

## Werkvertragliche Grundlagen handwerklichen Tätigwerdens in der Schweiz

Seminar der HWK Reutlingen  
am 11. Mai 2010

Referent: **Dr. Bernd Hauck, Advokat (CH)  
und Rechtsanwalt (D),  
Lehrbeauftragter an der  
Universität Basel**



### Überblick über der Inhalt des Vortrages:

- **Einige Stichworte zum Gerichtsstand und zum anwendbaren Recht**
- **Pflichten der Werkvertragsparteien in der Schweiz**
- **Sicherungsmittel des Unternehmers**
- **Einige Stichworte zur Betreuung**

- **Bei Tätigkeit im Ausland kommt in Betracht, dass Sie Ihr Recht im Ausland erstreiten müssen.**
- **Ferner richtet sich der Streit (unter Umständen) nach ausländischem Recht.**

Dienstag, 25. Mai 2010

3

**Praktisches Beispiel zum Gerichtsstand am Beklagtenwohnsitz nach LugÜ:**

**Werkvertrag zwischen Einzelunternehmer U mit Sitz in Reutlingen und Kunden K mit Sitz in Basel. K zahlt die Werklohnforderung nicht.**

- **Internationale Zuständigkeit der Schweizer Gerichte (Art. 2 I LugÜ)**
- **Örtliche Zuständigkeit des Zivilgerichts Basel-Stadt (Art. 3 I lit. b CH-GestG)**

Dienstag, 25. Mai 2010

4

### Gerichtsstände nach LugÜ:

#### Besonderer Gerichtsstand: vertraglicher Erfüllungsort

- „...Gerichte des Ortes, an dem erfüllt worden ist oder zu erfüllen wäre...“, **Art. 5 Ziff. 1 LugÜ**

Dienstag, 25. Mai 2010

5

### Praktisches Beispiel zum Gerichtsstand am Erfüllungsort nach LugÜ:

**Werkvertrag zwischen U mit Sitz in Reutlingen und K mit Sitz in Basel. Die Arbeiten finden auf einem Grundstück in Zürich statt. K behauptet Werkmängel und will U in der Schweiz verklagen.**

- **Sofern man davon ausgeht, dass die Leistung des U in Zürich zu erbringen ist, sind die Zürcher Gerichte zuständig.**
- **U sähe sich dann einer Klage in Zürich ausgesetzt.**

Dienstag, 25. Mai 2010

6

### Gerichtsstandsvereinbarung, Art. 17 LugÜ

- **Gerichtsstandsvereinbarung zu empfehlen**
- **Muss im Grundsatz schriftlich sein**
- **Streitiges Rechtsverhältnis muss genau bezeichnet sein**
- **Festlegung des örtlich zuständigen Gerichts (oder der Zuständigkeit der Gerichte eines Mitgliedstaates des LugÜ)**
- **Auch gegenüber einer natürlichen Person möglich, sofern keine Verbrauchersache!**

Dienstag, 25. Mai 2010

7

### Anwendbares Recht:

- **Es besteht kein internationales Abkommen, welches im Verhältnis D-CH bei Werkverträgen das anwendbare Recht einheitlich definiert.**
- **Teilweise Ausnahme: allein das Wiener Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den Internationalen Warenkauf („CISG“)**
- **Auch im Rahmen des anwendbaren Rechts gilt: Vermeidung von Unsicherheiten durch vertragliche Festlegung des anwendbaren Rechts!**
- **Keine Rechtswahlmöglichkeit bei sog. Konsumentenstreitigkeiten.**

Dienstag, 25. Mai 2010

8

## Pflichten der Werkvertragsparteien in der Schweiz

### Rechtsgrundlagen:

- **Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Fünfter Teil: Obligationenrecht („OR“)**
- **Vertrag**
- **Vom Schweizerischen Ingenieur- und Architektenverein aufgestellte Normen, sofern deren Geltung vereinbart wurde (bei Bauwerkverträgen v.a. SIA-Norm 118)**

