

Der Rücktritt des Bestellers vom Werkvertrag – Gedanken zu Art. 377 des Schweizerischen Obligationenrechts

Prof. Dr. iur. Peter Gauch

Universität Freiburg/Schweiz

Publiziert in: Festschrift für HORST LOCHER, Düsseldorf 1990, S. 35 ff. Die Seitenzahlen dieser Publikation sind im nachfolgenden Text in eckiger Klammer eingefügt.

Mein Freund und Kollege HORST LOCHER gehört zu jenen Baurechtlern Deutschlands, die auch in der Schweiz gelesen werden. Sein Geburtstag ist ein willkommener Anlass, dem Gefeierten mit einer kleinen Gegengabe für die zahlreichen Anregungen zu danken, die seine Bücher¹ und Aufsätze über die Grenzen hinweg vermitteln. Zu diesem Zweck möchte ich eine Bestimmung des Schweizerischen Obligationenrechts herausgreifen, die auch für das private Baurecht von praktischer Bedeutung ist. Es handelt sich um den werkvertraglichen Art. 377 OR, der sich mit einem Fall vorzeitiger Vertragsauflösung befasst. Zunächst spreche ich vom Wortlaut und Inhalt des Art. 377 OR; dann trete ich auf einige Einzelfragen ein, die sich im Zusammenhang mit dieser Gesetzesbestimmung stellen; und schliesslich handle ich von der Anwendung des Art. 377 OR auf den Totalunternehmervertrag.

I. Wortlaut und Inhalt des Art. 377 OR

1. [35] Art. 377 OR steht unter der Marginalie "Rücktritt des Bestellers gegen Schadloshaltung". Nach dem **Wortlaut** des Artikels kann der Besteller, "solange das Werk unvollendet ist, ...gegen Vergütung der bereits geleisteten Arbeit und gegen volle Schadloshaltung des Unternehmers jederzeit vom Vertrag zurücktreten". Dieser Wortlaut erinnert stark an § 649 BGB, der bekanntlich wie folgt lautet: "Der Besteller kann bis zur Vollendung des Werkes jederzeit den Vertrag kündigen. Kündigt der Besteller, so ist der Unternehmer berechtigt, die vereinbarte Vergütung zu verlangen; er muss sich jedoch dasjenige anrechnen lassen, was er infolge der Aufhebung des Vertrags an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt"².

2. Das "**Rücktrittsrecht**", das Art. 377 OR dem Besteller einräumt, ist der Sache nach ein Kündigungsrecht, gleich wie das Auflösungsrecht des § 649 BGB³. Dieses Recht des Bestellers, den Werkvertrag vorzeitig (durch einseitige Willenserklärung) aufzuheben, besteht von Gesetzes wegen, und zwar ohne besondere Voraussetzungen. Doch [36] besteht es nur, "solange das

1 Z.B. LOCHER, Das private Baurecht, 4. Aufl., München 1988.

2 Vgl. dazu LOCHER, a.a.O., S. 41 f.

3 Dennoch scheint es mir angezeigt, für den vorliegenden Beitrag die gesetzliche Terminologie zu übernehmen.

Werk unvollendet ist", also längstens bis zur Vollendung⁴, nicht bis zur Ablieferung (Abnahme) des vollendeten Werkes⁵. Das bedeutet:

- a. Die *Vollendung des Werkes* hat zur Folge, dass das Rücktrittsrecht des Art. 377 OR erlischt (vgl. auch § 649 BGB), unbekümmert darum, ob das vollendete Werk mangelfrei hergestellt wurde oder mangelhaft ist⁶. Solange hingegen das Werk noch *unvollendet* ist, dauert das Rücktrittsrecht des Bestellers fort, selbst wenn die Vollendung nahe bevorsteht oder durch den Besteller verzögert wurde⁷. Vorbehalten bleibt nur (aber immerhin) der Fall, da die Vollendung unmöglich geworden ist. Alsdann bestimmt sich die Rechtslage nach den anwendbaren Vorschriften über die nachträgliche Leistungsunmöglichkeit, worauf ich später zurückkomme.
- b. Bis zur Vollendung des Werkes kann der Besteller den Rücktritt *jederzeit* (auch vor Beginn der Arbeiten) erklären. Die Rücktrittserklärung, die Art. 377 OR ganz in das Belieben des Berechtigten stellt, ist sofort (mit deren Zugang beim Unternehmer) wirksam. Sie bedarf weder einer Grundangabe, noch setzt sie voraus, dass der Besteller sich bereit erklärt, die nach Art. 377 OR geschuldeten Leistungen tatsächlich zu erbringen⁸. Doch darf der Rücktritt, damit er wirksam ist, an keine Bedingung geknüpft sein, ausser es entstehe trotz bedingter Rücktrittserklärung keine Ungewissheit für den Unternehmer, weil der Eintritt der Bedingung z.B. allein von dessen Willen abhängt⁹.

Da Art. 377 OR den Rücktritt an keine besondere *Form* gebunden hat, kann er auch stillschweigend erklärt werden. Insbesondere ist möglich, dass der Besteller durch schlüssiges Verhalten vom Vertrag zurücktritt, indem er z.B. die ausstehenden Arbeiten an einen Dritten überträgt, ohne hiezu (etwa nach Art. 367 Abs. 2 OR¹⁰) berechtigt zu sein. Der Wille des Bestellers, den Vertrag endgültig aufzulösen, muss für den Unternehmer aber klar zum Ausdruck kommen.

- c. Übt der Besteller das Rücktrittsrecht des Art. 377 OR aus, so wird der abgeschlossene Werkvertrag *für die Zukunft* ("ex nunc", nicht "ex tunc"¹¹) aufgelöst. Der Besteller bleibt zwar zur "Vergütung der bereits geleisteten Arbeit" verpflichtet. Doch wird der Unternehmer von seiner Pflicht zur Vollendung des vereinbarten Werkes befreit, weshalb er umgekehrt seinen Anspruch auf Vergütung der noch nicht [37] erbrachten Vertragsleistungen verliert.

4 Vollendet ist das Werk, sobald sämtliche Arbeiten ausgeführt sind, die der Unternehmer nach Massgabe des ursprünglichen Werkvertrages oder infolge nachträglicher Bestellungsänderungen schuldet.

5 Zu den Begriffen der "Ablieferung" und der "Abnahme", die nach schweizerischem Recht korrelative Begriffe sind, vgl. GAUCH, Der Werkvertrag, 3. Aufl., Nr. 90 ff.

6 Das Werk kann mit einem Werkmangel behaftet und dennoch vollendet sein (GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 96 und 979 ff.).

7 BGE 98 II 116.

8 Vgl. BGE 98 II 115; 96 II 195. Art. 377 OR enthält diesbezüglich eine missverständliche Formulierung.

9 Vgl. SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Zürcher Kommentar, Vorbem. vor Art. 1 OR, N 101; GAUCH/SCHLUEP, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Zürich 1987, Nr. 146.

10 "Lässt sich während der Ausführung des Werkes eine mangelhafte oder sonst vertragswidrige Erstellung durch Verschulden des Unternehmers bestimmt voraussehen, so kann ihm der Besteller" nach Art. 367 Abs. 2 OR "eine angemessene Frist zur Abhilfe ansetzen oder ansetzen lassen mit der Androhung, dass im Unterlassungsfalle die Verbesserung oder die Fortführung des Werkes auf Gefahr und Kosten des Unternehmers einem Dritten übertragen werde". Diese Übertragung an den Dritten ist ein Fall der Realvollstreckung, der nicht unter Art. 377 OR fällt.

