

Werkvertrag und Auftrag – zwei wichtige Vertragstypen im Geschäftsalltag



Christian Dueblin

lic. iur., EMBA HSG,
hat mehrere Jahre als nebenamtlicher Bezirksrichter gearbeitet, Rechtsabteilungen bekannter, international tätiger KMU aufgebaut und betrieben und ist als Interim Legal Counsel und Referent tätig.

Daniel E. Wyss

Rechtsanwalt und Notar,
lic. iur. HSG
Führt unter WyssLaw eine Anwaltskanzlei in Zug, ist als External Legal Counsel für diverse Schweizer Unternehmen und seit vielen Jahren als Dozent für internationales Vertragsrecht und Legal Engineering an zwei Fachhochschulen tätig.

Beide Autoren sind unter anderem langjährige Dozenten für Internationales Vertragsrecht bei procure.ch.

www.wyssdueblin.ch

«Werkvertrag und Auftrag» zeigen sich für Nichtjuristen als komplexe Materie. Ein procure.ch-Halbtagesworkshop am 20. November 2013 liefert nützliche Vorlagen und Muster für den Geschäftsalltag. Als Ausblick auf den Anlass erklären Christian Dueblin und Daniel Wyss im nachfolgenden Fachbeitrag die beiden Vertragstypen praxisbezogen.

Der Lesende erhält wichtige Hinweise für die Vertragsgestaltung, zu Risiken und Unterschieden zu anderen Vertragstypen, die im schweizerischen Obligationenrecht (OR) beschrieben und für Einkaufsabteilungen von Bedeutung sind.

Um in der Theorie die beiden Vertragsarten insbesondere zum Kaufvertrag leicht abzugrenzen, ist es einleitend behilflich, Folgendes zu verstehen: Der Kaufvertrag gehört zu den sogenannten «Veräusserungsverträgen», der Werkvertrag und Auftrag zu den «Verträgen auf Arbeitsleistung» gehören, bei welchen, wie es der Name sagt, die Arbeit primär im Vordergrund steht. Die Abgrenzung dieser Verträge führt in der Praxis, und wie viele Schulungen zeigen, immer wieder zu Problemen, die oft erst erkannt werden, wenn Schäden bereits eingetreten sind. Nachfolgend werden aus Sicht von zwei Praktikern und langjährigen Seminarleitern rechtlicher Themen wichtige Punkte zu den Vertragstypen aufgezeigt, jedoch ohne Anspruch auf Vollständigkeit:

Werkvertrag

Der Werkvertrag (Art. 363 ff. des Schweizerischen Obligationenrechts, OR) ist ein vollkommen zweiseitiger Vertrag. Beim Werkvertrag verpflichtet sich der Unternehmer zur Herstellung eines (körperlichen oder unkörperlichen z.B. Theateraufführung, Komposition oder Vermessungsarbeiten) Werkes. Der Besteller dagegen verpflichtet sich, dem Unternehmer dafür eine Vergütung zu bezahlen (Art. 363 OR), den sogenannten Werklohn – für die erbrachten Arbeitsleistungen. Gegenstand eines Werkvertrages kann sowohl die Erstellung als auch die Veränderung (z.B. Reparatur, Bearbeitung, Veredelung) einer Sache/eines Werkes sein. In der Praxis trifft man nicht selten auf sogenannte Reparatur-, Service- oder Instandhaltungsverträge. In der Regel müssen diese Verträge unter Schweizer Recht dem Werkvertrag zugeordnet werden.

Die Abgrenzung des Werkvertrages zum Kaufvertrag und zum Auftrag ist nicht immer ganz einfach und verursacht in der Praxis, ganz besonders auch bei Erstellen von Verträgen, oft Probleme. Im inter-

nationalen Handel kann es auch vorkommen, dass das anwendbare Recht den «Werkvertrag» oder «Auftrag» anders definiert als das Schweizer Obligationenrecht oder es ihn gar nicht gibt, weil die fraglichen Sachverhalte einem anderen Vertrag zugeordnet werden.

Unter dem Schweizer Obligationenrecht liegt ein Kauf immer dann vor, wenn es um den Erwerb einer serienmässig und industriell hergestellten Sache geht. Der Erwerb eines Anzuges von der Stange ist ein Kaufvertrag. Der Anzug ist oder wird noch serienmässig und industriell produziert. Ein Massanzug jedoch, der nach den Wünschen des Bestellers vom Schneider (Unternehmer) nicht serienmässig und nicht industriell angefertigt wird, wird in der Schweiz dem Werkvertragsrecht zugeordnet.