Dienstag, 25. Mai 2010

9

### Werkvertrag:

- **Geregelt in Art. 363 ff. OR**
- **Abgrenzung vom Auftrag gemäss Art. 394 ff. OR (bei handwerklichen Tätigkeiten weniger relevant)**

Dienstag, 25. Mai 2010

10

**Pflichten des Bestellers:**

- **Annahme des Werkes**
- **Zahlung des Werklohnes**
- **Höhe des Werklohnes**
- **Verzug des Bestellers**

Dienstag, 25. Mai 2010

11

**Annahme des Werkes:**

- **Obliegenheit des Bestellers zur Annahme des Werkes**
- **Bei Nichtannahme des Werkes trotz gehörigem Angebot des Unternehmers Annahmeverzug des Bestellers (Art. 91. ff. OR)**
- **Besteller muss Werk nach Annahme auf Mangelfreiheit überprüfen und ggfs. Anzeige machen, ansonsten verwirkt er seine Gewährleistungsrechte (Art. 370 II, III, 367 I OR)**

Dienstag, 25. Mai 2010

12

**Zahlung des Werklohnes:**

- **Fälligkeit erst mit Ablieferung des mangelfreien Werkes (Art. 372 I OR)**
- **Beruft sich der Besteller auf einen Mangel, ist der Werklohnanspruch im Grundsatz auch dann nicht durchsetzbar, wenn der Mangel untergeordneter Natur ist (BGE 89 II 232, 235)!**
- **Anspruch auf Teilvergütung nur, wenn dies vertraglich vereinbart ist (Art. 372 II OR)**

Dienstag, 25. Mai 2010

13

- **SIA-Norm 118 Art. 154 f.: Schlussrechnung des Unternehmers ist von der Bauleitung innerhalb eines Monats zu prüfen. Erfolgt im Prüfungsbescheid keine Rüge, gilt die Schlussabrechnung als beidseitig anerkannt und ist innert 30 Tagen zu begleichen**

Dienstag, 25. Mai 2010

14

**Höhe des Werklohns:**

**Festpreis, Art. 373 OR**

- **Mehrkosten gehen zu Lasten des Unternehmers**
- **Geringere Kosten gehen zu Lasten des Bestellers**
- **Anpassung nach oben nach richterlichem Ermessen nur bei ausserordentlichen Umständen möglich, über die beide Parteien irrten (etwa angenommen bei mehr als doppelt so hohem Aufwand für den Unternehmer)**
- **Richterliche Anpassung bei normaler Teuerung nicht möglich. Indexklausel bei längeren Bauarbeiten erforderlich.**

Dienstag, 25. Mai 2010

15

**Höhe des Werklohnes:**

**Fehlen einer Preisvereinbarung**

- **Werklohn wird vom Richter nach Massgabe des Wertes der Arbeit und des Aufwandes des Unternehmers festgesetzt**
- **Auch ein angemessener Unternehmergeinn wird eingerechnet**

Dienstag, 25. Mai 2010

16



### Höhe des Werklohnes:

#### Unverbindlicher Kostenvoranschlag

- **Bei unverhältnismässiger Überschreitung des unverbindlichen Kostenvoranschlags Sonderregelung in Art. 375 OR**
- **Unverhältnismässigkeit ist Frage des Einzelfalles**
- **Faustregel: Unverhältnismässigkeit ab Überschreitung von ca. 10%**
- **Differenzierung danach, ob das Werk eine Baute ist, die auf dem Grund und Boden des Bestellers zu errichten ist (II) oder nicht (I)**

Dienstag, 25. Mai 2010

17

### Überschreitung unverbindlicher Kostenvoranschlag und Werk besteht in einer Baute (Art. 375 II OR):

- **Entweder (entgegen Wortlaut) Kündigungsrecht des Bestellers und „billiger Ersatz“ für geleistete Arbeiten oder Herabsetzungsanspruch**
  - Kündigung und „billiger Ersatz“: volle Vergütung der bisher geleisteten Arbeiten; Kündigung nur bis zur Vollendung der Baute zulässig
  - Herabsetzungsanspruch: Höhe ist Frage des Einzelfalles; normalerweise Herabsetzung um die Hälfte der Summe, welche die Toleranzgrenze übersteigt
- **Gilt entsprechend auch dann, wenn Werk kraft Gesetzes in das Eigentum des Bestellers übergeht (z. B. Reparaturen an Sachen des Bestellers)**

