



# Zusammenfassung

Haftungsausschluss: Der Autor und die Fachschaft Jus Luzern (Fajulu) übernehmen keinerlei Gewähr hinsichtlich der inhaltlichen Richtigkeit, Genauigkeit, Aktualität, Zuverlässigkeit und Vollständigkeit der Informationen. Haftungsansprüche gegen den Autor oder die Fajulu wegen Schäden materieller oder immaterieller Art, welche aus dem Zugriff oder der Nutzung bzw. Nichtnutzung der Zusammenfassung entstehen werden ausgeschlossen.

# Haftung der freien Berufe

Dozent: Prof. Dr. iur Walter Fellmann  
E-Mail: [walter.fellmann@unilu.ch](mailto:walter.fellmann@unilu.ch)  
Verfasser: Markus Widmer

## Inhaltsverzeichnis

<b><u>I. EINLEITUNG</u></b>	<b>5</b>
1.1. PRÜFUNGSHINWEISE	5
1.2. HINWEISE ZUM UNTERRICHT	5
1.3. ZIEL DES UNTERRICHTS	5
1.4. LERNZIELE	5
<b><u>II. HAFTUNG DER FREIEN BERUFE</u></b>	<b>6</b>
<b><u>1. EINFÜHRUNG</u></b>	<b>6</b>
1.1. HISTORISCHE ENTWICKLUNG	6
1.2. DEFINITION DES FREIEN BERUFES	6
1.3. DER FREIE BERUF ALS TYPUS	6
1.4. BEISPIELE FREIER BERUFE	7
<b><u>2. DIE TYPISCHEN PFLICHTEN DER FREIEN BERUFE</u></b>	<b>7</b>
2.1. PFLICHT ZUR PERSÖNLICHEN ERFÜLLUNG	7
2.2. VERSICHERUNGSPFLICHT	7
2.3. INFORMATIONSPFLICHTEN	8
2.4. SORGFALTSPFLICHTEN	8
2.5. LOYALITÄTSPFLICHTEN	9
2.6. OBHUTS- UND SCHUTZPFLICHTEN	9
2.7. STANDESORDNUNGEN	10
<b><u>3. EXKURSE</u></b>	<b>10</b>
3.1. DER REGULUNGSZWECK DES MEDBG	10
3.2. DIE HAUPT- UND NEBENPFLICHTEN DES ANWALTS	10
<b><u>4. DAS BERUFSRECHT</u></b>	<b>11</b>
4.1. BERUFSRECHT	11
4.2. VERHÄLTNIS BERUFSRECHT ZU DEN GRUNDRECHTEN	11

<b>4.3. BEWILLIGUNGSPFLICHT ANWÄLTE (BGFA)</b>	<b>11</b>
<b>4.4. BEWILLIGUNGSPFLICHT MEDBG (ART. 34 MEDBG)</b>	<b>12</b>
<b><u>5. BERUFSREGELN</u></b>	<b><u>13</u></b>
<b>5.1. GENERELLE BEMERKUNGEN</b>	<b>13</b>
<b>5.2. BERUFSPFLICHT DER ANWÄLTE</b>	<b>13</b>
<b>5.3. BERUFSPFLICHTEN DER MEDIZINALPERSONEN (ALS BEISPIEL)</b>	<b>13</b>
5.3.1. GERICHTSPRAXIS	13
5.3.2. NORMENZWECK MEDBG	14
5.3.3. GELTUNGSBEREICH DES MEDBG	14
5.3.4. SELBSTÄNDIGE ERWERBSTÄTIGKEIT	14
5.3.5. ABGRENZUNG ZU DEN STANDESREGELN	14
5.3.6. DIE BERUFSPFLICHTEN DES ART. 40 LIT. A MEDBG	14
5.3.7. PFLICHT ZUR SORGFÄLTIGEN UND GEWISSENHAFTEN BERUFS AUSÜBUNG	15
5.3.8. EINHALTUNG DER GRENZEN DER ERWORBENEN KOMPETENZEN	16
5.3.9. WAHRUNG DER RECHTE DER PATIENTEN	16
5.3.10. EINSCHRÄNKUNG DER WERBUNG	17
5.3.11. VORRANG DER INTERESSEN DER PATIENTEN	17
5.3.12. WAHRUNG DER DISKRETION	18
5.3.13. LEISTUNG VON BEISTAND UND NOTFALLDIENST	18
5.3.14. PFLICHT ZUM ABSCHLUSS EINER BERUFSHAFTPFLICHTVERSICHERUNG	19
<b><u>6. HAFTUNG FÜR DIENSTLEISTUNGEN</u></b>	<b><u>20</u></b>
<b>6.1. LEISTUNGSSTÖRUNGEN</b>	<b>20</b>
<b>6.2. AUFTRAG UND WERKVERTRAG</b>	<b>21</b>
6.2.1. DER EINFACHE AUFTRAG (ART. 394 – 406 OR)	21
6.2.2. DER WERKVERTRAG	22
<b>6.3. UNTERSCHIEDE ZWISCHEN AUFTRAG UND WERKVERTRAG</b>	<b>22</b>
6.3.1. ABGRENZUNG AUFTRAG / WERKVERTRAG BEIM GEISTWERK	22
6.3.2. DIE MÄNGELRÜGE ALS PROBLEM	22
6.3.3. VERJÄHRUNG DER HAFTUNGSANSPRÜCHE	23
<b>6.4. SCHLECHTERFÜLLUNG VON DIENSTLEISTUNGEN</b>	<b>23</b>
6.4.1. DEFINITION SCHLECHTERFÜLLUNG	23
6.4.2. RECHTSFOLGEN DER SCHLECHTERFÜLLUNG	23
<b>6.5. HAFTPFLICHTRECHT UND VERTRAGLICHES SCHADENERSATZRECHT</b>	<b>24</b>
6.5.1. ANSPRUCHSKONKURRENZ AUSSERVERTRAGLICHE / VERTRAGLICHER HAFTUNG	24
6.5.2. VERSCHULDENSHAFTUNG NACH ART. 97 OR	24
6.5.3. BEWEISTHEMEN DES ART. 97 OR	24
<b>6.6. VERLETZUNG VON NEBENPFLICHTEN</b>	<b>25</b>
6.6.1. GRUNDLAGE DER NEBENPFLICHTEN (BSP.: ART. 2 ZGB)	25
6.6.2. STRUKTUR DER NEBENPFLICHTEN	25
6.6.3. ERSCHEINUNGSFORMEN VON NEBENPFLICHTEN	26
<b>6.7. HAFTUNG FÜR HILFSPERSONEN (ART. 101 OR)</b>	<b>26</b>
<b>6.8. HAFTUNG FÜR HILFSPERSON (ART. 55 OR)</b>	<b>28</b>
<b>6.9. SUBSTITUTION IM AUFTRAGSRECHT</b>	<b>28</b>
<b>6.10. FREIZEICHNUNGEN</b>	<b>29</b>
<b>6.11. WEGBEDINGUNG DER HAFTUNG FÜR HANDLUNGEN VON HILFSPERSONEN</b>	<b>30</b>
<b><u>7. HAFTUNG DES ANWALTS</u></b>	<b><u>31</u></b>
<b>7.1. QUALIFIKATION DES ANWALTSVERTRAGES</b>	<b>31</b>

<b>7.2. VORAUSSETZUNG DER HAFTUNG</b>	<b>31</b>
<b>7.3. SCHADENSBEGRIFF IM VERTRAGSRECHT</b>	<b>31</b>
<b>7.4. UNTERSCHIEDE ZUM AUSSERVERTRAGLICHEN SCHADENSBEGRIFF</b>	<b>32</b>
<b>7.5. UMFANG DES SCHADENERSATZES</b>	<b>32</b>
<b>7.6. BEISPIELE FÜR VERTRAGSVERLETZUNG</b>	<b>33</b>
7.6.1. HAFTUNG DES ANWALTS (BGE 127 III 357)	33
7.6.2. HAFTUNG DES TREUHÄNDERS (BGE 128 III 22)	34
<b>7.7. DIE NEBENPFLICHTEN DES ANWALTES</b>	<b>34</b>
7.7.1. DIE BERATUNGS- UND BELEHRUNGSPFLICHT DES ANWALTES	35
7.7.2. DIE AUFKLÄRUNGSPFLICHT DES ANWALTES	35
7.7.3. RECHTSPRECHUNG BUNDESGERICHT (BGE 127 III 359)	35
<b>7.8. DIE INFORMATIONSBESCHAFFUNG DES ANWALTS</b>	<b>35</b>
7.8.1. SORGFALT ERFORDERT WISSEN	35
7.8.2. WISSEN UND INTERNET	36
<b>7.9. DER KAUSALZUSAMMENHANG</b>	<b>36</b>
<b>7.10. DAS VERSCHULDEN</b>	<b>37</b>
<b><u>8. HAFTUNG DES ARZTES</u></b>	<b><u>38</u></b>
8.1. ARTEN DER ÄRZTLICHEN BEHANDLUNG UND IHRE HAFTUNGSFOLGEN	38
8.2. HAFTUNG FÜR BEHANDLUNG AM ÖFFENTLICHEN SPITAL	38
8.3. VERTRAGLICHE REGELUNG DER BEHANDLUNG IM PRIVATSPITAL	39
8.4. RECHTLICHE QUALIFIKATION DES ARZTVERTRAGS	39
8.5. HAFTUNG FÜR ÄRZTLICHE BEHANDLUNG NACH PRIVATRECHT	39
8.6. HAFTUNG FÜR HILFSPERSONEN	40
8.7. DIE BUNDESGERICHTLICHE RECHTSPRECHUNG ZUR ARZTHAFTUNG	40
<b><u>9. HAFTUNG FÜR AUFKLÄRUNGSFEHLER</u></b>	<b><u>40</u></b>
9.1. ARTEN DER AUFKLÄRUNG	40
9.2. GRUNDLAGEN DER EINGRIFFSAUFKLÄRUNG	41
9.3. HAFTUNGSFOLGEN DER UNTERLASSENEN AUFKLÄRUNG	41
9.4. DIE EINGRIFFSAUFKLÄRUNG	41
9.4.1. DIAGNOSEAUFLÄRUNG	42
9.4.2. VERLAUFSAUFKLÄRUNG	42
9.5. VORGEHENSWEISE	43
9.6. ZEITPUNKT UND BEWEISLAST DES AUFKLÄRUNGSGESPRÄCHES	43
9.7. SICHERUNGSAUFLÄRUNG	43
9.8. HAFTUNG FÜR AUFKLÄRUNGSFEHLER	44
<b><u>10. DIE HAFTUNG DES ARCHITEKTEN FÜR FALSCHER KOSTENSCHÄTZUNG</u></b>	<b><u>44</u></b>
10.1. VORGEHENSWEISE BEI DER KOSTENERMITTLUNG DURCH DEN ARCHITEKTEN	44
10.2. VORAUSSETZUNG DER HAFTUNG	44
10.3. SORGFALTPFLICHTEN DES ARCHITEKTEN	45
10.4. BEWEIS DER VERTRAGSVERLETZUNG	45
10.5. VERTRAUENSCHADEN	45
10.6. VORTEILSANRECHNUNG	45
10.7. KAUSALZUSAMMENHANG	46
<b><u>11. RECHTSFORMEN DER ZUSAMMENARBEIT DER ANWÄLTE</u></b>	<b><u>46</u></b>
11.1. DEFINITION KAUFMÄNNISCHES GEWERBE	46

<b>11.2. FOLGEN DER QUALIFIKATION ALS KAUFMÄNNISCHES GEWERBE</b>	<b>47</b>
<b>11.3. MÖGLICHE GESELLSCHAFTSFORMEN IM SCHWEIZER RECHT</b>	<b>47</b>
<b>11.4. DIE ÜBLICHEN FORMEN DER ZUSAMMENARBEIT</b>	<b>48</b>
<b>11.5. HAFTUNG GEGENÜBER DRITTEN BEI DER EINFACHEN GESELLSCHAFT</b>	<b>48</b>
<b>11.6. HAFTUNG GEGENÜBER DRITTEN BEI DER KOLLEKTIVGESELLSCHAFT</b>	<b>49</b>
<b>11.7. ZULÄSSIGKEIT VON KAPITALGESELLSCHAFTEN FÜR RECHTSANWÄLTE</b>	<b>49</b>
<b>11.8. VERHÄLTNIS ZUM KLIENTEN</b>	<b>50</b>

## I. Einleitung

### 1.1. Prüfungshinweise

Es können 4 ECTS Punkte erreicht werden.

Es werden nur Haftpflichtfragen geprüft. Es wird kein Berufsrecht geprüft. Der Ordner ist umfangreicher. Die Prüfung findet mündlich statt. Jeder Teilnehmer wird einzeln geprüft. Am Anfang wird eine Theoriefrage und ein kleiner Fall geprüft. Wir kommen in den Prüfungsraum und der Dozent stellt uns Fragen. Wir können uns nicht in einem Raum ca. 10 Min. auf einen Fall vorbereiten.

Nicht geprüft wird:

- Haftung des Bankiers
- Berufsrecht
- Versicherungsrecht

### 1.2. Hinweise zum Unterricht

Es werden folgende Themen besprochen:

1. Standesregeln
2. Öffentlich-rechtliche Vorschriften
3. Allgemeines vertragliches Haftungsrecht  
(Auftrag, Werkvertrag, Arbeitsvertrag, Art. 97 OR)
4. Haftung der Bank  
(Ursprünglich war der Privatbankier ein freier Beruf)

### 1.3. Ziel des Unterrichts

Die Vorlesung befasst sich mit der Haftung des Arztes, des Anwalts, des Architekten, des Ingenieurs und des Treuhänders oder Steuerberaters. Sie zeigen die Gemeinsamkeiten auf und befasst sich mit den Besonderheiten, etwa der Haftung des Arztes für fehlerhafte oder unterlassene Aufklärung oder den Normenwerk des SIA.

