



## Personenbeförderung – Auftrag oder Werkvertrag?

SIMON EBERLE\*



TOBIAS SCHEIWILER\*\*



VITO ROBERTO\*\*\*

*Die Qualifikation des Personenbeförderungsvertrages als Auftrag entspricht der herkömmlichen Auffassung. Gründe hierfür werden freilich selten genannt; eine vertiefte Auseinandersetzung mit der Rechtsnatur des Personenbeförderungsvertrages drängt sich deshalb auf. Dabei zeigt sich, dass die Anwendung auftragsrechtlicher Regeln zu unangemessenen Ergebnissen und Wertungswidersprüchen führt, wohingegen das Werkvertragsrecht sachgerechte Lösungen vorsieht und der erfolgsbezogenen Natur der Personenbeförderung gerecht wird.*

*Traditionnellement, le contrat de transport de voyageurs est qualifié comme un mandat. Puisque les motivations de cette classification ne sont que rarement citées, il s'impose d'examiner de plus près la nature juridique de ce contrat. Il s'avère que l'application des règles du mandat entraîne des résultats inopportuns et des incohérences, alors que le droit du contrat d'entreprise prévoit des solutions idoines et rend justice à l'obligation de résultat qui caractérise le transport de voyageurs.*

### Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Unsichere rechtliche Einordnung
  - A. Traditionelle Lehre und Rechtsprechung
  - B. Neuere Lehre
- III. Argumente gegen das Auftragsrecht
  - A. Erfolgsbezogenheit
  - B. Unpassende auftragsrechtliche Bestimmungen
  - C. Dogmatische Widersprüche
- IV. Unterstellung unter das Werkvertragsrecht
  - A. Häufig vorgebrachte Kritikpunkte
    - 1. Körperlichkeit
    - 2. Entgeltlichkeit
    - 3. Werkvertragliche Gewährleistungsrechte
  - B. Anwendung der werkvertraglichen Regeln auf den Personenbeförderungsvertrag

- 1. Gewährleistungsregeln
- 2. Haftung für Personenschäden
- 3. Übrige werkvertragliche Regeln
- V. Fazit

### I. Einleitung

In den letzten Jahren drängten mit Uber, Flixbus und weiteren privaten Anbietern neue Transportunternehmen in den Markt. Entsprechend erhöhte sich das Angebot privater Beförderungsdienstleister. Die Bedeutung der Personenbeförderungsverträge ist infolgedessen erheblich gestiegen.

Der Personentransport ist auf nationaler Ebene in verschiedenen Spezialgesetzen geregelt.<sup>1</sup> Namentlich unter-

\* SIMON EBERLE, MLaw, Wissenschaftlicher Assistent und Doktorand am Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis der Universität St. Gallen (IRP-HSG).

\*\* TOBIAS SCHEIWILER, B.A. HSG, Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis der Universität St. Gallen (IRP-HSG).

\*\*\* VITO ROBERTO, Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Direktor des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis der Universität St. Gallen (IRP-HSG).

<sup>1</sup> Siehe hierzu etwa Personenbeförderungsgesetz (PBG), SR 745.1; Verordnung über die Personenbeförderung (VPB), SR 745.11; Eisenbahngesetz (EBG), SR 742.101; Bundesgesetz über die Luftfahrt (Luftfahrtgesetz, LFG), SR 748.0; Verordnung über den Lufttransport (LTrV), SR 748.411; Bundesgesetz über die Seeschifffahrt unter der Schweizer Flagge (Seeschifffahrtsgesetz), SR 747.30; Bundesgesetz über Pauschalreisen, SR 944.3. Eingehend zu den nationalen sowie internationalen Rechtsquellen betreffend die verschiedenen Transportmittel MICHAEL HOCHSTRASSER,

steht die «regelmässige und gewerbmässige Personenbeförderung auf Eisenbahnen, auf der Strasse und auf dem Wasser sowie mit Seilbahnen, Aufzügen und anderen spurgeführten Transportmitteln» dem Personenbeförderungsregal im Sinne des Personenbeförderungsgesetzes (Art. 1 Abs. 2 PBG) und ist damit konzessionspflichtig. Auf die nicht regelmässige oder nicht gewerbmässige Personenbeförderung findet das PBG keine Anwendung; eine Konzession ist hierfür nicht erforderlich.<sup>2</sup> Überdies sind etwa regelmässig und gewerbmässig erfolgende Taxifahrten für nicht mehr als acht Kunden vom Anwendungsbereich des PBG ausgenommen.<sup>3</sup> Sind keine Spezialgesetze anwendbar oder enthalten diese keine Regelung, so sind die obligationenrechtlichen Bestimmungen (subsidiär) massgebend.<sup>4</sup>

Während der Transport von Sachen im Obligationenrecht mit dem Frachtvertrag in den Art. 440 ff. OR eine besondere Regelung erfahren hat, ist der Transport von Personen nicht speziell erwähnt. Rechtsprechung und herrschende Lehre qualifizieren den Personenbeförderungsvertrag als Auftrag (Art. 394 ff. OR). Ob die Anwendung der auftragsrechtlichen Bestimmungen zutreffend ist, wird allerdings zunehmend bezweifelt. Denn zum einen besteht die Hauptpflicht des Beförderers nicht bloss darin, seine Vertragsleistung möglichst sorgfältig zu erbringen, sondern den Vertragspartner zur vereinbarten Zeit vom Abgangsort zum Bestimmungsort zu transportieren.<sup>5</sup> Zum andern stehen beim Personentransport zunehmend standardisierte Dienstleistungen im Vordergrund. Die auftragsrechtlichen Bestimmungen werden den Personenbeförderungen nicht gerecht. Im Folgenden ist aufzuzeigen, dass die besseren Gründe dafür sprechen, den Personenbeförderungsvertrag dem Werkvertragsrecht zu unterstellen.

## II. Unsichere rechtliche Einordnung

### A. Traditionelle Lehre und Rechtsprechung

Erst kürzlich hat das Bundesgericht in BGE 145 III 409 erneut festgehalten, dass der Personenbeförderungsvertrag dem Auftragsrecht untersteht.<sup>6</sup> Die Gründe für diese Qualifikation gehen jedoch weder aus dem soeben genannten Entscheid noch aus den von Lehre und Rechtsprechung häufig erwähnten Urteilen<sup>7</sup> hervor, in welchen die Personenbeförderung ebenfalls dem Auftrag unterstellt wird.<sup>8</sup> Ein Teil der Befürworter eines Auftragsverhältnisses begründet seine Ansicht mit Art. 394 Abs. 2 OR. Danach gelangen mangels besonderer Vorschriften die auftragsrechtlichen Bestimmungen für Verträge über Arbeitsleistungen zur Anwendung.<sup>9</sup> Überdies soll nach einem anderen Autor der Transport von Personen aufgrund seiner Ähnlichkeit mit dem Transport von Sachen recht-

<sup>6</sup> BGE 145 III 409 E. 5.8.2: «Le contrat de transport de personnes est généralement qualifié de mandat (ATF 126 III 113 consid. 2a/bb p. 115; ATF 115 II 108 consid. 4a p. 110; WALTER FELLMANN, Berner Kommentar, 1992, n°84 ad art. 394 CO; TERCIER ET AL., op. cit., n. 5836, pour qui l'on est proche d'une obligation de résultat; cf. toutefois HOCHSTRASSER, op. cit., n. 252 ss et 260, plaidant pour un contrat sui generis).»

<sup>7</sup> BGE 126 III 113, in: Pra 2000, Nr. 185, und 115 II 108, in: Pra 1989, Nr. 255.

<sup>8</sup> Siehe auch HOCHSTRASSER (FN 1), N 252, welcher feststellt, dass ein Grossteil der Gerichte und der Lehre den Personenbeförderungsvertrag ohne Begründung – «gleichsam axiomatisch» – dem Auftragsrecht unterstellt. Vgl. für die ältere Lehre HANS SCHWENDENER, Das Personentransportrecht mit besonderer Berücksichtigung des schweiz. Post-, Eisenbahn- und Dampfschiffverkehrs, Bern 1911, 29 f.; HUGO OSER/WILHELM SCHÖNENBERGER, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Art. 419–529 OR, 2. A., Zürich 1945, Art. 440 OR N 7; GEORG GAUTSCHI, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Besondere Auftrags- und Geschäftsführungsverhältnisse sowie Hinterlegung, Art. 425–491 OR, 2. A., Bern 1962 (zit. BK-GAUTSCHI), Vorbemerkungen zu den privatrechtlichen Transportverträgen N 3a f.; BRUNO VON BÜREN, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Zürich 1972, 141; RICHARD FRANK, Grundfragen des Reiseveranstaltungsvertrages, SJZ 1981, 141 ff., 145; CHRISTOPH LEUENBERGER, Dienstleistungsverträge, ZSR 1987 II, 1 ff., 39; WALTER FELLMANN, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Der einfache Auftrag, Art. 394–406 OR, Bern 1992 (zit. BK-FELLMANN), Art. 394 OR N 84; THEO GUHL/ANTON K. SCHNYDER, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. A., Zürich 2000, § 52 N 2; JOSEF HOFSTETTER, Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag, in: Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, Band VII/6, Basel 2000, 215.

<sup>9</sup> Vgl. GEORG GAUTSCHI, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Der Werkvertrag, Art. 363–379 OR, 2. A., Bern 1967 (zit. BK-GAUTSCHI), Vorbemerkungen zu Art. 363–379 OR N 7; MANFRED REHBINDER/JEAN-FRITZ STÖCKLI, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Der Arbeitsvertrag, Art. 319–362 OR, Einleitung und Kommentar zu den Art. 319–330b OR, Bern 2010, Art. 319 OR N 49.

