; BGE 83 II 525, E. 1.

Regelungen zum Stoff, der zur Herstellung des Werks verwendet wird. Absatz 3 derselben Bestimmung auferlegt dem Unternehmer eine Anzeigepflicht, wenn sich Mängel am angewiesenen Baugrund zeigen. Die genannten Vorschriften beziehen sich eindeutig auf stoffliche Werke.⁷ Für rein geistige Arbeitserzeugnisse scheinen sie geradezu unpassend.

Des Weiteren ist auch Art. 376 OR näher zu betrachten. Diese Bestimmung regelt den Untergang des Werks. Sowohl die Marginalie, die vom «Untergang» spricht, als auch der Gesetzeswortlaut, in dem vom «Zugrundegehen» die Rede ist, beziehen sich auf die Zerstörung eines Werks, das sich in Herstellung befindet oder bereits hergestellt, aber noch nicht abgeliefert wurde.⁸ Zerstört werden kann jedoch nur, was physisch existiert. Rein geistige Werke fallen daher nicht in den Anwendungsbereich dieser Vorschrift.

2. Gewährleistungsregime

In den Art. 367 – 371 OR regelt das Gesetz die Haftung des Unternehmers für Werkmängel.⁹ Die Geltendmachung der werkvertraglichen Gewähransprüche setzt im Wesentlichen ein Dreifaches voraus:¹⁰ Erstens muss die Ablieferung des Werks erfolgt sein. Darunter ist die Übergabe des vollendeten – jedoch nicht zwingend mängelfreien – Werks in die Verfügungsgewalt des Bestellers zwecks Vertragserfüllung zu verstehen.¹¹ Verkörperte Geist-Werke sind ohne Weiteres ablieferbar, indem der Datenträger, auf dem das Geist-Werk festgehalten ist, übergeben wird. Die Ablieferung rein geistiger Werke bereitet hingegen Schwierigkeiten. Dies zeigt sich am Beispiel eines Konzertbesuchs:

Die Übermittlung der Darbietung in die Verfügungsgewalt des vermeintlichen Bestellers bleibt aus; dieser kann weder während der Aufführung noch nach deren Beendigung darüber verfügen.¹²

Zweitens muss das abgelieferte Werk mit einem Mangel behaftet sein, der dem Unternehmer zuzurechnen

ist.¹³ Ein Werkmangel liegt vor, wenn das abgelieferte Werk von der vertraglich vereinbarten Beschaffenheit abweicht oder nicht über Eigenschaften verfügt, die der Besteller nach Treu und Glauben erwarten darf («subjektiver Mangelbegriff»)¹⁴ Bei Geist-Werken bereitet bereits die Festlegung der Sollbeschaffenheit Schwierigkeiten. Wie lässt sich beispielsweise die Sollbeschaffenheit eines geologischen Gutachtens bestimmen? Erschöpft sich die vertragliche Pflicht nicht vielmehr in der sorgfältigen Abklärung der geologischen Zusammensetzung des Untergrunds? Oder ist eine sorgfältig geplante Projektierung eines Wohnhauses, die sämtlichen öffentlich-rechtlichen Vorschriften und den geäusserten Anforderungen des Bestellers entspricht, bereits fehlerhaft, wenn sie dem Besteller lediglich nicht gefällt? Die aufgeworfenen Fragen zeigen, dass ein gewisser technischer bzw. gestalterischer Ermessensspielraum «Geist-Werkverträgen» inhärent ist, was die Beurteilung der Werkbeschaffenheit auf Mängel erheblich erschwert – wenn nicht gar verunmöglicht.

Die dritte Voraussetzung für die Wahrnehmung der Gewährleistungsrechte bildet die rechtzeitig erfolgte Mängelrüge.¹⁵ In dieser muss der Besteller substantiiert darlegen, worin die Abweichung des Werks vom vertraglich vereinbarten Sollzustand besteht, und dem Unternehmer mitteilen, dass er mit dem abgelieferten Werk nicht einverstanden ist.¹⁶ Wie oben ausgeführt, ist die Ermittlung der Sollbeschaffenheit geistiger Werke problematisch. Folglich scheitert auch die substantiierte Darlegung eines Mangels, der *per definitionem* in einer Abweichung vom Sollzustand besteht.¹⁷

Setzt man eine rechtzeitig erhobene und hinreichend substantiierte Mängelrüge voraus, stehen dem Besteller drei in elektiver Konkurrenz stehende Mängelrechte nach Art. 368 OR zu.¹⁸ Er kann zwischen der Wandelung (Art. 368 Abs. 1 & 3 OR), der Minderung (Art. 368 Abs. 2 OR) und der unentgeltlichen Nachbesserung (Art. 368 Abs. 2 OR) wählen.¹⁹ Zusätzlich kann der Besteller in jedem der drei Fälle

⁷ ZIMMERMANN (Fn. 1), S. 36.