11 Anders: PEDRAZZINI, in: "Schweizerisches Privatrecht" VII/1, S. 550.

An die Stelle dieses ("verlorenen") Anspruchs tritt der Anspruch des Unternehmers "auf volle Schadloshaltung". Hatte eine Partei den Vertrag vor seiner Auflösung verletzt, so bleiben daraus entstandene Ersatzansprüche der andern Partei erhalten.

3. Die "Vergütung der bereits geleisteten Arbeit", die der Besteller trotz seines Rücktrittes schuldet, bildet Gegenstand einer vertraglichen Vergütungspflicht. Diese Pflicht zur Teilvergütung bedarf einer Erläuterung in dreifacher Hinsicht:

- a. Der *Umfang der Teilvergütung*, die der Besteller schuldet, bestimmt sich nach dem Umfang der "bereits geleisteten Arbeit". Der Besteller muss sämtliche Vertragsleistungen (unter Einschluss von Vorbereitungsarbeiten¹²) vergüten, die der Unternehmer bis zum Zeitpunkt der Vertragsauflösung erbracht hat¹³. Die dem Unternehmer geschuldete Vergütung ist so zu bemessen, dass sie den notwendigen Aufwand für die jetzt erforderliche Rückführung seiner Gerüste, Maschinen und andern Einrichtungen ebenfalls abdeckt.

Die Höhe der geschuldeten Vergütung bestimmt sich auf Grund der vertraglichen Preisabrede¹⁴ oder wird, sofern Art. 374 OR zur Anwendung kommt¹⁵, "nach Massgabe des Wertes der Arbeit und der Aufwendungen des Unternehmers festgesetzt". Entgegen der zu engen Formulierung, die Art. 377 OR gebraucht, ist "vergütungspflichtig" nicht nur die reine Arbeit. Deshalb hat der Besteller, soweit ein vereinbarter Vertragspreis nach der Vertragsmeinung der Parteien nur die reine Arbeit abgilt, die übrigen Aufwendungen gesondert zu entgelten (vgl. Art. 378 Abs. 1 OR).

- b. Über die *Fälligkeit* der geschuldeten Vergütung schweigt Art. 377 OR sich aus. Doch versteht sich von selbst, dass die Fälligkeit *zugleich mit der Vertragsauflösung* eintritt, sofern keine Fälligkeitsabreden eingreifen, wonach die geschuldete Teilvergütung schon vorher (ganz oder teilweise) fällig geworden ist. Hat der Besteller im Zeitpunkt der Vertragsauflösung bereits mehr bezahlt, als er für die bis dahin "geleistete Arbeit" des Unternehmers schuldet, so kann er das zuviel Geleistete zurückverlangen. Dieser Anspruch auf Rückleistung, der sich mit der Schadenersatzpflicht des Bestellers verrechnen lässt, ist ein vertraglicher Rückerstattungsanspruch, kein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung (Art. 62 OR ff.), was sich namentlich auf die Verjährung auswirkt.
- c. [38] Da der Besteller zur "Vergütung der bereits geleisteten Arbeit" verpflichtet bleibt, hat er *Anspruch auf den ausgeführten Teil des Werkes*. Der Unternehmer muss ihm das Werk, soweit es im Zeitpunkt der Vertragsauflösung hergestellt ist, herausgeben und ist weder be-

12 Zu den Vorbereitungsarbeiten gehört z.B. die Einrichtung einer Baustelle.

13 Dazu gehört auch der Stoff, der vom Unternehmer geliefert und für die Arbeit verwendet wurde.

14 Wurde eine Leistung zu einem Pauschalpreis nur zum Teil erbracht, so schuldet der Besteller vom vereinbarten Preis einen Teilbetrag, der sich aus dem Verhältnis der erbrachten Teilleistung zum Wert der Gesamtleistung ergibt (vgl. sinngemäss BGH BauR 1980, S. 356 f.). Bei Leistungen zu vereinbarten Einheitspreisen kann sich die Schwierigkeit ergeben, dass ein bestimmter Einheitspreis Anteile für Kosten enthält, die gar noch nicht entstanden sind, oder die (umgekehrt) zur Vergütung der erbrachten Leistung nicht ausreichen, weil sie kalkulatorisch auf der hinfällig gewordenen Annahme beruhen, das Werk werde vollendet. Soweit dies zutrifft, muss der vertragliche Einheitspreis für die Berechnung der geschuldeten Teilvergütung adäquat angepasst werden (ähnlich wie im Fall von Mindermengen infolge einer Beststellungsänderung).

15 Art. 374 OR greift ein, soweit der "Preis (des vereinbarten Werkes) zum voraus entweder gar nicht oder nur ungefähr bestimmt worden" ist (darüber GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 653 ff.).

rechtigt noch verpflichtet, ein teilweise hergestelltes (allenfalls eingebautes) Werk zurückzunehmen¹⁶. Das alles wird in Art. 377 OR zwar nicht ausdrücklich gesagt, aber als selbstverständlich vorausgesetzt.

4. Mit der Pflicht des Bestellers, "die bereits geleistete Arbeit" zu vergüten, ist es nach Art. 377 OR nicht getan. Vielmehr schuldet der Besteller ausserdem (und zusätzlich) die "**volle Schadloshaltung des Unternehmers**". Der Unternehmer hat Anspruch auf Ersatz des Erfüllungsinteresses¹⁷; er ist finanziell so zu stellen, wie er im Ergebnis stände, wenn er gegen Vollendung des Werkes auch den Rest der Vergütung erhalten hätte. Im einzelnen:

a. Die Schadenersatzpflicht, die den Besteller nach Art. 377 OR trifft, hat ihren Grund im erklärten Rücktritt vom Vertrag. Da dieser Rücktritt jedoch "zu Recht" erfolgt, liegt ihr *keine Vertragsverletzung* zugrunde¹⁸. Vielmehr handelt es sich um eine Schadenersatzpflicht für erlaubte Schädigung, die kein Verschulden des Bestellers voraussetzt¹⁹. Die Beweislast für den erlittenen Schaden liegt beim Unternehmer.

b. Die Bestimmung des Art. 377 OR unterscheidet ausdrücklich zwischen der "Vergütung der bereits geleisteten Arbeit" und der "vollen Schadloshaltung" des Unternehmers. Danach tritt die Schadloshaltung, die der Besteller schuldet, zur Vergütung des bereits Geleisteten hinzu. Diese "*Additionsmethode*" wirkt sich auf die Berechnung des Schadenersatzanspruches aus:

Als Schaden zu ersetzen ist nur (aber immerhin) derjenige Vermögensnachteil, der dem Unternehmer dadurch entsteht, dass mit dem Entzug der noch nicht geleisteten Arbeit auch der entsprechende Vergütungsanspruch entfällt. Der betreffende Schaden kann in entgangenem Gewinn²⁰, aber auch darin bestehen, dass der Unternehmer infolge des Rücktritts einen Verlust erleidet, den er bei entgeltlicher Vollendung des Werkes überhaupt nicht²¹ oder in geringerem Umfang²² erlitten hätte. Durch den Ersatz des Schadens sollen die kaufmännischen Vorteile erhalten bleiben, die dem Unternehmer durch die Vergütung der zu Ende geführten Arbeiten erwachsen wären.

c. [39] Obwohl Art. 377 OR es nicht ausdrücklich sagt, muss der Unternehmer sich *anrechnen lassen*, was er durch anderweitige Verwendung seiner freigewordenen Kräfte erworben²³ oder treuwidrig zu erwerben unterlassen hat.

