

**Werkvertrag oder Auftrag,
das ist hier die Frage**

Abschlussarbeit CAS Paralegal II/2011

9. Januar 2012

bei Dr. Jacqueline Janser

Vorgelegt von:

Michèle Bigler

Espenstrasse 91

8408 Winterthur

Mobile Nr. 079 489 26 17

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	III
Abkürzungsverzeichnis	IV
Einleitung	1
1. Werkvertrag (Art. 363 ff. OR)	1
1.1 Begriffe und Merkmale.....	1
1.2 Erscheinungsformen.....	2
1.2.1 Sachwerkvertrag und Geistwerkvertrag	2
1.2.2 Schlichter Werkvertrag und Werklieferungsvertrag	2
1.2.3 Subunternehmervertrag und Hauptvertrag.....	3
1.2.4 Individualvertrag und Vertrag mit vorgeformtem Inhalt.....	3
1.2.5 Der Bauwerkvertrag	3
1.2.6 Internationale Werkverträge und das Wiener Kaufrecht.....	4
2. Auftrag (Art. 394 ff. OR)	4
2.1 Begriffe und Merkmale.....	4
2.2 Erscheinungsformen	5
2.2.1 Tathandlungs- und Rechthandlungsauftrag	5
2.2.2 Entgeltlicher und unentgeltlicher Auftrag.....	6
3. Wesentliche Unterschiede zw. Werkvertrag und Auftrag	6
3.1 Gewährleistungspflichten Werkvertrag (Art. 367-371 OR).....	6
3.1.1 Feststellung der Mängel.....	6
3.1.2 Recht des Bestellers bei Mängeln.....	7
3.1.3 Verantwortlichkeit des Bestellers	8
3.1.4 Genehmigung des Werkes.....	9
3.1.5 Verjährung.....	9
3.2 Gewährleistungspflichten Auftrag (Art. 398-401 OR).....	10
3.2.1 Haftung für getreue Ausführung im Allgemeinen.....	10
3.2.2 Haftung bei Übertragung der Besorgung auf einen Dritten	11
3.2.3 Rechenschaftsablegung.....	11
3.2.4 Übergang der erworbenen Rechte	12

3.3	Beendigung Werkvertrag (Art. 375-379 OR).....	12
3.3.1	Rücktritt wegen Überschreitung des Kostenansatzes	12
3.3.2	Untergang des Werkes	13
3.3.3	Rücktritt des Bestellers gegen Schadloshaltung	13
3.3.4	Unmöglichkeit der Erfüllung aus Verhältnissen des Bestellers .	14
3.3.5	Tod und Unfähigkeit des Unternehmers.....	15
3.4	Beendigung Auftrag (Art. 404-406 OR).....	15
3.4.1	Widerruf, Kündigung	15
3.4.2	Tod, Handlungsunfähigkeit, Konkurs	16
3.4.3	Wirkung des Erlöschens	16
4.	Abgrenzungsschwierigkeiten	17
4.1	Architekturvertrag im Allgemeinen	17
4.2	Planungsvertrag.....	17
4.3	Herstellung eines schriftlichen Kostenvoranschlags	18
4.4	Gesamtvertrag	18
4.5	Architektur-Einzelleistungen mit auftragsrechtlichem Charakter.....	19
4.5.1	Bauleitungsvertrag	19
4.5.2	Arbeitsvergebung	19
	Schlusswort.....	19

Literaturverzeichnis

BÖHRINGER PETER/STETTLER ANITA, in: Böhringer Peter/Müller Roger/Münch Peter/Waltenspühl Alex (Hrsg.), Prinzipien des Vertragsrechts, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2010.

GAUCH PETER, Der Werkvertrag, 5. Auflage, Genf 2011.

GEHRER LEO R./GEHRER CAROLE L., in: Münch Peter/Böhringer Peter/Kasper Lehne/Probst Franz (Hrsg.), Schweizer Vertrags-Handbuch, Musterverträge für die Praxis, 2. Auflage, Basel 2010.

HONSELL HEINRICH, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 9. Auflage, Bern 2010.

KRAUSKOPF FRÉDÉRIC, in: Gauch Peter/Aepli Viktor/Stöckli Hubert (Hrsg.) Präjudizienbuch OR, Die Rechtsprechung des Bundes, 7. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2009.

SCHMID JÖRG, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2008, Einfacher Auftrag, ZBJV 147 (2011) 905 ff.

SIEGENTHALER THOMAS, in: Gauch Peter/Aepli Viktor/Stöckli Hubert (Hrsg.), Präjudizienbuch OR, Die Rechtsprechung des Bundes, 7. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2009.

STETTLER ANITA, in: Böhringer Peter/Müller Roger/Münch Peter/Waltenspühl Alex (Hrsg.), Prinzipien des Vertragsrechts, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2010.

WEBER ROLF H., in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1 – 529 OR, 5. Auflage, Basel 2011.

ZINDEL GAUDENZ G./PULVER URS, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1 – 529 OR, 5. Auflage, Basel 2011.

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz, Absätze
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
amtl.	amtlich
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts. Amtliche Sammlung (Lausanne)
BSK	Basler Kommentar
bzw.	beziehungsweise
d.h.	das heisst
etc.	et cetera = usw.
f./ff.	folgende
gem.	gemäss
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
i.d.R.	in der Regel
insb.	insbesondere
IPRG	Bundesgesetz über das internationale Privatrecht
m.E.	meines Erachtens
N	Note, Randnote
OR	Bundesgesetz über das Obligationenrecht
Rz.	Randziffer
S.	Seite
SIA	Schweizerischer Ingenieur- und Architektenverein
sog.	sogenannte(e/en/s)
u.a.	unter anderem (anderen), und andere(s)
usw.	und so weiter
vgl.	vergleiche
Vor	Vorbemerkung(en)
WKR	Wiener Kaufrecht
z.B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Bern)
zw.	zwischen

Einleitung

Das Werkvertrags- und das Auftragsrecht werden im Schweizerischen Obligationenrecht (AT) gesondert behandelt. Was in der Theorie klar abzugrenzen scheint, ist im Alltag oftmals, vor allem bei speziellen Vertragsarten (z.B. beim Architekturvertrag) ein sehr schwieriges Unterfangen, da die beiden Rechtsgebiete in manchen Vertragsgestaltungen geradezu ineinander verschmelzen und es deshalb selbst dem Richter sowie der Lehre schwerfällt eine klare bzw. unumstrittene Grenze zu ziehen, die allen rechtlichen Vorbehalten und Abwägungen standhält.

Diese Problematik möchte ich hier, nach Vorstellung der wesentlichen Begriffe, Merkmale, Erscheinungsformen sowie Unterschiede der beiden Rechtsgebiete, kurz zusammenfassend mithilfe des Architekturvertrags aufzeigen.

Vorweg sei hier erwähnt, dass einerseits hinsichtlich der schier endlosen Tiefe der gewählten Thematik und andererseits aufgrund des vorgegebenen Umfangs der Arbeit, nur Teilaspekte der jeweiligen Rechtsnormen behandelt bzw. angesprochen werden können. Somit wird hier z.B. auch einzig der einfache Auftrag (gewöhnlich schlicht Auftrag genannt) näher analysiert und die Sondertypen des Auftrags lediglich kurz erwähnt.

Der Einfachheit halber wird nachstehend jeweils (nur) vom Unternehmer, Besteller, Auftraggeber und Beauftragten etc. gesprochen, somit schliessen die männlichen Formen auch die Weiblichen ein.

1. Werkvertrag (Art. 363 ff. OR)

1.1 Begriffe und Merkmale

Beim Werkvertrag verpflichtet sich der Unternehmer (Schuldner) zur Herstellung eines Werkes und der Besteller (Gläubiger) zu einer Vergütungsleistung.¹ Im Vordergrund stehen die körperlichen Werke, bei welchen es sich gleichermassen um bewegliche sowie unbewegliche Sachen handeln kann (z.B. Haus, Maschine, Heizungsanlage, Wirtshausschild, Kegelbahn, etc.).²

Das ein Werk auch unkörperlicher Natur sein kann, ist heute weitgehend unbestritten. Man spricht hier von wissenschaftlichen sowie künstlerischen bzw. ganz allgemein von geistigen Werken (z.B. Gutachten, technische Entwicklungen, individuelle Software, Kompositionen, Kunstwerke etc.).³ Somit können also einerseits die Herstellung sowie andererseits die Veränderung einer körperlichen oder unkörperlichen Sache Gegenstand eines Werkver-

¹ HONSELL, § 22, S. 280.

² BSK-ZINDEL/PULVER, N 1 Vor zu Art. 363-379.