Der Beförderungsvertrag, Zürich 2015, N 43 ff. Vgl. auch FELIX UHLMANN/REGULA HINDERLING, Transportrecht, in: Georg Müller (Hrsg.), Verkehrsrecht, SBVR Bd. IV, Basel 2008, 68 ff., 81 ff.

<sup>2</sup> UHLMANN/HINDERLING (FN 1), 83.

<sup>3</sup> Art. 5 PBG i.V.m. Art. 8 Abs. 1 lit. a VPB; HOCHSTRASSER (FN 1), N 48. Nach OGer TG, RechB 1986, Nr. 8, in: SJZ 1987, 329 f., 330, unterliegt der entgeltliche Auftrag zur Personenbeförderung durch einen Taxibetrieb dem Auftragsrecht. Vgl. sodann BGE 145 III 409 E. 5.8.2.

<sup>4</sup> UHLMANN/HINDERLING (FN 1), 81; HOCHSTRASSER (FN 1), N 36 f.

<sup>5</sup> Siehe zur Definition und Charakteristik des Beförderungsvertrages HOCHSTRASSER (FN 1), N 165 ff. bzw. 213 ff.

lich gleichbehandelt werden. Da beim Frachtvertrag subsidiär auftragsrechtliche Vorschriften gelten (vgl. Art. 440 Abs. 2 OR), sei der Personenbeförderungsvertrag ebenfalls dem Auftragsrecht zu unterstellen.<sup>10</sup> Insgesamt entspricht die Qualifikation als Auftrag der herkömmlichen Auffassung; seit einigen Jahren mehren sich freilich die kritischen Stimmen.

## B. Neuere Lehre

In der neueren Lehre wird die Frage der Rechtsnatur des Personenbeförderungsvertrages unterschiedlich beantwortet. Ein Teil der Autoren spricht sich nach wie vor für die Qualifikation als Auftrag aus, wobei sich die Begründung zumeist in einem Verweis auf die ältere Rechtsprechung und Lehre erschöpft.<sup>11</sup> Anderer Ansicht nach gelangen die werkvertraglichen Bestimmungen zur Anwendung, um insbesondere der Erfolgsbezogenheit der Beförderung gerecht zu werden.<sup>12</sup> Wiederum andere wol-

len den Personenbeförderungsvertrag keiner einheitlichen Regelung unterstellen, sondern gehen von einem Vertrag sui generis aus, bei welchem die jeweils passenden gesetzlichen Bestimmungen analog anzuwenden sind.<sup>13</sup> Den letzteren beiden Ansichten ist darin zuzustimmen, dass gleich mehrere Gründe gegen die Unterstellung des Personenbeförderungsvertrages unter das Auftragsrecht sprechen.

## III. Argumente gegen das Auftragsrecht

### A. Erfolgsbezogenheit

Der Beauftragte schuldet dem Auftraggeber die getreue und sorgfältige Ausführung des ihm übertragenen Geschäftes (Art. 398 Abs. 2 OR). Einen Erfolg schuldet er nicht.<sup>14</sup> In einem Personenbeförderungsvertrag wird indes ein Erfolg, nämlich die vertraglich vereinbarte Ortsveränderung, versprochen. Vertragsinhalt ist somit nicht nur ein sorgfältiges Tätigwerden, sondern die tatsächliche – rechtzeitige und wohlbehaltene – Beförderung des Kunden an den vereinbarten Zielort.<sup>15</sup> Nur dann kann der Beförderer die vereinbarte Gegenleistung, d.h. den Preis der Beförderung, verlangen.

Die Erfolgsbezogenheit des Personenbeförderungsvertrages ist ein typisches – wenn nicht sogar *das typische* – Merkmal des Werkvertrages. Entsprechend qualifizieren sowohl die deutsche Lehre<sup>16</sup> als auch die

<sup>10</sup> Vgl. SCHWENDENER (FN 8), 30.

<sup>11</sup> CLAIRE HUGUENIN, Obligationenrecht, 3. A., Zürich 2019, N 3476; BSK OR I-OSER/WEBER, Art. 394 N 30, in: Corinne Widmer Lühlinger/David Oser (Hrsg.), Obligationenrecht I, Basler Kommentar, 7. A., Basel 2019 (zit. BSK OR I-Verfasser); BSK OR I-STAEHELIN, Art. 439 N 4; PETER GAUCH, Der Werkvertrag, 6. A., Zürich 2019, N 31; HEINRICH HONSELL, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 10. A., Bern 2017, 345; PIERRE TERCIER/LAURENT BIERI/BLAISE CARRON, Les contrats spéciaux, 5. A., Zürich 2016, N 5828; SHIRIN GRÜNIG, «Unterwegs zuhause» im Irrgarten des Personenbeförderungsvertrags, HAVE 2014, 347 ff., 359; ANDREAS WIEDE, Reiserecht, Zürich 2014, N 74; GIOVANNA MONTANARO, Die Haftung des Spediteurs für Schäden an Gütern, Zürich 2011, 6; CR CO I-MARCHAND, Art. 440 N 18, in: Luc Thévenoz/Franz Werro (Hrsg.), Code des obligations I, Commentaire romand, 2. A., Basel 2012 (zit. CR CO I-Verfasser).

<sup>12</sup> URS MARTI, Fluggastrechte gemäss der Verordnung (EG) Nr. 261/2004, Zürich/St. Gallen 2017, 43 ff.; BSK OR I-ROBERTO (FN 11), Vorbem. zum PRG N 3; ARNOLD F. RUSCH, Cross ticketing, cross border selling und hidden city ticketing bei Flugreisen, Jusletter vom 15.10.2012, N 6; URS SCHEUCH, Luftbeförderungs- und Charterverträge unter besonderer Berücksichtigung des internationalen Privatrechts, Winterthur 1979, 14; ROGER BRÄNDLI, Die Nachbesserung im Werkvertrag, Eine Gesamtdarstellung unter Berücksichtigung der SIA-Norm 118, Zürich/St. Gallen 2007, N 154; vgl. auch FRANÇOIS DESSEMONTET, Les contrats de service, ZSR 1987 II, 93 ff., 158 ff., wonach der Personenbeförderungsvertrag dem Werkvertrag viel näher steht als dem Auftrag. Früher noch ALFRED KOLLER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Der Werkvertrag, Art. 363–366 OR, Bern 1998 (zit. BK-KOLLER), Art. 363 OR N 11 und 233, der nunmehr einen Innominatvertrag annimmt (siehe hierzu FN 13 sowie ALFRED KOLLER, Schweizerisches Werkvertragsrecht, Zürich/St. Gallen 2015, N 66 und insb. Fn 44 [zit. Werkvertragsrecht]). Schwankend CHK OR-VON ZIEGLER/MONTANARO, Art. 440 N 8, in: Claire Huguenin/Markus Müller-Chen (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. A., Zürich 2016: «Die Personenbeförderung untersteht dem Auftragsrecht, uU dem Werkvertragsrecht.»

<sup>13</sup> REGULA DETTLING-OTT, Internationales und schweizerisches Lufttransportrecht, Zürich 1993, 103; HOCHSTRASSER (FN 1), N 260; KOLLER (FN 12), Werkvertragsrecht, N 36 f. und 65; ALFRED KOLLER, Dienstleistungsverträge – Begriff, Arten, rechtliche Grundlagen, AJP 2014, 1627 ff., 1630; ANDREAS FURRER, Der Einbezug der Allgemeinen Beförderungsbedingungen beim Kauf eines Fahrscheins, in: Jürg-Beat Ackermann/Felix Bommer (Hrsg.), Liber Amicorum für Dr. Martin Vonplon, Zürich 2009, 139 ff., 140; ALBERT KOST, Zulässigkeit von vertraglichen Bestimmungen über die Reihenfolge der Benützung von Flugscheinen, SVLR-Bulletin 2013, 18 ff., 28; LAURENZ SCHNEIDER, Haftung und Haftungsbeschränkung bei Personenschäden im internationalen Lufttransport, Basel 1999, 62 f.; URS WICKIHALDER/ROLF H. WEBER, Haftungsfragen bei Ersatzbeförderung nach Flugüberbuchung, SJZ 2004, 332 ff., 334; BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, Die privatrechtliche Gefälligkeit und ihre Rechtsfolgen, Freiburg 1999, N 216.

<sup>14</sup> BGE 117 II 563 E. 2a, in: Pra 1992, Nr. 185; 127 III 357 E. 1b; aus der Lehre etwa BSK OR I-OSER/WEBER (FN 11), Art. 394 N 2.

<sup>15</sup> Zur Personenbeförderung DETTLING-OTT (FN 13), 101; HOCHSTRASSER (FN 1), N 219 ff. und 254 f.; BK-KOLLER (FN 12), Art. 363 OR N 11; MARTI (FN 12), 43; DESSEMONTET (FN 12), 203 f. und 216; zur Güterbeförderung etwa CR CO I-MARCHAND (FN 11), Art. 440 N 8, 52 und 70.

<sup>16</sup> Statt vieler MüKo-BUSCHE, § 631 BGB N 136 m.w.N., in: Franz Jürgen Säcker et al. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 6, Schuldrecht – Besonderer Teil III,

Rechtsprechung des BGH<sup>17</sup> die Personenbeförderung als Werkvertrag. Wegen des zu erbringenden Erfolges «passen» denn auch wesentliche auftragsrechtliche Bestimmungen nicht auf den Personenbeförderungsvertrag.