Was der Unternehmer durch anderweitige Verwendung seiner freigewordenen Kräfte (namentlich der freigewordenen Arbeitskräfte und Maschinen) *tatsächlich erwirbt*, verrin-

16 So auch SOERGEL, MünchKomm (1988), N 8 zu § 649 BGB.

17 BGE 96 II 196; DESSEMONTET, Zeitschrift für Schweizerisches Recht, 1987, II, S. 198.

18 Anders z.B. GAUTSCHI, Berner Kommentar, N 4b zu Art. 377 OR.

19 BGE 96 II 199.

20 BGE 96 II 196.

21 Verliert der Unternehmer durch die vorzeitige Vertragsauflösung mehr als seinen Gewinn, so ist ihm auch der zusätzliche Verlust als Schaden zu ersetzen.

22 Ich denke dabei an Fälle, in denen die von den Parteien getroffene Vergütungsvereinbarung nicht kostendeckend war. Bei solchen Verlustgeschäften ist möglich, dass dem Unternehmer infolge des Rücktritts ein grösserer Verlust erwächst, als er bei entgeltlicher Vollendung des Werkes erleiden würde (weil er z.B. für Personal und Maschinenpark vorübergehend keine andere Verwendungsmöglichkeit hat). Die Differenz ist Schaden, den der Besteller ersetzen muss.

23 BGE 34 II 265.

gert seinen Schaden. Der anderweitige Erwerb führt schon deshalb (nach den Grundsätzen der Vorteilsausgleichung) zu einer Verminderung des Ersatzanspruchs. Vorausgesetzt ist allerdings stets, dass dem Unternehmer dieser Erwerb gerade und nur wegen der vorzeitigen Vertragsauflösung ermöglicht wurde, so dass zwischen seinem anderweitigen Erwerb und dem Rücktritt des Bestellers ein ursächlicher Zusammenhang besteht. Ein Erwerb, der dem Unternehmer auch ohne Vertragsauflösung möglich gewesen wäre, kommt nicht in Abzug.

Der treuwidrig *unterlassene* Erwerb dagegen rechtfertigt eine Reduktion des Schadenersatzanspruches, weil der Unternehmer nach Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) gehalten ist, die zumutbaren Massnahmen zur Verringerung seines Schadens zu ergreifen. Verletzt der Unternehmer diese Obliegenheit zur Schadensminderung, indem er die durch den Vertragsrücktritt des Bestellers freigewordenen Kräfte, obwohl zumutbar, nicht anderweitig einsetzt, so kann der Richter die Ersatzpflicht des Bestellers ermässigen oder gänzlich von ihr entbinden. Art. 44 Abs. 1 OR, der die Herabsetzungsbefugnis des Richters im Deliktsrecht regelt, kommt sinngemäss zur Anwendung²⁴, obwohl die Ersatzpflicht des Art. 377 OR sich auf den Ausgleich einer *erlaubten* (nicht einer vertragswidrigen) Schädigung richtet²⁵. Dass der Unternehmer sich geradezu "*böswillig*" (§ 649 BGB) verhalten hat (etwa mit dem "bösen Willen", den Besteller zu schädigen), ist nicht vorausgesetzt.

- d. Eine "Pflicht" zur Schadensminderung besteht auch *hinsichtlich des Stoffes*, der vom Unternehmer für die Werkausführung erworben, aber noch nicht verwendet wurde. Dem Unternehmer obliegt es, im Rahmen des Zumutbaren für eine bestmögliche Verwertung oder Veräusserung (allenfalls für die Rücknahme durch den Lieferanten) zu sorgen. Eine Einbusse auf den Anschaffungspreis kann er nur insoweit in die Schadensberechnung einbeziehen, als sie trotz zumutbarer Vorkehren unvermeidbar war und der Besteller sich geweigert hat, den innerhalb nützlicher Frist angebotenen Stoff zum vollen Anschaffungspreis zu übernehmen.

5. Nach der "Additionsmethode" des Art. 377 OR setzt sich der Gesamtanspruch, der dem Unternehmer bei Rücktritt des Bestellers zusteht, aus zwei Elementen (dem Anspruch auf Teilvergütung und dem Schadenersatzanspruch) zusammen. Darin liegt ein gesetzgeberischer **Unterschied zur Vorschrift des § 649 BGB**. Denn diese Bestimmung belässt dem Unternehmer den Anspruch auf die Vergütung des *ganzen* Werkes, wenn [40] auch unter Abzug des infolge vorzeitiger Vertragsauflösung Ersparten, anderweitig Erworbenen oder böswillig Nicht-Erworbenen²⁶.

Die soeben erwähnte "*Abzugsmethode*", die § 649 BGB zugrundeliegt, mag "praktisch" sein, führt aber nicht notwendigerweise zum gleichen Gesamtergebnis wie die schweizerische "Additionsmethode"²⁷. Dennoch und trotz weiterer Differenzen in der Anwendung²⁸ wird in der Schweiz die Meinung vertreten, der Richter könne auch unter der Herrschaft des Art. 377 OR

24 GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 403. Zu eng war die bisher herrschende Meinung (z.B. BGE 96 II 199; GAUTSCHI, Berner Kommentar, N 17 zu Art. 377 OR), die eine sinngemässe Anwendung des Art. 44 Abs. 1 OR im Bereich des Art. 377 OR ganz generell abgelehnt hat (jetzt aber offengelassen: Bundesgericht, "Die Praxis des Bundesgerichts", 1988, S. 630).

25 Für die Haftung aus "vertragswidrigem Verhalten" vgl. Art. 99 Abs. 3 OR, der ausdrücklich erklärt, dass die deliktsrechtlichen Bestimmungen über das Mass der Haftung (und damit auch Art. 44 Abs. 1 OR) entsprechende Anwendung finden.

26 SOERGEL, MünchKomm (1988), N 10 ff. zu § 649 BGB.

27 Insbesondere bei nichtkostendeckender Vergütungsabrede können die rechnerischen Ergebnisse nach dieser und nach jener Methode voneinander abweichen.

28 Vgl. darüber GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 401.

zur "Abzugsmethode" greifen, wenn dies dem Willen des Unternehmers entspreche²⁹ oder nach den Umständen des Einzelfalles gerechtfertigt sei³⁰.

Diese Meinung verrät den starken Einfluss des deutschen Rechts. Doch widerspricht sie dem klaren Wortlaut des Art. 377 OR. Sie ist für das schweizerische Recht abzulehnen³¹, was die Vertragsparteien allerdings nicht daran hindert, sich durch Vereinbarung (und in Abweichung vom Gesetz) auf die "Abzugsmethode" festzulegen³².

6. Vom Rücktritt des Bestellers, den Art. 377 OR in der umschriebenen Weise regelt, ist **der blasse "Teilrücktritt"** zu unterscheiden. Mit ihm befasst das Gesetz sich überhaupt nicht. Das Schweigen des Gesetzes ist somit nicht "qualifiziert". Vielmehr stehen wir vor einer Gesetzeslücke, die es "modo legislatoris" auszufüllen gilt (Art. 1 Abs. 2 ZGB).