³ BSK-ZINDEL/PULVER, N 2 Vor zu Art. 363-379.

trages sein.⁴ Da der Unternehmer das Werk schuldet und der Besteller die Vergütung, ist der Werkvertrag als vollkommen zweiseitiger (synallagmatischer) Vertrag zu bezeichnen, für dessen Abschluss keine gesetzlichen Formvorschriften bestehen.⁵ Neben natürlichen und juristischen Personen können auch Kollektiv- und Kommanditgesellschaften oder mehrere gemeinsam auftretende Personen (z.B. eine einfache Gesellschaft) Parteien des Werkvertrages sein.⁶ Zumal Werkverträge nicht auf Zeit abgeschlossen sind, also nicht durch Zeitablauf oder Kündigung ordentlich beendet werden, stellen sie kein Dauerschuldverhältnis dar.⁷

Als Grundmerkmal des Werkvertrages ist nicht die Körperlichkeit des Arbeitsergebnisses zu betrachten, sondern das Versprechen des Unternehmers, einen bestimmten Arbeitserfolg zu erbringen. Daher symbolisiert der Werkvertrag geradezu den Grundvertrag für Erfolgsverträge, unabhängig davon, ob es sich um ein körperliches oder unkörperliches Werk handelt.⁸

1.2 Erscheinungsformen

Der Werkvertrag kommt in vielfältigen Erscheinungsformen vor, für alle gibt es jedoch im Obligationenrecht nur ein Werkvertragsrechts. Obwohl es durchaus Bestimmungen enthält, welche auf die Besonderheiten bestimmter Verträge Rücksicht nimmt, hat der Gesetzgeber bis anhin darauf verzichtet, einzelne Arten von Werkverträge einer besonderen Typenordnung zu unterstellen. Das Prinzip der „Einheitlichkeit“ für die Vertragspraxis hat sich offensichtlich bewährt.⁹

1.2.1 Sachwerkvertrag und Geistwerkvertrag

Die Unterscheidung zwischen dem Sachwerkvertrag (z.B. Fabrikations-, Veredelungs-, Reparatur- und Abbruchvertrag) und dem Geistwerkvertrag (z.B. ein Planungsvertrag mit dem Architekten) liegt darin, dass der Werkunternehmer, wie bereits zuvor erwähnt, die Herstellung eines körperlichen wie auch eines unkörperlichen (geistigen) Werkes schulden kann.¹⁰

1.2.2 Schlichter Werkvertrag und Werklieferungsvertrag

Ist vom Unternehmer nur die Arbeit mit einem bestimmten Erfolg geschuldet, ohne Lieferung von Werkstoffen, liegt ein schlichter Werkvertrag vor. Wird das Werk hingegen vom Unternehmer ganz oder teilweise aus selbst erworbenen Stoffen geschaffen, ist dieser als Werklieferungsvertrag zu qualifizieren.

⁴ HONSELL, § 22, S. 280.

⁵ HONSELL, § 22, S. 282; BSK-ZINDEL/PULVER, N 16 Vor zu Art. 363-379.

⁶ BSK-ZINDEL/PULVER, N 13 Vor zu Art. 363-379.

⁷ BSK-ZINDEL/PULVER, N 14 Vor zu Art. 363-379.

⁸ BSK-ZINDEL/PULVER, N 4 Vor zu Art. 363-379.

⁹ GAUCH, N 116.

¹⁰ GAUCH, N 119.

ren, wonach dem Unternehmer eine zusätzliche (zumindest teilweise) Stofflieferungspflicht auferlegt wird.¹¹

1.2.3 Subunternehmervertrag und Hauptvertrag

Wenn ein Unternehmer Arbeiten, die er seinem Besteller schuldet, im eigenen Namen auf eigene Rechnung überträgt, indem er sie durch Abschluss eines weiteren Werkvertrages bei einem Subunternehmer bestellt, liegt ein Subunternehmervertrag vor. Im Unterschied zu diesem Vertrag, der zur Kategorie der Unterverträge gehört, ist der Werkvertrag zwischen dem Unternehmer (dem Haupt-Unternehmer) und seinem eigenen Besteller (dem Erst-Besteller) als Hauptvertrag zu bezeichnen.¹²

1.2.4 Individualvertrag und Vertrag mit vorgeformtem Inhalt

Wenn der gesamte Vertragsinhalt, unter Berücksichtigung der zwingenden gesetzlichen Regelungen, individuell durch die Vertragsparteien ausgehandelt worden ist, liegt ein Individualvertrag vor. Beinhaltet ein Vertrag jedoch auch Allgemeine Vertragsbedingungen, so entspricht dies einem Werkvertrag mit vorgeformtem Inhalt.¹³

1.2.5 Der Bauwerkvertrag

Das Kernstück des privaten Baurechts und zugleich eine der wichtigsten Erscheinungsformen des Werkvertrages bildet der Bauwerkvertrag.¹⁴ Da der Werkunternehmer die Ausführung eines Bauwerkes vertraglich übernommen hat, schuldet er die Leistung von Bauarbeiten mit oder ohne Werkstofflieferung.¹⁵ In erster Linie (aber nicht ausschliesslich) sind die Ausführung grösserer Bauvorhaben angesprochen. Folgende Unternehmertypen kommen dabei in Betracht: **Totalunternehmer** (übernimmt die Projektierung sowie die Bauausführung), **Generalunternehmer** (verpflichtet sich lediglich zur Errichtung des Baus und vergibt oftmals Teilarbeiten an Subunternehmer [der Unternehmer wird somit im Verhältnis zum Subunternehmer zum Besteller]), **Teilunternehmer** (beteiligt sich lediglich mit einer spezifischen Leistung an der Errichtung des Bauwerkes).¹⁶

Wo Bauwerkverträge abgeschlossen werden, spielen Allgemeine Geschäftsbedingungen eine erhebliche Rolle.¹⁷ Die sog. SIA-Normen beeinflussen den Bauwerkvertrag in erheblichem Masse. Es handelt sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen des Schweizerischen Ingenieur- und Architektenvereins (privates Regelwerk). Die SIA-Norm 118 zu den Allgemeinen Bedingungen für Bauarbeiten, welche aus 190 Artikeln zum Bauwerkvertrag besteht und

¹¹ GAUCH, N 121.

¹² GAUCH, N 37.

¹³ GAUCH, N 189.

¹⁴ GAUCH, N 204.

¹⁵ GAUCH, N 205.

¹⁶ BSK-ZINDEL/PULVER, N 12 zu Art. 363; STETTLER, Rz. 10.5.

¹⁷ GAUCH, N 261.

die Regelungen zum Werkvertrag im Obligationenrecht ergänzt, ist die Bedeutendste. Da sie jedoch lediglich den Charakter von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) aufweist, kommt ihr keine allgemeine Verbindlichkeit zu.¹⁸

1.2.6 Internationale Werkverträge und das Wiener Kaufrecht

Internationale Werkverträge weisen Beziehungen zu mehr als einer staatlichen Rechtsordnungen, allenfalls sogar nur zu ausländischen Rechtsordnungen, auf. Deshalb stellt sich für sie die international-privatrechtliche Frage, ob sie überhaupt dem Schweizerischen Obligationenrecht unterstehen. Diese Frage wird für die Schweiz vor allem mittels Bundesgesetz über das internationale Privatrecht beantwortet, nach welchem der internationale Vertrag „dem von den Parteien gewählten Recht“ (Art. 116 IPRG) oder, mangels einer von den Parteien getroffenen Rechtswahl, „dem Recht des Staates, mit dem er am engsten zusammenhängt“ (Art. 117 Abs. I IPRG) untersteht.¹⁹ Nebst dem IPRG ist aber auch das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf (verkürzt Wiener Kaufrecht [WKR] genannt) zu beachten, dem die Schweiz mit Wirkung ab 1. März 1991 als Vertragsstaat beigetreten ist. Für Verträge, die in seinen Anwendungsbereich fallen, enthält es eine eigene (wenn auch lückenhafte) Regelung, die als Einheitsrecht mit keiner nationalen Rechtsordnung identisch ist.²⁰

2. Auftrag (Art. 394 ff. OR)

2.1 Begriffe und Merkmale

Beim Auftrag (Mandat) verpflichtet sich der Beauftragte (Mandatar) zur Besorgung der ihm übertragenen Geschäfte (rechtlicher oder tatsächlicher Art) im Interesse des Auftraggebers (Mandanten). Er kann mit oder ohne Entgelt verabredet werden, bedingt grundsätzlich keiner bestimmten Form und ist oftmals (aber nicht zwingend) als Dauerschuldverhältnis ausgestattet. Ferner kommen beim Auftrag natürliche sowie juristische Personen als Beauftragte in Betracht.²¹

Als Grundmerkmal des Auftrages ist nicht wie beim Werkvertrag ein bestimmter Erfolg (Werk) geschuldet, sondern ein blosses Tätigwerden (Wirken).²² Inhaltlich ist der Auftrag oftmals unbestimmt, trotzdem hat der Beauftragte das Möglichste zur Zweckerreichung zu tun.²³ Die Treueverpflichtung, das besondere Vertrauensverhältnis, der Persönlichkeitsbezug sowie die

¹⁸ STETTLER, Rz. 10.5.

¹⁹ GAUCH, N 361.

²⁰ GAUCH, N 363.

²¹ HONSELL, § 23, S. 315; BSK-WEBER, N 4 zu Art. 394.

²² HONSELL, § 23, S. 322.