Dargestellt werden auch die Möglichkeiten des Abschlusses einer Berufshaftpflichtversicherung. Die Studierenden erhalten ferner Gelegenheit zu einer vertieften Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des Bundesgerichts. Rechtsvergleichende Hinweise und ein Blick auf die Entwicklungstendenzen (z.B. neue Rechtsformen zur Berufsausübung) runden das Bild ab.

Es wird ein intensiver Praxisbezug angestrebt.

### 1.4. Lernziele

Erarbeiten von praxisrelevanten Kenntnissen im Dienstleistungsrecht der freien Berufe. Aneignung eines vertieften Wissens im Bereich der vertraglichen Haftung, namentlich im Auftrags- und Werkvertragsrecht.

## II. Haftung der freien Berufe

### 1. Einführung

#### 1.1. Historische Entwicklung

Bereits Anfang des 19. Jahrhunderts wurden Berufsprüfungen eingeführt. Am frühestens war dies bei den Ärzten der Fall.

Die Definition des freien Berufes findet sich in Art. 33 aBV

*„Den Kantonen bleibt es anheimgestellt, die Ausübung der wissenschaftlichen Berufsarten von einem Ausweise der Befähigung abhängig zu machen.*

*Auf dem Wege der Bundesgesetzgebung ist dafür zu sorgen, dass derartige Ausweise für die ganze Eidgenossenschaft gültig erworben werden können.“*

Der französische Gesetzestext sprach von „professions libérales“.

Die eine Wendung betonte also den wissenschaftlichen Aspekt des Berufes, die andere dessen Unabhängigkeit.

#### 1.2. Definition des freien Berufes

##### Definition Schweizer Recht

Es geht um eine Tätigkeit, die einer wissenschaftlichen Ausbildung bedürfen. Vor allem aber geht es um Berufe, die bei mangelnden wissenschaftlichen Kenntnissen nicht ohne Gefahr für die öffentliche Ordnung ausgeübt werden können.

##### Definition EuGH

Freie Berufe üben Tätigkeiten aus, die

1. einen ausgesprochenen intellektuellen Charakter haben
2. eine hohe Qualifikation verlangen
3. einer strengen berufsständischen Regelungen unterliegen
4. bei deren Ausübung das persönliche Element besondere Bedeutung hat
5. eine grosse Selbständigkeit voraussetzen.

#### 1.3. Der freie Beruf als Typus

Ob ein bestimmter Sachverhalt dem Typus zuzuordnen ist, hängt davon ab, ob die als typisch angesehenen Merkmale in solcher Zahl und Stärke vorhanden sind, dass der Sachverhalt als Ganzes dem Erscheinungsbild des Typus entspricht.

## 1.4. Beispiele freier Berufe

- Arzt
- Zahnarzt
- Chiropraktor
- Apotheker
- Tierarzt
- Anwalt
- Architekt
- Ingenieur
- gewisse Treuhandberufe (z.B. Steuerexperte / Steuerexpertin)

## 2. Die typischen Pflichten der freien Berufe

1. Pflicht zur persönlichen Erfüllung
2. Pflicht, eine Berufshaftpflichtversicherung abzuschliessen
3. Weitgehende Informationspflichten (Aufklärungspflichten)
4. Hohe Anforderungen an die Sorgfaltspflicht
5. Besondere Loyalitätspflichten (z.B. Verbot von Interessenkollision)
6. Obhuts- und Schutzpflichten

### 2.1. Pflicht zur persönlichen Erfüllung

Der Beauftragte ist verpflichtet, „das Geschäft persönlich zu besorgen.“ (Art. 398 Abs. 3 OR).

Er kann Hilfspersonen beiziehen, sofern es nicht auf seine Persönlichkeit ankommt (Art. 68 OR). Für seine Hilfsperson haftet der Beauftragte nach Art. 101 OR.

Ist er „zur Übertragung an einen Dritten ermächtigt oder durch die Umstände genötigt“, oder ist „eine Vertretung Übungsgemäss zulässig“, kann der Beauftragte des Auftrags an einen Substituten übertragen (Art. 398 Abs. 2 OR). In diesem Fall haftet er nur für gehörige Sorgfalt bei der Wahl und Instruktion des Dritten (Art. 399 Abs. 2 OR).

### 2.2. Versicherungspflicht

Folgende Berufe haben eine Versicherungspflicht:

- a) Anwälte (Art. 12 lit. f BGFA)
- b) Medizinalpersonen (Art. 40 lit. h MedBG)  
Es betrifft nur Medizinalberufe, welche einen universitären Medizinalberuf selbständig ausüben.

Gemäss Prof. Fellmann ist Art. 40 lit. h MedBG eine gesetzgeberische Fehlleistung. Art. 40 lit. h MedBG sollte auch für unselbständige Medizinalberufe gelten.



Gemäss Art. 2 MedBG gelten als Medizinalpersonen:  
Arzt, Zahnarzt, Chiropraktor, Apotheker, Tierarzt

### Umfang der Versicherungspflicht

- a) Anwälte  
*„nach Massgabe der Art und des Umfangs der Risiken, die mit ihrer Tätigkeit verbunden sind“*  
(Art. 12 lit. f BGFA)
- b) Medizinalpersonen  
*„nach Massgabe der Art und des Umfangs der Risiken, die mit ihrer Tätigkeit verbunden sind“*  
(Art. 40 lit. h MedBG)

### 2.3. Informationspflichten

Information und Beratung sind ein wesentlicher Teil der Dienstleistungen der freien Berufe. Es geht um die Überbrückung des Wissensgefälles.

Die Informationspflicht hat verschiedene Funktionen:

- a) Vermittlung von Wissen
- b) Der Dienstleistungsempfänger soll über die zu ergreifenden Massnahmen selber entscheiden können
- c) Sie soll das Verhalten des Klienten „beeinflussen“.
- d) Sie soll Beweisschwierigkeiten mildern

Der Beauftragte hat den Auftraggeber **sofort** und **unaufgefordert** über alle Umstände zu orientieren, welche die Erreichung des Auftragserfolges beeinflussen können. Dem Auftraggeber soll so ermöglicht werden, den Auftrag zu widerrufen oder zu modifizieren.

#### Informationspflicht Anwalt

Der Anwalt muss den Klienten über die Kosten des Verfahrens, die neuesten Gerichtsurteile sowie allfällige Prozessaussichten aufklären.

### 2.4. Sorgfaltspflichten

Der Beauftragte haftet dem Auftraggeber für **getreue und sorgfältige Ausführung des übertragenen Geschäfts** (Art. 398 Abs. 2 OR).

- a) Geschuldet ist ein qualifizierter, rollenspezifischer Standard.
- b) Massstab ist eine objektivierte und typische Idealperson.

Die Sorgfaltspflichten der Angehörigen der freien Berufe werden zum Teil durch (öffentlichrechtliche) Berufspflichten verstärkt:

- a) Anwälte  
Anwälte üben ihren Beruf „sorgfältig und gewissenhaft“ aus.  
(Art. 12 lit. a BGFA)
- b) Selbständige universitäre Medizinalpersonen  
Sie üben ihren Beruf „sorgfältig und gewissenhaft“ aus.  
(Art. 40 lit. a MedBG)

Das MedBG ist disziplinarrechtlich von Bedeutung und nicht haftungsrechtlich. Haftungsrechtlich ist Art. 398 Abs. 2 OR entscheidend. Es ist keine Doppelnorm.

## 2.5. Loyalitätspflichten

Nach Art. 398 Abs. 2 OR haftet der Beauftragte dem Auftraggeber für **getreue und sorgfältige Ausführung des übertragenen Geschäfts**.

Aus der Treuepflicht wird die Loyalitätspflicht der Angehörigen der freien Berufe abgeleitet.

Gebote und Verbote aufgrund Loyalitätspflicht:

- a) Information und Beratung
- b) Verbot von Interessenkollisionen
- c) Gebot zur Transparenz
- d) Pflicht zur Geheimhaltung

Die Treuepflicht wird teilweise durch das öffentlichrechtliche Berufsrecht verstärkt.

### **Beispiel Anwalt**

Verbot der Interessenkollision

Der Anwalt darf nicht beide Parteien beraten. Er darf auch nicht gegen einen ehemaligen Klienten klagen, sofern er Materialien aus einem früheren Verfahren verwendet.

## 2.6. Obhuts- und Schutzpflichten

Obhuts- und Schutzpflichten sind Nebenpflichten. Sie werden aus der auf dem Vertrauensgrundsatz basierenden Pflicht zu loyalen Verhalten abgeleitet.

Die Obhuts- und Schutzpflichten beinhalten folgendes:

- a) Pflicht der Parteien aufeinander Rücksicht zu nehmen.
- b) Konkretisierung in Aufklärungs- Informations- und Beratungspflichten
- c) Die Pflichten sind nicht selbständig klagbar. Ihre Verletzung begründet eine Schadenersatzpflicht.

- d) Die Anerkennung solcher Pflichten führt zu einer Haftungsausweisung und –verschärfung.

## 2.7. Standesordnungen

Standesrecht ist privates Vereinsrecht. Der Luzerner Anwaltsverband ist ein Verein.

Das Standesrecht zeichnet sich wie folgt aus:

- a) Private Regelwerke, denen keine Rechtskraft zukommt
- b) Aber: Aufsichtsbehörden ziehen das Standesrecht zur Auslegung des öffentlich-rechtlichen Berufsrechts heran.
- c) Sie dienen zur Konkretisierung der Generalklauseln des öffentlich-rechtlichen Berufsrechts
- d) Standesregeln haben nur dann eine Bedeutung, wenn sie als Gewohnheitsrecht gelten können (Rechtsprechung Bundesrecht).

### Problematik Kartellrecht

Das Kartellrecht verbietet Preisabsprachen. Der Anwaltsverband erlässt deshalb keine Preisempfehlungen mehr. Die Preise für Private sind gestiegen. Grosse Firmen können jedoch Rabatte heraushandeln.

## 3. Exkurse

### 3.1. Der Regelungszweck des MedBG

Das MedBG regelt hauptsächlich zwei Aspekte:

1. Ausbildungspflichten  
Die Pflichten gelten für unselbständige und selbständige Erwerbstätige.
2. Berufsausübungspflichten  
Die Pflichten gelten nur für selbständig Erwerbstätige.

### 3.2. Die Haupt- und Nebenpflichten des Anwalts

*„Der Anwalt hat „unter Beobachtung seiner Beratungs-, Belehrungs-, Warn-, Aufklärungs-, Informations-, Hinweis-, Erörterungs-, Prüfungs-, Kontroll-, Schutz-, Sicherungs-, Verhütungs-, Betreuungs- und Interessenwahrungspflicht dafür zu sorgen, dass **vermeidbare Nachteile vom Mandanten ferngehalten werden...**“*

Quelle: Hans Peter Walter, *Unsorgfältige Führung eines Anwaltsmandats*, N. 16.22  
Hans Peter Walter war früher Bundesrichter.

## 4. Das Berufsrecht

### 4.1. Berufsrecht

Berufsrecht ist staatlich erlassenes, öffentliches Recht.  
Die Ausübung eines Berufs wird im öffentlichen Interesse einer besonderen Regelung unterworfen.

Das Berufsrecht ist für alle Angehörigen des betreffenden Berufs verbindlich. Und dies unabhängig, ob man einer Standesorganisation angehört. Die Einhaltung wird von einer staatlichen Aufsichtsbehörde von Amtes wegen überwacht.

Die Verletzung des Berufsrechts unterliegt einer vom Straf- und Zivilrecht unabhängigen Disziplinargerichtsbarkeit.

Das Berufsrecht regelt die Beziehung des Berufsangehörigen zum Staat.

Bsp.: Anwalt  
Der Anwalt ist zur Mitarbeit in der unentgeltlichen Rechtspflege verpflichtet.

Bsp.: Arzt  
Der Arzt ist verpflichtet, im Notfalldienst mitzuwirken.

### 4.2. Verhältnis Berufsrecht zu den Grundrechten

Die Normen des Berufsrechts tangieren die Wirtschaftsfreiheit und weitere Grundrechte (z.B. Meinungsäusserungsfreiheit).  
Bsp.: Ein Anwalt darf nur mit grösster Zurückhaltung das Gericht kritisieren.

Die Einschränkung ist zulässig, sofern sie im öffentlichen Interesse liegt, verfassungsmässig anerkannte Ziele erreicht werden und die Einschränkung der Grundrechte verhältnismässig sind.

### 4.3. Bewilligungspflicht Anwälte (BGFA)

#### **Problematik**

Die freien Berufe unterliegen grundsätzlich dem Privatrecht. Das Privatrecht ist Sache des Bundes.

Der Kanton darf in seiner Regelungskompetenz nur Bundesrecht näher auslegen. Die Abgrenzung kann in gewissen Fällen schwierig sein.

#### **Bewilligungspflicht BGFA**

Die Bewilligungspflichten für Anwälte zur Berufsausübung sind in einem eidgenössischen Gesetz geregelt.

**Bewilligungspflicht BGFA**

- Anwälte müssen sich im Anwaltsregister des Kantons eintragen, in dem sie ihre Geschäftsadresse haben (Art. 6 Abs. 1 BGFA)
- Die Eintragung erfolgt, sofern die fachlichen Voraussetzungen gemäss Art. 7 BGFA sowie die persönlichen Voraussetzungen gemäss Art. 8 BGFA erfüllt sind.