## B. Unpassende auftragsrechtliche Bestimmungen

Der Auftrag kann gemäss Art. 404 Abs. 1 OR vom Auftraggeber jederzeit widerrufen und vom Beauftragten jederzeit gekündigt werden. Das Bundesgericht geht in ständiger Rechtsprechung – trotz berechtigter Kritik aus der Lehre<sup>18</sup> – von der zwingenden Natur des Widerrufsrechts aus. Dieses darf mithin vertraglich weder wegbedungen noch eingeschränkt werden.<sup>19</sup> Begründet wird der zwingende Charakter von Art. 404 OR mit der «*ausgesprochenen Vertrauensstellung*», die der Beauftragte regelmässig innehat, weshalb es keinen Sinn ergebe, «*den Vertrag noch aufrechterhalten zu wollen, wenn das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien zerstört ist*».<sup>20</sup> Bestrebungen, die Rechtsprechung auf der Ebene der Gesetzgebung zu ändern, sind gescheitert.<sup>21</sup>

Im Bereich des *Gütertransportes* geht das Bundesgericht aufgrund des Verweises in Art. 440 Abs. 2 OR davon aus, dass Frachtverträge jederzeit widerrufbar sind. Für die bis zum Widerruf zurückgelegte Teilstrecke hat der Beförderer Anspruch auf eine Vergütung – und zwar auch dann, wenn er den Vertrag selbst gekündigt hat. Ausserdem hat die widerrufende Partei der anderen Schadenersatz zu leisten, sofern der Widerruf zur Unzeit erfolgt (Art. 404 Abs. 2 OR).<sup>22</sup> Die gleiche Rechtslage müsste konsequenterweise auch für die *Personenbeförderung*

gelten;<sup>23</sup> zumal das Bundesgericht und die traditionelle Lehre dabei, wie bereits erwähnt, von einem (einfachen) Auftrag ausgehen.<sup>24</sup>

Ein jederzeitiges Widerrufsrecht ist beim Personenbeförderungsvertrag allerdings aus mehreren Gründen nicht sachgerecht. Zunächst einmal besteht regelmässig *kein besonderes Vertrauensverhältnis* zwischen den Parteien, wie dies bei «klassischen» Auftragsverhältnissen mit dem Arzt, Rechtsanwalt oder Treuhänder der Fall ist.<sup>25</sup> Dies zeigt sich schon daran, dass die geschuldeten Dienstleistungen oftmals standardisiert sind und entsprechend nur die Auswahl zwischen gewissen vordefinierten Fahrstrecken besteht. Sodann ist bei der Beförderung der konkrete Leistungserbringer regelmässig austauschbar. So dürfte es dem Fahrgast i.d.R. gleichgültig sein, welcher Taxifahrer ihn befördert, solange er rechtzeitig und unversehrt an seinem vertraglich vereinbarten Bestimmungsort ankommt.<sup>26</sup> Ein besonderes Vertrauensverhältnis, welches – zumindest im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung – das jederzeitige Widerrufsrecht rechtfertigen würde, ist also beim Personenbeförderungsvertrag nicht vorhanden.

Doch unabhängig von der (fehlenden) dogmatischen Grundlage des jederzeitigen Widerrufsrechts sind auch dessen *Folgen im Zusammenhang mit dem Personenbeförderungsvertrag unpassend*. So wäre es für den Kunden kaum zumutbar, wenn der Beförderer den Vertrag jederzeit beenden und ihn ohne wichtigen Grund an einem vertraglich nicht vereinbarten Ort zum Aussteigen bewegen könnte.<sup>27</sup> Umgekehrt wäre es nicht weniger seltsam, wenn der Kunde etwa bei Busreisen die Möglichkeit hätte, den Vertrag zu einem beliebigen Zeitpunkt zu kündigen und zu verlangen, dass der Reisebus anhält sowie der Preis der noch nicht zurückgelegten Strecke erstattet wird. Das finanzielle Risiko einer jederzeitigen – also auch während der Fahrt möglichen – Auflösung des Vertrages durch den Kunden ist dem Beförderer ohne Bestehen eines wichtigen Grundes nicht zuzumuten.<sup>28</sup> In beiden Situationen

§§ 631–704, 8. A., München 2020; KARL LARENZ, Lehrbuch des Schuldrechts, II. Band: Besonderer Teil, 1. Halbband, 13. A., München 1986, 312.

<sup>17</sup> Statt vieler BGHZ 209, 20, in: NJW 2016, 2404, N 14; NJW 2018, 2039, N 18; jeweils m.w.N.

<sup>18</sup> Siehe etwa BK-FELLMANN (FN 8), Art. 404 OR N 104 ff.; GAUCH (FN 11), N 63 ff.; HONSELL (FN 11), 360 ff.; HUGUENIN (FN 11), N 3307 ff.; ANDREA MONDINI/MANUEL LIATOWITSCH, Jederzeitige Kündbarkeit von Aufträgen schadet dem Dienstleistungsstandort Schweiz, AJP 2009, 294 ff., 299 f.; TERCIER/BIERI/CARRON (FN 11), N 4633 ff.; jeweils m.w.N.

<sup>19</sup> BGE 59 II 260 S. 261; 98 II 305 E. 2; 103 II 129 E. 1; 104 II 108 E. 1 und 4; 106 II 157 E. 2b; 109 II 462 E. 3e; ausführlich geprüft und bestätigt durch BGE 115 II 464 E. 2a; siehe ferner für eine Übersicht über die unveröffentlichte Rechtsprechung BGER, 4A\_141/2011, 6.7.2011, E. 2.2.

<sup>20</sup> BGE 104 II 108 E. 4; 115 II 464 E. 2a.

<sup>21</sup> Die entsprechende Motion Barthassat 11.3909 wurde vom Nationalrat in der Herbstsession 2018 abgeschrieben; AB 2018 N 1485. Der Ständerat hat diesem Beschluss in der Frühjahrssession 2019 zugestimmt; AB 2019 S 181 f.

<sup>22</sup> BGE 109 II 231 E. 3c.

<sup>23</sup> HOCHSTRASSER (FN 1), N 1363.

<sup>24</sup> Siehe dazu oben II.A.

<sup>25</sup> Vgl. HOCHSTRASSER (FN 1), N 254 und 1365, der dies insbesondere mit der fehlenden persönlichen Leistungspflicht des Beförderers begründet. Vgl. mit Bezug auf den kommerziellen Luftverkehr auch DETTLING-OTT (FN 13), 101; MARTI (FN 12), 44.

<sup>26</sup> Vgl. allgemein MONDINI/LIATOWITSCH (FN 18), AJP 2009, 299; siehe auch MARTI (FN 12), 44, welcher mit Bezug auf den Luftbeförderungsvertrag darauf hinweist, dass sich Fluggesellschaften in ihren AGB regelmässig vorbehalten, die Beförderungsverpflichtung nicht selbst zu erfüllen.

<sup>27</sup> HOCHSTRASSER (FN 1), N 1364.

<sup>28</sup> Vgl. für den Frachtvertrag CR CO I-MARCHAND (FN 11), Art. 440 N 56.

sorgt auch Art. 404 Abs. 2 OR, welcher die zur Unzeit kündigende Partei zu Schadenersatz verpflichtet, nur bedingt für Abhilfe. Dies nicht zuletzt deshalb, weil der Schadenersatz lediglich das negative Interesse umfasst,<sup>29</sup> obwohl die (unbegründete) Unterbrechung der Beförderung als Vertragsverletzung zum Ersatz des positiven Interesses führen müsste.<sup>30</sup>

Die zwingende Anwendung von Art. 404 OR birgt sodann ein *erhebliches Missbrauchspotential*. So könnte der Beförderer, sobald die Vertragserfüllung für ihn wirtschaftlich uninteressant wird, den Auftrag kurzerhand kündigen. Zu denken ist etwa an die Situation, in der vor Beginn der Beförderungsleistung klar wird, dass das erwartete Passagieraufkommen für einen rentablen Betrieb nicht ausreicht. Der Beförderer soll sich auch in solchen Fällen nicht ohne weiteres vom Vertrag lösen und sich damit seiner Pflichten entledigen können. Damit würden falsche Anreize geschaffen.<sup>31</sup>

Schliesslich würde die Unterstellung der Personenbeförderung unter das Auftragsrecht und damit die Anwendbarkeit des jederzeitigen Widerrufsrechts nach Art. 404 OR in praktischer Hinsicht dazu führen, dass die Tarifgestaltung der meisten Fluggesellschaften aus Sicht des Schweizer Obligationenrechts unzulässig wäre. Denn die meisten Airlines verkaufen verschiedene Arten von Tickets. Je nach Preis ist dieses frei, nur gegen eine Gebühr oder überhaupt nicht stornierbar.<sup>32</sup> Häufig hat der Passagier ausschliesslich beim teuersten Tarif ein freies Rücktrittsrecht, während Tickets zu reduzierten Preisen mit einem teilweisen oder vollständigen Ausschluss der Rückerstattung verbunden sind.<sup>33</sup> Diese Preisgestaltung steht in Widerspruch mit dem jederzeitigen Widerrufsrecht nach Art. 404 OR.

Aus den genannten Gründen ist das zwingende Widerrufsrecht und damit eine zentrale Bestimmung des Auftragsrechts für den Personenbeförderungsvertrag *nicht sachgerecht*.