²³ BSK-WEBER, N 2 zu Art. 394.

selbständige Beauftragtenstellung sind u.a. Wesensmerkmale des Auftrages.²⁴

Für die Dienstleistungen der freien Berufe gilt explizit das Auftragsrecht (z.B. Rechtsanwälte, Ärzte, Architekten etc.) sowie der Banken, Treuhandgesellschaften etc. Auch das Rechtsgrundverhältnis der direkten sowie der indirekten Vertretung ist dem Auftragsrecht zuzuordnen.²⁵ Zudem ist der Auftrag ein Arbeitsleistungsvertrag im weiteren Sinne und angesichts seiner vielseitigen Verwendungsmöglichkeiten als Mustervertrag für die Geschäftsführung im fremden Interesse, d.h. die treuhänderische Tätigkeit für einen Anderen, zu bezeichnen.²⁶

Da der Auftrag ein Sammelbecken aller Arbeits- und Dienstleistungsverträge darstellt, welche nicht einem bestimmten gesetzlichen Sondertypus (z.B. Arbeitsvertrag, einzelne Auftragsstypen, Werkvertrag etc.) angehören, kommt ihm in der Praxis eine enorme Bedeutung zu.²⁷

2.2 Erscheinungsformen

Im Unterschied zum Werkvertragsrecht sind beim Auftragsrecht bereits verschiedene Erscheinungsformen einer besonderen Typenordnung unterstellt worden (Ehe- oder Partnerschaftsvermittlung (Art. 406a-406h OR), Kreditbrief und Kreditauftrag (Art. 407-411 OR), Mäklervertrag (Art. 412-418 OR), Agenturvertrag (418a-418v OR), die Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 424 OR), für welche ebenfalls die Bestimmungen des Auftrages gelten.²⁸ Bei der Kommission (Art. 425 II OR), beim Frachtvertrag (Art. 440 Abs. II OR) sowie beim Speditionsvertrag (Art. 439 OR) wird ergänzend auf das Auftragsrecht verwiesen.²⁹ Für Geschäftsbesorgungen wie die Willensvollstreckung, die Organtätigkeit juristischer Personen sowie auf die Tätigkeit von geschäftsführenden Gesellschaftern ist das Auftragsrecht subsidiär anwendbar.³⁰ Überdies ist der Auftrag die Grundlage der Anweisung (z.B. Weisung an einen Dritten, einen Zahlungsauftrag an den Begünstigten auszuführen (Art. 466 OR) etc.).³¹ Innominatverträge, welche in der Praxis stetig an Bedeutung gewinnen, enthalten in den überwiegenden Fällen ebenfalls Auftragsamente.³²

2.2.1 Tathandlungs- und Rechthandlungsauftrag

Der Beauftragte ist beim Tathandlungsauftrag, dessen Anwendungsgebiet enorm breit ist, zur Leistung von (faktischen) Diensten irgendwelcher Art ver-

²⁴ BSK-WEBER, N 3 zu Art. 394.

²⁵ HONSELL, § 23, S. 315.

²⁶ BSK-WEBER, N 2 Vor zu Art. 394-406.

²⁷ HONSELL, § 23, S. 316.

²⁸ HONSELL, § 23, S. 316.

²⁹ BSK-WEBER, N 3 Vor zu Art. 394-406.

³⁰ BSK-WEBER, N 4 Vor zu Art. 394-406.

³¹ BSK-WEBER, N 5 Vor zu Art. 394-406.

³² BSK-WEBER, N 6 Vor zu Art. 394-406.

pflichtet (z.B. Pflege-, Anwalts-, Experten- und Bankverträge etc.).³³ Bestandteil des Rechtshandlungsauftrags, welcher in direkter oder indirekter Stellvertretung ausgeführt werden kann, ist die Vornahme von Rechtshandlungen, d.h. Erwerb, Ausübung und Übertragung von subjektiven Rechten, welcher für die kurzfristige Erledigung einer Angelegenheit oder für eine längerfristige Rechtsträgerschaft erteilt werden kann.³⁴

2.2.2 Entgeltlicher und unentgeltlicher Auftrag

Der entgeltliche Auftrag wird als vollkommen zweiseitiger (synallagmatischer) Vertrag bezeichnet.³⁵ Da der Vergütungsanspruch beim unentgeltlichen Auftrag fehlt, Gegenansprüche, welche jedoch nicht im Synallagma stehen, fallweise durchaus gegeben sein können (z.B. der Anspruch auf Verwendungersatz), stellt er ein unvollkommen zweiseitiger Vertrag dar, welcher dennoch rechtlich verbindlich ist und den Beauftragten bis zur Kündigung verpflichtet.³⁶ In der Praxis gestaltet es sich oftmals schwierig zwischen dem entgeltlichen Auftrag und einer blossen Gefälligkeitshandlung zu unterscheiden. Um die Gefälligkeitshandlung erkennen zu können, wird versucht festzustellen, ob ein entsprechender Rechtsbindungswille des Beauftragten angenommen werden und er nach Treu und Glauben, unter Berücksichtigung des Einzelfalles, die Bedeutung des Geschäftes für den Auftraggeber erkennen kann.³⁷

3. Wesentliche Unterschiede zw. Werkvertrag und Auftrag

Von den anfänglich genannten Aspekten abgesehen sind die beiden Rechtsgebiete vor allem anlässlich der Gewährleistungspflichten sowie der Beendigung des Vertragsverhältnisses ersichtlich.

3.1 Gewährleistungspflichten Werkvertrag Art. 367-371OR

3.1.1 Feststellung der Mängel

In Art. 367 Abs. I OR wird dargelegt, dass der Besteller, nach Ablieferung (Abnahme) des Werkes, sobald es nach dem üblichen Geschäftsgang tunlich ist, dessen Beschaffenheit zu prüfen und den Unternehmer von allfälligen Mängeln in Kenntnis zu setzen hat. Die Verwirkung des Einwands einer verspäteten Mängelrüge kann durch die Vornahme von Nachbesserungsarbeiten des Unternehmers, der dabei stillschweigend auf die Geltendmachung der Verspätung verzichtet hat, ausgelöst werden.³⁸

Die Prüfungs- und Anzeigepflicht ist lediglich eine Obliegenheit, welche, falls diese vom Besteller nicht wahrgenommen wird, zur Folge hat, dass er seine

³³ BSK-WEBER, N 9 zu Art. 394.

³⁴ BSK-WEBER, N 10 zu Art. 394.

³⁵ HONSELL, § 23, S. 315.

³⁶ HONSELL, § 23, S. 315; HONSELL, § 23, S. 318.

³⁷ HONSELL, § 23, S. 318.

³⁸ BSK-ZINDEL/PULVER, N 20 zu Art. 367.

eigenen Sachgewährleistungsansprüche verliert.³⁹ Vom Besteller wird dabei verlangt, dass er die Beschaffenheit des Werkes prüft, d.h. ob das abgelieferte Werk die vorausgesetzten und vertraglich zugesicherten Eigenschaften aufweist.⁴⁰ Der Ablieferungsort des fertiggestellten Werkes ist i.d.R. gleichzeitig der Prüfungsort.⁴¹ Obwohl der Wortlaut von Art. 376 Abs. I OR dies nicht ausdrücklich besagt, ist ein Mangel vom Besteller unverzüglich zu rügen.⁴² Die konkreten Umstände des Einzelfalles, vor allem die Art der Mängel, sind dabei gebührend zu berücksichtigen. Oftmals wird jedoch eine Frist von sieben bis zehn Tagen als angemessen erachtet.

In Art. 367 Abs. II OR wird darauf hingewiesen, dass jeder Teil dazu berechtigt ist, auf seine Kosten eine Prüfung des Werkes durch Sachverständige und die Beurkundung des Befundes zu verlangen. Die Prüfung durch amtl. Sachverständige, welche meist von der Behörde am Ablieferungsort des Werkes eingesetzt werden, sowie die Beurkundung des Befundes, dienen der Beweissicherung für die Mangelhaftigkeit oder die Mangelfreiheit des abgelieferten Werkes.⁴³ Die Kosten die dabei entstehen, sind in erster Linie von derjenigen Partei zu tragen, welche die qualifizierte Prüfung verlangt. Sie können jedoch vom Besteller als Mangelgeschaden zurückverlangt werden, wenn die Begutachtung notwendig und angemessen war, um die Rechtsverfolgung aus dem betreffenden Mangel zu sichern.⁴⁴

3.1.2 Recht des Bestellers bei Mängeln

In Art. 368 OR werden die vier Wahlmöglichkeiten des Bestellers, welche ihm nach Ablieferung eines mangelhaften bzw. nicht vertragskonformen Werkes durch den Unternehmer zur Verfügung stehen, geregelt: Wandelung, Minderung, Nachbesserung und Schadenersatz.⁴⁵ Die allgemeinen Voraussetzungen damit der Besteller die Mängelrechte nach Art. 368 OR ergreifen kann, ergeben sich weitgehend aus Art. 367 OR und bedingen der vorgängigen Ablieferung des Werkes durch den Unternehmer sowie der rechtzeitigen Prüfung und Mängelrüge des Bestellers.⁴⁶

Art. 368 Abs. I OR besagt, dass dem Besteller ein Recht auf Wandelung zusteht (Vertragsaufhebung), wenn der Mangel so erheblich ist, dass das Werk für den Besteller unbrauchbar oder die Annahme dessen für ihn sonst wie unzumutbar ist.⁴⁷ Das Minderungsrecht (ein dem Minderwert entsprechender Lohnabzug) des Bestellers kommt in erster Linie dann zur Anwendung, wenn der Werkmangel minder erheblich ist, das Werk also einen geringeren Wert

³⁹ BSK-ZINDEL/PULVER, N 2 zu Art. 367.

