

Auftraggeberin abwälzen, die ihrerseits von einer Schuld frei ist.

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Handelsgerichtes des Kantons Zürich vom 21. Juli 1932 wird bestätigt.

**42. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 5. Juli 1933 i. S. Wagner & Cie. A.-G. gegen Buchdruckerei J. Bollmann A.-G.**

Rechtliche Natur des Insertionsauftrages, durch welchen sich der eine Teil verpflichtet, Ankündigungen (Inserate) in einer von ihm oder einem Dritten herausgegebenen Zeitung erscheinen zu lassen gegen Bezahlung des Insertionspreises seitens des Inserenten. Kein Auftrag i. S. von Art. 394 OR, sondern Werkvertrag.

*Aus dem Tatbestand :*

Die Beklagte hat der Klägerin mittels eines « Ineratbestellscheines » ein Inserat aufgegeben, welches 104 mal im Schweiz. Textil Journal zu erscheinen hatte. Der Preis wurde im Ganzen nach Abzug von 10 % Rabatt auf 5311 Fr. 80 Cts. festgesetzt. Der Bestellschein enthält die beiden Vorbehalte, dass der Auftrag eventuell auf drei Jahre verteilt werden dürfe und dass Grössenänderungen im Rahmen des Abonnements gestattet seien. In der Folge gab die Beklagte der Klägerin einige Insertionsaufträge, jedoch nur in bescheidenem Umfang. Die Klägerin ihrerseits machte die Beklagte in den Jahren 1929-1931 wiederholt auf günstige Insertionsgelegenheiten sowie auf den Stand der bisher erfolgten und gemäss Vertrag noch ausstehenden Inserate aufmerksam, aber umsonst. Den Ablauf der dreijährigen Abnahmefrist am 8. August 1931 betonte die Klägerin mehrmals und sie wies darauf hin, sie müsse den vereinbarten Betrag von 5311 Fr. 80 Cts. nebst Zinsen, abzüglich einer durch die

Beklagte bereits geleisteten Zahlung von 331 Fr. 55 Cts., bezahlt erhalten, ohne Rücksicht darauf, ob die Annoncen erschienen seien oder nicht. Da ihr die Beklagte trotz den Mahnungen keine weiteren Inserate mehr aufgab, leitete die Klägerin die vorliegende Klage ein.

Die teilweise Gutheissung des klägerischen Anspruchs durch die Vorinstanz hat das Bundesgericht bestätigt.

*Aus den Erwägungen :*

Streitig ist vor allem, ob der « Insertionsauftrag », welchen die Beklagte der Klägerin erteilt hat, den Bestimmungen des Werkvertrages oder des Auftrages unterstehe.

Massgebend für die Beurteilung des Vertragscharakters ist nicht die Bezeichnung, die die Vertragsschliessenden angewendet haben — es ist bekannt, dass der gewöhnliche Sprachgebrauch sich des Ausdruckes « Auftrag » auch da vielfach bedient, wo zweifellos entweder Werk- oder Dienstvertragsverhältnisse bestehen — sondern es muss auf die Gesamtheit der im Vertrag eingeräumten Rechte und auferlegten Pflichten abgestellt werden (vgl. STAUBINGER, Komm. BGB, 9. Aufl., Bd. II S. 1079; WARBNEYER, Komm. BGB, 2. Aufl., Bd. I, S. 1139).

Nach schweizerischem Recht (Art. 394 OR) ist der Auftrag ein Vertrag, durch welchen der Beauftragte (Mandatar) vom Auftraggeber (Mandant) zur Besorgung eines Geschäftes oder einer anderen Dienstleistung, die nicht unter einen besondern Vertragstypus fällt, verpflichtet wird (BECKER, Komm. OR, ad Art. 394, S. 529), wobei die Unentgeltlichkeit kein Merkmal, dagegen insofern die Regel bildet, als ein Entgelt nur geschuldet wird, wenn es verabredet oder üblich ist. Der Auftrag kann aber von jedem Teil jederzeit widerrufen oder gekündigt werden (Art. 404 OR), und auf dieses Recht können die Parteien nicht verzichten, es auch nicht einschränken: es ist zwingendes Recht (BECKER, Note 8 zu Art. 404 OR, OSER, Note 1 litt. b ibidem). Nun ist klar, dass im « Insertionsauftrag » weder der Inserent, noch der Verleger oder