## C. Dogmatische Widersprüche

Die Anwendung des Auftragsrechts auf den Personenbeförderungsvertrag führt sodann zu dogmatischen Widersprüchen, die sich insbesondere im Verhältnis zum *Pauschalreisevertrag* offenbaren. Geht man nämlich davon aus, dass es sich beim Personenbeförderungsvertrag um ein Auftragsverhältnis handelt, so richtet sich die Haftung des Beförderers mangels spezialgesetzlicher Regelung<sup>34</sup> nach Art. 398 Abs. 2 i.V.m. Art. 97 OR.<sup>35</sup> Da der Beförderer als Beauftragter keine Gewähr für eine erfolgreiche Ortsveränderung übernimmt, stellt etwa ein Unfall mit Verletzungsfolgen und damit die Nichterreichung des vertraglich vereinbarten Zielortes nicht bereits eine Vertragsverletzung dar. Vielmehr hat der *Kunde* als Auftraggeber eine Verletzung der Sorgfaltspflicht des Beförderers nachzuweisen.<sup>36</sup> Ist dagegen die Beförderung mit anderen wesentlichen touristischen Dienstleistungen verbunden, so handelt es sich um einen Pauschalreisevertrag (vgl. Art. 1 PRG);<sup>37</sup> Folge davon ist eine *umgekehrte Beweislast*. Denn der Reiseveranstalter haftet für die gehörige Erfüllung des Vertrages im Sinne einer Erfolgsgarantie,<sup>38</sup> und zwar unabhängig davon, ob er selbst oder andere Dienstleister die vertraglichen Leistungen erbringen (Art. 14 Abs. 1 PRG). Er kann sich von seiner Haftung nur befreien, wenn er nachweist, dass er oder seine Hilfsperson die Schädigung trotz aller gebotenen Sorgfalt nicht vorhersehen oder abwenden konnte, oder wenn ein anderer der in Art. 15 PRG genannten Ausnahmegründe vorliegt.<sup>39</sup> Er-

<sup>34</sup> In diesem Zusammenhang ist namentlich auf Art. 58 SVG hinzuweisen. Ist der Beförderer demnach Halter des verwendeten Motorfahrzeugs, so haftet er für den durch dessen Betrieb verursachten Schaden verschuldensunabhängig. Siehe zur Haftung des Motorfahrzeughalters etwa ROLAND BREHM, *La responsabilité civile automobile*, 2. A., Bern 2010, N 58 ff. und passim; HEINZ REY/ISABELLE WILDHABER, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, 5. A., Zürich/Basel/Genf 2018, N 1538 ff.

<sup>35</sup> So jüngst BGE 145 III 409 E. 5.8.2.

<sup>36</sup> So jüngst BGE 145 III 409 E. 5.8.2 und 5.8.3; aus der Literatur statt vieler BK-FELLMANN (FN 8), Art. 398 OR N 444 ff. m.w.N.

<sup>37</sup> Zum Anwendungsbereich des PRG BSK OR I-ROBERTO (FN 11), Art. 1 PRG N 1 ff.; ALESSANDRO MARTINELLI, *Die Haftung bei Pauschalreisen im schweizerischen, französischen und deutschen Recht*, Basel 1997, 33 ff.; RICHARD FRANK, *Bundesgesetz über Pauschalreisen*, Kurzkomentar, Zürich 1994, Art. 1 N 1 ff.; SANDRO HANGARTNER, *Das neue Bundesgesetz über Pauschalreisen*, Entlebuch 1997, 14 ff.

<sup>38</sup> BGE 145 III 409 E. 5.8.2: «*Il ne s'agit pas ici d'exercer une certaine activité avec diligence, mais bien de garantir un résultat [...]. Si les prestations fournies ne correspondent pas, qualitativement et quantitativement, aux qualités attendues, il y a un «défaut» dont l'organisateur répond.*»

<sup>39</sup> Zum Ganzen BSK OR I-ROBERTO (FN 11), Art. 14/15 PRG N 4 ff.; MARTINELLI (FN 37), 100 ff.; FRANK (FN 37), Art. 15 N 1 ff.; HANGARTNER (FN 37), 153 ff.

<sup>29</sup> Dazu BGE 109 II 462 E. 4d; 110 II 380 E. 4b; BGer, 4A\_284/2013, 13.2.2014, E. 3.6.1; vgl. auch BSK OR I-OSER/WEBER (FN 11), Art. 404 N 17 m.w.N.

<sup>30</sup> CR CO I-MARCHAND (FN 11), Art. 440 N 57; HOCHSTRASSER (FN 1), N 1364; vgl. auch MONDINI/LIATOWITSCH (FN 18), AJP 2009, 299, die darauf hinweisen, dass die von Art. 404 Abs. 2 OR vorgesehene Lösung auch deshalb untauglich ist, weil der durch die Kündigung zur Unzeit Geschädigte die Prozesslast und insbesondere die Beweislast für die «Unzeit» der Kündigung tragen müsste.

<sup>31</sup> Vgl. CR CO I-MARCHAND (FN 11), Art. 440 N 56; HOCHSTRASSER (FN 1), N 1364; vgl. allgemein auch MONDINI/LIATOWITSCH (FN 18), AJP 2009, 299.

<sup>32</sup> Zur Tarifgestaltung bei Flugtickets DETTLING-OTT (FN 13), 161; HOCHSTRASSER (FN 1), N 1373 f.

<sup>33</sup> Vgl. etwa Art. 3.1.3 der Beförderungsbestimmungen der SWISS, zuletzt abgerufen am 27.8.2020.

folgt demnach die Personenbeförderung als Leistung im Rahmen eines Pauschalreisevertrages, muss der *Reiseveranstalter* beweisen, dass er bzw. der von ihm beigezogene Beförderer die nötige Sorgfalt walten liess, um Schädigungen zu verhindern. Weshalb indes bei einem Personenbeförderungsvertrag der Kunde die Beweislast für die mangelnde Sorgfalt des Beförderers tragen soll, die Beweislast aber bei einer Beförderung im Rahmen eines Pauschalreisevertrages umgekehrt wird, ist nicht nachvollziehbar. Letztlich geht es um dieselbe Leistung: die Beförderung eines Kunden zu einem bestimmten Zielort.

Freilich scheint das Bundesgericht auch bei Bestehen eines Pauschalreisevertrages zwischen den verschiedenen Leistungen des Reiseveranstalters differenzieren und die Beförderungskomponente stets dem Auftragsrecht unterstellen zu wollen. Dies hatte in einem jüngeren Urteil zur Folge, dass die Beweislast für die Sorgfaltspflichtverletzung des Reiseveranstalters (bzw. seiner Hilfsperson) im Zusammenhang mit einer Personenbeförderung dem Kunden auferlegt wurde, und zwar trotz des Bestehens eines Pauschalreisevertrages.<sup>40</sup> Diese Auffassung ist schon deshalb nicht zutreffend, weil es sich beim Pauschalreisevertrag seit dem Erlass des PRG um einen gesetzlich geregelten Vertrag handelt, weshalb für die Anwendung des Auftragsrechts kein Raum bleibt.<sup>41</sup>

Sodann ist auf einen weiteren *Wertungswiderspruch* hinzuweisen. Ginge es nämlich nicht um einen *Personen-*, sondern um einen *Gütertransport*, so kämen die Bestimmungen zur Haftung des Frachtführers nach Art. 447 ff. OR zur Anwendung. Diese Bestimmungen sehen eine Umkehr der Beweislast vor, d.h., der Frachtführer kann sich durch den Nachweis entlasten, dass ihn keine Sorgfaltspflichtverletzung trifft.<sup>42</sup> Das Bundesgericht selbst geht im genannten Urteil auf diese Bestimmung ein: «*Dans l'ATF 130, le litige portait sur l'obligation accessoire de transporter un bagage, type de prestation pour laquelle la perte du bien est en principe imputable au voiturier, à moins qu'il ne parvienne à s'exculper aux conditions prévues par l'art. 447 al. 1 CO [...].*»<sup>43</sup> Es zieht daraus aber nicht den Schluss, dem Beförderer auch beim Personentransport den Entlastungsbeweis aufzuerlegen. Folge davon ist, dass bei der Beförderung von *Sachen*

der Frachtführer den Entlastungsbeweis zu erbringen hat, während bei der Beförderung von *Personen* der geschädigte Kunde die Sorgfaltspflichtverletzung des Beförderers nachweisen muss. Es wäre nicht nachvollziehbar, wenn das Recht Sachen stärker schützt als Personen.

#### IV. Unterstellung unter das Werkvertragsrecht

Aus den genannten Gründen ist eine Unterstellung des Personenbeförderungsvertrages unter das Auftragsrecht abzulehnen. Nachfolgend ist aufzuzeigen, weshalb der Transport von Personen dem Werkvertragsrecht untersteht und wie die werkvertraglichen Regeln auf den Personenbeförderungsvertrag anzuwenden sind. Zunächst ist auf die in der Lehre gegen die Anwendung des Werkvertragsrechts angeführten Gründe einzugehen.