⁴⁰ BSK-ZINDEL/PULVER, N 9 zu Art. 367.

⁴¹ BSK-ZINDEL/PULVER, N 15 zu Art. 367.

⁴² SIEGENTHALER, N 2 zu Art. 367.

⁴³ SIEGENTHALER, N 5 zu Art. 367.

⁴⁴ BSK-ZINDEL/PULVER, N 27 zu Art. 367.

⁴⁵ BSK-ZINDEL/PULVER, N 1 zu Art. 368.

⁴⁶ BSK-ZINDEL/PULVER, N 2 zu Art. 368.

⁴⁷ GAUCH, N 1487.

(Minderwert) aufweist.⁴⁸ Für die Behebung von minder erheblichen Mängeln kann der Besteller anstelle der Minderung auch die Nachbesserung (die unentgeltliche Verbesserung des Werkes) verlangen, sofern diese möglich ist und dem Unternehmer dadurch nicht übermässige Kosten entstehen.⁴⁹ Diese drei Rechte haben gemeinsam, dass sie einerseits von einem Verschulden des Unternehmers unabhängig und andererseits alle Gestaltungsrechte sind, welche einzig vom Besteller ausgeübt werden können.⁵⁰ Der Schadenersatz ist eine verschuldensabhängige Ergänzung der eigentlichen Mängelrechte (Wandelung, Minderung und Nachbesserung), welcher nicht anstelle dieser Rechte ausgeübt werden kann, sondern nur kumulativ zu ihnen hinzu tritt. Die Ausübung eines der drei Mängelrechte ist zwar nicht vorausgesetzt, jedoch ist der Gegenstand des Schadenersatzrechts auf den Ersatz von Mangelgeschäden (z.B. Erwerbs- oder Mitzinsausfälle, Beeinträchtigung von Werkstoff oder Reparaturgegenstand des Bestellers, Wandelungsschaden etc.) beschränkt.⁵¹ Häufig werden in der Praxis die Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüche des Bestellers auf die Nachbesserung beschränkt (Freizeichnung) und damit Wandelung, Minderung und Schadenersatz ausgeschlossen. Für grobe Fahrlässigkeit des Unternehmers ist eine Freizeichnung jedoch unmöglich.⁵²

3.1.3 Verantwortlichkeit des Bestellers

In Art. 369 OR wird erläutert, dass die dem Besteller bei Mangelhaftigkeit des Werkes gegebenen Rechte dahin fallen, wenn er durch Weisungen, die er entgegen den ausdrücklichen Abmahnungen des Unternehmers über die Ausführung erteilt, oder auf andere Weise die Mängel selbst verschuldet hat. Veranschaulicht ein Unternehmer klar und deutlich, dass und weshalb die Weisungen des Bestellers zu einem Werkmangel führen müssen, wird daraus i.d.R. auch abgeleitet werden können, dass er die Verantwortung für die vorgeschriebene Ausführung ablehnt.⁵³ Dies kann zur Folge haben, dass obwohl die Mängelrechte, mit Ausnahme des Schadenersatzrechts, kein Verschulden des Unternehmers voraussetzen, sie aufgrund eines Selbstverschuldens auf Seiten des Bestellers entfallen oder mindestens begrenzt sein können.⁵⁴ Der Unternehmer haftet somit nicht für sämtliche Werkmängel sondern ausschliesslich für diejenigen, welche ihm zuzurechnen sind.⁵⁵

⁴⁸ GAUCH, N 1487a; BSK-ZINDEL/PULVER, N 36 zu Art. 368; BSK-ZINDEL/PULVER, N 40 zu Art. 368.

⁴⁹ BSK-ZINDEL/PULVER, N 47 zu Art. 368; GAUCH, N 1487a.

⁵⁰ GAUCH, N 1489; GAUCH, N 1490.

⁵¹ BSK-ZINDEL/PULVER, N 68 zu Art. 368; BSK-ZINDEL/PULVER, N 70 zu Art. 368; BSK-ZINDEL/PULVER, N 71 zu Art. 368.

⁵² HONSELL, § 22, S. 302.

⁵³ SIEGENTHALER, N 1 zu Art. 369.

⁵⁴ BSK-ZINDEL/PULVER, N 1 zu Art. 369.

⁵⁵ BSK-ZINDEL/PULVER, N 23 zu Art. 369.

3.1.4 Genehmigung des Werkes

Im Sinne von Art. 370 Abs. I OR wird der Unternehmer mittels Genehmigung des Werkes durch den Besteller, welche ausdrücklich (mündlich oder schriftlich) oder stillschweigend (z.B. durch konkludentes Verhalten), vom Sonderfall von Art. 370 Abs. II OR abgesehen, erfolgen kann, von der Mängelhaftung befreit, sofern es sich nicht um Mängel handelt, die bei der Abnahme und ordnungsmässigen Prüfung nicht erkennbar waren (versteckte Mängel) oder vom Unternehmer absichtlich verschwiegen wurden.⁵⁶ Unterlässt der Besteller die gesetzlich vorgesehene Prüfung und Anzeige (Mängelrüge Art. 367 Abs. I OR) so wird die stillschweigende Genehmigung von Art. 370 Abs. II OR angenommen.⁵⁷ Art. 370 Abs. III OR besagt überdies, dass erst später zu Tage tretende Mängel sofort nach deren Entdeckung angezeigt werden müssen, andernfalls gilt das Werk trotz dieser versteckten Mängel als genehmigt. Wird jedoch ein Werkmangel vom Unternehmer absichtlich verschwiegen, so entfällt eine Haftungsbefreiung unabhängig davon, ob die Mängelrüge rechtzeitig bzw. ob eine solche überhaupt erhoben worden ist. Auch diejenigen Mängel, welche der Besteller von seiner Genehmigung ausgeklammert hat, werden hiervon nicht erfasst.⁵⁸

3.1.5 Verjährung

Anhand von Art. 371 OR beträgt die Verjährungsfrist für Ansprüche des Bestellers aus Mängel an unbeweglichen Bauwerken fünf Jahre, Ansprüche aus Mängel an anderen Werken verjähren hingegen bereits innerhalb eines Jahres.⁵⁹ Ohne Rücksicht auf die Entdeckung oder die Erkennbarkeit eines Mangels, beginnt die Frist mit der Ablieferung bzw. Abnahme des Werkes. Für Ansprüche aus arglistigem Verschweigen des Unternehmers gegenüber dem Besteller gilt analog zum Kauf die zehnjährige Frist. Da die Rechtsnorm von Art. 371 OR dispositiver Natur ist, kann die Frist einerseits vertraglich verlängert, andererseits, wenn dadurch die Rechte des Bestellers nicht unbillig erschwert werden, aber auch verkürzt werden. Die Verjährung gilt für alle Ansprüche inklusive des Schadenersatzes wegen Mangelfolgeschäden, ausgenommen davon ist jedoch der Deliktsanspruch.⁶⁰ Vorbehältlich, dass der Besteller die Ansprüche nicht verwirkt hat, können Ansprüche aus Werkmängel trotz der Verjährung weiterhin als Einreden vorgebracht werden. Demnach muss die Mängelrüge rechtzeitig (innerhalb der Verjährungsfrist) erfolgt haben und das Werk darf nicht genehmigt worden sein.⁶¹ Gegenstand der Verjährung bilden die aus den Mängelrechten fliessend Forderungen.⁶²

⁵⁶ BSK-ZINDEL/PULVER, N 10 zu Art. 370; BSK-ZINDEL/PULVER, N 11 zu Art. 370.

⁵⁷ BSK-ZINDEL/PULVER, N 13 zu Art. 370; SIEGENTHALER, N 2 zu Art. 370.

⁵⁸ BSK-ZINDEL/PULVER, N 23 zu Art. 370.

⁵⁹ BSK-ZINDEL/PULVER, N 1 zu Art. 371.

⁶⁰ HONSELL, § 22, S. 304.

⁶¹ BSK-ZINDEL/PULVER, N 37 zu Art. 371.

⁶² BSK-ZINDEL/PULVER, N 39 zu Art. 371.