Dienstag, 25. Mai 2010

18

**Überschreitung unverbindlicher Kostenvoranschlag und Werk besteht nicht in einer Baute (Art. 375 I OR):**

- **Rücktrittsrecht des Bestellers**
- **Unternehmer hat keinen (!) Anspruch auf Vergütung**
- **Erhaltene Leistungen müssen zurückerstattet werden**
- **Herabsetzungsanspruch aus Art. 375 II OR analog (umstr.)**

Dienstag, 25. Mai 2010

19

**Höhe des Werklohnes:**

**Jederzeitiges Rücktrittsrecht des Bestellers, Art. 377 I OR**

- **Bis zum Zeitpunkt der Vollendung des Werkes**
- **(Rücktritts- bzw. [richtiger]) Kündigungsrecht an keine Bedingungen geknüpft**
- **Rechtsfolge: Grds. volle Schadloshaltung des Unternehmers. Jedoch Anrechnung dessen, was er durch Vertragskündigung erlangt oder hätte erlangen müssen. Schwierige Berechnung im Einzelfall**
- **Kündigungsrecht kann vertraglich ausgeschlossen werden**

Dienstag, 25. Mai 2010

20

**Verzug des Bestellers:**

- **Mahnung erforderlich (Art. 102 I OR). Zusendung einer Rechnung genügt anders als in D nicht immer.**
- **In CH geringere Verzugszinsen als in D: ohne vertragliche Vereinbarung nur 5% (Art. 104 I OR)**
- **Unter Kaufleuten Verzugszins in Höhe des üblichen Bankdiskontos am Zahlungsort (Art. 104 III OR). Höhe ist schwierig zu bestimmen.**

Dienstag, 25. Mai 2010

21

**Pflichten des Unternehmers:**

- **Sorgfalts- und andere Nebenpflichten (v. a. Art. 364 I OR)**
- **Hauptpflicht: Herstellung und Ablieferung des Werkes**
  - Verspätete Ablieferung löst Verzug aus (Art. 102 ff., modifiziert durch Art. 366 I OR)
  - Gewährleistungspflicht des Unternehmers (Art. 368 ff. OR)

Dienstag, 25. Mai 2010

22

**Gewährleistungspflicht des Unternehmers:**

- **Werk im Zeitpunkt der Ablieferung muss mangelfrei sein (Art. 368 I OR)**
- **Prüfungs- und Rügeobliegenheit des Bestellers (Art. 367 I, 370 II, III OR): Besteller muss das Werk prüfen und erkennbare Mängel rügen, sonst verwirkt er seine Mängelrechte!**
- **Prüfungs- und Rügeobliegenheit wird allgemein als äusserst hart empfunden**
- **Nach SIA-Norm 118 Art. 172 ff. können Mängel während der zweijährigen Garantiezeit jederzeit gerügt werden; eine Verwirkung tritt innerhalb dieser Zeit nicht ein.**

Dienstag, 25. Mai 2010

23

**Gewährleistungsrechte des Bestellers:**

- **Wandelung**
- **Minderung**
- **Nachbesserung**
- **Schadenersatz**

Dienstag, 25. Mai 2010

24

**Wandelung (Art. 368 I OR):**

- **Nur bei gravierenden Mängeln, welche die Annahme des Werkes unzumutbar machen (Art. 368 I)**
- **Im Ausgangspunkt keine Nachfrist erforderlich; anders: SIA-Norm 118 Art. 169 I**
- **Bei Werken, die auf dem Grundstück des Bestellers errichtet wurden, ist die Wandelung ausgeschlossen, wenn Mangel nur mit unverhältnismässigen Nachteilen entfernt werden kann (Art. 368 III)**
- **Ausnahme vom Ausschluss der Wandelung: Werk taugt für den vereinbarten Zweck überhaupt nicht und ist nach Entfernung des Mangels wertlos**