Die Verwandtschaft des "Teilrücktritts" mit dem Rücktritt des Art. 377 OR erlaubt (und verlangt), dass die bestehende Gesetzeslücke auf dem Wege der Analogie, durch sinngemässe Anwendung des Art. 377 OR, gefüllt wird³³. Das führt zum Ergebnis, dass der Besteller berechtigt ist, "gegen volle Schadloshaltung des Unternehmers" auch auf einen abtrennbaren Teil der noch ausstehenden Arbeiten zu verzichten, den Rest jedoch ausführen zu lassen³⁴. Doch bleibt zu beachten:

Kein Teilrücktritt ist das blosse *Retardierungsbegehren*, worin der Besteller den Unternehmer anweist, den Arbeitsbeginn oder die Werkausführung (z.B. durch temporäre Arbeitseinstellung oder durch schlichte Verlangsamung) vertragswidrig hinauszuzögern. Ein Recht zu einer solchen Retardierung steht dem Besteller nur dann zu, wenn es vereinbart wurde. Eine sinngemässe Anwendung des Art. 377 OR fällt ausser Betracht. Verzögert der Besteller den Beginn oder die Fortsetzung der Werkausführung, ohne hiezu berechtigt zu sein, so gerät er in Annahmeverzug (Art. 91 ff. OR).

II. Einzelfragen

[41] Im Zusammenhang mit Art. 377 OR stellen sich zahlreiche Einzelfragen³⁵, von denen ich hier nur die wichtigsten herausgreifen will. Sie betreffen:

1. Die Bindung des Bestellers an sein Vergütungsversprechen Für Schuldverträge gilt im allgemeinen der Grundsatz, dass Versprechen zu halten sind. Wer einem anderen eine Leistung vertraglich versprochen hat, ist an sein Versprechen in der Weise gebunden, dass er das Versprochene leisten muss. Die Wirkung des Versprechens besteht in der Pflicht zum versprechensgemässen Verhalten³⁶.

29 So: GAUTSCHI, Berner Kommentar, N 15d zu Art. 377 OR.

30 So: BGE 96 II 197; vgl. auch DESSEMONTET, Zeitschrift für Schweizerisches Recht, 1987, II, S. 198.

31 Vgl. auch PEDRAZZINI, in: "Schweizerisches Privatrecht" VII/1, S. 549 Anm. 27.

32 Vgl. z.B. Art. 184 der SIA-Norm 118, der sich für die "Abzugsmethode" entschieden hat. Die SIA-Norm 118 (herausgegeben vom Schweizerischen Ingenieur- und Architekten-Verein) enthält Allgemeine Vertragsbedingungen für Bauarbeiten. Nach Inhalt und praktischer Bedeutung ist sie vergleichbar mit der deutschen VOB.

33 Vgl. MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar, N 346 ff. zu Art. 1 ZGB.

34 Ebenso für das deutsche Recht: SOERGEL, MünchKomm (1988), N 3 zu § 649 BGB; WERNER/PASTOR, Der Bauprozess, 6. Aufl., 1990 Düsseldorf, Nr. 1122 f.

35 GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 404 ff.

36 SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Zürcher Kommentar zu Art. 1 - 17 OR, S. 257.

Was nun aber das Leistungsversprechen des Bestellers betrifft, so wird der erwähnte Grundsatz ("pacta sunt servanda") durch Art. 377 OR abgeschwächt. Unbeschränkt gilt der Grundsatz nur insoweit, als es um "die Vergütung der bereits geleisteten Arbeit" geht. Für den Rest dagegen hat der Besteller das Recht, sich durch Verzicht auf die Vollendung des Werkes von der Pflicht zur versprechensgemässen Bezahlung des Unternehmers zu befreien. Soweit der Besteller von diesem Recht Gebrauch macht und (durch Vertragsrücktritt) auf die Werkausführung verzichtet, reduziert sich seine Bindung an das abgegebene Leistungsversprechen auf die Pflicht zum Ersatz des Erfüllungsinteresses.

Dieser Norminhalt des Art. 377 OR wird als "ungewöhnlich" bezeichnet³⁷, was er, gemessen am eingangs erwähnten Grundsatz, auch ist. Indes steht Art. 377 OR nicht etwa *allein* (gewissermassen als unbedachter "Ausreisser") im schweizerischen Obligationenrecht. Vielmehr sind (um zwei weitere Beispiele zu nennen) auch der Auftraggeber im einfachen Auftrag (Art. 404 Abs. 1 OR)³⁸ und der Hinterleger (Art. 475 Abs. 1 OR) jederzeit zur Vertragsauflösung "ex nunc" berechtigt³⁹, wobei der geschuldete Schadenersatz sich sogar auf den Ersatz des Aufwandes beschränkt, den die Gegenpartei im Vertrauen auf den Fortbestand des Vertrages gemacht hat (Art. 404 Abs. 2 OR⁴⁰/ Art. 475 Abs. 2 OR⁴¹). Zusammen mit der Bestimmung des Art. 377 OR demonstrieren diese Beispiele, dass der Grundsatz, wonach das Versprochene (so, wie versprochen) zu leisten ist, kein unverrückbares Dogma darstellt. Nur pro memoria sei beigelegt, dass das gleiche (jederzeitige) Auflösungsrecht auch dem Beauftragten zusteht (Art. 404 Abs. 1 OR), während der Unternehmer im Werkvertrag über kein derartiges Recht verfügt.

2. [42] Das Verhältnis des Art. 377 OR zur Vertragsauflösung aus "wichtigem Grund".

Der "wichtige Grund" ist im schweizerischen Werkvertragsrecht kein gesetzlich geregelter Auflösungsgrund. Da Art. 377 OR den Rücktritt aber nicht an bestimmte Voraussetzungen knüpft, gestattet er dem Besteller, den Vertrag auch aus einem "wichtigen Grunde" aufzulösen, der ihm die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses unerträglich (unzumutbar) macht. Das steht ausser Zweifel⁴². *Unklar* dagegen ist, wie es sich in einem solchen Fall mit der Schadenersatzpflicht des Bestellers verhält.

- a. Meines Erachtens gibt es "wichtige Gründe", die den Besteller, wenn er deswegen vom Vertrag zurücktritt, von der Schadenersatzpflicht des Art. 377 OR (ganz oder teilweise) befreien⁴³. Art. 377 OR, der keinen einschlägigen Vorbehalt enthält, ist auch diesbezüglich lückenhaft (Art. 1 Abs. 2 ZGB) und bedarf einer entsprechenden Ergänzung. Das allerdings geht nicht ohne Schwierigkeiten ab. Denn:

37 GEHRER, in: Festschrift Assista, Genf 1989, S. 171.

38 Nach schweizerischem Recht ist der Auftrag entgeltlich, wenn eine Vergütung verabredet oder üblich ist (Art. 394 Abs. 3 OR).

39 Da die Vertragsauflösung "ex nunc" erfolgt, ist der andere Teil berechtigt, die vertragsgemässe Vergütung der bereits erbrachten Leistung zu verlangen.

40 Nach Art. 404 Abs. 2 OR ist "der zurücktretende Teil zum Ersatze des dem andern verursachten Schadens verpflichtet", falls die Auflösung "zur Unzeit" erfolgt. Dieser Schaden besteht in den nutzlos gewordenen Aufwendungen, die der andere Teil im Vertrauen auf die Weiterabwicklung des Vertrages gemacht hat. Erleidet der andere Teil einen solchen Vertrauensschaden, so erfolgt die vorzeitige Auflösung des Vertrages immer auch "zur Unzeit".