⁸ T. BÜHLER, Kommentar zu Art. 367 OR, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V/2d, Der Werkvertrag (Art. 363 - 379 OR), 3. Aufl., Zürich 1998, N 9.

⁹ SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF (Fn. 4), N 1728.

¹⁰ ZIMMERMANN, (Fn. 1), S. 37.

¹¹ S. GRÜNIG, Art. 367 OR, in: S. Grünig/R. König (Hrsg.), Berner Kommentar, Werkvertragsrecht, Bern 2024, N 39 ff. (zit.: "BK-GRÜNIG"); ZIMMERMANN (Fn. 1), S. 37.

¹² R. BÖGLI, Der Übergang von der unternehmerischen Leistungspflicht zur Mängelhaftung beim Werkvertrag - Zeitpunkt und Voraussetzungen, Diss. St. Gallen, Bern 1996, N 37.

¹³ P. TERCIER/B. CARRON, Les contrats spéciaux, 5. Aufl., Zürich 2025, N 3809 ff.

¹⁴ SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, (Fn. 4), N 1732.

¹⁵ BGer 4A_603/2021 vom 31. Januar 2023, E. 3.3; BK-GRÜNIG (Fn. 11), Art. 367 OR N 219 ff.

¹⁶ GAUCH (Fn. 3), N 2128 ff.

¹⁷ ZIMMERMANN (Fn. 1), S. 36 ff.

¹⁸ N. SCHWERY, Art. 368 OR, in: S. Grünig/R. König (Hrsg.), Berner Kommentar, Werkvertragsrecht, Bern 2024, N 39 und 48 ff. (zit.: "BK-SCHWERY").

¹⁹ BK-SCHWERY (Fn. 18), Art. 368 OR N 2 f. und 39.

Ersatz des Mangelfolgeschadens verlangen (Art. 368 Abs. 1 und 2 OR, jeweils *in fine*).²⁰ Auch hier drängt sich die Frage auf, ob diese Behelfe auf mangelbehaf-tete Geist-Werke passen.

Die Wandelung bezeichnet das Recht des Bestellers durch einseitige Willenserklärung vom Vertrag zurückzutreten (Art. 368 Abs. 1 OR).²¹ Übt der Besteller das Wandlungsrecht wirksam aus, so ist der Vertrag rückabzuwickeln, und die bereits erbrachten Leistungen sind *in natura* zurückzuerstatten.²² Aufgrund des erheblichen Eingriffs in die vertraglich begründeten Rechte und Pflichten des Bestellers und Unternehmers setzt die Wandelung voraus, dass das Werk für den Besteller entweder unbrauchbar ist oder ihm dessen Annahme billigerweise nicht zugemutet werden kann.²³ Doch wie ist die Unzumutbarkeit im Fall einer Serenade, eines Architekturprojekts oder eines Gutachtens zu beurteilen? Auch hier zeigt sich erneut die Problematik, dass es bei geistigen Werken an einem objektiv fassbaren Referenzpunkt fehlt. Infolgedessen lässt sich nur schwer bestimmen, ab wann die Abweichung vom vertraglich geschuldeten Sollzustand derart erheblich ist, dass dem Besteller die Annahme des Geist-Werks nicht mehr zugemutet werden kann. Unterstellt man die Unzumutbarkeit dessen Annahme, stellt sich im Hinblick auf die Rückabwicklung der ausgetauschten Leistungen eine weitere Schwierigkeit. Denn die Rückabwicklung einer bereits erbrachten Darbietung ist schlechterdings unmöglich.²⁴

Das in Art. 368 Abs. 2 OR vorgesehene Minderungsrecht verleiht dem Besteller ein Gestaltungsrecht, mit dessen einseitiger Ausübung er die geschuldete Vergütung im Verhältnis zum Minderwert des Werks herabsetzen kann.²⁵ Die Berechnung des Minderwerts erfolgt nach der relativen Methode: Dabei wird der Wert des mangelhaften Werks ins Verhältnis zum Wert des mangelfreien Werks gesetzt, und die Differenz vom ursprünglich vereinbarten Werklohn abgezogen.²⁶ Die Festlegung des Werts einer «mangelhaften» Theateraufführung beispielsweise ist jedoch problematisch, da deren Bewertung stark vom subjektiven Empfinden des einzelnen Zuschauers abhängt. Gerade weil es an einem

objektivierbaren Wertmassstab für eine misslungene Darbietung fehlt, lässt sich der Minderwert in solchen Fällen nicht verlässlich bestimmen.²⁷