Insbesondere auch in Bezug auf die Anwendung des Wiener Kaufrechts (auch WKR, UN-Kaufrecht oder CISG genannt) ist bei der Abgrenzung von Kauf- und Werkverträgen Vorsicht geboten: Ein reiner Werkvertrag wird vom WKR nicht erfasst. Wird das Material zur Herstellung des Werkes vom Besteller gestellt oder wird eine Sache nicht industriell und serienmässig hergestellt, so kommt das WKR als Einheitskaufrecht in der Regel nicht zur Anwendung. Dagegen kommt das WKR auch dann zur Anwendung, wenn eine erworbene Maschine noch

installiert werden muss, sofern die Installationsarbeit lediglich einen untergeordneten Teil der Vertragsleistung ausmacht.

Eine der grössten Herausforderungen beim Werkvertrag stellt der Abnahmeprozess nach der Fertigstellung und der Übergabe des Werkes

Teilnehmerstimmen

«Sehr gute Beispiele. Lebendig moderiert mit hohem Nutzen für den Alltag.»

«Sehr gute Referenten. Gute Unterlagen und praktische Beispiele.»

dar. Das Ziel der Abnahme ist es, die Vollständigkeit der Leistung zu prüfen und allfällige Mängel zu erkennen, um sie vom Unternehmer noch beheben lassen zu können. Eine Einkaufsabteilung ist bei einem komplexen Werk (beispielsweise eine komplexe Anlage oder bei IT-Leistungen) in solchen Situationen besonders gefordert, nicht nur bei der Vertragsgestaltung, sondern eben auch bei der Abwicklung des Geschäftes. Ist bei einer Abnahme beispielsweise nicht klar, nach welchen technischen Grundlagen sie erfolgen soll, kann es erfahrungsgemäss und nicht selten zu langwierigen Streitigkeiten kommen, denn in solchen Fällen ist auch nicht klar,

ob überhaupt ein Werkmangel vorliegt oder nicht. Deshalb empfiehlt es sich, beim Werkvertrag den Abnahmeprozess und dessen technische Grundlagen im Vertrag genau zu definieren. Dabei ist es von äusserster Wichtigkeit, den Erfolg im Werkvertrag zu umschreiben, den der Unternehmer erzielen muss.

Wo in einem Geschäft alle diese Leistungen eine Rolle spielen (bspw. Kauf mehrerer Computer, Aufbau eines IT-Systems und gleichzeitiges Betreiben einer IT-Infrastruktur), ist beim Erstellen der vertraglichen Grundlage grösste Sorgfalt geboten. In einem solchen Moment ist die Frage durchaus berechtigt, ob das Geschäft nicht gespalten werden sollte, sprich drei Verträge erstellt werden müssten. Das kann je nach Umständen zielführender sein als der Versuch, alle Punkte in einem Vertragswerk abhandeln zu wollen.

Auch in Bezug auf die Preisgestaltung, Rücktrittsmöglichkeiten und Gewährleistung weicht der Werkvertrag in vielen Punkten vom Kaufvertrag ab. So ist beim Werkvertrag eine Nachbesserung im Obligationenrecht vorgesehen, die im Kaufvertrag fehlt. Das gesetzlich verankerte jederzeitig mögliche Rücktrittsrecht im Auftrag schwebt oft wie ein Damokles-Schwert über einem Geschäft und kann, wie das die Praxis zeigt, zu grossen Schäden führen. Zwar ist die Rücktritts-

Beispiele aus der Praxis:

- Die Beschaffung eines Computers stellt in der Regel kein Problem dar. Das Geschäft wird dem Kaufvertrag zugeordnet.
- Der Aufbau einer umfassenden und «massgeschneiderten» IT-Landschaft, bei dem etliche Schnittstellen und technische Details eine Rolle spielen und Pläne des Bestellers umgesetzt werden müssen, muss wohl eher dem Werkvertragsrecht zugeordnet werden.
- Das Aufrechterhalten und Überwachen eines umfassenden IT-Betriebssystems durch einen externen Spezialisten hingegen würde wohl eher dem Auftragsrecht zugeordnet.

möglichkeit zur Unzeit nicht möglich. Aber auch ein Rücktritt nicht zur Unzeit kann schwerwiegende finanzielle Folgen nach sich ziehen. Schliesslich sind Beschaffungsspezialisten gut beraten, sich bei Werkverträgen richtig abzusichern, gerade was die Zahlungsmodalitäten und auch Garantien anbelangt. Besonders im Anlagenbau, wo der Unternehmer in Vorleistung gehen muss und deshalb Anzahlungen vereinbart werden, werden in der Praxis von der Beschaffung Garantien vom Unternehmer verlangt, die ihm, für den Fall, dass der Unternehmer nicht richtig performt, Sicherheiten bieten können. Mit der Advanced Payment Guarantee sichert sich der Besteller eines Werkes in Bezug auf allfällige Anzahlungen ab, die er geleistet hat. Mit der Performance Guarantee, sichert sich der Besteller dahingehend ab, dass er unter bestimmten Voraussetzungen Geld «ziehen» kann, um seine Leistung bei einem anderen Unternehmer bestellen zu können, für den Fall, dass der ursprüngliche Unternehmer seine werkvertraglichen Leistungen nicht erbringt. Mit

der Warranty Guarantee schliesslich sichert der Besteller sich in Bezug auf Werkmängel ab, die sich während der Gewährleistungsfrist manifestieren können.