3.2 Gewährleistungspflichten Auftrag (Art. 398-401 OR)

3.2.1 Haftung für getreue Ausführung im Allgemeinen

Art. 398 Abs. I und II OR legen fest, dass der Beauftragte einerseits im Allgemeinen für die gleiche Sorgfalt haftet wie der Arbeitnehmer im Arbeitsverhältnis sowie andererseits für die getreue und sorgfältige Ausführung des ihm übertragenen Geschäftes.⁶³ Die in Art. 398 Abs. I OR genannte Pauschalverweisung auf den Arbeitsvertrag ist in zweifacher Hinsicht problematisch und wurde deshalb auch schon als Fehlleistung des Gesetzgebers bezeichnet. Zum einen werden weder die erforderlichen unterschiedlichen Haftungsmaßstäbe für entgeltliche und unentgeltliche Tätigkeiten reflektiert, zum anderen wird die Unterscheidung zwischen abhängiger und unabhängiger Arbeit sowie die weitaus grössere Weisungsintensität beim Arbeitsvertrag ausser Acht gelassen. Es gelten allgemein strengere Anforderungen an die Sorgfalt des Beauftragten (Spezialisten).⁶⁴ Besitzt der Beauftragte nicht die erforderlichen (durchschnittlichen) Fähigkeiten, welche er für die sorgfältige Ausführung des Auftrages benötigt, so liegt bereits ein Verschulden durch die Übernahme einer solchen Aufgabe vor (Übernahmeverschulden). Im Übrigen ist alles von der jeweiligen Tätigkeit und den Umständen des Einzelfalles abhängig.⁶⁵

Die Treupflicht, auf welche in Art. 398 Abs. II OR verwiesen wird, spielt vor allem beim Anwalt, Steuerberater, Vermögensverwalter oder Treuhänder eine Rolle. Bei faktischen Tätigkeiten (z.B. Arzt) steht dagegen eher das Vertrauen als die Treupflicht im Vordergrund. Zur Treupflicht werden hauptsächlich die vertragsgemässe Verwendung und sorgfältige Verwahrung der zur Durchführung des Auftrags überlassenen Gegenstände oder Mittel sowie überhaupt die umfassenden Interessenwahrnehmung gezählt; überdies die Geheimhaltungspflicht über Wissen, das dem Beauftragten anvertraut ist. Für einige Berufe ist die Verletzung des Berufsgeheimnisses sogar strafrechtlich gutgeheissen.⁶⁶

Der Grundsatz gem. Art. 398 Abs. III OR, dass der Beauftragte das Geschäft, abweichend von der gesetzlichen Vermutung des Art. 68 OR, im Zweifel persönlich zu besorgen hat, basiert auf dem Bestehen eines i.d.R. engen Vertrauensverhältnisses zwischen Auftraggeber und Beauftragtem.⁶⁷ Dies bedeutet, dass, vorbehaltlich der gesetzlichen Ausnahme, eine (auch teilweise) Übertragung des Auftrags (Substitution) unzulässig ist. Der Beizug von gewöhnlichem Hilfspersonal, unter Anleitung und Aufsicht des Beauftragten, ist dagegen zulässig, ausser wenn die Tätigkeit des Beauftragten die persönli-

⁶³ BSK-WEBER, N 22 zu Art. 398.

⁶⁴ HONSELL, § 23, S. 327 f.; BSK-WEBER, N 23 zu Art. 398; BSK-WEBER, N 27 zu Art. 398.

⁶⁵ HONSELL, § 23, S. 328.

⁶⁶ HONSELL, § 23, S. 325.

⁶⁷ BÖHRINGER/STETTLER, Rz. 11.19.

che Ausübung besonders erfordert (z.B. Klaviervirtuose).⁶⁸ Wenn der Beauftragte hingegen zur Übertragung des Auftrags an einen Dritten ermächtigt oder durch die Umstände genötigt ist oder wenn eine Vertretung übungsge-
mäss als zulässig erachtet wird, entfällt die persönliche Tätigkeitspflicht.⁶⁹

3.2.2 Haftung bei Übertragung der Besorgung auf einen Dritten

Art. 399 OR regelt lediglich die Folgen der befugten und der unbefugten Substitution sowie den Direktanspruch des Auftraggebers gegen den Substituten.⁷⁰ Gem. Art. 399 Abs. I OR führt die unbefugte Substitution dazu, dass der Beauftragte für dessen Handlungen haftet, als ob es seine eigenen wären.⁷¹ Sofern Substitution (Unterbeauftragung) anhand des Vertrags zulässig oder nach den Umständen erforderlich ist, wird der Beauftragte anhand von Art. 399 Abs. II OR nur für sorgfältige Auswahl und Instruktion des Substituten haftbar.⁷² Zu unterscheiden ist u.a. jedoch, ob der Beauftragte für den Erfolg seiner Dienste- oder Arbeitsleistung garantiert hat und ob die Substitution im Interesse des Auftraggebers (z.B. Beizug eines Spezialisten) oder im Interesse des Beauftragten selbst (z.B. zur Vergrösserung des Umsatzes) erfolgt ist, bei letzterem Fall folgt die volle Haftung.⁷³ Der Direktanspruch des Beauftragten gegenüber dem Substituten von Art. 399 Abs. III OR ist unabhängig davon, ob dieser den Beauftragten durch sein Verhalten geschädigt hat. Der Hauptauftraggeber ist gegenüber dem Substituten weisungsberechtigt, weshalb die Nichtbefolgung einer solchen Weisung die Schadenersatzpflicht auslöst. Dem (Ober-) Auftraggeber wird durch diese Bestimmung eine direkte Klage gegen den Unterbeauftragten gewährt, nicht aber umgekehrt.⁷⁴

3.2.3 Rechenschaftsablegung

Art. 400 OR regelt die nicht wegbedingbare Rechenschaftspflicht, nach welcher der Beauftragte jederzeit über seine Geschäftsführung Rechenschaft abzulegen hat sowie die Herausgabepflicht (Erstattungspflicht), welche ihn zur Ablieferung der Erlangten und nicht bestimmungsgemäss verbrauchten Vermögenswerte und Dokumente (z.B. Vorschuss, Geschäftsbücher, Korrespondenz etc.) verpflichtet. Ein sorgfältig ausgeführter Auftrag setzt voraus, dass der Beauftragte jederzeit in der Lage ist, seiner Informationspflicht, welche aus der allgemeinen Treue- und Sorgfaltspflicht von Art. 398 OR einfließt, (selbst unaufgefordert) nachzukommen.⁷⁵ Jegliche Information, welche für den Auftraggeber von Bedeutung sein kann, muss rechtzeitig erfolgen und wahrheitsgetreu sowie vollständig sein. Der Beauftragte ist nach schweizerischer Lehre sogar verpflichtet, denn Auftraggeber über eigenes

⁶⁸ BSK-WEBER, N 3 zu Art. 398.

⁶⁹ BSK-WEBER, N 5 zu Art. 398.

⁷⁰ BSK-WEBER, N 1 zu Art. 399.

⁷¹ BSK-WEBER, N 5 zu Art. 399.

⁷² HONSELL, § 23, S. 326.

⁷³ KRAUSKOPF, N 2 zu Art. 399.

⁷⁴ KRAUSKOPF, N 4 zu Art. 399.

⁷⁵ BSK-WEBER, N 1 zu Art. 400; BSK-WEBER, N 2 zu Art. 400;
BSK-WEBER, N 3 zu Art. 400; BSK-WEBER, N 12 zu Art. 400.

Fehlverhalten und daraus resultierende Schadenersatzansprüche aufzuklären.⁷⁶ Darüber hinaus sind, ungeachtet eigener Honorarinteressen, auch Informationen über die Zweckmässigkeit der Weiterverfolgung des Auftrags, Ratschläge hinsichtlich möglicher Vorgehensweisen und Schutzvorkehrungen sowie die Abmahnung bei unsachgemässer Weisung von Bedeutung.⁷⁷ Die in Art. 400 Abs. II OR genannte Verzinsungspflicht, welche 5% beträgt (Art. 104 OR), kommt ohne Mahnung für jeden Ablieferungsrückstand von Geldern des Beauftragten zur Anwendung.⁷⁸

3.2.4 Übergang der erworbenen Rechte

Im Zusammenhang mit der Erstattungspflicht legt das Gesetz in Art. 401 OR einen gesetzlichen Forderungsübergang (Legalzession, Subrogation) für die indirekte Stellvertretung, d.h. Handeln im eigenen Namen, auf fremde Rechnung, fest.⁷⁹ Art. 401 Abs. I OR besagt, dass Forderungen, welche der Beauftragte im eigenen Namen erworben hat auf den Auftraggeber durch Legalzession (Einzelrechtsnachfolge ohne Zessionsurkunde) übergehen, sobald dieser seine Verpflichtung aus dem Auftragsverhältnis erfüllt hat.⁸⁰ Art. 401 Abs. II OR erläutert weiter, dass selbst im Konkurs des Beauftragten diese Subrogation stattfindet. Gemäss Art. 401 Abs. III OR hat der Auftraggeber, vorbehaltlich der Retentionsrechte des Beauftragten, ein atypisches Aussonderungsrecht an beweglichen Sachen und individualisiertem Geld im Konkurs des Beauftragten.⁸¹ Der Aussonderungsanspruch ist im Konkurs anzumelden, welcher, falls dieser als unbegründet erachtet wird, zur Folge hat, dass die Frist zur Klageeinleitung angesetzt wird.⁸²

3.3 Beendigung Werkvertrag (Art. 375-379 OR)

3.3.1 Rücktritt wegen Überschreitung des Kostenansatzes

Der Besteller hat das Recht anhand von Art. 375 Abs. I OR während als auch nach der Ausführung des Werkes vom Vertrag zurückzutreten, wenn der Unternehmer einen nicht bindenden, ungefähren Kostenvoranschlag erstellt und diesen ohne Beitrag des Bestellers unverhältnismässig überschritten hat.⁸³ Die übermässige Überschreitung muss dem Unternehmer vom Besteller angezeigt werden.⁸⁴ Bei Bauten kann er jedoch mittels Art. 375 Abs. II OR nur eine angemessenen Herabsetzung des Lohnes verlangen oder, falls die Baute noch nicht vollendet ist, gegen billigen Ersatz der bereits getätigten Arbeiten vom Vertrag zurücktreten.⁸⁵ Die Grenze der unverhältnismässigen

⁷⁶ BSK-WEBER, N 4 zu Art. 400.