41 Nach Art. 475 Abs. 2 OR hat der Hinterleger, der den Vertrag vorzeitig auflöst, "dem Aufbewahrer den Aufwand zu ersetzen, den dieser mit Rücksicht auf die vereinbarte Zeit gemacht hat".

42 BGE 69 II 143; DESSEMONTET, Zeitschrift für Schweizerisches Recht, 1987, II, S. 196.

43 Im Ergebnis gleich: GAUTSCHI, Berner Kommentar, N 7 ff. zu Art. 378/379 OR; DESSEMONTET, Zeitschrift für Schweizerisches Recht, 1987, II, S. 196.

Die Frage, wie die "wichtigen Gründe" beschaffen sein müssen, um den Besteller von der Schadenersatzpflicht zu befreien, lässt sich nicht leicht beantworten. Das Bundesgericht ist äusserst zurückhaltend⁴⁴, spricht sich in einer älteren Entscheidung (BGE 69 II 144) aber doch für eine Befreiung aus, wenn "la condamnation du maître aux prestations légales serait manifestement d'une rigueur excessive".

- b. Dieser Gerichtssatz weist zwar in die richtige Richtung, bedarf jedoch der Konkretisierung. Lehre und Rechtsprechung, die sich die Aufgabe der Rechtsfortbildung teilen, haben die Frage, wann eine Befreiung des Bestellers sich rechtfertigt, anhand von Fallgruppen zu entscheiden.

Eine praktisch bedeutsame Gruppe umfasst jene Fälle, in denen der "wichtige Grund" darauf beruht, dass der Unternehmer durch sein vorwerfbares Verhalten (z.B. durch grobe Vertragsgefährdung, durch Verleumdung oder durch Bezahlung von Schmiergeldern⁴⁵) die Vertragsfortsetzung für den Besteller unzumutbar macht⁴⁶. In solchen Fällen drängt sich eine Befreiung des Bestellers von der Schadenersatzpflicht schon unter dem Gesichtspunkt des Rechtsmissbrauches (Art. 2 Abs. 2 ZGB) auf⁴⁷. Bei wertender Betrachtung erscheint es sogar richtig, den Vertragspartner des betreffenden Unternehmers auch von der Pflicht zur Vergütung der bereits geleisteten Arbeit zu entbinden, soweit der ausgeführte Werkteil für ihn unbrauchbar ist⁴⁸.

Anders verhält es sich z.B. dann, wenn der Besteller nur deshalb vom Vertrag zurücktritt, weil er für das vereinbarte Werk keine Verwendung mehr hat. Dass für den Besteller die Verwendungsmöglichkeit weggefallen ist, bildet (zumindest im Normalfall) keinen Grund, um an den gesetzlichen Folgen des Rücktritts ([43] Schadenersatzpflicht und Teilvergütung) etwas zu ändern⁴⁹. Schon deshalb bleibt ein Hauptunternehmer, der den Subunternehmervertrag nach Art. 377 OR auflöst, auch dann zur Leistung der Teilvergütung und des Schadenersatzes verpflichtet, wenn er den Rücktritt erklärt, weil sein eigener Vertrag vom Hauptbesteller aufgelöst wurde. Dasselbe gilt für ein Gemeinwesen, das vom Vertrag zurücktritt, weil es durch eine Volksinitiative daran gehindert wird, das bestellte Werk vollenden zu lassen⁵⁰.

3. Das Verhältnis des Art. 377 OR zu den besonderen Auflösungsregeln des Gesetzes.

Das Gesetz enthält verschiedene Regeln (namentlich Verzugsregeln), die dem Besteller unter bestimmten Voraussetzungen ein speziell geordnetes Auflösungsrecht einräumen. Was deren Verhältnis zu Art. 377 OR anbetrifft, gilt die folgende Rechtslage:

- a. Steht dem Besteller im konkreten Einzelfall die Möglichkeit offen, den Werkvertrag nach Massgabe einer einschlägigen Sonderregel (unter Einhaltung der darin vorgeschriebenen

44 Vgl. "Die Praxis des Bundesgerichts", 1988, S. 629 f.

45 Pro memoria: Art. 4 lit. b des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (1986) enthält eine ausdrückliche Bestimmung, die sich gegen das Anbieten und Bezahlen von Schmiergeldern richtet.

46 Vgl. ESSER/WEYERS, Schuldrecht II, § 34a I, S. 262; WERNER/PASTOR, a.a.O., Nr. 1145 ff.

47 Vgl. auch LOCHER, a.a.O., S. 42.

48 Vgl. sinngemäss Art. 379 Abs. 2 OR; anderer Ansicht: GAUTSCHI, Berner Kommentar, N 10 zu Art. 378/379 OR.

49 Vgl. sinngemäss JÄGGI/GAUCH, Zürcher Kommentar, N 654 f. zu Art. 18 OR. Eine abweichende Lösung wäre höchstens für Sonderfälle denkbar, in denen die Verwendungsmöglichkeit durch eine tiefgreifende Änderung der Sozialexistenz (z.B. durch Krieg, schwere Naturkatastrophen u.s.w.) betroffen wird (vgl. JÄGGI/GAUCH, N 629 zu Art. 18 OR).

50 Vgl. BGE 94 I 126.

Modalitäten) aufzulösen, so ändert dies zwar nichts an seinem Rücktrittsrecht nach Art. 377 OR. Erklärt ein solcher Besteller aber den Rücktritt nach Art. 377 OR, statt nach der besonderen Auflösungsregel⁵¹ vorzugehen, so wird er von den gesetzlichen Folgen des Art. 377 OR (namentlich von der Schadenersatzpflicht) in keinem Fall (auch nicht bei Vorliegen eines "wichtigen Grundes") befreit.

Umgekehrt richten sich die Folgen der Vertragsauflösung nach den besonderen Auflösungsregeln (nicht nach Art. 377 OR), wenn der Besteller den Vertrag nach *diesen* Regeln (nicht nach Art. 377 OR) auflöst. Ist der Vertrag einmal aufgelöst, so entfällt das Rücktrittsrecht des Art. 377 OR, weil ein aufgehobener Werkvertrag rechtlich nicht nochmals aufgelöst werden kann.

- b. Das zuletzt Gesagte gilt natürlich auch für den Fall, da die vorzeitige Auflösung des Werkvertrages *schon von Gesetzes wegen* (also unmittelbar und ohne Erklärung des Bestellers) eintritt. Deshalb ist ein Rücktritt nach Art. 377 OR nicht nur überflüssig, sondern ausgeschlossen, sobald die Vollendung des Werkes unmöglich wird (Art. 97 Abs. 1, Art. 119 und Art. 378 f. OR). Tritt die *Unmöglichkeit* allerdings "*aus Verhältnissen des Bestellers*" ein, so hat der Unternehmer (wie im Fall des Art. 377 OR) "Anspruch auf Vergütung der bereits geleisteten Arbeit und der im Preise nicht inbegriffenen Auslagen" (Art. 378 Abs. 1 OR); ausserdem kann er, "falls den Besteller ein Verschulden trifft,... Schadenersatz verlangen" (Art. 378 Abs. 2 OR).