Art. 368 Abs. 2 OR verleiht dem Besteller einen Anspruch auf unentgeltliche Nachbesserung des Werks, sofern diese dem Unternehmer keine übermässigen Kosten verursacht.²⁸ Die Beseitigung eines formalen Mangels an einem verkörperten Geist-Werk ist durchaus denkbar. So können etwa Druckfehler in einem Bauplan durch einen erneuten Ausdruck korrigiert werden. Bei geistigen Werken, die keine Verkörperung erfahren, ist eine Nachbesserung hingegen ausgeschlossen. Auf derartige immaterielle Erzeugnisse ist das Nachbesserungsrecht nicht zugeschnitten.²⁹

II. Auftragsrecht als geeignete Alternative

A. *Essentialia Negotii* des einfachen Auftrags

Der einfache Auftrag (Art. 393 – 406 OR) umfasst die Übernahme einer Geschäftsbesorgung oder Dienstleistung durch den Beauftragten im Interesse und nach dem Willen des Auftraggebers (Art. 394 Abs. 1 OR).³⁰ Die Entgeltlichkeit stellt kein begriffsnotwendiges Merkmal des Auftrags dar; dieser kann sowohl entgeltlich als auch unentgeltlich ausgestaltet sein. Im Gegensatz zum Werkvertrag schuldet der Beauftragte jedoch keinen bestimmten Erfolg. Gleichwohl kann die Dienstleistung auf die Herbeiführung eines bestimmten Resultats gerichtet sein.³¹

Die Verpflichtung zur entgeltlichen Herstellung eines geistigen Arbeitserzeugnisses fällt damit unter die Legaldefinition des einfachen Auftrags.³²

B. Einseitiges Widerrufsrecht als Dorn im Auge

Art. 404 Abs. 1 OR verleiht beiden Parteien das Recht,

²⁰ SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF (Fn. 4), N 1768.

²¹ GAUCH (Fn. 3), N 1528.

²² TERCIER/CARRON (Fn. 13), N 3964 ff.

²³ BK-SCHWERY (Fn. 18), Art. 368 OR N 80.

²⁴ ZIMMERMANN (Fn. 1), S. 42.

²⁵ TERCIER/CARRON (Fn. 13), N 3949.

²⁶ SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF (Fn. 4), N 1780.

²⁷ ZIMMERMANN (Fn. 1), S. 43.

²⁸ TERCIER/CARRON (Fn. 13), N 3913.

²⁹ ZIMMERMANN (Fn. 1), S. 43.

³⁰ TERCIER/CARRON (Fn. 13), N 4346 f.

³¹ JÄGGI (Fn. 5), S. 302; SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF (Fn. 4), N 1884.

³² GL.M. A. KOLLER, Schweizerisches Werkvertragsrecht, Zürich/St. Gallen 2015, N 65; G. GAUTSCHI, Zur Qualifikation des Architektenvertrags in BGE 98 II 305 ff., SJZ 70 (1974), S. 21 ff.

den Vertrag jederzeit zu kündigen bzw. zu widerrufen. Dieses jederzeitige Widerrufsrecht ist nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung – trotz beinahe einhelliger Kritik in der Lehre³³ – zwingender Natur.³⁴ Es erschliesst sich nicht, weshalb die Vertragsparteien bei einem Tanzkurs, einer Musikdarbietung oder einem Architekturvertrag sich nicht wirksam verpflichtet könnten, den Vertrag bis zu seinem Abschluss durchzuführen.³⁵

Fazit

Die obigen Ausführungen veranschaulichen, dass das Werkvertragsrecht mit seinen auf stoffliche Werke zugeschnittenen Regelungen für rein geistige Arbeitserzeugnisse nur bedingt tauglich ist. Insbesondere das Gewährleistungsregime stösst bei immateriellen Leistungen auf erhebliche dogmatische und praktische Schwierigkeiten. Demgegenüber bietet das Auftragsrecht ein sachgerechteres Regelungsmodell, auch wenn das zwingende Widerrufsrecht nach Art. 404 Abs. 1 OR für «Geist-Werkverträge» nicht in allen Konstellationen überzeugt. Insgesamt spricht daher vieles dafür, geistige Leistungen vorrangig dem Auftragsrecht zuzuordnen. Die eigentliche «Austreibung des Ungeistes» – der Annahme von «Geist-Werkverträgen» – ist in einer Überprüfung der Praxis zur zwingenden Natur des Art. 404 Abs. 1 OR zu erblicken.

³³ Anstelle vieler: F. WERRO, Art. 404 OR, in: L. Thévenoz/F. Werro (Hrsg.), *Commentaire romand Code des obligations I*, Basel 2021, N 16.

³⁴ BGE 140 III 200 (205), E. 5.3.

³⁵ Vgl. M. HOCHSTRASSER/B. DENZLER, Die Sorgfaltspflicht des Planers, HAVE 2016, S. 116.