⁷⁷ BSK-WEBER, N 5 zu Art. 400.

⁷⁸ BSK-WEBER, N 16 zu Art. 400.

⁷⁹ HONSELL, § 23, S. 333.

⁸⁰ HONSELL, § 23, S. 333; BSK-WEBER, N 2 zu Art. 401; BSK-WEBER, N 9 zu Art. 401.

⁸¹ BSK-WEBER, N 2 zu Art. 401; HONSELL, § 23, S. 333 f.

⁸² BSK-WEBER, N 12 zu Art. 401.

⁸³ GAUCH, N 974.

⁸⁴ SIEGENTHALER, N 1 zu Art. 375.

⁸⁵ HONSELL, § 22, S. 308 f.

Überschreitung, welche in der Schweiz, unter zusätzlicher Berücksichtigung des massgeblichen Kriteriums von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr (Art. 24 Abs. I Ziff. IV OR), als Faustregel anerkannt wird, liegt bei 10%.⁸⁶

3.3.2 Untergang des Werkes

In Art. 376 OR wird die Vergütungs- und Leistungsgefahr (Gefahrtragung) geregelt, welche eine sachgerechte Konsequenz des vom Unternehmer geschuldeten Erfolgs (die Werkleistung) darstellt.⁸⁷ In Art. 376 Abs. I OR wird darauf hingewiesen, dass falls das Werk vor der Übergabe durch Zufall (also ohne Verschulden einer Vertragspartei) untergeht, ausser der Besteller befindet sich im Annahmeverzug, der Unternehmer weder Lohn für seine Arbeitsleistung noch Vergütung seiner Auslagen verlangen kann.⁸⁸ Eine Milderung dieser Norm geht aus Art. 376 Abs. II OR hervor, welche besagt, dass der Verlust des Stoffes denjenigen Teil trifft, der ihn geliefert hat.⁸⁹ Art. 376 Abs. III OR erörtert weiter, dass wenn das Werk jedoch infolge eines Mangels des vom Besteller gelieferten Stoffes untergeht, diesem die Vergütungsgefahr zufällt, und der Unternehmer, vorausgesetzt, dass er rechtzeitig auf die Gefahren hingewiesen hat, eine Vergütung der bereits geleisteten Arbeit sowie der im Lohn nicht inbegriffenen Auslagen erhält. Im Falle, dass zusätzlich ein Verschulden des Bestellers vorliegt oder ein Mangel des Baugrundes, kann von diesem kumulativ Schadenersatz im Umfang des positiven Interesses verlangt werden.⁹⁰ Der Untergang des Werkes bedeutet wörtlich die Zerstörung des Werkes, wobei es nicht komplett zerstört sein muss, vielmehr erfasst die Rechtsnorm auch den teilweisen Untergang.⁹¹

3.3.3 Rücktritt des Bestellers gegen Schadloshaltung

Da Werkverträge vorwiegend längere Zeit andauern, bezweckt die Bestimmung von Art. 377 OR entsprechend die Möglichkeit von Veränderungen der Verhältnisse und Interessen des Bestellers zu berücksichtigen.⁹² Das hier erwähnt Rücktrittsrecht ist befristet und verwirkt mit der Vollendung des Werkes, somit mit der Erbringung der vereinbarten Leistung.⁹³ Der Besteller kann den Rücktritt jederzeit vor Beendigung des Werkes, selbst kurz vor der Werkausführung bzw. einer vertraglichen Bindung, sofern keine besonderen Umstände vorliegen, erklären.⁹⁴ Die Rücktrittserklärung, welche entgegen des Wortlauts von Art. 377 OR als Kündigung anzusehen ist, kann einseitig durch eine empfangsbedürftige Willenserklärung des Bestellers, die an den Unternehmer zu richten ist, aber auch formlos und insb. Stillschweigend, er-

⁸⁶ GAUCH, N 985.

⁸⁷ SIEGENTHALER, N 1 zu Art. 376; BSK-ZINDEL/PULVER, N 1 zu Art. 376.

⁸⁸ BSK-ZINDEL/PULVER, N 8 zu Art. 376; STETTLER, Rz. 10.31.

⁸⁹ STETTLER, Rz. 10.32.

⁹⁰ HONSELL, § 22, S. 289 f.

⁹¹ BSK-ZINDEL/PULVER, N 9 zu Art. 376.

⁹² BSK-ZINDEL/PULVER, N 1 zu Art. 377.

⁹³ BSK-ZINDEL/PULVER, N 6 zu Art. 377.

⁹⁴ BSK-ZINDEL/PULVER, N 7 zu Art. 377; SIEGENTHALER, N 3 zu Art. 377.

folgen.⁹⁵ Ausgenommen der Befristung ist das Rücktrittsrecht an keinen besonderen Tatbestand gebunden und findet seine Schranke somit alleinig am Verbot des Rechtsmissbrauchs (Art. 2 Abs. II ZGB).⁹⁶ Jedoch verpflichtet sich der kündigende Besteller zur vollen Schadloshaltung des Unternehmers (Schadenersatzanspruch), somit soll dieser so gestellt werden, wie wenn der Vertrag erfüllt worden wäre (positives Vertragsinteresse).⁹⁷ Die Berechnung des konkreten Schadenersatzes (Entschädigung) wird anhand von zwei Methoden berechnet: **Additionsmethode** (dabei ist die geleistete Arbeit zu vergüten und das Erfüllungsinteresse zu ersetzen), **Abzugsmethode** (hier ist die gesamte, für das Werk geschuldete Vergütung, abzüglich Ersparnisse und anderweitig erlangtem oder absichtlich unterlassenem Erwerb, zu entrichten).⁹⁸ Wenn die Kündigung aus wichtigem Grund erfolgt, der Unternehmer also dafür verantwortlich ist, entfällt die Schadenersatzpflicht ganz oder teilweise. Durch ein Fehlverhalten des Unternehmers, welches wesentlich zur Vertragsauflösung des Bestellers beigetragen hat, kann auch eine Reduktion der Entschädigung erfolgen.⁹⁹

3.3.4 Unmöglichkeit der Erfüllung aus Verhältnissen des Bestellers

Anhand von Art. 378 OR werden die Folgen der nachträglich eintretenden, verschuldeten oder unverschuldeten Unmöglichkeit der Vertragserfüllung (Werkherstellung bzw. Werkvollendung), für die der Besteller einzustehen hat, geregelt.¹⁰⁰ Es muss eine objektive Unmöglichkeit bestehen, d.h. das Werk kann von niemandem mehr hergestellt bzw. vollendet werden.¹⁰¹ Aus Art. 378 Abs. I OR geht hervor, dass der Zufall (Grund der Unmöglichkeit) in der Person des Bestellers oder in dessen Gefahrenkreis liegen muss, damit der Unternehmer Anspruch auf Vergütung für die geleisteten Arbeiten und der im Preis nicht inbegriffenen Auslagen hat.¹⁰² Als Gegenleistung hat der Besteller Anspruch auf diejenigen Werkteile, die im Zeitpunkt der Unmöglichkeit bereits hergestellt worden sind sowie auf die Reste des vom Besteller gelieferten Stoffes.¹⁰³ Die Leistungsunmöglichkeit von Art. 378 Abs. II OR setzt nicht den Zufall sondern das Verschulden des Bestellers voraus, d.h. die Unmöglichkeit ist auf sein eigenes zwangloses Verhalten zurückzuführen, weshalb er diese willentlich oder objektiv fahrlässig herbeigeführt hat.¹⁰⁴ Hierbei schuldet er dem Unternehmer, unter Abzug der infolge seiner Leistungspflichtbefreiung erworbenen oder zu erwerben treuwidrig unterlassenen

⁹⁵ BSK-ZINDEL/PULVER, N 8 zu Art. 377; BSK-ZINDEL/PULVER, N 11 zu Art. 377.

⁹⁶ BSK-ZINDEL/PULVER, N 8 zu Art. 377.

⁹⁷ BSK-ZINDEL/PULVER, N 15 zu Art. 377.

⁹⁸ SIEGENTHALER, N 4 zu Art. 377.

⁹⁹ GAUCH, N 577a; SIEGENTHALER, N 6 zu Art. 377.

¹⁰⁰ STETTLER, Rz. 10.34; GAUCH, N 725a.

¹⁰¹ BSK-ZINDEL/PULVER, N 11 zu Art. 378.