Dass der Unternehmer "Schadenersatz verlangen" kann, wenn der Besteller die Unmöglichkeit der Vollendung "verschuldet" hat (Art. 378 Abs. 2 OR), ist eine wohlbegründete Bestimmung. Sie steht im Zusammenhang mit der Regel des Art. 377 OR, die den Besteller bei Vertragsrücktritt zu Schadenersatz verpflichtet. In konsequenter Weiterführung dieser Schadenersatzregel belastet sie den Besteller [44] mit der Obliegenheit, zur Meidung der Schadenersatzfolge die Vollendung des Werkes nicht selber unmöglich zu machen⁵². Verletzt der Besteller die genannte Obliegenheit in zurechenbarer Weise, so trifft ihn ein "Verschulden"⁵³, das nach Art. 378 Abs. 2 OR die gleiche Schadenersatzpflicht auslöst wie der Vertragsrücktritt nach Art. 377 OR⁵⁴. So gesehen ergänzt und vervollständigt Art. 378 Abs. 2 OR die Schadenersatzregel des Art. 377 OR.

4. Das Verhältnis des Art. 377 OR zu abweichenden Vertragsabreden. Vertragsabreden der Parteien gehen, wenn sie gültig vereinbart sind, der Bestimmung des Art. 377 OR vor. Art. 377 OR enthält also dispositives Recht, von dem die Parteien im Rahmen der Vertragsfreiheit (Art. 19 f. OR) durch Vereinbarung abweichen können. Möglich ist insbesondere, dass die Schadenersatzpflicht des Bestellers, der vom Vertrag zurücktritt, schon zum voraus durch Parteiabrede begrenzt oder ausgeschlossen wird. Wie aber verhält es sich mit dem Rücktrittsrecht als solchem? Darüber gehen die Meinungen auseinander.

51 Allenfalls unter Ansetzung einer verlangten Nachfrist.

52 Vgl. dazu LARENZ, Schuldrecht I (14. Aufl.), § 25 III, S. 400.

53 Das "Verschulden" des Art. 378 Abs. 2 OR setzt also weder eine Vertragsverletzung noch überhaupt ein Verschulden im juristisch-technischen Sinne voraus.

54 Im einzelnen: GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 513 ff.

- a. Nach der hier vertretenen Auffassung ist auch *das Rücktrittsrecht*, das Art. 377 OR dem Besteller einräumt, dispositiver Natur⁵⁵. Nach anderer Ansicht soll es dagegen zwingend sein⁵⁶. Argumentiert wird vor allem mit dem Hinweis, der Unternehmer habe weder ein "Recht auf die Werkausführung" noch ein eigenes Interesse, das Werk tatsächlich auszuführen. Diese Argumente, die für den zwingenden Charakter des Rücktrittsrechtes vorgebracht werden, vermögen jedoch nicht zu überzeugen. Denn:
- Das erste Argument, wonach der Unternehmer "*kein Recht auf die Werkausführung*" hat⁵⁷, ist ein Scheinargument. Das tritt klar zu Tage, wenn man die möglichen Aussagen prüft, die das Argument enthält.
Entweder beschränkt das Argument sich auf die Aussage, dass der Besteller zur jederzeitigen Abbestellung des Werkes berechtigt ist. Dann umschreibt es, zwar mit andern Worten und vom Unternehmer aus betrachtet, die Rechtslage, die sich aus Art. 377 OR ergibt. Die blosse Umschreibung dieser Rechtslage, mag sie auch in andere Worte gekleidet sein, taugt aber nicht zur Begründung, dass das Rücktrittsrecht des Bestellers zugleich auch zwingend ist.
Oder das Argument beinhaltet die Aussage, dass ein Recht des Unternehmers zur Werkausführung in keinem Fall bestehe, auch nicht, wenn ein solches Recht vereinbart wurde. Diese Aussage wiederholt lediglich die These vom zwingenden Charakter des Rücktrittsrechtes, ohne die These zu begründen.
 - Das zweite Argument unterstellt dem Unternehmer, dass er nur am Werklohn interessiert sei, also *kein eigenes Interesse an der tatsächlichen Ausführung [45] des Werkes* habe. Das mag für die meisten Fälle zutreffen. Doch gibt es durchaus auch andere Fälle, in denen der Unternehmer (vielleicht sogar "primär") daran interessiert ist, das vereinbarte Werk wirklich auszuführen⁵⁸. Im Eigeninteresse an der tatsächlichen Werkausführung liegt ja gerade der Grund, weshalb ein Unternehmer das in Art. 377 OR vorgesehene Rücktrittsrecht des Bestellers vertraglich wegbedingt. Wer die Gültigkeit der getroffenen Abrede deshalb bestreitet, weil es an einem entsprechenden Interesse des Unternehmers fehle, setzt sich in Widerspruch zur tatsächlichen Interessenlage.
- b. Somit bleibt es dabei, dass das *Rücktrittsrecht des Art. 377 OR nur dispositiven (nicht zwingenden) Charakter* hat. Grundsätzlich sind die Parteien daher frei, das Recht des Bestellers wegzubedingen, an bestimmte Voraussetzungen (z.B. an das Vorliegen eines "wichtigen Grundes") zu knüpfen oder dessen Ausübung zu erschweren. Eine solche Vereinbarung ist aber, was sich von selbst versteht, nur insoweit gültig, als sie nicht ausnahmsweise gegen das Persönlichkeitsrecht des Bestellers verstösst (Art. 19 Abs. 2 OR/Art. 27 Abs. 2 ZGB)⁵⁹. Insbesondere muss der Besteller immer und uneingeschränkt berechtigt sein, den Vertrag aus einem "wichtigen Grunde" aufzulösen. Abreden, die dieses Recht aufheben oder

55 GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 412; vgl. auch LEUENBERGER, Zeitschrift für Schweizerisches Recht 1987, II, S. 71; DESSEMONTET, Zeitschrift für Schweizerisches Recht, 1987, II, S. 196 f.

56 Vgl. GAUTSCHI, N 10 zu Art. 377 OR; Tercier, in: "Baurecht" (Mitteilungen zum privaten und öffentlichen Baurecht, Fribourg), 1983, S. 16, Anmerkung zu Nr. 7; TERCIER, La partie spéciale du Code des obligations, Zürich 1988, S. 355.

57 BGE 69 II 143.

58 Vgl. die Beispiele bei GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 413.

59 DESSEMONTET, Zeitschrift für Schweizerisches Recht, 1987, II, S. 197.

beeinträchtigen, beschränken die Freiheit des Bestellers in sittenwidriger Weise (Art. 27 Abs. 2 ZGB) und sind deshalb unwirksam (Art. 19 Abs. 2 OR).

- c. Soweit das Rücktrittsrecht des Bestellers durch (gültige) Vereinbarung ausgeschlossen ist, hat der Unternehmer einen *vertraglichen Anspruch auf die tatsächliche Ausführung des Werkes*. Verletzt der Besteller diesen Anspruch, indem er den Unternehmer an der vertragsgemässen Werkausführung ungerechtfertigterweise hindert, so kann der Unternehmer, wenn er sein Recht auf die tatsächliche Werkausführung nicht durch Erfüllungsklage und Realvollstreckung⁶⁰ durchsetzen will, den Werkvertrag aus "wichtigem Grunde" auflösen⁶¹. Greift der Unternehmer zum Mittel der Vertragsauflösung, so ist der vertragsbrüchige Besteller "zur Vergütung der bereits geleisteten Arbeit" und zur "vollen Schadloshaltung des Unternehmers" verpflichtet. Insofern verhält sich die Rechtslage gleich, wie wenn der Besteller nach Art. 377 OR vom Vertrag zurücktritt.