**Fachliche Voraussetzungen (Art. 7 BGFA)**

- Vorhanden sein eines Anwaltspatentes
- Das Anwaltspatent wird erteilt, wenn
  - a) ein juristisches Studium mit dem Lizentiat oder dem Master abgeschlossen wurde
  - b) ein mindestens einjähriges Praktikum in der Schweiz, das mit einem Examen über die theoretischen und praktischen juristischen Kenntnisse abgeschlossen wurde

Für die Zulassung zum Praktikum genügt der Abschluss eines juristischen Studiums mit dem Bachelor.

**Persönliche Voraussetzungen (Art. 8 BGFA)**

- Handlungsfähigkeit
- keine Strafrechtlichen Verurteilungen vorliegen
- keine Verlustscheine bestehen
- Die Anwälte müssen den Beruf unabhängig ausüben können.

**Unabhängigkeit**

Die Anwälte haben in der Lobbyarbeit sehr grossen Wert auf die Unabhängigkeit gelegt.

Das Bundesgericht hat festgelegt, dass Angestellte den Anwaltsberuf nicht ausüben dürfen, da Sie nicht mehr unabhängig sind, da Sie der Weisungsgewalt ihres Arbeitgebers unterstehen. Ein nur teilzeitlich angestellter Anwalt kann Mandanten vor Gericht vertreten.

Eine Ausnahme besteht bei gemeinnützigen Organisationen. Anwälte dürfen für gemeinnützige Organisationen tätig werden (Art. 8 Abs. 4 BGFA)

**4.4. Bewilligungspflicht MedBG (Art. 34 MedBG)**

Es braucht eine kantonale Bewilligung.

**Fachliche Voraussetzungen (Art. 36 MedBG)**

Die Medizinalperson muss ein eidg. Diplom besitzen. Sie muss vertrauenswürdig sowie physisch und psychisch Gewähr für eine einwandfreie Berufsausübung bieten.

## 5. Berufsregeln

### 5.1. Generelle Bemerkungen

#### **Geltungsbereich Berufsregeln**

Der Gesetzgeber hat Berufsregeln erlassen für

- a) Anwälte (Art. 12 und 13 BGFA)
- b) Medizinalpersonen (Art. 40 MedBG)

Für die anderen freien Berufe (Architekten, Ingenieure, Steuerexperten) bestehen keine staatlich erlassenen Berufsregeln.

#### **Definition Berufsregeln**

Verhaltenspflichten, welche die Berufsangehörigen bei der Ausübung ihres Berufs zu befolgen haben. Sie regeln die Ausübung des Berufs.

Der Gesetzgeber erlässt sie im öffentlichen Interesse.

Sie regeln das Verhältnis der Berufsangehörigen zum Gemeinwesen.

Sie enthalten Bestimmungen, die das Verhältnis zum Klienten oder Patienten regeln

Die Einhaltung der Berufsregeln wird von der staatlichen Aufsichtsbehörde von Amtes wegen überwacht. Die Verletzung der Berufspflichten kann Disziplinarmaßnahmen nach sich ziehen.

#### **Keine Doppelnorm**

Die Berufspflichten des Art. 12 BGFA und des Art. 40 MedBG qualifizieren sich nicht als Doppelnorm.

Der Patient oder der Klient kann sich vor dem Zivilrichter nicht auf die Verletzung der Berufspflicht berufen, etwa zur Begründung einer vermeintlichen Widerrechtlichkeit.

### 5.2. Berufspflicht der Anwälte

#### **Voraussetzung: Eintrag im Anwaltsregister**

Die Berufsregeln für Anwälte des BGFA (Art. 12 und 13 BGFA) gelten nur für diejenigen Anwälte, welche im Anwaltsregister eingetragen sind.

### 5.3. Berufspflichten der Medizinalpersonen (als Beispiel)

#### 5.3.1. Gerichtspraxis

Es gibt sehr wenige Gerichtsentscheide zu den Disziplinarmaßnahmen gegen Mediziner.

### 5.3.2. Normenzweck MedBG

Die medizinische Versorgung der Bevölkerung soll sichergestellt werden. Es sollen schweizweit einheitliche Regeln geben. Das Vertrauensverhältnis zwischen Patient und Arzt soll sichergestellt werden.

### 5.3.3. Geltungsbereich des MedBG

(Art. 40 MedBG)

Die Berufspflichten gelten für alle selbständig erwerbenden universitären Medizinalberufen.

Art. 1 Abs. 1 MedBG zählen folgende Medizinalberufe auf:

- a) Ärzte
- b) Zahnärzte
- c) Chiropraktoren
- d) Apotheker
- e) Tierärzte

Der Bundesrat könnte weitere Berufe im Gesundheitswesen als universitäre Medizinalberufe bezeichnen und dem MedBG unterstellen.

### 5.3.4. Selbständige Erwerbstätigkeit

Die Botschaft verweist für die Definition der selbständigen Erwerbstätigkeit auf die Umschreibung im Steuer- und Sozialversicherungsrecht. Im Einzelfall ist die Stellung des Betroffenen unter Würdigung der gesamten Umstände zu beurteilen.

***Die Beschränkung des Geltungsbereichs der Berufsregeln des MedBG auf selbständig tätige Medizinalpersonen ist höchst problematisch.***

### 5.3.5. Abgrenzung zu den Standesregeln

Die Berufspflichten sollen „im Lichte der Standesregeln“ ausgelegt werden. Standesregeln werden jedoch nicht zu objektivem Recht erhoben. Bei Standesregeln kann man sich fragen, ob sie wirklich im Interesse des Kunden aufgestellt werden.

Die Umschreibung der Berufsregeln ist in Art. 40 MedBG abschliessend geregelt.

### 5.3.6. Die Berufspflichten des Art. 40 lit. a MedBG

Art. 40 lit. a MedBG enthält zwei Berufspflichten.

1. Sorgfältige und gewissenhafte Ausübung des Berufes
2. Die Pflicht, sich an die Grenzen der Kompetenzen zu halten, die sie im Rahmen der Aus-, Weiter- und Fortbildung erwerben.

### 5.3.7. Pflicht zur sorgfältigen und gewissenhaften Berufsausübung

(Art. 40 lit. a MedBG)

*„Personen, die einen universitären Medizinalberuf selbständig ausüben, halten sich an folgende Berufspflichten:*

a) Sie üben ihren Beruf sorgfältig und gewissenhaft aus; (...)

Art. 40 lit. a 1. Satzteil MedBG

„Sorgfältig und gewissenhaft“ ist eine vom Gesetzgeber geschaffene Wendung wie „Treu und Glauben“ oder „Recht und Billigkeit“.

Für die Auslegung kann der Sorgfaltsbegriff des Auftragsrechts (Art. 398 Abs. 2 OR) herangezogen werden, wonach der Beauftragte dem Auftraggeber für „getreue und sorgfältige“ Ausführung haftet.

Der Bezugspunkt der Sorgfalt liegt jedoch weitgehend im Dunkel. Mögliche Pflichtverstösse sind wenig konkret.

Art. 40 MedBG ist eine Generalklausel.

Der Anwendungsbereich der Generalklausel ist eingeschränkt, da das Parlament zwei neue Berufspflichten geschaffen wird.

Art. 40 lit. c MedBG

Pflicht zur Wahrung der Rechte der Patienten

Art. 40 lit. e MedBG

Pflicht zur ausschliesslichen Wahrung der Interessen der Patienten

Diese Berufsregeln hätten sich nach Auffassung des Bundesamtes für Gesundheit auch unter die Generalklausel des Art. 40 lit. a MedBG subsumieren lassen.

#### **Möglicher Anwendungsbereich auf die Medizinalberufe**

- Sorgfältige und gewissenhafte Ausführung von Tätigkeiten im Gesundheitswesen als Gutacher und in der Forschung
- Sorgfältiger und gewissenhafter Umgang mit übertragbaren Krankheiten
- Sorgfältiger, gewissenhafter und korrekter Umgang mit den Behörden
- Sorgfältiger, gewissenhafter und korrekter Umgang mit Kollegen und beteiligten Dritten.
- Pflicht einen Spezialisten beizuziehen, wenn die fachlichen Kompetenzen für das zum Wohl des Patienten erforderliche Vorgehen fehlen.

In der Praxis dürfte es schwierig sein, die eigenen Grenzen zu erkennen. Dazu kommt, dass das Gesetz die Kompetenzen, die Medizinalpersonen über die Jahre durch ihre berufliche Erfahrung erwerben, völlig ausser Acht lässt.

***Das Gesetz schafft bloss für das Übernahmeverschulden einen Disziplinarstrafatbestand.***



### 5.3.8. Einhaltung der Grenzen der erworbenen Kompetenzen (Art. 40 lit. a MedBG)

*„Personen, die einen universitären Medizinalberuf selbständig ausüben, halten sich an folgende Berufspflichten:*

- a. (...)
- b. *Sie vertiefen, erweitern und verbessern ihre beruflichen Kenntnisse, Fähigkeiten und Fertigkeiten durch lebenslange Fortbildung.“*

Art. 40 lit. b MedBG soll die Aktualisierung des Wissens und der beruflichen Kompetenz gewährleisten.

Das Gesetz äussert sich nicht zum zeitlichen Umfang und zur Art der Kontrolle. Der Fortbildungsbedarf der Medizinalpersonen ist zwangsläufig verschieden. Auf welche Art und Weise die Medizinalperson sich fortbildet, bleibt ihr überlassen. Massgebend ist allein, dass sich damit ihr Wissen und ihre beruflichen Kompetenzen aktualisieren lassen.

### 5.3.9. Wahrung der Rechte der Patienten (Art. 40 lit. c MedBG)

*„Personen, die einen universitären Medizinalberuf selbständig ausüben, halten sich an folgende Berufspflichten:*

- a. (...)
- b. (...)
- c. *Sie wahren die Rechte der Patientinnen und Patienten.“*

Diese Gesetzesbestimmung hat vor allem Appellcharakter. Der genaue Inhalt dieser Pflicht lässt sich dem MedBG nicht entnehmen.

Mögliche Rechte sind:

- a) Das Selbstbestimmungsrecht des Patienten und der damit verbundene
- b) der Schutz der körperlichen Integrität
- c) der Schutz des freien Willens
- d) Anspruch auf Dokumentation (Krankengeschichte)
- e) Recht auf freie Arztwahl

Die Berufspflicht des Art. 40 lit. c MedBG ist aber erst tangiert, wenn das Verhalten der Medizinalperson gegen eine grundlegende Regel verstösst.

Die Anordnung einer Disziplinar massnahme nach Art. 43 MedBG setzt jedoch ein **grobes Fehlverhalten** voraus.

### 5.3.10. Einschränkung der Werbung

(Art. 40 lit. d MedBG)

*„Personen, die einen universitären Medizinalberuf selbständig ausüben, halten sich an folgende Berufspflichten:*

*a. (...)*

*b. (...)*

*c. (...)*

*d. Sie machen nur Werbung, die objektiv ist, dem öffentlichen Bedürfnis entspricht und weder irreführend noch aufdringlich ist.“*

Medizinalpersonen dürfen grundsätzlich für ihre Dienste Werbung machen. Die Werbung ist jedoch eingeschränkt. So ist u.a. die aufdringliche und irreführende Werbung verboten. Die Werbung muss zudem objektiv sein. Dieser Gesetzesartikel ist problematisch, da Werbung nie objektiv ist, sondern immer den Zweck hat ein Produkt oder eine Dienstleistung zu verkaufen. Die Objektivität ist keine eigenständige Norm. Das Kriterium der Objektivität geht im Verbot der aufdringlichen und irreführenden Werbung unter.

Das Werbeverbot der Medizinalpersonen geht weiter als das Werbeverbot der Rechtsanwälte.

Mit der Werbeeinschränkung sollen folgende Ziele eingeschränkt werden:

- a) Keine **unnötige Behandlung** aufgrund von Arztwerbung.
- b) Niemand soll durch Werbung **zu einer falschen Behandlung** verleitet werden.
- c) Die Werbung darf keinen **Heilerfolg** versprechen.

### 5.3.11. Vorrang der Interessen der Patienten

(Art. 40 lit. e MedBG)

*„Personen, die einen universitären Medizinalberuf selbständig ausüben, halten sich an folgende Berufspflichten:*

*a. (...)*

*b. (...)*

*c. (...)*

*d. (...)*

*e. Sie wahren bei der Zusammenarbeit mit Angehörigen anderer Gesundheitsberufe ausschliesslich die Interessen der Patientinnen und Patienten und handeln unabhängig von finanziellen Vorteilen.“*

Richtungweisend ist die Treuepflicht des Beauftragten nach den Grundsätzen des Auftragsrechts.

Der Beauftragte muss den Interessen des Auftraggebers gegenüber allen anderen Belangen stets den Vorrang einräumen. Er hat die eigenen (finanziellen) Interessen den Interessen des Auftraggebers unterzuordnen.

### 5.3.12. Wahrung der Diskretion

(Art. 40 lit. f MedBG)

*„Personen, die einen universitären Medizinalberuf selbständig ausüben, halten sich an folgende Berufspflichten:*

- a. (...)
- b. (...)
- c. (...)
- d. (...)
- e. (...)
- f. Sie wahren das Berufsgeheimnis nach Massgabe der einschlägigen Vorschriften.

Der Gesetzgeber wollte die Medizinalpersonen nicht nur verpflichten das Berufsgeheimnis zu wahren, sondern auch noch andere Vorschriften.

Die Wahrung des Berufsgeheimnisses bezieht sich auf folgende Gesetze:

1. Berufsgeheimnis (Art. 321 StGB)
2. Geheimhaltungspflicht nach dem Datenschutzgesetz vom 19.06.1992.
3. Art. 28 ZGB / Schutz der Persönlichkeit
4. Art. 398 Abs. 2 OR / Diskretions- und Geheimhaltungspflicht des Beauftragten.