##### A. Häufig vorgebrachte Kritikpunkte

###### 1. Körperlichkeit

In der Lehre ist umstritten, ob die Beförderung *Werkqualität i.S.v. Art. 363 OR* aufweisen kann. Der Werkvertrag zeichnet sich durch die Erfolgsbezogenheit aus.<sup>44</sup> Der Erfolg lässt sich – zumindest gedanklich – von der Tätigkeit, durch die er bewirkt wird, ablösen, und erst der Erfolg bringt dem Besteller den erwarteten Nutzen.<sup>45</sup>

Der Erfolg kann körperlicher oder auch geistiger Natur sein.<sup>46</sup> Die Annahme eines Geistwerkes setzt allerdings nach einem Teil der Lehre voraus, dass es zumindest eine «*gewisse Körperlichkeit*» aufweist und damit dauerhaft wahrnehmbar ist.<sup>47</sup> Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung liegt ein derartiges unkörperliches Werk i.S.v. Art. 363 OR dann vor, wenn der Arbeitserfolg «*nach objektiven Kriterien überprüft und als richtig oder falsch qualifiziert werden kann*». <sup>48</sup> In Bezug auf die Personenbeförderung ist ein Teil der Lehre der Ansicht, die Ortsveränderung stelle zwar einen *unkörperlichen Arbeitserfolg*

<sup>40</sup> BGE 145 III 409 E. 5.8.2 und 5.8.3.

<sup>41</sup> Siehe die Kritik an diesem Entscheid bei VITO ROBERTO, BGE 145 III 409: Rechtsnatur der Haftung des Reiseveranstalters nach Pauschalreisegesetz und Beweislast; Art. 14 f. PRG, AJP 2020, 517 ff., 519 f.

<sup>42</sup> BK-GAUTSCHI (FN 8), Art. 447 OR N 2c und 4c, Art. 448 OR N 1a; HOCHSTRASSER (FN 1), N 907 und 914; BSK OR I-STAEHELIN (FN 11), Art. 447 N 1, 8 ff. und 11, Art. 448 N 1.

<sup>43</sup> BGE 145 III 409 E. 5.8.3.

<sup>44</sup> Statt aller GAUCH (FN 11), N 18.

<sup>45</sup> KARL LARENZ, Zur Typologie des Reisevertrages, VersR 1980, 689 ff., 689 f.; VITO ROBERTO, Die Haftung des Reiseveranstalters, Zürich 1990, 20.

<sup>46</sup> BGE 115 II 50 E. 1b, in: Pra 1989, Nr. 250; 112 II 41 E. 1a/aa; 109 II 34 E. 3b, in: Pra 1983, Nr. 147. Nach KOLLER (FN 12), Werkvertragsrecht, N 65, gelten nur körperliche Werke als Werke i.S.v. Art. 363 OR; Geistwerke fallen nicht darunter. Der Werkbegriff wird nicht einheitlich verstanden; siehe für eine Übersicht über Lehre und Rechtsprechung KOLLER (FN 13), AJP 2014, Fn 16 bzw. 18.

<sup>47</sup> VON BÜREN (FN 8), 143 f.; GAUCH (FN 11), N 45.

<sup>48</sup> BGE 127 III 328 E. 2c.

dar; ihm gehe aber die dauernde Gestalt in einer Sache ab, weshalb die Werkqualität zu verneinen sei.<sup>49</sup>

Das primäre Interesse des Kunden bezieht sich auf die *Ortsveränderung*, d.h. darauf, den vereinbarten Bestimmungsort zur richtigen Zeit und in unversehrtem Zustand zu erreichen. Wird der Kunde nicht an den vertraglich vereinbarten Zielort befördert, hat die Transportleistung für ihn regelmässig keinen oder bloss einen geringen Nutzen. Erst die erfolgreiche Ortsveränderung, d.h. das «fertige Werk», welches sich «in einer Veränderung der Aussenwelt» zeigt, ist für den Kunden von Belang.<sup>50</sup> Der *Transportvorgang* (z.B. die eigentliche Fahrt mit dem Taxi oder der Seilbahn) für sich allein ist zwar notwendige Bedingung für die Ortsveränderung; der Kunde hat daran aber in der Regel kein vom Erfolg losgelöstes Interesse.

Die Ortsveränderung ist räumlich feststellbar und objektiv überprüfbar,<sup>51</sup> sodass die Qualifikation als *unkörperliches Werk* im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ohne weiteres möglich ist. Wenn man am Erfordernis einer «gewissen Körperlichkeit» festhalten will, könnte dies dadurch erreicht werden, dass die Ortsveränderung elektronisch aufgezeichnet wird; dies dürfte angesichts der heutigen technischen Möglichkeiten, namentlich der standardmässig verfügbaren Ortungsdienste auf Smartphones, keinerlei Schwierigkeiten bereiten.<sup>52</sup> Freilich ergibt die Vertragsqualifikation in Abhängigkeit einer «Nebenpflicht des dokumentarischen Festhaltens» wenig Sinn.<sup>53</sup>

Zum selben Ergebnis – der Annahme von Werkqualität – kommt man, wenn man mit GAUCH davon ausgeht, dass die (körperliche) Werkleistung auch in einer bloss räumlichen Veränderung einer Sache bestehen kann.<sup>54</sup> Es liegt in der Natur der Beförderung, dass für die Ortsverän-

derung auf das Transportobjekt eingewirkt werden muss.<sup>55</sup> Die damit bewirkte Veränderung im Raum ist zwar nicht am Transportobjekt selbst, wohl aber in der Aussenwelt feststellbar. Wenn sich gemäss diesem Verständnis ein körperlicher Arbeitserfolg einzig aus der Ortsveränderung von *Sachen* ergeben kann, dürfte nichts im Wege stehen, dieselben Überlegungen auch beim Transport von *Personen* anzustellen.

## 2. Entgeltlichkeit

Der Werkvertrag ist entgeltlich (Art. 363 OR). Liegt eine unentgeltliche Beförderung vor, kann es sich demnach nicht um einen Werkvertrag handeln. Nach Auffassung einiger Autoren ist es nicht sachgerecht, bei der Vertragsqualifikation zwischen der entgeltlichen und der unentgeltlichen Beförderung zu unterscheiden, zumal die übrigen Vertragsmerkmale übereinstimmen; von der Qualifikation des Beförderungsvertrages als Werkvertrag sei deshalb abzusehen.<sup>56</sup>

In der Praxis kommt die unentgeltliche Beförderung von Personen durch Private, insbesondere die kostenlose Autofahrt, häufig vor. Zu denken ist etwa an die Mitnahme eines Arbeitskollegen auf der Heimfahrt oder an die Abholung der Freundin vom Bahnhof. Die rechtliche Bedeutung solcher unentgeltlicher Personentransporte ist indessen äusserst gering. Hierbei handelt es sich typischerweise um *Gefälligkeiten*.<sup>57</sup> Eine vertragliche Bindung wird nicht angestrebt. Es besteht somit kein Erfüllungsanspruch,<sup>58</sup> selbst wenn die Leistungen möglicherweise moralisch geboten sind.<sup>59</sup> Die Haftung für Verletzungen ist diesbezüglich meist nicht relevant, weil sich die Schadenersatzpflicht nach den in Spezialgesetzen geregelten Gefährdungshaftungen richtet.<sup>60</sup> In Einzelfäl-

<sup>49</sup> Vgl. HOCHSTRASSER (FN 1), N 256; DETTLING-OTT (FN 13), 102.

<sup>50</sup> LARENZ (FN 45), 689 f.

<sup>51</sup> So etwa ARNOLD F. RUSCH, Erfolgsbezug bei Werkvertrag und Auftrag, BJM 2013, 285 ff., 288, für die Seilbahnfahrt, die «*eindeutig ein objektiv garantiefähiger Erfolg*» darstellt; siehe auch GERALD WEBER, Die Unterscheidung von Dienstvertrag und Werkvertrag, München 1977, 50.

<sup>52</sup> Vgl. BSK OR I-ZINDEL/SCHOTT (FN 11), Vor Art. 363–379 N 4 f., nach welchen «*Erfolgsverträge*» aufgrund des technischen Fortschritts zunehmend an Bedeutung gewinnen und es deswegen sachgerecht erscheint, diese auch ohne dauernde Gestalt in einer Sache den werkvertraglichen Bestimmungen zu unterstellen.

<sup>53</sup> So auch BSK OR I-ZINDEL/SCHOTT (FN 11), Vor Art. 363–379 N 5.

<sup>54</sup> GAUCH (FN 11), N 30. Als Beispiele führt er die örtliche Versetzung eines Hauses oder den Abtransport von abgetragenen Boden auf eine Deponie an. Freilich finden die werkvertraglichen Bestimmungen keine Anwendung bei Frachtverträgen (Art. 440 ff. OR) oder spezialgesetzlichen Regeln. A.M. in Bezug auf die Qualifikation der örtlichen Veränderung einer Sache als Sachwerk KOLLER (FN 12), Werkvertragsrecht, N 59 f.

<sup>55</sup> Vgl. SCHWENDENER (FN 8), 8 f.

<sup>56</sup> DETTLING-OTT (FN 13), 102 f.; HOCHSTRASSER (FN 1), N 256.

<sup>57</sup> Dies gilt auch für die Mitnahme des Autostoppers, obwohl der Gefällige zu ihm in der Regel keine vorbestehende Beziehung hat (vgl. BK-KOLLER [FN 12], Art. 363 OR N 85). Grundsätzlich ist es der Gefälligkeit eigentümlich, dass diese gegenüber Personen erbracht wird, zu welchen eine wie auch immer geartete Beziehung besteht. Siehe zum Ganzen HÜRLIMANN-KAUP (FN 13), N 33 und zur Gefälligkeitsfahrt für den Autostopper N 218. A.M. bezüglich des Autostoppers TERCIER/BIERI/CARRON (FN 11), N 5832, nach welchen ein unentgeltlicher Auftrag vorliegt.

<sup>58</sup> Vgl. BGE 137 III 539 E. 4.1; ERNST A. KRAMER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1–18 OR, Bern 1986, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht N 63 ff.; BK-KOLLER (FN 12), Art. 363 OR N 85; GAUCH (FN 11), N 319.