Ein wichtiger *Unterschied zu Art. 377 OR* besteht jedoch darin, dass *im vorliegenden Fall* auch das Vermögensinteresse des Unternehmers an der tatsächlichen Ausführung des Werkes (nicht nur das Interesse an der Vergütung) geschützt wird. Deshalb ist hier der Besteller (anders als nach Art. 377 OR) verpflichtet, auch jene Vermögensnachteile auszugleichen, die dem Unternehmer schon aus der schlichten Tatsache entstehen, dass er um die tatsächliche Werkausführung gebracht wird⁶². Es handelt es sich um "vergütungsunabhängige" Nachteile, die der Unternehmer auch dann erlitten, wenn er die Werkausführung unentgeltlich übernommen hätte.

[46] Solche Vermögensnachteile des Unternehmers, die mit der schlichten Nichtvollendung des Werkes zusammenhängen, mag man als "*reinen Nichtausführungsschaden*" bezeichnen. Sie kommen in verschiedenen Erscheinungsformen vor. Zum Beispiel kann der Unternehmer deshalb geschädigt werden, weil die Nichtvollendung des Werkes zum Verlust von Folgeaufträgen, zur Disqualifizierung für spätere Angebotsverfahren⁶³ oder zum Weggang qualifizierter Mitarbeiter führen. Soweit ein derartiger Schaden, sich nicht ziffermässig nachweisen lässt, liegt der Entscheid über das Vorhandensein⁶⁴ und die Höhe des erlittenen Vermögensnachteils im Ermessen des Richters, der für seinen Ermessensentscheid den gewöhnlichen Lauf der Dinge und die vom Geschädigten getroffenen Massnahmen berücksichtigen muss (Art. 42 Abs. 2, 99 Abs. 3 OR).

5. Die Anwendung des Art. 377 OR auf Vorverträge. Vorverträge, in denen eine Partei sich zum Abschluss eines künftigen Werkvertrages verpflichtet, können nach Art. 22 OR (auch zugunsten eines Dritten, Art. 112 OR) gültig vereinbart werden⁶⁵. Doch wäre es übertriebener

60 Eine Realvollstreckung dürfte in aller Regel mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden sein.

61 Vgl. GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 419; GEHRER, in: Festschrift Assista, Genf 1989, S. 184 f.

62 Diese erweiterte Schadenersatzpflicht ist die konsequente Folge davon, dass der Unternehmer nach dem Inhalt des aufgelösten Werkvertrages zur tatsächlichen Ausführung des Werkes berechtigt war. Nebst einem adäquaten Kausalzusammenhang zwischen der Nichtvollendung des Werkes und dem eingetretenen Schaden setzt sie voraus, dass den vertragsbrüchigen Besteller ein Verschulden (oder eine entsprechende Hilfspersonenhaftung) trifft.

63 Weil der Unternehmer das Werk nicht tatsächlich zu Ende führen kann, sind z.B. Vorbedingungen für die Zulassung zu einer späteren Submission nicht mehr erfüllt.

64 Die Regel des Art. 42 Abs. 2 OR bezieht sich nicht nur auf die Höhe, sondern schon auf das Vorhandensein des Schadens (vgl. BGE 95 II 501).

65 Sie haben meistens die Erscheinungsform einer "Unternehmerklausel". In ihr verspricht der Käufer eines Grundstücks, dass er bestimmte Bauarbeiten dem Verkäufer oder einem Dritten übertragen werde.

Formalismus, wollte man den Verpflichteten zum Abschluss eines Werkvertrages zwingen, den er, kaum abgeschlossen, nach Art. 377 OR sofort wieder aufheben könnte⁶⁶. Art. 377 OR erlaubt daher dem Abschlusspflichtigen, nicht erst vom *Werkvertrag*, sondern (gegen "volle Schadloshaltung" des Berechtigten) schon vom *Vorvertrag* zurückzutreten. Das hat zur Konsequenz, dass eine reale Durchsetzung der vereinbarten Abschlusspflicht (durch richterliche Herbeiführung des "geschuldeten" Werkvertrages) praktisch ausgeschlossen ist.

Das Gesagte gilt auch für den Fall, da ein Ausschreiber von Bauarbeiten im Submissionsverfahren versprochen hat, den Werkvertrag über die ausgeschriebenen Arbeiten mit demjenigen Bieter abzuschliessen, der den "Bauftrag" bei korrekter Anwendung der massgeblichen Vergaberegeln erhalten soll. Ein solches Versprechen des Ausschreibers ist allerdings nicht leichthin anzunehmen. Es ergibt sich weder aus der Ausschreibung allein noch aus der blossen Tatsache, dass die Submissionsbedingungen bestimmte Vergaberegeln enthalten. Die zuletzt genannte Tatsache hat, für sich genommen, Bedeutung nur unter dem Gesichtspunkt der "culpa in contrahendo", indem die anwendbaren Vergaberegeln das Treuverhältnis zwischen Ausschreiber und Bieter inhaltlich ausgestalten⁶⁷.

6. Die Mängelhaftung des Unternehmers bei Rücktritt des Bestellers. Tritt der Besteller nach Art. 377 OR vom Vertrag zurück, so hat er Anspruch auf den bereits ausgeführten Teil des Werkes, den er vergüten muss. Das wurde bereits gesagt, ohne jedoch auf die Frage einzutreten, wie es sich mit der Mängelhaftung (der "Sachgewährleistung") des Unternehmers für das ausgeführte Teilwerk verhält. Das Gesetz gibt auf diese [47] Frage keine unmittelbare Antwort. Das aber bedeutet nicht, dass der Unternehmer von jeglicher Haftung befreit wäre. Vielmehr besteht die folgende Rechtslage⁶⁸:

Zwar stellt der blosser Umstand, dass das begonnene Werk im Zeitpunkt des Rücktritts noch unvollendet ist, keinen Mangel dar, der eine Mängelhaftung des Unternehmers auslöst. Doch kann das unvollendete Werk deshalb mangelhaft sein, weil ihm eine Eigenschaft fehlt, die es trotz seiner Nichtvollendung in diesem Stadium der Ausführung haben sollte. Alsdann rechtfertigt es sich, die gesetzlichen Bestimmungen über die Mängelhaftung sinngemäss anzuwenden und den Unternehmer entsprechend den Artikeln 367–371 OR haften zu lassen.

In sinngemässer Anwendung des Art. 368 OR hat der Besteller das Recht, bei gegebenen Voraussetzungen (vgl. auch Art. 369 OR) entweder die Annahme des ausgeführten Werkteils und dessen Vergütung zu verweigern⁶⁹, die unentgeltliche Beseitigung des Mangels zu verlangen⁷⁰ oder einen dem Minderwert des Werkteils entsprechenden Abzug von der Teilvergütung zu machen. Bei Verschulden des Unternehmers⁷¹ darf der Besteller ausserdem (und zusätzlich) Ersatz

66 Vgl. sinngemäss BGE 98 II 312.

67 Vgl. GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 365.

68 Vgl. GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 1776 ff.

69 Diese "Teilwandelung" setzt voraus, dass dem Besteller die Annahme des ausgeführten Werkteiles "billigerweise nicht zugemutet werden kann" (Art. 368 Abs. 1 und 3 OR). Sie entbindet den Besteller zwar von der nach Art. 377 OR geschuldeten Teilvergütung; was aber den Entzug der noch nicht ausgeführten Arbeit betrifft, bleibt der Besteller zur "vollen Schadloshaltung des Unternehmers" verpflichtet (Art. 377 OR), wenn die Verpflichtung nicht ausnahmsweise (gestützt auf einen "wichtigen Grund") entfällt.