Dienstag, 25. Mai 2010

25

**Minderung (Art. 368 II OR):**

- **Auch bei minder erheblichen Werkmängeln möglich**
- **Berechnung nach der relativen Methode, vermutungsweise aber mit den Kosten der Nachbesserung gleichzusetzen**

Dienstag, 25. Mai 2010

26

**Nachbesserung (Art. 368 II OR):**

- **Anders als in D im Grundsatz kein Vorrang der Nachbesserung in CH**
- **Auch bei minder erheblichen Mängeln**
- **Nachbesserung nur bei übermässigen Kosten für Unternehmer ausgeschlossen**
- **Für die Nachbesserung ist eine angemessene Nachfrist anzusetzen**
- **In CH Vorrang der Nachbesserung nur nach SIA-Norm 118 Art. 169 Abs. 1**

Dienstag, 25. Mai 2010

27

**Schadenersatzanspruch (Art. 368 I OR):**

- **Nur bei Verschulden des Unternehmers, das allerdings vermutet wird**

Dienstag, 25. Mai 2010

28

**Vertraglicher Ausschluss der Gewährleistungsrechte:**

- **Haftungsausschluss grds. möglich**
- **Kein Ausschluss bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit des Unternehmers möglich (Art. 100 Abs. 1 OR)**
- **Ferner kein Ausschluss bei Zusicherung des Unternehmers hinsichtlich einer bestimmten Eigenschaft des Werkes**

Dienstag, 25. Mai 2010

29

- **Rechtsprechung: Haftungsausschluss greift nicht ein, wenn Mangel gänzlich ausserhalb dessen liegt, womit vernünftigerweise zu rechnen ist.**
- **Die Rechtsprechung legt Ausschlussklauseln im Zweifel eng und somit gegen den Unternehmer aus: Erfordernis einer klaren Formulierung! (BGE 118 II 142, 145)**

Dienstag, 25. Mai 2010

30

### Verjährung der Gewährleistungsansprüche:

- Grundsätzlich ein Jahr ab Annahme (Art. 371 I, 210 I OR)
- Ist Gegenstand des Werkvertrags ein „unbewegliches Bauwerk“ tritt Verjährung erst 5 Jahre ab Annahme ein (Art. 371 II OR)
- „Unbewegliches Bauwerk“: Bei Umbau- und Renovationsarbeiten schwierige Abgrenzung im Einzelfall (z. B. Lieferung und Einbau von Rolladenkästen nach Rspr. [+], Malerarbeiten an Fassade hingegen [-])
- Keine Abweichung durch SIA-Norm 118 Art. 180

Dienstag, 25. Mai 2010

31

### Sicherungsmittel des Unternehmers

- Fälligkeit des Werklohnes grds. erst bei Ablieferung des Werkes (Art. 372 Abs. 1 OR)
- Vorabvergütung für Teile des Werkes (Art. 372 Abs. 2 OR). Diese erfordert eine Vereinbarung, dass das Werk in Teilen zu liefern ist und Vergütung nach Teilen erfolgt.

Dienstag, 25. Mai 2010

32



### Absicherung von Bonitätsrisiken

#### Betriebsregisterauszug über Besteller (Art. 8a SchKG):

- **Vorlage durch Besteller oder**
- **Recht auf Einsicht nach Art. 8a Abs. 3 SchKG**
  - Auskunftinteresse muss glaubhaft gemacht werden  
(z. B. Vorlage des E-Mails des Bestellers mit Anfrage hinsichtlich Konditionen für Werkerstellung)

### Absicherung von Bonitätsrisiken

#### Sicherung durch:

- **Mehrzahl von Bestellern (z. B. beide Ehegatten)**
- **Vorauszahlungen des Bestellers**
- **Bürgschaft**

Voraussetzung für Wirksamkeit der Bürgschaft  
in der Schweiz insbesondere:

- Notarielle Beurkundung, sofern eine natürliche Person Bürge ist und der Haftungsbetrag CHF 2'000.— übersteigt  
(Art. 493 Abs. 2 OR)
- Haftungshöchstgrenze (Art. 493 Abs. 1 OR)
- **Bankgarantie**
- **Schuldbeitritt**

### Bauhandwerkerpfandrecht

- **Anspruch auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts „für die Forderungen der Handwerker oder Unternehmer, die zu Bauten oder andern Werken auf einem Grundstücke Material und Arbeit oder Arbeit allein geliefert haben“ (Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB)**
- **Relativ weiter Anwendungsbereich**
  - Baute bzw. Werk muss Teil des Grundstücks geworden sein. Ferner reicht Verkauf von Baumaterial allein oder z. B. die Vermietung von Baumaschinen nicht aus.

Dienstag, 25. Mai 2010

35

- **Auch dann Anspruch auf Bauhandwerkerpfandrecht, wenn es um Forderung des Subunternehmers gegen den Generalunternehmer geht!**
- **Bauhandwerkerpfandrecht entsteht nicht von selbst, sondern muss ins Grundbuch eingetragen werden (Art. 839 Abs. 1 ZGB)**

Dienstag, 25. Mai 2010

36

### Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts

- **Anspruch auf Eintragung entsteht gleichzeitig mit Entstehen der Verpflichtung auf Lieferung von Material und Arbeit**
- **Eintragung muss bis spätestens 3 Monate nach Vollendung erfolgen, sonst ist der Eintragungsanspruch verwirkt (Art. 839 Abs. 2 OR)!**

Dienstag, 25. Mai 2010

37

### Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts

- **Darf nur erfolgen, wenn der Eigentümer die Forderung anerkennt oder die Forderung gerichtlich festgestellt ist, aber nie, wenn der Eigentümer hinreichende Sicherheit leistet (Art. 839 Abs. 3 OR)**
- **Wichtigster Fall der Eintragung in der Praxis: Einstweiliges Rechtsschutzverfahren nach Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB auf vorläufige Eintragung der Hypothek**

Dienstag, 25. Mai 2010

38

### Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts

- **Vorläufige Eintragung ermöglicht Wahrung der 3-Monatsfrist des Art. 839 Abs. 2 ZGB**
- **Nach dem vorläufigen Rechtsschutzverfahren (in CH [super-] provisorisches Verfahren genannt) ist innerhalb Frist der Anspruch auf Errichtung des Bauhandwerkerpfandrechts gerichtlich klären zu lassen (= „Prosequierungsverfahren“), sonst wird das vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht wieder gelöscht**

Dienstag, 25. Mai 2010

39

### Bauhandwerkerpfandrecht

#### Wirkung der definitiven Eintragung:

- **Entstehen eines dinglichen Rechtes am Grundstück**
- **Es gilt das Prinzip der Alterspriorität (z. B. vorrangige Hypotheken zu berücksichtigen)**
- **Aber: Vorrecht nach Art. 841 Abs. 1 ZGB**

Dienstag, 25. Mai 2010

40

### **Bauhandwerkerpfandrecht**

#### **Vorrecht nach Art. 841 Abs. 1 ZGB:**

- **In dem Masse, in welchem der Unternehmer zu einem Mehrwert des Bodens beigetragen hat, kann er von den vorrangigen Pfandgläubigern unter den Voraussetzungen von Art. 841 Abs. 1 ZGB Ersatz verlangen.**

### **Bauhandwerkerpfandrecht**

#### **Durchsetzung des Vorrechts nach Art. 841 Abs. 1 ZGB:**

- **Durch fristgerechte Klagerhebung gegen die vorrangigen Grundpfandgläubiger während des Pfandverwertungsverfahrens. Die Verteilung des streitigen Anteils aus der Pfandverwertung wird dann bis zum Prozessende ausgesetzt (besserer Weg)**
- **Durch Klagerhebung nach der Verteilung des Erlöses. Der Unternehmer trägt dann das Bonitätsrisiko der Grundpfandgläubiger**