<sup>59</sup> HÜRLIMANN-KAUP (FN 13), N 111.

<sup>60</sup> Praktisch relevant ist namentlich die Haftung des Motorfahrzeughalters (Art. 58 SVG); so bereits oben (FN 34). Siehe für eine Über-

len können unentgeltliche Beförderungsverträge (und somit keine Gefälligkeiten) vorkommen, etwa wenn der unentgeltlich beförderte Kunde ein erhöhtes Interesse an der Leistung des Beförderers hat und Letzterer darum weiss.<sup>61</sup> In diesen seltenen Fällen ist ein Innominatvertrag anzunehmen, wobei die werkvertraglichen Regeln analog Anwendung finden.<sup>62</sup>

Der Umstand, dass grundsätzlich auch unentgeltliche Beförderungsverträge denkbar sind, spricht nicht gegen die Qualifikation des *entgeltlichen* Beförderungsvertrages als Werkvertrag. Namentlich kann darin keine hinreichende Begründung gesehen werden, um sämtliche (d.h. auch die entgeltlichen) Beförderungsverträge dem Werkvertragsrecht zu entziehen; es wäre dogmatisch verfehlt, wenn sich die Qualifikationsfrage auf Einzelfälle konzentriert.<sup>63</sup>

### 3. Werkvertragliche Gewährleistungsrechte

Die Erfolgsbezogenheit des Werkvertrages zeigt sich bei den Gewährleistungsrechten besonders deutlich.<sup>64</sup> Der Unternehmer hat ohne Verschulden, d.h., ohne eine Sorgfaltspflicht verletzt zu haben, für Mängel einzustehen (Art. 368 OR).<sup>65</sup> Nach einem Teil der Lehre ist die Beförderung ein «*sofort verbrauchtes Gut*», weshalb sie keine dauernde Gestalt annehmen kann.<sup>66</sup> Daher würden sich die auf körperliche Sachen ausgerichteten werkvertraglichen Rechtsbehelfe, insbesondere die Nachbesserung und die Wandelung, bezüglich des Personenbeförderungsvertrages nur bedingt als sachgerecht erweisen.<sup>67</sup>

sicht über weitere Gefährdungshaftungen VITO ROBERTO, Haftpflichtrecht, 2. A., Bern 2018, N 16.09 ff.

<sup>61</sup> Siehe hierzu HÜRLIMANN-KAUP (FN 13), N 218; vgl. auch KOLLER (FN 13), AJP 2014, 1628.

<sup>62</sup> Der unentgeltliche Werkvertrag ist nach GAUCH (FN 11), N 318, ein Innominatvertrag, auf welchen das Werkvertragsrecht analog anzuwenden ist.

<sup>63</sup> In diesem Sinne auch MARTI (FN 12), 45.

<sup>64</sup> GAUCH (FN 11), N 19.

<sup>65</sup> Vgl. DESSEMONTET (FN 12), 168; HOCHSTRASSER (FN 1), N 258; DETTLING-OTT (FN 13), 140, nach welcher der Lufttransportführer analog der werkvertraglichen Bestimmungen haften soll.

<sup>66</sup> DETTLING-OTT (FN 13), 102; vgl. auch HOCHSTRASSER (FN 1), N 256.

<sup>67</sup> Vgl. DETTLING-OTT (FN 13), 102 und 140; HOCHSTRASSER (FN 1), N 256 und Fn 568, der bezüglich der Nachbesserung das Beispiel eines verletzten Passagiers oder eines am Bestimmungsort verspätet eintreffenden Gutes anführt; die Überlegungen sollten als Hilfsargument in Bezug auf die Körperlichkeit des Werks dienen. Siehe auch VON BÜREN (FN 8), 124 f.; KOLLER (FN 12), Werkvertragsrecht, N 65 m.H. auf BGE 98 II 305 E. 3b; GEORG GAUTSCHI, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Der einfache Auftrag, Art. 394–406 OR, 3. A., Bern 1971, Art. 394 OR N 63a. Zur Anwendung der werkvertraglichen Gewährleistungsrechte auf den Beförderungsvertrag sogleich IV.B.1.

Dagegen ist zunächst einzuwenden, dass bei der Vertragsqualifikation nicht darauf abzustellen ist, welche Vertragsart die gewünschten Rechtsfolgen aufweist, sondern es ist in erster Linie zu prüfen, ob die Qualifikationsmerkmale eines Nominatvertrages erfüllt sind.<sup>68</sup> Sodann kann, wie bereits gezeigt wurde, der Beförderung bzw. der Ortsveränderung weder die Werkqualität abgesprochen werden, noch ist es gerechtfertigt, den Beförderungsvertrag nicht unter das Werkvertragsrecht zu stellen, nur weil dieser grundsätzlich auch unentgeltlich erfolgen kann. Vor allem aber führt die Anwendung der werkvertraglichen Bestimmungen, entgegen den verschiedentlich geäusserten Lehrmeinungen, zu sachgerechten Ergebnissen.

## B. Anwendung der werkvertraglichen Regeln auf den Personenbeförderungsvertrag

### 1. Gewährleistungsregeln

In Bezug auf die *Wandelung* (Art. 368 Abs. 1 OR) wird argumentiert, diese sei nicht sachgerecht, weil der bereits zurückgelegte Transportweg nicht zurückgegeben werden kann.<sup>69</sup> Eine Rückerstattung in natura kommt zwar tatsächlich nicht in Betracht. Indessen hindert dies die Annahme eines Werkvertrages nicht, da bei zahlreichen anderen Werkverträgen dasselbe Problem besteht. Zu denken ist etwa an die mangelhafte Reparatur eines Autos, die ungenügende Reinigung von Büroräumlichkeiten, das zu starke Stutzen von Hecken oder den verunglückten Haarschnitt. In diesen und zahlreichen weiteren Fällen ist eine Rückgabe des Werks in natura nicht möglich; dennoch wird jeweils – zu Recht – ein Werkvertrag angenommen.<sup>70</sup> Teilweise wird vertreten, dass die fehlende Möglichkeit der Rückerstattung in natura die Wandelung ausschliesst und stattdessen die Minderung auf null möglich ist.<sup>71</sup> Anderer Meinung nach bleibt die Wandelung auch in solchen Fällen möglich; der Besteller hat aber anstelle einer Rückgabe in natura einen Bereicherungsersatz zu leisten.<sup>72</sup> Auch das Bundesgericht scheint davon aus-

<sup>68</sup> JÖRG SCHMID/HUBERT STÖCKLI/FRÉDÉRIC KRAUSKOPF, OR BT, 2. A., Zürich 2016, N 73; vgl. auch PETER GAUCH, Das gesetzliche Vertragstypenrecht der Schuldverträge, in: Friedrich Harrer/Wolfgang Portmann/Roger Zäch (Hrsg.), Festschrift für Heinrich Honsell zum 60. Geburtstag, Zürich 2002, 3 ff., 5 ff.

<sup>69</sup> HOCHSTRASSER (FN 1), N 256.

<sup>70</sup> Siehe nur GAUCH (FN 11), N 28 ff.; HONSELL (FN 11), 300 ff.; HUGUENIN (FN 11), N 3122 ff.; jeweils m.w.N.

<sup>71</sup> So GAUCH (FN 11), N 1563, 1569 und 1640.

<sup>72</sup> So KOLLER (FN 12), Werkvertragsrecht, N 632, 644 und 653 f.; bei mangelhaften Reparaturen die Wandelung grundsätzlich auch zulassend BSK OR I-ZINDEL/SCHOTT (FN 11), Art. 368 N 26.

zugehen, dass dem Besteller die Wandelung selbst dann offensteht, wenn die Rückgabe des Werkes in natura nicht in Betracht kommt.<sup>73</sup> Der Umstand, dass der zurückgelegte Transportweg nicht zurückgegeben werden kann, schliesst daher nach teilweise vertretener Ansicht zwar die Wandelung, nicht aber die Unterstellung der Personenbeförderung unter das Werkvertragsrecht aus.

Dies gilt umso mehr, als die *Minderung* (Art. 368 Abs. 2 OR) bei Personenbeförderungen zu sachgerechten Lösungen führt.<sup>74</sup> Zu denken ist dabei beispielsweise an Rundreisen: Werden bei einer Stadtrundfahrt in der Beschreibung festgehaltene Sehenswürdigkeiten ausgelassen, kann der Kunde einen Teil des Preises zurückerstattet verlangen. Gleiches gilt, wenn der Kunde in einer tieferen als der gebuchten Klasse befördert wird: Er hat Anspruch auf den Minderwert der erbrachten Leistung.<sup>75</sup>

Auch die *Nachbesserung* (Art. 368 Abs. 2 OR) erweist sich im Zusammenhang mit dem Personentransport als sachgerecht. Verfährt sich etwa ein Taxifahrer und will er den Kunden zwar in der Nähe, aber nicht am richtigen Ort aussteigen lassen, bietet er mithin eine mangelhafte Ortsveränderung als «vollendetes Werk» an, so spricht nichts dagegen, dem Kunden einen Anspruch auf unentgeltliche Weiterbeförderung bis zum vereinbarten Bestimmungsort einzuräumen.<sup>76</sup> In diesem Falle kann der Kunde (vorherst) die Bezahlung des vereinbarten Entgelts verweigern (Art. 82 OR).<sup>77</sup> Gegen die Nachbesserung wird teilweise vorgebracht, diese sei beim Personenbeförderungsvertrag oft nicht durchführbar, wie etwa das Beispiel der Verletzung des Kunden anlässlich der Beförderung zeige.<sup>78</sup> Eine Nachbesserung im Sinne einer nachträglichen, unversehrten Beförderung zum Bestimmungsort ist tatsächlich nicht mehr möglich, wenn der Kunde beispielsweise infolge eines Unfalls verletzt wird und sofortiger ärztlicher Behandlung bedarf. Dies darf jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass auch bei anderen Werkverträgen das Nachbesserungsrecht ausgeschlossen ist, wenn die

Mangelbeseitigung (objektiv) unmöglich ist,<sup>79</sup> ohne dass dadurch die Qualifikation des Vertrages geändert würde.