¹⁰² BSK-ZINDEL/PULVER, N 16 zu Art. 378; BSK-ZINDEL/PULVER, N 18 zu Art. 378.

¹⁰³ GAUCH, N 732.

¹⁰⁴ BSK-ZINDEL/PULVER, N 20 zu Art. 378.

Tätigkeit, zusätzlich zur üblichen Vergütung Schadenersatz im Umfang des positiven Vertragsinteresses.¹⁰⁵

3.3.5 Tod und Unfähigkeit des Unternehmers

In Art. 379 OR wird nun die nachträglich objektive, verschuldete oder unverschuldete Unmöglichkeit der Vertragserfüllung (Werkherstellung bzw. Werkvollendung) aus Gründen, die in der Person des Unternehmers liegen und auf natürliche wie auch juristische Personen anwendbar ist, behandelt.¹⁰⁶ Anders als in Art. 378 OR verlangt, wird es hier als genügsam erachtet, wenn der konkrete Unternehmer die Leistung nicht mehr erbringen kann, unter dem Vorbehalt, dass eine persönliche Leistung des Unternehmers bzw. die persönliche Leitung der Werkherstellung vereinbart wurde oder aufgrund der Natur des Geschäftes begründet werden kann.¹⁰⁷ Art. 379 Abs. I OR bezeichnet den Tod des Unternehmers oder die Unfähigkeit zur Vollendung des Werkes (z.B. Unmöglichkeit der persönlichen Ausführung oder Leitung der Werkherstellung infolge von Arbeitsunfähigkeit oder ungenügendem Personalbestand etc.) als Unmöglichkeitsgrund.¹⁰⁸ Anhand dieser Bestimmung erlischt der Vertrag und die beidseitigen Ansprüche der Parteien hinsichtlich der noch nicht ausgeführten Arbeiten gehen infolge unter.¹⁰⁹ Art. 379 Abs. II OR verpflichtet den Besteller, ungeachtet davon ob den Unternehmer ein Verschulden trifft oder nicht, diejenigen Werkteile, welche bereits ausgeführt sind, soweit diese für ihn brauchbar sind, anzunehmen und entsprechend zu vergüten.¹¹⁰

3.4 Beendigung Auftrag (Art. 404-406 OR)

3.4.1 Widerruf, Kündigung

Art. 404 Abs. I OR besagt, dass der Auftrag jederzeit von jeder Partei widerrufen oder gekündigt werden kann. Diese Bestimmung setzt ein jederzeitiges und beidseitiges Widerrufs- (vom Auftraggeber) bzw. Kündigungsrecht (vom Beauftragten) ohne Vorliegen von wichtigen Gründen, fest. Diese Rechtsnorm, die nach der Judikatur nicht allein für unentgeltliche oder höchstpersönliche Aufträge sondern teilweise auch für gemischte Verträge gilt, führt beim entgeltlichen Auftrag zu Problemen, welche zusätzlich verstärkt werden, indem die Rechtsprechung der Vorschrift einen zwingenden Charakter beimisst.¹¹¹ Die Rechtsprechung begründet den Entscheid des unabdingbaren Beendigungsrechts mit dem regelmässig vorhandenen besonderen Vertrauensverhältnis, dessen Störung zur Folge hat, dass die Weiterführung des Vertrages sinnlos scheint.¹¹² Die Lehre beurteilt diese Erklärung jedoch

¹⁰⁵ BSK-ZINDEL/PULVER, N 21 zu Art. 378.

¹⁰⁶ BSK-ZINDEL/PULVER, N 2 zu Art. 379; BSK-ZINDEL/PULVER, N 3 zu Art. 379.

¹⁰⁷ BSK-ZINDEL/PULVER, N 5 zu Art. 379; BSK-ZINDEL/PULVER, N 11 zu Art. 379; GAUCH, N 753a.

¹⁰⁸ BSK-ZINDEL/PULVER, N 8 zu Art. 379; BSK-ZINDEL/PULVER, N 9 zu Art. 379.

¹⁰⁹ GAUCH, N 762.

¹¹⁰ GAUCH, N 763.

¹¹¹ BSK-WEBER, N 9 zu Art. 404; HONSELL, § 23, S. 337.

¹¹² KRAUSKOPF, N 2 zu Art. 404; BSK-WEBER, N 9 zu Art. 404; BGE 115 II 464, 466.

kritisch, vor allem unter dem Aspekt, dass zumindest die Honorarinteressen vollumfänglich, unter Abzug der ersparten Aufwendungen und anlässlich seiner Befreiung zur Leistungspflicht erworbenen oder zu erwerben treuwidrig unterlassener Arbeitskraft, geschützt werden sollten.¹¹³

Der Widerruf oder die Kündigung, welche beide einseitige Gestaltungsrechte sind und vorbehaltlich einer anders lautenden Abrede keiner besonderen Form bedingen, haben die sofortige Vertragsauflösung zur Wirkung. Die Vertragsbeendigung mittels eines dieser Gestaltungsrechte hat zur Folge, dass der Beauftragte zwar den Auftrag nicht zu Ende führen muss, umgekehrt aber seinen zukünftigen Honoraranspruch verliert, d.h. also nur für die bereits geleistete Arbeit eine Vergütung fordern kann.¹¹⁴

Art. 404 Abs. II OR verpflichtet denjenigen Teil, der den Widerruf bzw. die Kündigung zur Unzeit ausspricht, dem anderen den daraus resultierenden Schaden zu ersetzen. Die unzeitige Kündigung liegt dann vor, wenn kein anderer den Auftrag mehr rechtzeitig ausführen kann und der anderen Partei daraus besondere Nachteile erwachsen (z.B. ein Anwalt der kurz vor dem Prozesstermin das Mandat niederlegt).¹¹⁵ Anhand der Kündigung zur Unzeit werden Schadenersatzansprüche im Umfang des negativen Vertragsinteresses (Vertrauensschaden) fällig. Ein über dieses Interesse hinausgehender Gewinnanspruch kann vom Besteller nur dann begründet werden, wenn es ihm gelingt nachzuweisen, dass er einen anderen entgeltlichen Auftrag unwiederbringlich abgelehnt hat.¹¹⁶

3.4.2 Tod, Handlungsunfähigkeit, Konkurs

Anhand von Art. 405 Abs. I OR wird beim Eintritt des Todes, der Handlungsunfähigkeit sowie des Konkurses das Erlöschen des Auftrags vermutet sofern nichts gegenteiliges vereinbart worden ist oder aus der Natur des Geschäftes angenommen werden muss.¹¹⁷ In Art. 405 Abs. II OR wird weiter erläutert, dass falls die Interessen des Auftraggebers gefährdet werden, der Beauftragte bzw. sein Erbe oder Vertreter für die Fortführung des Geschäftes sorgen muss, bis der Auftraggeber, sein Erbe oder sein Vertreter in der Lage ist, dies selbst zu tun.¹¹⁸

3.4.3 Wirkung des Erlöschens

Art. 406 OR erläutert letztlich, dass Geschäfte, welche der Beauftragte ausübt, ehe er vom Erlöschen des Auftrages in Kenntnis gesetzt wird, den Auftraggeber bzw. dessen Erben verpflichtet, als ob der Auftrag noch bestanden

¹¹³ HONSELL, § 23, S. 338 f.

¹¹⁴ BSK-WEBER, N 5 zu Art. 404; BSK-WEBER, N 6 zu Art. 404; BÖHRINGER/STETTLER, Rz. 11.52.

¹¹⁵ HONSELL, § 23, S. 339 f.

¹¹⁶ HONSELL, § 23, S. 340; BSK-WEBER, N 17 zu Art. 404.

¹¹⁷ HONSELL, § 23, S. 340; BSK-WEBER, N 8 zu Art. 405.

¹¹⁸ HONSELL, § 23, S. 340.

hätte.¹¹⁹ Dieser Grundsatz gilt gleichwohl es aus dem Wortlaut der Bestimmung nicht ersichtlich ist, für die Pflichten des Auftraggebers als auch für diejenigen des Beauftragten.¹²⁰

4. Abgrenzungsschwierigkeiten

4.1 Architekturvertrag im Allgemeinen

Der Zuordnung zum entsprechenden Vertragstypus kommt, durch die teilweise sehr unterschiedlichen rechtlichen Konsequenzen, grosse Bedeutung zu.¹²¹ Die Problematik der Abgrenzung dieser beiden Rechtsgebieten (Werkvertrags- und Auftragsrecht) kann anhand des Architekturvertrages (Architektenvertrages), welcher als Oberbegriff von verschiedenen Vertragsarten anzusehen ist, die je nach Leistungsinhalt verschiedenartig zu qualifizieren sind, etwas verdeutlicht werden.¹²²