Auftrag

Beim Auftrag (Art. 394 ff. OR) besorgt der Beauftragte (auch Mandatar genannt) die ihm vom Auftraggeber (Mandant) übertragenen Dienste oder Geschäfte im Interesse und nach dem Willen des Auftraggebers. Der Auftraggeber zahlt für das Tätigwerden des Auftragnehmers in aller Regel eine Vergütung, auch Honorar genannt. Diese muss verabredet oder zumindest üblich sein, ansonsten liegt ein unentgeltlicher Auftrag vor (Art. 394 OR). Im Unterschied zum Schweizer Recht ist der Auftrag beispielsweise in Deutschland ein Vertrag über eine unentgeltliche Geschäftsbesorgung. Darum spielt das Auftragsrecht in Deutschland eine untergeordnete Rolle. Unternehmer, die unter deutschem Recht einen Auftrag, wie ihn das Schweizer Recht kennt, abschliessen wollen, müssen auf andere Vertragstypen

ausweichen, beispielsweise den Werkvertrag oder den Dienstleistungsvertrag. Nicht selten hört man in der Praxis Aussagen wie: «Wir haben den Auftrag für den Bau von zehn Maschinen bekommen.» Oder: «Wir haben den Auftrag, einen Server zu reparieren.» Solche Aussagen umgangssprachlicher Art lassen sich nicht verhindern. In beiden Fällen handelt es sich nach dem Gesagten aber nicht um einen Auftrag im Sinne des Obligationenrechts, sondern um einen Werkvertrag.

Vom Arbeitsvertrag unterscheidet sich der Auftrag dadurch, dass der Arbeitsvertrag ein Subordinationsverhältnis beinhaltet. Der Arbeitgeber hat gegenüber seinen Arbeitnehmern Weisungsbefugnis. Der Auftraggeber hat gegenüber dem Auftragnehmer keine wirkliche Weisungsbefugnis. Ist das Vertrauensverhältnis zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer zu sehr beeinträchtigt, kann der Beauftragte unter den gegebenen Umständen sofort vom Auftrag zurücktreten. Diese rechtliche Möglichkeit des Rücktritts birgt für die Beschaffung, welche mit Aufträgen arbeitet, grosse Risiken, die vertraglich nur schwer in den Griff zu bekommen sind.

Unternehmen und Beschaffungsabteilungen sind gut beraten, sich in Bezug auf die verschiedenen Vertragstypen Gedanken zu machen. Sind die Typen bei einem



Geschäft nicht klar, werden auch entsprechende Verträge mangelhaft ausfallen, indem beispielsweise Haftungsregeln auf einer falschen Basis festgelegt werden. Grosse Aufmerksamkeit ist dann gefordert, wenn verschiedene Vertragstypen in einem Vertrag behandelt werden sollen. Bestellt ein Unternehmen immer wieder Werke bei einem anderen Unternehmer und kommt es auch immer wieder zu Aufträgen zwischen beiden Unternehmen, so bietet es sich an, einen Rahmen-

vertrag abzuschliessen. Procure hat einen solchen Rahmenvertrag für Dienstleistungen sowie Entwicklungs- und Ingenieurleistungen ausarbeiten lassen und bietet diesen auf Anfrage an.

Aufgrund der Wichtigkeit der beiden Vertragstypen und den Abgrenzungsschwierigkeiten zu anderen Verträgen organisiert procure.ch im November einen halbtägigen Workshop. Der Werkvertrag und der Auftrag werden zusammen mit den beiden Autoren des vorliegen-

den Fachbeitrages eingehend besprochen, und die Teilnehmenden erhalten Musterverträge (Auftrag/Werkvertrag) und Musterklauseln, die für den Geschäftsalltag hilfreich sein können. In einem weiteren Seminar wird gleichentags der neue Rahmenvertrag für Dienstleistungen vorgestellt und abgegeben. ■

Mehr Infos zu diesen Fachseminaren erhalten Sie unter www.procure.ch.

Einladung zur Feierabendveranstaltung «Mit HERMES effizient im Projekt beschaffen»



Bern

Montag 21. Oktober 2013

16.00 – 17.30 Uhr
anschliessend Apéro

Eidg. Personalamt EPA, Aula
Eigerstrasse 71
3003 Bern

Zürich

Montag 28. Oktober 2013

16.00 – 17.30 Uhr
anschliessend Apéro

BildungsStadt Albis, OIZ
Albisriederstrasse 201
8022 Zürich

Anmeldungsunterlagen: office@pbroker



Stadt Zürich
Organisation und Informatik



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra
Eidgenössisches Finanzdepartement EFD
Informatiksteuerungsorgan des Bundes ISB

Hermes 5