Fraglich kann sodann sein, ob die werkvertragliche *Prüf- und Rügeobliegenheit* (Art. 367 OR) sowie die zweijährige *Verjährungsfrist* (Art. 371 Abs. 1 OR) im Zusammenhang mit der Personenbeförderung angemessen sind. Die Prüf- und Rügeobliegenheit wird zuweilen als «das entscheidende Problem»<sup>80</sup> bei der Abgrenzung zwischen Auftrag und Werkvertrag bezeichnet. Sie bezweckt den Schutz des Unternehmers, der möglichst rasch Gewissheit darüber erhalten soll, ob der Besteller das Werk genehmigt oder Mängel zu beanstanden hat.<sup>81</sup> Diesem Schutzgedanken folgend nimmt Art. 370 Abs. 2 OR eine Genehmigung des Werks und damit einhergehend das Entfallen der Gewährleistungsrechte an, wenn der Besteller die Prüfung und Rüge etwaiger Mängel unterlässt. Bei der Personenbeförderung ist diese Rechtslage angemessen: Der Beförderer hat ein schützenswertes Interesse an einer möglichst baldigen Anzeige von Mängeln, zumal eine Verbesserung oftmals nur während einer kurzen Frist erfolgen kann.<sup>82</sup> Auf der anderen Seite dürfte es dem Kunden in aller Regel keine grösseren Probleme bereiten, die Beförderungsleistung zu prüfen und aufgetretene Mängel anzuzeigen: Wird ihm ein Platz in einer tieferen Klasse zugewiesen, besteht weniger Beinfreiheit als versprochen, wird die Route einer Rundfahrt nicht eingehalten oder wird nicht der genaue Zielort angefahren, so ist ihm eine rasche Mängelrüge zumutbar.<sup>83</sup> Entsprechendes gilt für die kurze Verjährungsfrist von zwei Jahren, weshalb diese werkvertraglichen Besonderheiten im Ergebnis sachgerecht sind.

Zu angemessenen Lösungen führt im Bereich der Personenbeförderung schliesslich auch die Regelung in Art. 369 OR. Danach entfallen die Gewährleistungsrechte des Kunden, wenn dieser trotz Abmahnung durch den Beförderer an mangelverursachenden Weisungen festhält, den Mangel also selbst «verschuldet» bzw. verursacht.<sup>84</sup>

<sup>73</sup> BGer, 4C.126/2002, 19.8.2002, E. 2.2.

<sup>74</sup> Diesbezüglich gl.M. HOCHSTRASSER (FN 1), N 256.

<sup>75</sup> Vgl. HOCHSTRASSER (FN 1), N 650 und 666.

<sup>76</sup> Vgl. GAUCH (FN 11), N 1708 f., der dem Besteller (dem Kunden) das Nachbesserungsrecht richtigerweise schon dann gewähren will, wenn der Unternehmer (der Taxifahrer) die Ablieferung des vollendeten Werkes (der Ortsveränderung) erst angeboten hat. Merkt der Kunde bereits während der Fahrt, dass es in eine falsche Richtung geht, ist Art. 366 Abs. 2 OR einschlägig.

<sup>77</sup> BGE 89 II 232 E. 4a; ausführlich GAUCH (FN 11), N 2366 ff.; vgl. auch SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF (FN 68), N 1811; BSK OR I-ZINDEL/SCHOTT (FN 11), Art. 368 N 65.

<sup>78</sup> So HOCHSTRASSER (FN 1), N 256; vgl. auch DETTLING-OTT (FN 13), 102.

<sup>79</sup> Eingehend BRÄNDLI (FN 12), N 378 ff. und spezifisch zur Beförderung N 382; siehe auch GAUCH (FN 11), N 1746 f.; BSK OR I-ZINDEL/SCHOTT (FN 11), Art. 368 N 47.

<sup>80</sup> BK-FELLMANN (FN 8), Art. 394 OR N 329.

<sup>81</sup> Zum Kaufrecht BGE 63 II 401 E. 3c; 81 II 56 E. 2b; 88 II 364 E. 2; in Bezug auf den Werkvertrag BGer, 4C.130/2006, 8.5.2007, E. 4.2.2; BGer, 4A\_293/2017, 13.2.2018, E. 2.2.4; vgl. auch GAUCH (FN 11), N 2108; KOLLER (FN 12), Werkvertragsrecht, N 596.

<sup>82</sup> LEUENBERGER (FN 8), 80; diesem folgend HOCHSTRASSER (FN 1), N 256.

<sup>83</sup> Vgl. HOCHSTRASSER (FN 1), Fn 571.

<sup>84</sup> Zum Selbstverschuldenseinwand nach Art. 369 OR etwa BGE 95 II 43 E. 2 und 3; 116 II 305 E. 2c; 116 II 454 E. 2c; vgl. auch BGer, 4C.217/2005, 20.2.2006, E. 3.2.1. Die gesetzliche Terminologie «selbst verschuldet» ist in einem untechnischen Sinne zu

## 2. Haftung für Personenschäden

Die in der Praxis wohl wichtigste Frage im Zusammenhang mit einer mangelhaften Personenbeförderung betrifft die Haftung des Beförderers für *Personenschäden*. Wie bereits dargelegt, führt die Anwendung des Auftragsrechts in diesem Bereich zu Wertungswidersprüchen, weil dem Kunden – im Gegensatz zum Pauschalreise- und Frachtvertrag – die Beweislast hinsichtlich einer Sorgfaltspflichtverletzung des Beförderers auferlegt wird.<sup>85</sup> Bei Anwendung der werkvertragsrechtlichen Regeln stellt sich diese Problematik nicht, da als Vertragsverletzung jede nicht vertragsgemäss erbrachte Ortsveränderung gilt.<sup>86</sup> Aufgrund der Umkehr der Beweislast beim Verschulden steht dem Beförderer der Nachweis offen, dass er die gebotene Sorgfalt zur Verhinderung solcher (Personen-)Schäden angewendet hat. Damit wird im Ergebnis eine *Gleichbehandlung von Personen- und Gütertransport* im Hinblick auf die Beweislastverteilung erreicht. Ausserdem hat die Anwendung des Werkvertragsrechts auf den Personenbeförderungsvertrag den Vorteil, dass die oben dargelegte *Diskrepanz zum Pauschalreisevertrag entfällt*.

## 3. Übrige werkvertragliche Regeln

Schliesslich führt auch die Anwendung der übrigen werkvertraglichen Regeln auf die Personenbeförderung zu sachgerechten Ergebnissen. Deutlich wird dies namentlich im Zusammenhang mit der Festlegung des vom Kunden geschuldeten *Entgelts*.<sup>87</sup> Dieses richtet sich in erster Linie nach der von den Parteien getroffenen Vereinbarung. Bei Flug-, Bahn- und Busreisen gilt regelmässig ein vom Beförderer im Voraus festgelegter Preis (sog. Pauschalpreis). Bei der Beförderung mit Über sowie gelegentlich auch bei Taxifahrten werden ebenfalls Pauschalpreise vereinbart; bei Letzteren ist allerdings die Verbindung einer pauschalen Grundtaxe mit einem sog. Einheitspreis, d.h. einer zusätzlichen, über die Grundtaxe hinausgehenden festen Vergütung pro Kilometer und/oder aufgewendete Zeiteinheit, häufiger. Wurde ein solcher *Festpreis* vertraglich vereinbart, so ist genau dieser Be-

trag geschuldet (Art. 373 OR).<sup>88</sup> Der Festpreis ist mithin für beide Parteien verbindlich: Ist ein Reisebus schlechter ausgelastet als geplant oder verteuert sich der Treibstoff zwischen Vertragsschluss und Transport, so kann der Beförderer bei Vereinbarung eines Festpreises keine zusätzliche Entschädigung fordern (Art. 373 Abs. 1 OR).<sup>89</sup> Vorbehalten bleiben abweichende Parteivereinbarungen (Art. 1 OR) sowie ausserordentliche Umstände (Art. 373 Abs. 2 OR).<sup>90</sup> Umgekehrt kann der Kunde eines Taxiunternehmens im Falle der Vereinbarung eines Pauschalpreises keine Reduktion des Preises verlangen, wenn sich im Nachhinein herausstellt, dass er bei Anwendung einer Entschädigung nach Zeit und/oder Distanz günstiger gefahren wäre (Art. 373 Abs. 3 OR). Das Werkvertragsrecht sieht auch für Fälle, in denen vertraglich weder ein Pauschal- noch ein Einheitspreis bestimmt ist, eine Regelung vor: Der Preis bemisst sich in einem solchen Fall nach Massgabe des Wertes der Arbeit und der Aufwendungen des Beförderers (Art. 374 OR); vorliegend also typischerweise nach dem verwendeten Transportmittel, der Länge der Strecke, der aufgewendeten Zeit sowie einem angemessenen Gewinn des Beförderers.<sup>91</sup>

Nennt der Beförderer – wie dies bei Taxifahrten zuweilen vorkommt – vor der Fahrt einen unverbindlichen, ungefähren *Kostenvoranschlag* für die beabsichtigte Fahrt und wird dieser in der Folge *unverhältnismässig überschritten*,<sup>92</sup> so enthält Art. 375 OR eine angemessene Regelung. Da hinsichtlich der bereits zurückgelegten Strecke keine Rückerstattung in natura möglich ist, kommt Art. 375 Abs. 2 OR analog zur Anwendung.<sup>93</sup> Merkt mithin der Kunde bereits während der Fahrt *«mit hinreichender Sicherheit»*,<sup>94</sup> dass der Kostenvoranschlag übermässig überschritten wird, kann er gegen «billigen

verstehen: GAUCH (FN 11), N 1924; BSK OR I-ZINDEL/SCHOTT (FN 11), Art. 369 N 3 m.w.N.