Eine Vielzahl möglicher Architektenleistung können Gegenstand eines Architekturvertrages sein, denn er weist keinen fixierten (immer gleichen) Inhalt auf. Welche Leistungen explizit vom Architekten gefordert sind, ist von den Vertragsparteien individuell in der Vereinbarung zu konkretisieren. In der Praxis werden jedoch erfahrungsgemäss nicht sämtliche zu besorgenden Leistungen des Architekten aufgelistet, sondern es wird sich mit gröberen Leistungsbeschrieben begnügt. Bei Uneinigkeit aufgrund des unvollständigen oder ungenauen Leistungsbeschriebs, ist die konkrete Vereinbarung zwischen den Parteien auszulegen und dabei in erster Linie der wirkliche, übereinstimmende Wille der Parteien zu ermitteln. Ist dieser nicht erkennbar, so greifen darauffolgend das Vertrauensprinzip und die weiteren Vertragsauslegungsbestimmungen.¹²³

Weil die Architekturverträge im Schweizerischen Obligationenrecht nicht als eigene Vertragsart erfasst sind, hat dies zur Folge, dass seit Jahrzehnten die rechtliche Qualifikation verschiedenartiger Architekturvertragstypen zu Streitigkeiten sowie wechselhaften rechtlichen Auffassungen führt und sogar Kehrtwendungen seitens des Bundesgerichts auslöst. Gleichzeitig wird dadurch im Bau- und Rechtsalltag eine gleichermassen ausserordentliche wie leidige Rechtsunsicherheit darüber ausgelöst, welche Normen im Einzelfall greifen.¹²⁴

4.2 Planungsvertrag

Nach h.M. und der konstanten Gerichtspraxis ist der reine (entgeltliche) Planungsvertrag, der die Herstellung von Plänen, Werkszeichnung usw. bein-

¹¹⁹ HONSELL, § 23, S. 341.

¹²⁰ BSK-WEBER, N 1 zu Art. 406.

¹²¹ STETTLER, Rz. 10.8.

¹²² HONSELL, § 22, S. 284.

¹²³ GEHRER L./GEHRER C., Rz. 0.2; GAUCH, N 48.

¹²⁴ GEHRER L./GEHRER C., Rz. 0.4.

haltet dem Werkvertragsrecht zuzuordnen, da der Architekt hierbei einen unkörperlichen Arbeitserfolg, der dauernde Gestalt in einer Sache annimmt, schuldet.¹²⁵ Bei selbständig ausgeführten Projektierungsarbeiten hingegen, dessen Auswirkungen in einem zu realisierenden Projekt aufzufinden ist, hat das Gericht sich erst später klar ausgesprochen und dabei festgehalten, dass diese ebenfalls den Werkvertragsbestimmungen unterstehen.¹²⁶

4.3 Herstellung eines schriftlichen Kostenvoranschlags

Bei der Herstellung eines entgeltlichen Kostenvoranschlags ist das Bundesgericht nach neuerer Rechtsprechung von seiner langjährigen Praxis der Jahre 1983/1984 abgewichen, indem es aussprach, dass der Vertrag über die Ausarbeitung eines Kostenvoranschlags kein Werkvertrag, sondern ein einfacher Auftrag sei. Dies wird u.a. damit begründet, dass der Kostenvoranschlag nämlich kein nach objektiven Kriterien messbares Resultat, das der Architekt garantieren könnte, sondern eine sorgfältig vorzunehmende Schätzung, bei welcher eine gewisse Unsicherheit bestehen bleibe, sei und somit kein Werk im Sinne von Art. 363 OR darstelle.¹²⁷

Dieser Entscheid erfährt jedoch nicht die allgemeine Anerkennung. Vor allem die Begründung hinsichtlich des Ausschlusses des objektiv messbaren Kriteriums, nach dem ein Kostenvoranschlag nicht zu beurteilen sei, wird heftig kritisiert und als störend empfunden. Denn vom Architekten sollte sehr wohl erwartet werden können, was ich persönlich ebenfalls als richtig erachte, dass die Korrektheit eines Kostenvoranschlags zumindest innerhalb bestimmter (üblichen oder vereinbarten) Schranken gegeben ist.¹²⁸

4.4 Gesamtvertrag

Die grösste Uneinigkeit besteht bei der Einordnung des Gesamtvertrags (Gesamt-Architekturvertrag), worin der Architekt (als Vollarchitekt) zur Ausführung sämtlicher Architektenleistungen, zumindest aber für die Bauleitung und Projektierung verpflichtet ist.¹²⁹ Während das Bundesgericht einen aus Auftrag (für Beratung, Bauleitung, Vertragsschluss mit Dritten usw.) und Werkvertrag (für die Anfertigung der Pläne, Werkszeichnung usw.) gemischten Vertrag annimmt und daher beispielsweise bei Planungsmängeln Werkvertragsrecht anwendet, setzten sich die Kontrahenten, um für den Rechtsalltag einigermassen klare Verhältnisse zu schaffen, für eine einheitliche Qualifizierung des Gesamtvertrages als Auftrag ein.¹³⁰

Ungeachtet dessen, inwiefern und ob die vorgenannte Spaltung der Rechtsfolgen den Praxisalltag unnötig erschwert, ist darauf hinzuweisen, dass die

¹²⁵ GAUCH, N 49; BGE 109 II 462 ff.

¹²⁶ GAUCH, N 51; BGE 114 II 53, 56.

¹²⁷ SCHMID, S. 906; BGE 134 III 361, 365.

¹²⁸ GAUCH, N 52a.

¹²⁹ GAUCH, N 57; HONSELL, § 22, S. 284.

¹³⁰ HONSELL, § 22, S. 284; GEHRER L./GEHRER C., Rz. 0.7.

Auflösung des Gesamtarbeitsvertrags mittels der heutigen Judikatur einzig dem Auftragsrecht und damit Art. 404 OR (vgl. 3.4.1) unterstellt ist, was hier jedoch unpassend erscheint, da die Honorarinteressen des Architekten verglichen zum Werkvertragsrecht Art. 377 OR (vgl. 3.3.3) bloss schwer zugänglich geschützt ist.¹³¹

4.5 Architektur-Einzelleistungen mit auftragsrechtlichem Charakter

4.5.1 Bauleitungsvertrag

Der Bauleitungsvertrag verpflichtet den Architekten zur Leitung der Bauausführung. Weil bei dieser Tätigkeit, die zu errichtende Baute selbst nicht als Werk qualifiziert werden kann, fällt dieser folglich in den Anwendungsbereich des Auftrags.¹³² Der Architekt beteiligt sich zwar verschiedenartig bei der Errichtung und allfälligen Verbesserungsarbeiten einer Baute, mit der körperlichen Baute selbst ist jedoch der Bauunternehmer betraut. Obwohl sich seine Fehlleistungen in Mängel der Baute Form annehmen können, gehört deren Erzeugung nicht zum Schuldinhalt des Architekturvertrages.¹³³

4.5.2 Arbeitsvergebung

Die Vergabung von Arbeiten ist ebenfalls keine werkvertragliche, sondern eine auftragsrechtliche Leistung.¹³⁴ Der Architekt, welchem die Zuteilung der zu verrichtenden Arbeiten betraut ist, hat die entsprechenden Unternehmerofferten einzuholen und seinem Auftraggeber einen Vergabungsantrag zu unterbreiten. Gegebenenfalls hat er sogar den Auftrag bzw. besitzt die Ermächtigung im Namen des Auftraggebers Verträge abzuschliessen.¹³⁵

Wenn die Ausarbeitung der Pläne, die Erstellung des Kostenvoranschlages und die Arbeitsvergebung in einem Vertrag kombiniert werden, was in der Praxis sehr wohl vorkommen kann, beinhaltet dieser werkvertragsrechtliche sowie auftragsrechtliche Elemente und stellt somit ein gemischtes Vertragsverhältnis dar.¹³⁶

Schlusswort

Damit bewahrheitet sich meine anfangs geäusserte Vermutung, dass sich die Abgrenzung zwischen dem Werkvertrags- und Auftragsrecht nur auf theoretischer Basis simple gestaltet, hingegen in der Praxis weitaus komplexer, manchmal sogar schier unmöglich zu beurteilen scheint. Selbst wenn die Gerichtspraxis herbeigezogen wird, stellt die zweifelsfreie Einstufung, vor allem für einen Laien, nach wie vor ein schwieriges Unterfangen dar.

¹³¹ HONSELL, § 22, S. 284 f.

¹³² GAUCH, N 55; BGE 110 II 380, 382.

¹³³ GAUCH, N 56.

¹³⁴ BGE 110 II 380, 382.

¹³⁵ GAUCH, N 53; GEHRER L./GEHRER C., Rz. 0.6.

¹³⁶ GAUCH, N 54; GEHRER L./GEHRER C., Rz. 0.6.

Um solche Rechtsstreitigkeiten von Beginn an bestmöglich vermeiden zu können, sollten die Parteien sich vorgängig im Detail mit dieser Problematik befassen und sich alsdann bemühen im Vertrag unmissverständlich auszudrücken. Der individuelle Vertrag sollte von den Parteien also so ausgearbeitet werden, dass in einem allfälligen Streitfall kaum offene Fragen (bestenfalls gar keine) zur Beurteilung durch Dritte stehen. Dies könnte m.E. beispielsweise anhand einer Klausel „für diesen Vertrag gilt ausschliesslich Auftragsrecht“ oder im gegenteiligen Fall „Werkvertragsrecht“ versucht werden.

8408 Winterthur, 09.01.2012



.....
Michèle Bigler