### 5.3.13. Leistung von Beistand und Notfalldienst

(Art. 40 lit. g MedBG)

*„Personen, die einen universitären Medizinalberuf selbständig ausüben, halten sich an folgende Berufspflichten:*

- a. (...)
- b. (...)
- c. (...)
- d. (...)
- e. (...)
- f. (...)
- g. Sie leisten in dringenden Fällen Beistand und wirken nach Massgabe der kantonalen Vorschriften in Notfalldiensten.

Es handelt sich um folgende zwei verschiedenen Pflichten:

1. Leistung von Beistand
2. Mitwirkung in Notfalldienst

#### **Leistung von Beistand**

Dies ist eine Abkehr von der im schweizerischen Vertragsrecht geltenden Vertragsfreiheit und der Abschlussfreiheit.

Art. 40 lit. g MedBG begründet eine Kontrahierungspflicht bzw. eine Pflicht zur Geschäftsführung ohne Auftrag.

Als Notfälle gelten alle Erkrankungen von einiger Tragweite, deren Behandlung keinen Aufschub dulden. Eingeschränkt wird diese Pflicht durch die Zumutbarkeit der Hilfeleistung.

Die Zumutbarkeit kann in folgenden Fällen nicht geben sein:

1. Die Medizinalperson muss sich keiner Gefährdung des eigenen Lebens oder der Gesundheit aussetzen.
2. Die Fähigkeiten und Möglichkeiten der Medizinalperson sind zu berücksichtigen.

Ist die Medizinalperson aufgrund ihrer Ausbildung nicht in der Lage, im konkreten Fall sach- oder fachgerechte Hilfe zu leisten, liegt kein Disziplinarfehler vor. Die Medizinalperson kann ihren Beistand allerdings nicht unter Hinweis auf fehlende Spezialkenntnisse ablehnen, solange sie aufgrund ihrer medizinischen Ausbildung besser in der Lage ist, Hilfe zu leisten als verfügbare Dritte.

### **Mitwirkung in Notfalldiensten**

Diese Berufspflicht setzt voraus, dass das kantonale Recht einen entsprechenden Notfalldienst vorsieht.

Grundsätzlich können Medizinalpersonen ihre Mitwirkung im Notfalldienst nicht unter Hinweis auf eine mangelnde Qualifikation zur Hilfe in Notfällen ablehnen. Die Berufspflicht des Art. 40 lit. a MedBG wird aber dazu führen, dass der Spezialarzt den Notfall-Patienten in ein öffentliches Spital einweist.

Die kantonale Regelung kann die Möglichkeit der Dispensation (gegen Ersatzabgabe) vorsehen.

### **5.3.14. Pflicht zum Abschluss einer Berufshaftpflichtversicherung**

(Art. 40 lit. h MedBG)

*„Personen, die einen universitären Medizinalberuf selbständig ausüben, halten sich an folgende Berufspflichten:*

- a. (...)
- b. (...)
- c. (...)
- d. (...)
- e. (...)
- f. (...)
- g. (...)

*h. Sie haben eine Berufshaftpflichtversicherung nach Massgabe der Art und des Umfangs der Risiken, die mit ihrer Tätigkeit verbunden sind, abzuschliessen oder andere, gleichwertige Sicherheiten zu erbringen.*

Der Abschluss einer Berufshaftpflichtversicherung oder die entsprechende Leistung einer Sicherstellung ist neu eine Berufspflicht und nicht mehr Voraussetzung für die Berufsausübung. Art. 40 lit. h MedBG sieht zudem keine Mindestdeckung vor.

Da die Berufshaftpflichtversicherung nicht mehr Voraussetzung zur Berufsausübung sondern nur noch eine Berufspflicht ist, kann man sich fragen, was passiert, wenn eine Medizinalpersonen keinen Versicherer mehr findet.

Die Lösung, dass die Berufshaftpflichtversicherung nur noch eine Berufspflicht und keine Voraussetzung zur Erteilung der Berufsausübungsbewilligung ist sowie das Fehlen einer Mindestdeckung der Haftpflichtversicherung ist nicht sachgerecht. Es erschwert zudem die Kontrolle, ob eine Haftpflichtversicherung überhaupt vorliegt.

## 6. Haftung für Dienstleistungen

### 6.1. Leistungsstörungen

#### Gesetzliche Regelungen

Art. 97 – 109 OR Voraussetzungen und Folgen der Nichterfüllung  
 Art. 20 OR Folgen der Nichterfüllung

Problem der subjektiven Leistungsunmöglichkeit

Art. 97 OR vom Schuldner zu verantworten

Art. 119 OR vom Schuldner nicht zu verantworten

#### Einordnung der subjektiven Leistungsunmöglichkeit:

Herrschende Meinung:

Art. 97 OR wenn vom Schuldner zu verantworten

Art. 119 OR wenn vom Schuldner nicht zu verantworten

Gauch / Schlupe / Schmid / Rey wollen die subjektive Leistungsunmöglichkeit beim Verzug einordnen.

#### Positive Vertragsverletzung

Es handelt sich um einen Sammelbegriff für

- a) die Verletzung von Nebenpflichten
- b) die fehlerhafte Leistungserbringung
- c) die Verletzung einer Unterlassungspflicht
- d) eine antizipierte Erfüllungsverweigerung

Die Positive Vertragsverletzung umfasst alle Fälle von Leistungsstörungen.

Ausnahme: Verzug / Unmöglichkeit

Art. 97 OR erfasst jedes vertragwidrige Verhalten.

Ausnahme: Gewährleistungspflicht

#### Mängelhaftung und Mängelrechte

Die Mängelhaftung ist eine besondere Rechtsfolge der nicht richtigen Erfüllung. Der Schuldner muss bei der Mängelhaftung für die Mangelhaftigkeit des Vertragsgegenstandes einstehen.

Die Mängelhaftung setzt kein Verschulden voraus

Ausnahme:

- a) Art. 208 Abs. 3 OR  
 Verpflichtung des Verkäufers den weiteren Schaden zu ersetzen, sofern er nachweisen kann, dass ihn kein Verschulden trifft.

- b) Art. 368 OR  
Schadenersatz bei Werkmangel nur bei Verschulden des Unternehmers

Liegt ein Mangel vor, stehen dem Gläubiger folgende Mängelrechte zu:

- a) Recht zur Wandelung (Rückgängigmachung des Vertrages)  
Art. 205 Abs. 1 OR / Art. 368 Abs. 2 OR
- b) Recht zur Minderung der Vergütung  
(Art. 205 Abs. 1 OR / Art. 368 Abs. 2 OR)
- c) Recht **nur des Bestellers** auf Nachbesserung  
(Art. 368 Abs. 2)
- oder
- d) Recht **nur des Bestellers** auf Beseitigung des Mangels  
(Art. 259a Abs. 1 lit. a und Art. 288 OR)
- e) Recht (des Käufers und Verkäufers) auf Nachlieferung wahrhafter Ware  
(Art. 206 Abs. 1 OR)

Der Gläubiger kann zusätzlich stets Ersatz seines Mangelfolgeschadens verlangen (vgl. Art. 208 Abs. 2 OR).

### **Mängelhaftung und positive Vertragsverletzung**

Im Werkvertragsrecht kann der Besteller anstelle von Wandelung, Minderung oder Nachbesserung kein Schadenersatz aus Art. 97 OR verlangen.

Äussert sich die positive Vertragsverletzung nicht in einem Mangel, bleiben Schadenersatzansprüche aus Art. 97 OR möglich (Gauch, Werkvertrag, N. 853 ff.).

Beispiel: Der Unternehmer verletzt den Besteller aus Unachtsamkeit

## **6.2. Auftrag und Werkvertrag**

### **6.2.1. Der einfache Auftrag (Art. 394 – 406 OR)**

Der einfache Auftrag zeichnet sich durch folgende Punkte aus:

1. Geschuldet ist eine getreue und sorgfältige Ausführung.
2. Es gibt keine objektive Mängelhaftung.  
Der Beauftragte schuldet aber eine bestimmte Qualität
3. Der Beauftragte muss sein Möglichstes tun, um für den Auftraggeber das günstigste Resultat zu erreichen.
4. Keine Erfolgsgarantie  
Die Haftung beschränkt sich auf „getreue und sorgfältige Ausführung“

Zentraler Begriff der Haftung ist die gehörige Sorgfalt.

## 6.2.2. Der Werkvertrag

### Pflichten beim Werkvertrag

Der Unternehmer stellt ein Werk her.

Der Besteller verpflichtet sich die geschuldete Vergütung zu bezahlen.

### Gegenstand Werkvertrag

Körperliche oder unkörperliche (d.h. geistige) Werke

### Haftung

Der Unternehmer schuldet dem Besteller einen **Arbeitserfolg**.

Den Unternehmer trifft eine Gewährleistungspflicht. Er hat unabhängig von einem allfälligen Verschulden für Werkmängel einzustehen (Art. 368 OR).

### Unterschied Beauftragter (Auftrag) / Unternehmer (Werkvertrag)

Der **Beauftragte** schuldet ein **Wirken**.

Der **Unternehmer** schuldet ein **Werk**.

(Gierke)

## 6.3. Unterschiede zwischen Auftrag und Werkvertrag

### 6.3.1. Abgrenzung Auftrag / Werkvertrag beim Geistwerk

(BGE 127 III 328 ff.)

#### Gutachten als Auftrag

Ein Gutachten ist als Auftrag zu qualifizieren, wenn die Richtigkeit des Ergebnisses **nicht objektiv garantiefähig** ist. Dies ist vor allem der Fall, wenn sich – wie etwa bei einer Schätzung – Ermessensfragen stellen.

Bsp.: Der Gutachter äussert zu einer Streitfrage seine subjektive Meinung  
(Rechtsgutachten, Liegenschaftsschätzung)

#### Gutachten als Werkvertrag

Führt das Gutachten zu einem Resultat, das nach **objektiven Kriterien überprüft** und **als richtig oder falsch qualifiziert werden kann**, liegt ein Werkvertrag vor.

Bsp.: Technische Gutachten über den Zustand eines Autos  
Bodengutachten über technische Verunreinigungen

### 6.3.2. Die Mängelrüge als Problem

Der Besteller muss das Werk nach dessen Ablieferung „sobald es nach dem üblichen Geschäftsgange tunlich ist“ zu überprüfen und den Unternehmer **von allfälligen Mängeln in Kenntnis setzen**.

Die Unterlassung der Prüfung des Werkes und der Mängelrüge gilt als stillschweigende Genehmigung des Werkes.

(Art. 370 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 370 Abs. 2 OR).

Verdeckte Mängel hat der Besteller **sofort nach der Entdeckung zu rügen**. Ansonsten wird Genehmigung angenommen.  
(Art. 367 Abs. 1 OR).

Gutachten, welche dem Werkvertragsrecht unterliegen, können kaum durch den Besteller überprüft werden, da dazu ein neues Gutachten notwendig wäre.

Bsp.: Bodengutachten  
Der Besteller kann kaum die chemische Zusammensetzung der Bodenproben prüfen.

### 6.3.3. Verjährung der Haftungsansprüche

Es gelten folgende Verjährungsfristen:

- a) Auftragsrecht  
10 Jahre (Art. 127 OR)  
Die Verjährungsfrist ist zwingendes Recht.
- b) Werkvertragsrecht (bewegliche Werke)  
Ein Jahr nach der Ablieferung (Art. 371 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 210 OR)  
Diese Verjährungsfrist ist dispositives Recht.
- c) Werkvertragsrecht (unbewegliche Werke)  
5 Jahre nach der Ablieferung (Art. 371 Abs. 2 OR)  
Diese Verjährungsfrist ist dispositives Recht.

## 6.4. Schlechterfüllung von Dienstleistungen

### 6.4.1. Definition Schlechterfüllung

Der Schuldner erbringt die geschuldete Leistung, aber nicht in der vereinbarten (vertraglich geschuldeten) Qualität. Es liegt keine Unmöglichkeit und kein Verzug vor.

### 6.4.2. Rechtsfolgen der Schlechterfüllung

Die Schlechterfüllung wird auch als „nicht gehörige Erfüllung“ bezeichnet. Die Rechtsfolgen richten sich nach Art. 97 – Art. 101 OR.

Eine Ausnahme besteht, wenn der besondere Teil eine andere Rechtsfolge vorsieht.



## 6.5. Haftpflichtrecht und vertragliches Schadenersatzrecht

### 6.5.1. Anspruchskonkurrenz ausserververtragliche / vertraglicher Haftung

Es besteht eine Anspruchskonkurrenz zwischen Vertragsrecht (vertraglicher Haftung wegen Schlechterfüllung, Verzug, Unmöglichkeit etc.) und Deliktsrecht (unerlaubte Handlung),

Der Schädiger (Arzt, Anwalt etc.) kann daher für den gleichen Schaden ausserververtraglich wie vertraglich ersatzpflichtig werden.

Aus Sicht des Geschädigten besteht Anspruchskonkurrenz. Er kann seine Ansprüche auf beide Haftungstatbestände stützen.

Er muss jedoch die verschiedenen Anspruchsvoraussetzungen und die unterschiedlichen Verjährungsfristen beachten.