<sup>85</sup> Siehe dazu oben III.C.

<sup>86</sup> In Bezug auf den Lufttransportführer befürwortet auch DETTLING-OTT (FN 13), 139 f., die analoge Anwendung der (strengeren) werkvertraglichen Haftung.

<sup>87</sup> Zur Bestimmung der Höhe des Werklohns etwa KOLLER (FN 12), Werkvertragsrecht, N 180 ff.; GAUCH (FN 11), N 898 ff.; SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF (FN 68), N 1715 ff.; HONSELL (FN 11), 327 ff.

<sup>88</sup> Ausführlich zu den verschiedenen Varianten einer festen Übernahme i.S.v. Art. 373 OR GAUCH (FN 11), N 899 ff.; vgl. auch KOLLER (FN 12), Werkvertragsrecht, N 187; zur vertraglichen Vereinbarung der Höhe des Entgelts im Zusammenhang mit dem Beförderungsvertrag HOCHSTRASSER (FN 1), N 615 ff.

<sup>89</sup> Vgl. HOCHSTRASSER (FN 1), N 643, der ohne Berufung auf Art. 373 Abs. 1 OR zum gleichen Ergebnis gelangt.

<sup>90</sup> Dazu ausführlich GAUCH (FN 11), N 1044 ff.

<sup>91</sup> Im Einzelnen GAUCH (FN 11), N 934 ff.; vgl. auch KOLLER (FN 12), Werkvertragsrecht, N 192 ff.; HONSELL (FN 11), 328; EUGEN BUCHER, Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. A., Zürich 1988, 212 f.; SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF (FN 68), N 1717 ff.

<sup>92</sup> Zur Toleranzgrenze etwa GAUCH (FN 11), N 985 ff.; HUGUENIN (FN 11), N 3198; TERCIER/BIERI/CARRON (FN 11), N 4055; aus der Rechtsprechung BGE 115 II 460 E. 3b; BGer, 4C.346/2003, 26.10.2004, E. 3.1.; BGer, 4A\_15/2011, 3.5.2011, E. 3.1.; BGer, 4A\_302/2014, 6.2.2015, E. 3.1.

<sup>93</sup> GAUCH (FN 11), N 993; KOLLER (FN 12), Werkvertragsrecht, N 978.

<sup>94</sup> GAUCH (FN 11), N 1004.

Ersatz» der bereits zurückgelegten Strecke vom Vertrag zurücktreten. Ist die Ortsveränderung bewirkt – das Werk also vollendet –, kommt immerhin noch eine Herabsetzung des Entgelts in Betracht (vgl. Art. 375 Abs. 2 OR).

Auch die weiteren Regeln zur *Beendigung* des Werkvertrages in den Art. 376 ff. OR sind sachgerecht. Dies gilt insbesondere hinsichtlich des Rücktrittsrechts gemäss Art. 377 OR, welches aus mehreren Gründen dem jederzeitigen auftragsrechtlichen Widerrufsrecht nach Art. 404 OR vorzuziehen ist.<sup>95</sup> Erstens ist der Beförderer im Sinne des allgemeinen Grundsatzes «pacta sunt servanda» an den Vertrag gebunden. Er kann nicht – wie dies bei Unterstellung unter das Auftragsrecht möglich wäre – vom Vertrag zurücktreten, wenn beispielsweise das erwartete Passagieraufkommen nicht für einen rentablen Betrieb ausreicht.<sup>96</sup> Zweitens ist es dem Kunden zwar wie bei Art. 404 OR möglich, den Beförderungsvertrag zu kündigen, solange das Werk unvollendet, der Bestimmungsort also noch nicht erreicht ist; dies allerdings nur gegen Vergütung der bereits zurückgelegten Strecke und gegen volle Schadloshaltung des Beförderers (Art. 377 OR). Im Unterschied zum Auftragsrecht ist hier dem Beförderer nicht das negative, sondern das positive Interesse zu ersetzen, sodass er so gestellt wird, wie wenn die Beförderung ordnungsgemäss durchgeführt worden wäre.<sup>97</sup> Drittens ist die Regelung von Art. 377 OR nach überwiegender Ansicht dispositiver Natur, weshalb abweichende Parteivereinbarungen im Gegensatz zu Art. 404 OR möglich sind.<sup>98</sup> Der oben angesprochenen typischen Tarifgestaltung von Fluggesellschaften<sup>99</sup> steht also bei Annahme eines Werkvertrages nichts entgegen.

Im Zusammenhang mit der Beendigung ist sodann auf die *besondere Verzugsregel* des Art. 366 Abs. 1 OR hinzuweisen. Danach kann der Kunde vom Vertrag zurücktreten, wenn der Beförderer das Werk – also die Ortsveränderung – nicht rechtzeitig beginnt oder die Ausführung in vertragswidriger Weise verzögert oder damit ohne Schuld des Kunden so sehr im Rückstand ist, dass die rechtzeiti-

ge Vollendung nicht mehr vorauszusehen ist. Zwar geht das Bundesgericht davon aus, dass auch in diesen Fällen eine Nachfrist i.S.v. Art. 107 Abs. 1 OR anzusetzen ist;<sup>100</sup> jedoch ist mit Blick auf die zeitsensitive Natur von Personenbeförderungen wohl häufig von einem relativen Fixgeschäft auszugehen, weshalb sich eine entsprechende Nachfrist erübrigt (Art. 108 Ziff. 3 OR). Ein Kunde, der ein Taxi oder Uber zum Flughafen bestellt hat, soll die Möglichkeit haben, den Vertrag ohne Ersatzpflicht aufzulösen und eine andere Beförderung zu wählen, wenn das Taxi bzw. Uber zur vereinbarten Abfahrtszeit nicht eintrifft.

## V. Fazit

Die Anwendung des Auftragsrechts führt zu zahlreichen Unstimmigkeiten und Wertungswidersprüchen. Weder das zwingende, jederzeitige Widerrufsrecht nach Art. 404 OR noch die Haftung des Beauftragten erweisen sich im Zusammenhang mit der Personenbeförderung als sachgerecht. Hauptgrund dafür ist, dass der Personenbeförderungsvertrag primär eine Ortsveränderung und damit einen Erfolg im Sinne des Werkvertragsrechts beinhaltet. Ob man der Ortsveränderung Körperlichkeit zusprechen will, ist unerheblich; entscheidend ist, dass die Leistung erfolgsbezogen ist. Gegen die Anwendung der werkvertragsrechtlichen Regelungen kann auch nicht sprechen, dass in Sonderfällen (etwa beim unentgeltlichen Beförderungsvertrag) die Regeln nicht direkt, sondern höchstens analog Anwendung finden.

Insgesamt führen die werkvertraglichen Bestimmungen im Zusammenhang mit der Personenbeförderung zu sachgerechteren Lösungen als die Anwendung des Auftragsrechts. Dies gilt namentlich im Bereich der Haftung für Beförderungsmängel, bei der die Anwendung von Werkvertragsrecht die Widersprüche zu analogen erfolgsbezogenen Vertragsarten – Frachtvertrag und Pauschalreisevertrag – aufzulösen vermag. Überdies sieht das Werkvertragsrecht für die Beendigung des Vertrages sowie die Festlegung des Preises weitaus sachgerechtere Regelungen als das Auftragsrecht vor.

<sup>95</sup> GL.M. HOCHSTRASSER (FN 1), N 1366; DETTLING-OTT (FN 13), 161, Fn 120. Weshalb das zwingende, jederzeitige Widerrufsrecht gemäss Art. 404 OR unpassend ist, wurde oben in III.B. dargelegt.

<sup>96</sup> Vgl. HOCHSTRASSER (FN 1), N 1367.

<sup>97</sup> Vgl. HOCHSTRASSER (FN 1), N 1368 f.; HUGUENIN (FN 11), N 3312, kommt freilich zum gleichen Schluss, indem sie in Analogie zu Art. 377 OR bei atypischen Aufträgen auch im Rahmen von Art. 404 Abs. 2 OR den Ersatz des positiven Interesses bejaht.

<sup>98</sup> So etwa GAUCH (FN 11), N 582 ff.; SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF (FN 68), N 1822; BSK OR I-ZINDEL/SCHOTT (FN 11), Art. 377 N 20, mit Übersicht über den aktuellen Meinungsstand; CR CO I-CHAIX (FN 11), Art. 377 N 20; a.M. BK-GAUTSCHI (FN 9), Art. 377 OR N 10.

<sup>99</sup> Siehe dazu oben III.B.

<sup>100</sup> BGE 46 II 248 E. 2; bestätigt durch BGE 98 II 113 E. 2; 115 II 50 E. 2a.