### Eigentumsvorbehalt hinsichtlich Werk/Werkmaterial

- **Geringe praktische Relevanz**
  - Der Eigentumsvorbehalt muss zu seiner Wirksamkeit in einem Register eingetragen werden (Art. 717 Abs. 1 OR)
- **z. B. denkbar, wenn ein teurer Gegenstand auf Spezifikation eines CH-Bestellers angefertigt wird**
- **Eigentumsvorbehalt bei Verbindung des Werkes mit einem Grundstück nicht möglich (Art. 217 Abs. 2 OR)**

Dienstag, 25. Mai 2010

43

### Betreibung

- **Anderes Vollstreckungssystem als in Deutschland**
- **„Betreibung“ kann auch ohne (!) Urteil / sonstiger Titel eingeleitet werden.**
- **Betreibung unterbricht Verjährung (Art. 135 Ziff. 2 OR)**
- **Im Ausgangspunkt relativ einfaches und kostengünstiges Verfahren**

Dienstag, 25. Mai 2010

44

- **Auch ein juristischer Laie kann die Betreibung einleiten. Es gibt bei den zuständigen Behörden Standardformulare.**
- **Zuständige Behörden werden vom jeweiligen Kanton bestimmt. In Basel-Stadt Zuständigkeit des Schuldbetreibungs- und Konkursamtes Basel-Stadt, Bäumleingasse 1, Postfach, 4001 Basel, <http://www.bka.bs.ch/>**
- **Einleiten eines Schuldbetreibungs- oder Konkursverfahrens bewirkt einen einsehbaren Registereintrag, was Druck aufbauen kann.**
- **Achtung: Bei Gläubiger im Ausland unterschiedliche Praxis der Behörden. Sicherheitshalber Vertreter in der Schweiz benennen.**

- **Wehrt sich der Schuldner fristgerecht gegen die Betreibung (sog. „Rechtsvorschlag“), dann muss grds. ein Prozess geführt werden (sog. „Rechtsöffnungsverfahren“).**
- **Bei Geltendmachung eines Anspruchs, der in einer Vertragsurkunde festgehalten ist, vereinfachtes Verfahren („provisorische Rechtsöffnung“), das zwar zunächst noch nicht zur Zahlung der geschuldeten Geldsumme führt, dem Unternehmer aber Sicherungsmittel gibt.**

**Besten Dank für Ihre Aufmerksamkeit!!!**

Dienstag, 25. Mai 2010

47

**Dr. Bernd Hauck**



**Curriculum**

- Ausbildung:** Universität Tübingen (bis 2002), Université de Fribourg (2000), Summer School im internationalen Wirtschaftsrecht an der London Metropolitan University (vormals Guildhall University, 1998), erste (2002) und zweite (2004) juristische Staatsprüfung in Baden-Württemberg/Deutschland, Promotion zum Dr. iur an der Universität Basel (2007), Anerkennungsprüfung zum Basler Advokaten 2007
- Tätigkeitsfelder:** Vertragsrecht, Handels- und Unternehmensrecht, Prozessführung
- Erfahrung:** Trainee bei PricewaterhouseCoopers (Stuttgart, 2000), Volontariat bei den Kanzleien Lovells in London und Düsseldorf (2006) und BenderHarrerKrevet (vormals HarrerKrevet) in Lörrach (2005), wissenschaftlicher Mitarbeiter (2004-2007) und Lehrbeauftragter (seit 2005) an der Juristischen Fakultät in Basel
- Sprachen:** deutsch, englisch, französisch

Dienstag, 25. Mai 2010

48



**Kontakt Daten:**

Kellerhals Basel  
Hirschgässlein 11  
Postfach  
CH-4010 Basel  
Telefon + 41 58 200 30 00  
Telefax + 41 58 200 30 11  
[www.kellerhals.ch](http://www.kellerhals.ch)

Dr. Bernd Hauck  
[bernd.hauck@kellerhals.ch](mailto:bernd.hauck@kellerhals.ch)