### 6.5.2. Verschuldenshaftung nach Art. 97 OR

Haftungsvoraussetzung nach Art. 97 OR

- a) Schaden
- b) Vertragsverletzung  
(Schlechterfüllung, Nichterfüllung, Verzug etc.)
- c) Kausalzusammenhang  
(natürlicher und adäquater Kausalzusammenhang)
- d) Verschulden  
(Das Verschulden des Schädigers wird jedoch vermutet. Er kann sich jedoch exkulpieren)

### 6.5.3. Beweisthemen des Art. 97 OR

Der Gläubiger (Geschädigte) muss beweisen:

- a) Schaden
- b) Vertragsverletzung
- c) Kausalzusammenhang zwischen der Vertragsverletzung und dem Schaden

Der Schuldner (Schädiger) muss beweisen:

- d) Exkulpation des Verschuldens  
Er muss nachweisen, dass ihn kein Verschulden trifft, da das Verschulden des Schuldners vermutet wird.

## 6.6. Verletzung von Nebenpflichten

### 6.6.1. Grundlage der Nebenpflichten (Bsp.: Art. 2 ZGB)

#### Schweizerische Dogmatik

Die schweizerische Lehre leitet aus Art. 2 ZGB zahlreiche Neben- und Verhaltenspflichten ab. Diese werden automatisch zum Vertragsinhalt.

#### Deutsche Dogmatik

Die deutsche Dogmatik hält den Einbezug von Art. 2 ZGB in den Konsens für eine Fiktion. Die Pflichten von Art. 2 ZGB wurden vom Parteiwillen gelöst und diese Pflichten stützen sich auf ein so genanntes „*einheitliches gesetzliches Schuldverhältnis*“.

Neuere schweizerische Lehrmeinungen folgen dieser Dogmatik

- a) Bask-Wiegand, Einl. Art. 97 – 109 N. 5 und 13
- b) Gauch / Schluep / Schmid / Rey, N. 2516

#### Einheitliches gesetzliches Schuldverhältnis

Das einheitliche gesetzliche Schuldverhältnis ergibt eine Grundstruktur für Verhaltenspflichten und deren Verletzung.

Entstehung: Mit Beginn des rechtsgeschäftlichen Kontakts  
 Beendigung: Mit Beendigung des rechtsgeschäftlichen Kontakts

Eine Verletzung dieser Pflicht qualifiziert sich als Verletzung einer Pflicht aus dem Schuldverhältnis. Die Konsequenzen richten sich nach den für das Vertragsrecht geltenden Regeln.

Bsp.: Verschuldensvermutung

Das Verschulden des Schuldners wird vermutet. Er kann sich jedoch exkulpieren.

Haftung für Hilfspersonen nach Art. 101 OR

Verjährung nach Art. 127 OR

Die Verletzung des einheitlichen gesetzlichen Schuldverhältnisses stellt folgendes dar:

- a) vor Vertragsschluss: culpa in contrahendo
- b) nach Vertragsschluss: eine positive Vertragsverletzung

### 6.6.2. Struktur der Nebenpflichten

Die Nebenpflichten beruhen auf der Pflicht zu loyalen Verhalten. Sie verpflichten die Parteien, aufeinander in umfassender Weise Rücksicht zu nehmen. Diese Pflichten sind in der Regel nicht selbständig klagbar. Ihre Verletzung begründet aber eine Schadenersatzpflicht.

### 6.6.3. Erscheinungsformen von Nebenpflichten

Die Nebenpflichten können gemäss Rey in folgende Gruppen eingeteilt werden:

- a) Leistungsorientierte Verhaltenspflichten  
Aufklärungspflicht des Arztes, Pistensicherung, Beratung der Bank hinsichtlich Anlagerisiken
- b) Obhuts- und Schutzpflichten  
Sie schützen Leib und Leben der Parteien.
- c) Mitteilungs- und Aufklärungspflichten  
Der unterschiedliche Informations- und Kenntnisstand der Parteien soll ausgeglichen werden.
- d) Verschaffungspflichten  
Sie sollen dem Gläubiger die umfassende Erfüllung seiner Forderung verschaffen.  
z.B. gehörige Versendung von Waren
- e) Mitwirkungspflichten  
Der Gläubiger muss bei der Erreichung des Leistungszweckes mitwirken. Ihn trifft beispielsweise auch eine Schadenminderungspflicht.

Der Gläubiger muss auch die Verletzung von Nebenpflichten beweisen.

### 6.7. Haftung für Hilfspersonen (Art. 101 OR)

Die Hilfspersonenhaftung ist bei folgenden Tatbestandselementen gegeben:

1. Hilfsperson  
Unter Hilfsperson ist jede Drittperson zu verstehen, die anstelle des Schuldners selbständig oder unter Anweisung des Schuldners handelt oder die neben dem Schuldner bei der Erfüllungshandlung mitwirkt. Das Verhältnis des Beauftragten zur Hilfsperson kann arbeitsvertraglicher, auftragsrechtlicher oder werkvertragsrechtlicher Natur sein.  
Bsp.: Subunternehmer  
Assistenzarzt  
Arbeitnehmer

Fallbeispiel:

Der Metzger liefert dem Wirt verdorbenes Fleisch. Der Wirt serviert dieses Fleisch seinen Gästen. Die Gäste werden krank.

Der Metzger ist die Hilfsperson des Wirtes. Der Wirt haftet für das verdorbene Fleisch.

Organe sind keine Hilfspersonen. Sie haften nach Art. 55 Abs. 2 ZGB oder der jeweiligen Spezialnorm.

2. Schaden  
Ein Schaden ist eine unfreiwillige Vermögenseinbusse. Er kann in einer Verminderung von Aktiven, einer Vermehrung von Passiven oder in entgangenem Gewinn bestehen.
3. Funktioneller Zusammenhang mit der Erfüllung der Schuldpflicht  
Der Schaden muss durch die Hilfsperson in Ausübung einer dienstlichen Verrichtung verursacht worden sein. Keine Haftung besteht, wenn der Schaden nicht in Ausübung einer dienstlichen Verrichtung erfolgt ist (Bsp. Diebstahl eines Monteurs in einer fremden Wohnung).
4. Adäquater Kausalzusammenhang  
Zwischen dem Schaden und der Vertragserfüllung durch die Hilfsperson muss ein adäquater Kausalzusammenhang bestehen.
5. Befugter Beizug einer Hilfsperson  
Der Beizug der Hilfsperson muss befugt erfolgt sein. Dies ist immer der Fall, wenn aufgrund der Natur der Sache persönliche Erfüllung geschuldet ist oder eine persönliche Erfüllung vertraglich vereinbart wurde. Der Geschäftsherr kann sich nicht exkulpieren auch wenn er die Hilfsperson ausgewählt, instruiert oder überwacht hat. Ein Verschulden ist nicht notwendig.  
  
Erfolgte der Beizug unbefugterweise, haftet der Geschäftsherr aus Art. 97 OR, sofern er sich nicht exkulpieren kann.
6. Hypothetische Vorwerfbarkeit  
Danach fragt es sich, ob die Handlung dem Schuldner vorzuwerfen wäre, wenn er selbst gehandelt hätte.  
  
Der Schuldner kann sich demnach entlasten, wenn er beweist, dass ihn kein Verschulden treffen würde, wenn er an Stelle der Hilfsperson gehandelt hätte.
7. Keine vertragliche Wegbedingung der Haftung gemäss Art. 101 OR  
  
Unter der Einschränkung von Art. 101 OR kann die Haftung für eine Hilfsperson wegbedungen werden.  
  
Die Haftung für leichte Fahrlässigkeit, grobe Fahrlässigkeit oder rechtswidrige Absicht einer Hilfsperson kann wegbedungen werden (Art. 101 Abs. 2 OR). Beim Betrieb eines obrigkeitlich konzessionierten Gewerbes darf die Haftung höchstens für leichtes Verschulden wegbedungen werden.

### 6.8. Haftung für Hilfsperson (Art. 55 OR)

Die Haftung nach Art. 55 OR weist zur Haftung nach Art. 101 OR folgende Unterschiede aus:

1. Widerrechtlichkeit  
Bei der Haftung nach Art. 101 OR genügt eine Vertragsverletzung.
2. Subordinationsverhältnis zwischen Geschäftsherr und Hilfsperson
3. Es handelt sich um eine milde Kausalhaftung.  
Der Geschäftsherr kann sich exkulpieren, wenn er beweist, dass er die Hilfsperson sorgfältig ausgewählt (*cura in eligendo*), instruiert (*cura in instruendo*) und überwacht (*cura in custodiendo*) hat.

Die Arbeit muss zweckmässig organisiert (*cura in organisato*) sein. Die Hilfsperson muss geeignetes Material oder Werkzeug vom Geschäftsherrn zur Verfügung gestellt bekommen haben.

Die Haftung nach Art. 55 OR ist bei folgenden Tatbestandselementen gegeben:

1. Schaden
2. Kausalzusammenhang
  - a) Fehlverhalten einer Hilfsperson
  - b) In Ausübung dienstlicher oder geschäftlicher Verrichtungen
  - c) Natürliche Kausalität
  - d) Adäquate Kausalität

Es können die gleichen Unterbrechungsgründe geltend gemacht werden wie bei Art. 41 Abs. 1 OR.

3. Widerrechtlichkeit
4. Geschäftsherreneigenschaft
5. Sorgfältsbeweis zulässig

### 6.9. Substitution im Auftragsrecht

Lässt der Beauftragte eine Arbeit durch eine Hilfsperson erfüllen, kann es sich um

- a) eine Hilfsperson nach Art. 101 OR
- b) einen Substituten nach Art. 399 Abs. 3 OR

handeln.

Die Substitution existiert nur im Auftragsrecht. Rechtsgrundlage ist Art. 398 Abs. 3 OR. Der Subunternehmer ist Hilfsperson und kein Substitut. Handelt es sich um einen Substituten haftet der Geschäftsherr nur für die gehörige Sorgfalt bei der Wahl und Instruktion des Dritten (Haftungsprivileg).

#### **Voraussetzung für die Zulässigkeit der Substitution (Art. 399 Abs. 3 OR)**

1. zur Übertragung ermächtigt
2. durch die Umstände genötigt
3. Übertragung Übungsgemäss zulässig
4. Erfüllung durch einen wirtschaftlich selbständigen Dritten.
5. Keine Beaufsichtigung oder Leitung des Dritten
6. Rechtfertigung des Haftungsprivilegs  
bei Abwägung des Interessens zwischen Beauftragten und Auftraggeber
7. Beizug des Dritten muss im Interesse des Auftraggebers erfolgen

Eine Substitution liegt vor, wenn der Beauftragte die Erfüllung durch einen **wirtschaftlich selbständigen Dritten** vornehmen lässt, ohne diesen **zu leiten** oder **zu beaufsichtigen** und sich das damit verbundene Haftungsprivileg bei gegenseitiger Abwägung der Interessen des Beauftragten und des Auftraggebers rechtfertigen lässt.

Das Haftungsprivileg ist nur gerechtfertigt, wenn der Beizug des Dritten im Interesse des Auftraggebers erfolgt.

Merke:

Wenn Substitution nicht zulässig ist, kann der Beizug einer Hilfsperson für untergeordnete Arbeiten zulässig sein.

Bsp. Beizug einer Laborantin durch Arzt

#### **Haftung bei Substitution**

- a) Beizug eines Substituten zulässig  
Haftung nur für gehörige Sorgfalt bei der Wahl und Instruktion des Dritten  
(Art. 399 Abs. 2 OR)
- b) Beizug eines Substituten unzulässig  
Beauftragter haftet für die Handlungen des Substituten kausal, wie wenn es seine eigenen wären  
(Art. 399 Abs. 1 OR)

### **6.10. Freizeichnungen**

Der Schuldner kann seine Haftung vertraglich wegbedingen (Art. 100 OR). Die Haftung für rechtswidrige Absicht oder grobe Fahrlässigkeit kann nicht wegbedungen werden (Art. 100 Abs. 1 OR). Die Freizeichnung kann nach Ermessen des Richters nichtig betrachtet werden, wenn die Verantwortlichkeit aus dem Betrieb eines konzessionierten Gewerbes erfolgt (Art. 100 Abs. 2 OR).

Art. 8 PrHG erklärt die Freizeichnung für nichtig.  
*„Vereinbarungen, welche die Haftpflicht nach diesem Gesetz gegenüber dem Geschädigten beschränken oder wegbedingen, sind nichtig.“*

Umstritten ist, ob die Haftung des Beauftragten für sorgfältige Erfüllung wegbedungen werden kann. Nach Ansicht von Prof. Fellmann ist dies der Fall. Nach Ansicht anderer Autoren ist dies nicht der Fall, da die sorgfältige Ausführung ein zwingender Bestandteil des Auftrages ist.

#### **Inhalt der Freizeichnung**

- Haftung aus Vertrag
- Haftung aus Delikt

### **6.11. Wegbedingung der Haftung für Handlungen von Hilfspersonen**

Grundlage der Freizeichnung für die Handlungen von Hilfspersonen ist Art. 101 Abs. 2 und 3 OR.

Ein Haftungsausschluss für rechtswidrige Absicht oder grobe Fahrlässigkeit ist grundsätzlich zulässig.

Sofern die Haftung aus dem Betrieb eines obrigkeitlich konzessionierten Gewerbes folgt, kann der Richter die Haftung für nichtig erklären.

#### **Inhalt der Freizeichnung**

- Haftung aus Vertrag
- Haftung aus Delikt

Art. 8 PrHG erklärt die Freizeichnung auch für Handlungen von Hilfspersonen als nichtig.

#### **Freizeichnung für Körperschäden**

Nach neuerer Lehre ist die Freizeichnung für Körperschäden nach Art. 20 OR nichtig.

#### **Freizeichnung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen**

An die Freizeichnungsklauseln in allgemeinen Geschäftsbedingungen werden zusätzliche Anforderungen gestellt:

1. Enge Auslegung der Freizeichnung
2. Auslegung im Zweifel zulasten des Ausstellers  
(in dupio contra stipulatorem)
3. Freizeichnung muss eindeutig und klar
4. Freizeichnung darf nicht ungewöhnlich sein.