Drucker nach der Natur, dem Inhalt und Zweck der gegenseitigen Abmachung einseitig und gegen den Willen des Anderen jederzeit vom Vertrage zurücktreten kann. Handelt es sich also schon rein theoretisch um keinen eigentlichen Auftrag im rechtlich-technischen Sinne dieses Begriffs, so erhellt ohne weiteres, dass im vorliegenden Falle die Parteien keinen « einfachen Auftrag » nach Art. 394 OR abzuschliessen gedachten, als sie sich über die Insertionen im Schweizer Textil-Journal einigten. Die Klägerin insbesondere hat niemals einen jederzeit widerrufbaren oder kündbaren, ihren Interessen nicht gerecht werdenden Vertrag eingehen wollen. Auch die Beklagte hat sich weder beim Vertragsabschluss, noch später in der Korrespondenz auf diesen Standpunkt gestellt, und bis zum Prozess hat sie ein angebliches Widerruf- oder Kündigungsrecht niemals geltend gemacht. Demnach können die Bestimmungen über das Mandat hier nicht in Anwendung gebracht werden.

Durch den Insertionsvertrag verpflichtet sich der eine Teil, Ankündigungen (Inserate) in einer von ihm oder einem Dritten herausgegebenen Zeitung erscheinen zu lassen, während der Inserent zur Zahlung des Insertionspreises gehalten ist. Gegenstand des Vertrages ist also nicht sowohl die Besorgung eines Geschäftes, als vielmehr die Herbeiführung eines durch Dienste oder Arbeit zu erreichenden Erfolges zugunsten des Bestellers.

Im deutschen Recht, wo übrigens eine Abgrenzung zwischen Werkvertrag und Auftrag praktisch ohne Schwierigkeiten gemacht werden kann, weil, ähnlich wie im römischen und gemeinen Recht, die Unentgeltlichkeit ein wesentliches, absolutes Begriffsmerkmal des Auftrages bildet, wird auf Grund obiger Erwägungen der « Insertionsauftrag » allgemein als Werkvertrag betrachtet, sofern nicht einzelne Modalitäten eine Ausnahme bedingen (vgl. STAUB, Komm. DHGB, 10. Aufl., Bd. II, S. 1157, Anm. 15 zu § 381; WARNEYER, Komm. BGB, 2. Aufl., Bd. I, S. 1141). Dieser Theorie schliesst sich auch das

Reichsgericht an (RG 2. XII. 1925, in Leipz. Zeitschr. f. deutsch. Recht, 1923; Seufferts Archiv, Bd. 65 S. 270, No. 140).

Eine locatio (« louage d'ouvrage ou d'industrie ») erblickt im Inseratenvertrag auch das französische Recht, weil unter Aufwand von Zeit, Arbeit, Material, usw. als Endresultat die Publikation, der « acte de publicité » bezweckt wird (vgl. ED. FELTAINE, De la publicité commerciale, thèse Caen, 1903, p. 93 ss.; L. DEMORTAIN, Les contrats de publicité, Paris 1925, p. 111 ss. spéc. 126).

Im weiteren Sinne ist « Werk » ein objektiver Leistungserfolg (BECKER, Komm. OR, Note 4 zu Art. 363, S. 457), und zwar kann dieser körperlich oder unkörperlich sein. Der Gegensatz zwischen Dienstvertrag und Werkvertrag wird im schweizerischen Recht ja durchgängig darin erblickt, dass beim Dienstvertrag die Arbeit als solche, beim Werkvertrag das Arbeitsergebnis als ein Ganzes, also der Arbeitserfolg Vertragsgegenstand sei (BECKER, loc. cit.). Den Vertrag über die Lieferung elektrischer Kraft z. B. hat das Bundesgericht dann als Werkvertrag betrachtet, wenn es nach dem Vertragswillen auf die Erzeugung eines gewissen Arbeitserfolges, z. B. Beleuchtung eines Gebäudes, ankommen soll, während ein Kaufvertrag anzunehmen sei, wenn nur die Lieferung der Kraft als solche Vertragsgegenstand sei (BGE 48 II 370 ff.). Aus dem gleichen Grunde wird der Druckauftrag als Werkvertrag behandelt (BGE 48 II 124), während der Druckagenturenvertrag, durch welchen der Drucker einen Dritten zur ausschliesslichen Insertion in eine von ihm herausgegebene Zeitung berechtigt, nur in Bezug auf die Publikation der Inserate als Werkvertrag gilt, im übrigen aber als ein dem Pachtvertrag nahe verwandtes Rechtsgebilde (BGE 57 II 162).

In Anbetracht obiger Ausführungen ist also der Insertionsvertrag als Werkvertrag im Sinne von Art. 363 ff. OR zu behandeln.