## 7. Haftung des Anwalts

### 7.1. Qualifikation des Anwaltsvertrages

Der Anwaltsvertrag lässt sich wie folgt qualifizieren:

- a) Grundsätzlich:  
Ein einfacher Auftrag  
Dies gilt im gesamten Bereich der forensischen und nicht forensischen Tätigkeit

Bei unentgeltlicher Prozessvertretung:  
Das öffentliche Recht greift nur insofern ein, als der Anwalt vom Staat honoriert wird.

- b) Beim amtlichen Strafverteidiger  
Es steht in einem öffentlich-rechtlichen Pflichtverhältnis.

### 7.2. Voraussetzung der Haftung

Rechtsgrundlage: Art. 398 OR „Haftung für getreue Ausführung“

- a) Gleiche Sorgfalt wie der Arbeitnehmer im Arbeitsverhältnis
- b) Haftung für getreue und sorgfältige Ausführung des ihm übertragenen Geschäftes
- c) Pflicht zur persönlichen Besorgung  
Ausnahme:
  - a) Er ist zur Übertragung an einen Dritten ermächtigt
  - b) Er ist durch die Umstände genötigt
  - c) Die Vertretung wird übungsgemäss als zulässig betrachtet.

#### Haftung nach Art. 97 OR i.V.m. Art. 398 Abs. 2 OR

- a) Schaden
- b) Sorgfaltspflichtverletzung
- c) Kausalzusammenhang zwischen Sorgfaltspflichtverletzung und Schaden
- d) Verschulden

### 7.3. Schadensbegriff im Vertragsrecht

1. Positives Vertragsinteresse  
Herbeiführung des (hypothetischen) Vermögensstandes, wie er bei gehöriger Erfüllung vorläge.
2. Erhaltungs- oder Integritätsinteresse  
Kann sowohl im Rahmen des positiven wie auch des negativen Interesses geschuldet sein.



3. Negatives Vertragsinteresse  
Herbeiführung des (hypothetischen) Vermögensstandes, wie er ohne Abschluss des Vertrages bestünde.

#### 7.4. Unterschiede zum ausservertraglichen Schadensbegriff

Im Bereich der positiven Vertragsverletzung gibt es zwischen dem vertraglichen und dem ausservertraglichen Schaden keinen grundsätzlichen Unterschied.

(Neuenschwander, Die Schlechterfüllung im schweizerischen Vertragsrecht, Diss. Bern, 1971, 12)

#### 7.5. Umfang des Schadenersatzes

##### Rechtsgrundlage: Art. 99 OR

*„Der Schuldner haftet im allgemeinen für jedes Verschulden.“*

*„Das Mass der Haftung richtet sich nach der besonderen Natur des Geschäftes...“*

*„Im übrigen finden die Bestimmungen über das Mass der Haftung bei unerlaubten Handlungen auf das vertragswidrige Verhalten entsprechende Anwendung.“*

##### Regeln zur Berechnung des Schadenersatzes

1. Das Recht der unerlaubten Handlung ist grundsätzlich anwendbar.
2. Die „Natur des Geschäftes“ ist zu berücksichtigen.  
D.h. der Richter hat die Risikoneigung des betreffenden Geschäftes / Vertrages zu berücksichtigen.
3. Der nicht ziffernmässig nachweisbare Schaden ist vom Richter zu schätzen  
(Art. 99 Abs. 3 i.V.m. Art. 42 Abs. 2 OR).
4. Der Geschädigte hat Anspruch auf den Schadenszins von 5 %.  
Der Schadenszins von 5 % ist seit Eintritt des Schadens geschuldet. Es werden keine Zinseszinsen geschuldet.
5. Der Schaden ist nicht immer voll zu ersetzen  
(Schadenersatzbemessung).

##### Vorgehen beim Berechnen des Schadenersatzes

1. Schadensberechnung

Es muss zwischen Schadenspositionen und Genugtuungsansprüche unterschieden werden:

##### Schadenersatz

Der Richter hat im Einzelfall die Höhe des geschuldeten Ersatzes zu bestimmen (Schätzung des Schadens, sofern der Schaden nicht genau bestimmt werden kann / Art. 42 OR).

##### Genugtuungsansprüche

Art. 47 OR Tötung eines Menschen / Körperverletzung

Art. 49 OR Schwere Verletzung der Persönlichkeit

## 2. Schadensbemessung

Die Schadensbemessung legt den Umfang der Ersatzpflicht fest.

Allfällige Reduktionsgründe sind: (Art. 43 und 44 OR)

- a) ein Zufall, der für den Schaden mitursächlich war
- b) die konstitutionelle Prädisposition  
(Begehrungsneurose, vorbestehende Schädigung der Wirbelsäule, somit mitursächlich für den Schaden)
- c) Notlage des Haftpflichtigen durch die Zahlung des Schadenersatzes, sofern Schaden weder absichtlich noch grobfahrlässig verursacht wurde.  
(freie Reduktion oder gänzlicher Verzicht des Schadenersatzes durch den Richter)
- d) Ungewöhnlich hohes Einkommen des Geschädigten
- e) Selbstverschulden
- f) Leichtigkeit des Verschuldens (kleine Ursache – grosse Wirkung)  
Der Grad des Verschuldens ist zu berücksichtigen (Art. 43 OR)

## 7.6. Beispiele für Vertragsverletzung

### 7.6.1. Haftung des Anwalts (BGE 127 III 357)

#### **Sachverhalt**

Der Anwalt fasste eine Scheidungskonvention sowie eine Erklärung der Ehefrau, worin sie auf die in der Konvention vereinbarte Unterhaltsbeiträge verzichtete. Dem Gericht wurde nur die Scheidungskonvention, nicht aber die Verzichtserklärung der Ehefrau vorgelegt. Die Ehefrau machte in der Folge die vereinbarten Unterhaltsbeiträge geltend und erhielt mit der Begründung Recht, die Verzichtserklärung sei nie gerichtlich genehmigt worden.

#### **Entscheid Bundesgericht**

Das Bundesgericht bejahte eine Haftung des Anwalts.  
Die Sorgfaltspflichtverletzung bestand in einer pflichtwidrigen Unkenntnis klaren Rechts.

***Das Bundesgericht macht klar, dass es das Verhalten des Anwalts im Einzelfall auch in Zukunft nach einem strengen Massstab beurteilen wird.***

### 7.6.2. Haftung des Treuhänders (BGE 128 III 22)

#### Sachverhalt

Der Treuhänder schlägt einem ETH-Professor ein Vertragskonzept vor, das höhere Steuern zur Folge hat, als er es voraussagt. Der Treuhänder klärt den ETH-Professor nicht darüber auf, dass er Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit in Zürich und nicht am Wohnort versteuern muss. Da der ETH-Professor dies nicht wusste, musste er Strafsteuern bezahlen.

#### Entscheid Bundesgericht

Das Bundesgericht hat die Haftung bejaht. Der Klient darf voraussetzen, dass der Treuhänder die massgeblichen Gesetze, die publizierten höchstrichterliche Rechtsprechung und die Standardliteratur kennt.

Er muss die notwendigen Einkünfte bei Fachpersonen oder Behörden einholen und er hat die Literatur und Rechtsprechung zu studieren.

#### Bemerkung

Die beiden Urteile zeigen, dass im Dienstleistungsbereich immer höhere Anforderungen gestellt werden.

### 7.7. Die Nebenpflichten des Anwaltes

Der Anwalt hat vermeidbare Nachteile von seinem Klienten fernzuhalten.

Er hat seine

- a) Beratungspflicht
- b) Belehrungspflicht
- c) Warnpflicht
- d) Aufklärungspflicht
- e) Informationspflicht
- f) Hinweispflicht
- g) Erörterungspflicht
- h) Prüfungspflicht
- i) Kontrollpflicht
- j) Schutzpflicht
- k) Sicherungspflicht
- l) Verhütungspflicht
- m) Betreuungspflicht
- n) Interessenwahrungspflicht

wahrzunehmen.

### 7.7.1. Die Beratungs- und Belehrungspflicht des Anwaltes

Es müssen folgende Fragen geklärt werden:

- a) Welches ist das sinnvolle Ziel des Einsatzes des Anwaltes?
- b) Was ist erforderlich, um das angestrebte Ziel zu erreichen?
- c) Welche Erfolgsaussichten hat der Klient?
- d) Welche Risiken sind mit den möglichen Massnahmen verbunden?

### 7.7.2. Die Aufklärungspflicht des Anwaltes

Der Anwalt soll über folgende Punkte aufklären:

- a) über die erforderlichen Massnahmen
- b) über die gewählte Taktik
- c) über die Kosten dieser Massnahme
- d) über die Kostenrisiken dieser Massnahme

Umschrieben ist, ob der Anwalt über eigene Fehler aufklären soll. Gemäss Prof. Fellmann sollte der Anwalt den Klienten über begangene Fehler informieren.

Gemäss Lehrmeinung Prof. Wiegand muss der Anwalt den Klienten nicht unbedingt über begangene Fehler aufklären.

Der Anwalt erweckt mit der Übernahme eines Mandats ein Vertrauen und erweckt die tatsächliche Vermutung, der angestrebte Erfolg lasse sich mit dem gebotenen Einsatz erreichen, wenn der Anwalt nicht auf die spezifischen Risiken hinweist.

### 7.7.3. Rechtsprechung Bundesgericht (BGE 127 III 359)

*„Die Anwaltstätigkeit ist eine „risikogeneigte Tätigkeit“, der auch haftpflichtrechtlich Rechnung zu tragen ist. Der Anwalt muss daher nicht für jede Massnahme oder Unterlassung einstehen, welche bei nachträglicher Betrachtung den Schaden bewirkt oder vermieden hätte. Nach wie vor haben vielmehr die Parteien das Prozessrisiko zu tragen, das sie nicht über die Verantwortlichkeit des Anwalts verlagern können.“*

## 7.8. Die Informationsbeschaffung des Anwalts

### 7.8.1. Sorgfalt erfordert Wissen

Sorgfalt erfordert ein

- 1. gewissenhaftes Verhalten
- 2. erforderliche Fachkenntnisse

Das erforderliche Wissen setzt sich zusammen aus:

1. Gesetzeskenntnisse
2. Kenntnis der Judikatur
3. Kenntnis der Fachliteratur

Die erforderliche Fachkenntnis lässt sich aufteilen in präsentenes Wissen und zu erarbeitendes Wissen. Massgebend ist das für die Ausführung des Auftrages erforderliche Wissen.

### 7.8.2. Wissen und Internet

#### **Gesetzeskenntnis**

Die Gesetzestexte soll durch das Internet heruntergeladen werden. Der Vorteil besteht darin, dass der Anwalt so die jeweils aktuellste Version hat.

#### **Judikatur**

Die in Buchform publizierten Gerichtsurteile des Bundesgerichts reichen nicht aus. Es sollen auch die im Internet publizierten Urteile des Bundesgerichts berücksichtigt werden.

Das Bundesgericht hat noch nicht entschieden, ob der Anwalt nur die publizierten Urteile (in Buchform) oder auch die im Internet publizierten Urteile (ca. 3 Monate früher) kennen muss.

### 7.9. Der Kausalzusammenhang

#### **Adäquater Kausalzusammenhang bei aktivem Tun**

Auch im Vertragsrecht muss zwischen der Vertragsverletzung und dem Schaden ein adäquater Kausalzusammenhang bestehen. Für das Bestehen des Kausalzusammenhangs ist der geschädigte Gläubiger beweispflichtig.

#### **Adäquater Kausalzusammenhang bei Unterlassung**

Verletzt der Anwalt seine Aufklärungspflicht, muss der Klient beweisen, dass er bei ordnungsgemässer Aufklärung einen anderen Entscheid getroffen hätte.

Schwierigkeiten können sich auch ergeben, wenn Ansprüche des Klienten wegen eines Anwaltsfehlers (z.B. Fristversäumnis) nicht zur gerichtlichen Beurteilung kommen.

Grundlage des Schadenersatzanspruchs ist in diesem Fall der hypothetische Prozessverlauf bzw. die Frage, wie das Gericht den Prozess entschieden hätte.

## 7.10. Das Verschulden

Das Verschulden lässt sich einteilen in Vorsatz, Eventualvorsatz, Fahrlässigkeit sowie Schuldhaftes Verhalten.

### **Schuldhaftes Verhalten**

Ein Verhalten ist schuldhaft, wenn es dem Handelnden persönlich zum Vorwurf gereicht, weil er in der gegebenen Situation anders hätte handeln sollen und anders hätte handeln können.

### **Vorsatz / Eventualvorsatz**

Dabei handelt vorsätzlich, wer den vertragswidrigen Erfolg will oder zumindest in Kauf nimmt.

### **Fahrlässigkeit**

Fahrlässig handelt, wer – bewusst oder unbewusst – aus mangelnder Sorgfalt Schaden verursacht.

### **Objektivierter Verschuldensbegriff**

Das Vertrauen des Gläubigers (Klient) verdient Schutz, der Leistungsschuldner (Anwalt / Arzt) verfüge über mindestens durchschnittliche Kenntnisse und Fähigkeiten.

### **Übernahmeverschulden**

Übernimmt der Schuldner trotz fehlender Kenntnisse oder Fähigkeiten einen Auftrag, trifft ihn den Vorwurf eines Übernahmeverschuldens.

### **Vertragsverletzung und Verschulden**

Der Gläubiger muss dem Schuldner eine Pflichtverletzung (Vertragsverletzung) nachweisen. Der Nachweis wird erbracht, wenn der Schuldner gegen eine vom fraglichen Berufsstand erwartete Sorgfalt (Kunstfehler) verstossen hat.

Mit dem Nachweis der Pflichtverletzung ist auch der Nachweis des Verschuldens erbracht.

Im Ergebnis besteht im Vertragsrecht die gleiche Beweislast wie im Deliktsrecht.

### **Exkulpation des Schuldners**

Der Schuldner kann sich exkulpieren, wenn er beweist, dass ihn kein Verschulden trifft. Dies wird dem Schuldner kaum gelingen. Eine Exkulpation wird kaum möglich sein.

## 8. Haftung des Arztes

### 8.1. Arten der ärztlichen Behandlung und ihre Haftungsfolgen

In der Praxis stellt sich das Problem, dass es in der Schweiz sowohl öffentliche Spitäler als auch private Spitäler gibt. Zudem ist es üblich, dass Chefärzte in öffentlichen Spitälern Privatpatienten auf eigene Rechnung behandeln dürfen.

Die ärztliche Behandlung kann wie folgt aufgeteilt werden:

1. Behandlung im öffentlichen Spital
  - 1.1. durch Chefarzt mit Privatpraxis  
Das Spital haftet nicht für Behandlungsfehler des Chefarztes.  
Es liegt ein gespaltener Spitalaufnahmevertrag vor
  - 1.2. durch angestellten Spitalarzt  
Das Spital haftet für Behandlungsfehler des Spitalarztes.  
Der Spitalarzt ist eine Hilfsperson des Spitals.  
Die Haftung des Spitals richtet sich nach kantonalem Staatshaftungsrecht.
2. Behandlung im Privatspital
  - 2.1. durch Spitalarzt  
Das Spital haftet für Behandlungsfehler des Spitalarztes.  
Es liegt ein totaler Spitalaufnahmevertrag vor.  
Der Spitalarzt ist eine Hilfsperson des Spitals.  
Die Haftung des Spitals richtet sich nach Art. 398 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 101 OR
  - 2.2. durch Belegarzt  
Das Spital haftet nicht für Behandlungsfehler des Chefarztes.  
Es liegt ein gespaltener Spitalaufnahmevertrag vor.
3. Behandlung durch den Privatarzt in Privatpraxis  
Der Arzt haftet nach Art. 398 Abs. 2 OR.  
Wird der Fehler durch eine Hilfsperson des Arztes verursacht, haftet er nach Art. 398 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 101 OR.

### 8.2. Haftung für Behandlung am öffentlichen Spital

#### **Abweichende Bestimmungen zum Privatrecht**

Der Kanton kann für die Haftung für amtliche Verrichtungen von Art. 41 OR abweichen (Art. 61 OR). Er muss dazu ein separates Staatshaftungsrecht erlassen.

Erlässt der Kanton kein separates Staatshaftungsrecht, haftet der bei ihm angestellte Arzt persönlich nach Art. 41 OR.

### **Staatshaftung**

Bei den meisten Staatshaftungen haftet der Kanton bei Widerrechtlichkeit des Beamten bzw. Arztes. Ein Verschulden des Staatsangestellten ist nicht notwendig. Es muss sich jedoch um eine amtliche Verrichtung handeln.

Als amtliche Verrichtung gilt alles, was unter den Begriff der staatlichen oder öffentlichen Aufgabenerfüllung fällt. Die Behandlung von Patienten am öffentlichen Spital gilt als amtliche Verrichtung.

Es ist auch möglich, dass das Staatshaftungsrecht auf Art. 41 OR verweist und die gleichen Regeln angewendet haben will. In diesem Fall war häufig der Verfahrensweg strittig.

### **8.3. Vertragliche Regelung der Behandlung im Privatspital**

Bei der Behandlung im Privatspital muss zwischen totalem Spitalaufnahmevertrag und gespaltenem Spitalaufnahmevertrag unterschieden werden:

#### **Totaler Spitalaufnahmevertrag**

Inhalt: Unterkunft, Verpflegung, Pflege **und ärztliche Behandlung.**

Vertragsart: Innominatvertrag „mixti iuris“

Pflege und ärztliche Versorgung sind Tathandlungsaufträge

#### **Gespaltenener Spitalaufnahmevertrag**

Inhalt: Unterkunft, Verpflegung, Pflege **ohne** ärztliche Behandlung.

Vertragsart: Innominatvertrag „mixti iuris“

Pflege ist Tathandlungsauftrag

### **8.4. Rechtliche Qualifikation des Arztvertrags**

Der Vertrag zwischen Arzt und Patient ist ein Tathandlungsauftrag nach Art. 394 ff. OR.

### **8.5. Haftung für ärztliche Behandlung nach Privatrecht**

Die Voraussetzung der Haftung für ärztliche Behandlung richten sich nach den allgemeinen Voraussetzungen der Haftung des Beauftragten.

Es müssen folgende Tatbestandselemente erfüllt sein:

1. Schaden
2. Vertragsverletzung (Sorgfaltspflichtverletzung)
3. Adäquater Kausalzusammenhang zwischen der Vertragsverletzung und dem Schaden
4. Verschulden (mit umgekehrter Beweislast)



## 8.6. Haftung für Hilfspersonen

- a) Gespaltener Spitalaufnahmevertrag  
Keine Haftung des Spitals für Fehler des Arztes aus Vertrag.  
Aber u.U. Haftung des Arztes für Fehler des Spitalpersonals aus Vertrag nach Art. 101 OR.
- b) Totaler Spitalaufnahmevertrag  
Keine Haftung des Arztes aus Vertrag. Allenfalls Haftung des Arztes nach Art. 41 OR. Das Staatshaftungsrecht kann jedoch eine persönliche Haftung des Arztes ausschliessen.

Haftung des Spitals für Fehler des Arztes aus Vertrag (Art. 101 OR sowie Staatshaftungsrecht).

## 8.7. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Arzthaftung

Das Bundesgericht stellte im Laufe der Zeit immer geringere Anforderungen an die Sorgfalt des Arztes. Im Entscheid BGE 105 II 285 aus dem Jahre 1979 wurde eine Arzthaftung erst bei einer offensichtlich fehlerhaften Behandlung / einen offenkundigen Irrtum bejaht. Ein einfacher Fehlgriff genügte nicht, um eine Haftung zu begründen.

Heute haftet der Arzt bereits bei Verstössen gegen die allgemein anerkannten und zum Gemeingut gewordenen Grundsätzen der medizinischen Wissenschaft (BGE 110 II 379 / Jahr 1984).

Zudem wird die Beweislast umgekehrt, wenn der Arzt medizinische Unterlagen verschwinden lässt (Praxis 2000 Nr. 155 / Jahr 2000).

## 9. Haftung für Aufklärungsfehler

### 9.1. Arten der Aufklärung

Es gibt zwei Arten von Aufklärung:

1. Eingriffsaufklärung  
Die Eingriffsaufklärung lässt sich unterteilen in:
  - 1.1. Diagnoseaufklärung
  - 1.2. Verlaufsaufklärung
2. Sicherungsaufklärung
3. Weitere Aufklärungen  
Bsp.: Aufklärung über die wirtschaftlichen Aspekte der Behandlung  
Bsp.: Aufklärung über Fehler des Arztes  
In Deutschland wird die Aufklärungspflicht über Fehler des Arztes bejaht aufgrund der Treuepflicht. In der Schweiz wird dies kontrovers verhandelt. Herr Wiegand verneint eine Aufklärungspflicht des Arztes über eigene Fehler.

Die Aufklärung ist Teil der Behandlung. Die Verletzung der Aufklärungspflicht ist eine Vertragsverletzung. Es ist zudem eine Verletzung der Treuepflicht.

### **Rechtliche Grundlagen**

- a) Eingriffsaufklärung  
Rechtsgrundlage: Selbststimmungsrecht des Patienten
- b) Sicherungsaufklärung / Aufklärung über wirtschaftliche Aspekte  
Rechtsgrundlage: Vertrag

## **9.2. Grundlagen der Eingriffsaufklärung**

Die körperliche Behandlung stellt einen Eingriff in die körperliche Integrität des Patienten dar. Der Eingriff ist widerrechtlich, es sei denn, der Patient stimmt der Operation zu. Eine gültige Zustimmung kann nur der aufgeklärte Patient erteilen.

Rechtsgrundlagen: Art. 10 Abs. 2 BV  
(Grundrecht auf Leben und persönliche Freiheit)  
Art. 28 ZGB  
(Persönlichkeitsrecht des Privatrechts)

Das Bundesgericht vertritt die Meinung, dass ein ärztlicher Eingriff per se widerrechtlich ist, sofern nicht die Zustimmung des Patienten vorliegt.

Liegt eine Zustimmung des aufgeklärten Patienten vor, ist der Eingriff zulässig. Liegt keine Zustimmung vor oder erfolgte die Zustimmung ohne Aufklärung, liegt ein widerrechtlicher Eingriff vor.

## **9.3. Haftungsfolgen der unterlassenen Aufklärung**

### **Fehlerhafte oder fehlende Aufklärung**

Bei fehlerhafter oder fehlender Aufklärung haftet der Arzt für sämtliche Risiken des ärztlichen Eingriffs.

### **Genügende Aufklärung**

Bei genügender Aufklärung haftet der Arzt für die „normalen“ Risiken des ärztlichen Eingriffes nicht. Er haftet nur für Kunstfehler. Kunstfehler sind Fehler, welche bei Verletzung der gebotenen Sorgfalt entstehen.

## **9.4. Die Eingriffsaufklärung**

Die Eingriffsaufklärung lässt sich unterteilen in:

- a) Diagnoseaufklärung
- b) Verlaufsaufklärung

### 9.4.1. Diagnoseaufklärung

#### **Begriff**

Die Diagnoseaufklärung befasst sich mit dem Ist-Zustand.

#### **Ziel:**

Der Patient soll über den Befund und dessen Tragweite informiert werden.

#### **Umfang der Aufklärung**

Der Arzt hat den Patienten über die Prognose aufzuklären. Er hat den Patienten aufzuklären, wie die Krankheit ohne Behandlung verlaufen würde. Sämtliche Informationen müssen vollständig und wahr sein. Er darf dem Patienten jedoch nicht die Entscheidungsfreiheit nehmen.

### 9.4.2. Verlaufsaufklärung

#### **Begriff**

Die Verlaufsaufklärung befasst sich mit der zukünftigen Entwicklung (Verlaufsaufklärung).

#### **Ziel**

Der Patient soll sich für oder gegen einen ärztlichen Eingriff entscheiden.

#### **Umfang der Aufklärung**

Der Arzt muss den Patienten über Art, Umfang und Durchführung des Eingriffs informieren. Er muss den Patienten auch auf Alternativen hinweisen, die ihm nicht zur Verfügung stehen. Er hat den Patienten auf die Stärken und Schwächen des Eingriffes als auch der Alternativen hinzuweisen. Bei einer Operation hat er den Patienten über Ablauf und Wirkung, aber auch über Nebenwirkungen (Schmerzen, Narben, Bewegungseinschränkungen etc.) zu informieren.

Der Patient muss in der Lage versetzt werden, um zwischen Nutzen und Risiken abzuwägen. Massstab ist das individuelle Informationsbedürfnis des Patienten.

#### **Problematik Prozentaufklärung**

Lehre und Rechtsprechung in der Schweiz lehnen eine „Prozentaufklärung“ eher ab. In Deutschland wird die Prozentaufklärung angewendet.

#### **Grundsätze der Aufklärung**

Der Arzt hat den Patienten über folgendes aufzuklären:

1. grosse Risiken mit schwerwiegenden Folgen
2. über typische Risiken
3. über Risiken, deren Eintritt den Gesundheitszustand des Patienten erheblich verschlechtern würden

Keine Aufklärung ist notwendig,

1. wenn geringe Risiken bestehen, deren Eintritt für den Patienten nicht besonders gefährlich sind
2. über Risiken, die zwar verhältnismässig häufig sind, sich aber gut beherrschen lassen und keine schwere Beeinträchtigung zur Folge haben.

### 9.5. Vorgehensweise

Bei komplizierten Eingriffen ist die Stufenaufklärung üblich:

1. Vermitteln von Basisinformationen durch Aufklärungsformulare
2. Besprechen von individuellen Besonderheiten im Aufklärungsgespräch

#### **Aufklärungsformulare**

Die Aufklärungsformulare sollen den Patienten in einer gut verständlichen Sprache über die Krankheit und die möglichen Behandlungen informieren.

#### **Aufklärungsgespräch**

Das Aufklärungsgespräch vertieft die Informationen des Formulars und legt dem Patienten die Besonderheiten der Situation in Bezug auf seine Person dar.

#### **Hypothetische Einwilligung**

Hat der Arzt den Patienten nicht aufgeklärt, kann er immer noch versuchen, die hypothetische Einwilligung des Patienten zu beweisen.

### 9.6. Zeitpunkt und Beweislast des Aufklärungsgesprächs

Zwischen dem Aufklärungsgespräch und dem Eingriff muss eine angemessene Bedenkfrist liegen. Der Patient soll genügend Zeit haben, sich eine Meinung über den Eingriff zu bilden.

#### **Beweislast**

Der Arzt muss bei Fehlen eines Aufklärungsgesprächs die hypothetische Einwilligung nachweisen. D.h. er muss nachweisen, dass der Patient auch bei gehöriger Aufklärung seine Einwilligung gegeben hätte.

Die Verletzung der Sicherungsaufklärung ist eine Vertragsverletzung. Diese Vertragsverletzung ist vom Patienten nachzuweisen.

### 9.7. Sicherungsaufklärung

#### **Ziel**

Der Patient soll in die Behandlung einbezogen werden und mithelfen das Behandlungsziel zu erreichen.

Bsp.:

- a) Er soll die Medikamente pünktlich einnehmen.
- b) Er soll sich einer Physiotherapie unterziehen.

Die Sicherungsaufklärung ist Teil der Handlung.

### **Umfang**

Zur Sicherungsaufklärung gehört die Warnung vor Gefahren etwa Nebenwirkungen von Medikamenten.

Der Arzt kann von hohen Mass an Eigenverantwortung des Patienten ausgehen.

## **9.8. Haftung für Aufklärungsfehler**

### **Verletzung der Pflicht zur Eingriffsaufklärung**

Eine Verletzung der Pflicht zur Eingriffsaufklärung macht den Heileingriff zum rechtswidrigen Eingriff in die körperliche Integrität des Patienten.

Misslingt der Eingriff, hat der Arzt auch dann für die Folgen einzustehen, wenn ihm kein Kunstfehler zur Last fällt. Das normalerweise vom Patienten zu tragende Risiko geht auf den Arzt über.

### **Verletzung der Pflicht zur Sicherungsaufklärung**

Eine Verletzung der Sicherungsaufklärung macht den Eingriff demgegenüber nicht per se widerrechtlich.

Der Arzt haftet daher nur, wenn zwischen der Verletzung der Sicherungsaufklärung und dem Schaden ein adäquater Kausalzusammenhang besteht.

## **10. Die Haftung des Architekten für falsche Kostenschätzung**

### **10.1. Vorgehensweise bei der Kostenermittlung durch den Architekten**

Rechtsgrundlage: SIA-Norm 102 (sofern Vertragsbestandteil)

Vorgehensweise:

- a) Kostenvoranschlag
- b) Auskunft über die zu erwartenden Baukosten
- c) Prognose aufgrund einer detaillierten Kalkulation
- d) Vertrauen des Bauherrn

Gemäss Peter Gauch ist der Kostenvoranschlag eine Auskunft. Das Vertrauen des Bauherrn bezieht sich auf den Kostenveranschlag. Ein zu tiefer Kostenvoranschlag ist somit ein Vertrauensschaden.

### **10.2. Voraussetzung der Haftung**

- a) Vertragsverletzung
- b) Schaden
- c) Kausalzusammenhang zwischen Vertragsverletzung und Schaden
- d) Verschulden

### 10.3. Sorgfaltspflichten des Architekten

- a) Beachtung der allgemein anerkannten Regeln des Fachgebietes  
Der Architekt hat anerkannte Kalkulationsgrundlagen zu verwenden.
- b) Sorgfältige Kalkulation
- c) Überprüfung der Realisierbarkeit nach Eingang der Offerten  
Können die Kosten nicht eingehalten werden, hat der Architekt den Bauherrn sofort abzumahnern.
- d) Laufende Kostenüberwachung
- e) Aufklärung über Mehrkosten

### 10.4. Beweis der Vertragsverletzung

#### 1. Direkter Beweis

Beispiele:

- a) falsche Ermittlung des Ausmasses
- b) Planfehler
- c) etc.

#### 2. Anscheinsbeweis

Beispiele

- a) Vielzahl von Fehlern
- b) Positives Tun und Unterlassungen
- c) Längerer Zeitraum

Der Anscheinsbeweis wird mittels der 10%-Regel erbracht. Eine Kostenüberschreitung von +/- 10 % bei einem Neubau liegt noch im Rahmen des Üblichen.

Wird der Kostenvoranschlag um über 10 % überschritten, wird eine Sorgfaltspflichtverletzung vermutet.

Wird der Kostenvoranschlag um weniger als 10 % überschritten, wird eine sorgfältige Vertragserfüllung vermutet.

### 10.5. Vertrauensschaden

Der Bauherr hat ein berechtigtes Vertrauen in den Kostenvoranschlag. Der Vertrauensschaden entsteht sofern die Kosten durch alternatives Verhalten vermeidbar wären. Bei einer Kostenüberschreitung von bis zu 10 % ist noch kein Vertrauensschaden entstanden.

### 10.6. Vorteilsanrechnung

Ungedeckte Mehrkosten können eine Wertsteigerung des Gebäudes auslösen. Die Wertsteigerung ist jedoch eine aufgedrängte Bereicherung.

Massgeblich für die Anrechenbarkeit ist das persönliche Interesse an der Wertsteigerung (Art. 672 Abs. 3 ZBG / analoge Anwendbarkeit).

Die Wertsteigerung muss im Sinne einer Vorteilsanrechnung angerechnet werden, wenn die Wertsteigerung wirtschaftlich nutzbar ist und sich der Nutzen in Geld auszahlt (Bsp: höherer Mietzins).

Die Wertsteigerung muss an den Schaden nicht angerechnet werden, wenn es sich bloss um einen „Lustgewinn“ handelt oder wenn die potentielle Verkäuflichkeit erhöht wurde, aber kein Verkauf des Hauses geplant ist.

In Deutschland wird die Vorteilsanrechnung als „aufgedrängte Bereicherung“ oder „aufgedrängter Mehrwert“ bezeichnet.

Das Bundesgericht hat die Berechnung der Vorteilsanrechnung noch nicht definitiv geregelt.

### 10.7. Kausalzusammenhang

Der Kausalzusammenhang ist gegeben, wenn der Bauherr im Vertrauen auf die Richtigkeit des Kostenvoranschlages nachteilige Dispositionen getroffen hat.

Dabei wird das hypothetische Alternativverhalten des Bauherrns betrachtet (Bsp. billigere Bauweise / Verzicht auf das Bauvorhaben).

## 11. Rechtsformen der Zusammenarbeit der Anwälte

### 11.1. Definition kaufmännisches Gewerbe

Das kaufmännische Gewerbe ist in Art. 934 OR sowie Art. 52 und 53 HRegV definiert.

Art. 934 Abs. 1 OR sowie Art. 52 Abs. 1 HRegV verpflichtet den Inhaber eines Handels-, Fabrikations- oder ein anderes nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreibt, sein Gewerbe in das Handelsregister eintragen zu lassen.

Als Gewerbe wird eine selbständige, auf dauernden Erwerb gerichtete wirtschaftliche Tätigkeit verstanden (Art. 52 Abs. 3 HRegV).

Art. 53 C HRegV definiert, die nach kaufmännischer Art geführten Gewerbe.

Art. 53 C HRegV lautet wie folgt:

*„Zu den anderen, nach kaufmännischer Art geführten Gewerben gehören diejenigen, die (...) nach Art und Umfang des Unternehmens einen kaufmännischen Betrieb und eine geordnete Buchführung erfordern.“*

### 11.3. Der Anwaltsberuf als kaufmännisches Unternehmen.

Die freien Berufe wurden früher nicht als kaufmännisches Gewerbe aufgefasst. Im Urteil BGE 124 III 366 wurde aufgrund eines Briefkopfes eine Anwaltskanzlei als Kollektivgesellschaft qualifiziert. Begründet wurde dies mit dem gegen aussen erweckten Vertrauen in eine gesellschaftliche Verbindung.

BGE 124 III 366 lautet auszugsweise:

*„... gemeinsam, namentlich mit einheitlichem Briefkopf und einheitlicher Zahlstelle auftretende Anwälte dürften vertrauensrechtlich als gesellschaftlich verbunden aufgefasst werden.“*

Zu einer gleichen Schlussfolgerung kam auch das Obergericht des Kantons Zürich vom 13.11.2001.

## 11.2. Folgen der Qualifikation als kaufmännisches Gewerbe

Mit der Qualifikation gewisser Anwaltskanzleien als kaufmännische Gewerbe fällt die Privilegierung bei der rechtlichen Beurteilung der von Anwältinnen und Anwälten gewählten gesellschaftlichen Organisationsformen weg.

Zusammenschlüsse dürfen daher nicht mehr vermutungsweise als einfache Gesellschaften qualifiziert werden.

Für deliktisches Verhalten eines Anwaltes haftet in der Kollektivgesellschaft subsidiär die Gesellschaft. Wird die Kollektivgesellschaft erfolglos betrieben (fruchtlos gepfändet) oder fällt sie in Konkurs, haften die Gesellschafter solidarisch und unbeschränkt mit ihrem Privatvermögen.

## 11.3. Mögliche Gesellschaftsformen im Schweizer Recht

Es gibt Rechtsgemeinschaften und Körperschaften. Körperschaften sind auch juristische Personen. Die Aufzählung ist abschliessend. Das Gesellschaftsrecht kennt eine strenge Typengebundenheit.

### Rechtsgemeinschaften

- a) Einfache Gesellschaft
- b) Kollektivgesellschaft
- c) Kommanditgesellschaft

### Körperschaften

- a) Aktiengesellschaften
- b) Kommanditaktiengesellschaften
- c) GmbH
- d) Genossenschaften
- e) Vereine

Anwälte haben sich bis jetzt nur in der Rechtsform einer Kollektivgesellschaft und einer Aktiengesellschaft verbunden.



#### 11.4. Die üblichen Formen der Zusammenarbeit

Es gibt folgende Formen der Zusammenarbeit:

- a) Unkostengemeinschaft (**einfache Gesellschaft**)  
Zweck: Gemeinsame Büros / Teilung der Kosten

Gegen aussen treten die Anwälte selbständig auf.  
Es verwenden eigenes Briefpapier / Vollmacht und haben eine eigene Mehrwertsteuernummer.

- b) Ad-hoc Gemeinschaft (**einfache Gesellschaft**)  
Gemeinsame Bearbeitung eines Falles.  
Dies kommt jedoch selten vor.

- c) Bürogemeinschaft (**einfache Gesellschaft**) / (**Kollektivgesellschaft**)  
Gemeinsames Briefpapier / Vollmacht  
Die Anwälte sind auf eigene Rechnung tätig. Sie teilen sich die Unkosten. Sie haben eine eigene Mehrwertsteuernummer.

Je nach Erscheinung gegen aussen kann die Bürogemeinschaft

- d) Anwaltsgemeinschaft (**Kollektivgesellschaft**)  
Es handelt sich um ein einheitliches Unternehmen in der Rechtsform einer Kollektivgesellschaft. (Vorsicht: Eine Kollektivgesellschaft kann auch ohne Eintrag ins Handelsregister bestehen. Es genügen der gemeinsame Wille, die gemeinsame Zweckverfolgung und die gemeinsamen Mitteln.

Die Anwälte haben ein gemeinschaftliches Bankkonto. Sie haben eine gemeinsame Mehrwertsteuernummer. Die Gewinnverteilung wird nach einem bestimmten Schlüssel auf die Gesellschafter verteilt.

#### 11.5. Haftung gegenüber Dritten bei der einfachen Gesellschaft

Die Haftung kann nach folgenden Kriterien unterschieden werden:

- a) Haftung für rechtgeschäftliche Verpflichtungen  
Bsp. Darlehen

RF: Solidarische Haftung aller Gesellschafter nach Art. 544 Abs. 3 OR

- b) Haftung für fehlerhafte Erfüllung  
Bsp. Verpasste Frist in der Anwaltskanzlei

RF: Haftung für Mitgesellschafter nach Art. 101 OR

- c) Haftung für deliktische Handlungen  
Bsp. Betrügerische Handlungen

RF: Keine Haftung der Mitgesellschafter für deliktische Handlungen

### 11.6. Haftung gegenüber Dritten bei der Kollektivgesellschaft

Die Haftung kann nach folgenden Kriterien unterschieden werden:

- a) Haftung für rechtsgeschäftliche Verpflichtungen  
Bsp. Darlehen
- b) Haftung für fehlerhafte Erfüllung  
Bsp. Verpasste Frist in der Anwaltskanzlei
- c) Haftung für deliktische Handlungen  
Bsp. Betrügerische Handlungen

In allen Fällen haftet die Gesellschaft. Subsidiär haften die Gesellschafter mit ihrem ganzen Vermögen.

### 11.7. Zulässigkeit von Kapitalgesellschaften für Rechtsanwälte

Gemäss Anwaltsgesetz haben die Rechtsanwälte folgende Pflichten zu erfüllen:

#### **Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA**

*„Sie müssen in der Lage sein, den Anwaltsberuf unabhängig auszuüben; sie können Angestellte nur von Personen sein, die ihrerseits in einem kantonalen Register eingetragen sind.“*

#### **Art. 12 lit. b BGFA**

*„Sie üben ihren Beruf unabhängig, in eigenem Namen und auf eigene Verantwortung aus.“*

#### **Rechtsprechung Bundesgericht (Urteil vom 08.01.2001 / 2P.187/2000)**

Das Bundesgericht erklärte die Rechtsform der AG für die Anwälte für zulässig.

#### **Begründung**

Das Gesetz verlangt keine unbeschränkte persönliche Haftung. Wesentlich ist vielmehr der Abschluss einer Berufshaftpflichtversicherung (Art. 12 lit. f BGFA)

Die disziplinarrechtliche Verantwortlichkeit des einzelnen Anwaltes bleibt von der für die Organisation der Kanzlei gewählten Rechtsform unberührt.

#### **Anwaltskommission Obwalden vom 29.05.2006**

Anwaltsgesellschaften können sich nicht in das Anwaltsregister eintragen. Eintragungsfähig sind nur natürliche Personen.

Aus Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA ergibt sich für angestellte Anwälte eine unter bestimmten Umständen widerlegbare Vermutung für das Fehlen der Unabhängigkeit. Angestellte Anwälte sind daher nicht zwingend vom Registereintrag ausgeschlossen.

Eine Anwalts-AG ist nur zulässig, wenn die Beherrschung und Kontrolle der AG durch die Anwälte in der GV gewährleistet ist.

### **11.8. Verhältnis zum Klienten**

Der Anwaltsvertrag besteht zwischen dem Klienten und der Anwalts-AG.