70 Dieses Recht des Bestellers auf Verbesserung setzt voraus, dass dem Unternehmer aus der Beseitigung des Mangels (verglichen mit dem Interesse des Bestellers) nicht "übermässige Kosten" entstehen (Art. 368 Abs. 2 OR). Der Rücktritt des Bestellers (Art. 377 OR) hindert aber nicht, dass der Unternehmer zur Verbesserung des mangelhaften Werkteils verpflichtet wird, falls der Besteller von seinem Nachbesserungsrecht Gebrauch macht.

71 Dem Verschulden gleich steht der Fall, dass der Unternehmer nach Massgabe des Art. 101 OR für ein entsprechendes Verhalten einer Hilfsperson einstehen muss.

des aus dem Mangel entstandenen Folgeschadens fordern (Art. 368 OR). Die Frist zur Prüfung des Werkes (Art. 367 Abs. 1 OR)⁷² und die Verjährungsfrist für die Mängelrechte (Art. 371 OR) beginnen mit der vorzeitigen Auflösung des Vertrages oder (wo eine solche erforderlich ist) mit der körperlichen Übertragung des unvollendeten Werkes zu laufen.

III. Die Anwendung des Art. 377 OR auf den Totalunternehmervertrag

1. Der Totalunternehmervertrag, durch den ein Generalunternehmer nicht nur die gesamte Bauausführung, sondern auch die Planungsarbeiten (namentlich die [48] Projektierung des Bauwerkes) übernimmt⁷³, ist nach schweizerischem Recht ein **Werkvertrag**⁷⁴. Somit untersteht er den Regeln des Werkvertragsrechts. Das gilt auch für die Rücktrittsregel des Art. 377 OR.

Das letztere ist unproblematisch, wenn der Besteller vom Vertrag erst zurücktritt, nachdem mit der Bauausführung schon begonnen wurde. Schwierigkeiten ergeben sich jedoch dann, wenn der Besteller den Rücktritt noch *vor Beginn der Bauausführung* erklärt. Alsdann stellt sich die *Frage*, ob der Besteller auch in diesem Fall zur "vollen Schadloshaltung" des Unternehmers verpflichtet ist, wie Art. 377 OR es vorschreibt. Trifft dies zu, so hat der Besteller jeweils nur die Wahl, entweder das vom Totalunternehmer erarbeitete Projekt (vielleicht "widerwillig") ausführen zu lassen, ein neues Projekt zu verlangen (und zu bezahlen) oder den aus der Nichtausführung des Projektes entstehenden Schaden zu ersetzen. Um die Freiheit des Bestellers, von der Ausführung eines missliebigen Projektes abzusehen, ist es (mit Rücksicht auf die finanziellen Konsequenzen) praktisch geschehen!

2. Im Rechtsalltag spielt die aufgeworfene Frage eine erhebliche Rolle. In einem kürzlich ergangenen Entscheid hat **das Bundesgericht**⁷⁵ die Schadenersatzpflicht des Bestellers für den konkreten Streitfall verneint. Dabei ging es um einen Besteller, der vom vereinbarten Totalunternehmervertrag zurückgetreten war, weil er ausserstande sei, die Ausführung des Projektes zu finanzieren, das der Unternehmer nach der Besprechung verschiedener Varianten schliesslich ausgearbeitet hatte.

72 Die Dauer dieser Frist bestimmt sich "nach dem üblichen Geschäftsgang" (vgl. GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 1518 ff.). Sobald es "nach dem üblichen Geschäftsgange tunlich ist", hat der Besteller die Beschaffenheit des Werkteils zu prüfen "und den Unternehmer von allfälligen Mängeln in Kenntnis zu setzen" (Art. 367 Abs. 1 OR, sinngemäss). Verletzt er diese Obliegenheit, so gilt der mangelhafte Werkteil als genehmigt, "soweit es sich nicht um Mängel handelt, die bei der ordnungsmässigen Prüfung nicht erkennbar waren oder vom Unternehmer absichtlich verschwiegen wurden" (Art. 370 Abs. 1 und 2 OR, sinngemäss).

73 Gemeint ist hier der eigentliche Totalunternehmervertrag mit "integrierter Planung". Ausser Betracht bleibt der unechte Totalunternehmervertrag, der erst abgeschlossen wird, nachdem der Unternehmer das Projekt (z.B. in Erfüllung eines vorgängigen Projektierungsvertrages) bereits erstellt hat.

74 Vgl. z.B. BGE 114 II 54 ff.; GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 196 ff.; SCHUMACHER, Bauen mit einem Generalunternehmer, in "Baurecht" (Mitteilungen zum privaten und öffentlichen Baurecht, Fribourg) 1983, S. 43 f.; anders z.B. MOSIMANN, Der Generalunternehmervertrag im Baugewerbe, Diss. Zürich 1972, S. 82 ff., und PEDRAZZINI, a.a.O., S. 508 f., die ein aus Auftrag (Planungsphase) und Werkvertrag (Ausführungsphase) gemischtes Vertragsverhältnis annehmen.

75 Bundesgerichtsentscheid (I. Zivilabteilung) vom 1. März 1988. Dieser Entscheid wurde in der amtlichen Sammlung (BGE 114 II 53 ff.) leider nur zum Teil abgedruckt. Eine umfassende Orientierung vermittelt meine Urteilsbesprechung in "Baurecht" (Mitteilungen zum privaten und öffentlichen Baurecht, Fribourg) 1989, S. 39 ff., worauf ich für die weiteren Ausführungen verweise.

- a. In seinem Urteil (das hier nur "rudimentär" rapportiert wird) bekräftigt das Bundesgericht zwar die grundsätzliche Anwendbarkeit des Art. 377 OR auch auf Totalunternehmerverträge. Die in Art. 377 OR vorgesehene Pflicht des Bestellers zur vollen Schadloshaltung des Unternehmers betrachtet das Gericht jedoch (zu Recht) als dispositive Regel; und diese Regel lässt es im konkreten Fall hinter *die eigene (richterliche) Vertragsergänzung* zurücktreten. In richterlicher Ergänzung des Vertrages kommt das Gericht zum Schluss, dass der konkrete Besteller gegen Entschädigung der bereits erbrachten Leistungen vom Totalunternehmervertrag zurücktreten konnte, ohne schadenersatzpflichtig zu sein⁷⁶.
- b. Dieses Ergebnis mag überraschen, weil es von der Schadenersatzregel des Art. 377 OR abweicht. Ob es "*sachlich*" richtig (und insofern "gerecht") ist, kann nur beurteilen, wer die Vertrags- und Fallgestaltung kennt, die dem Entscheid [49] zugrundeliegt. Um aber vorliegend auf eine "fallbezogene" Beurteilung einzutreten, wäre ich gezwungen, den gesamten Sachverhalt auszubreiten. Davon möchte ich absehen⁷⁷. Denn viel wichtiger (weil von allgemeiner Tragweite) erscheint mir die *Grundsatzfrage*, ob der Entscheid sich "methodisch" rechtfertigen lässt.

Diese Grundsatzfrage ist zu bejahen. Denn als *dispositive Regel* kann die gesetzliche Schadenersatzpflicht des Art. 377 OR nicht nur an einer abweichenden Abrede der Parteien scheitern. Vielmehr findet sie auch insoweit keine Anwendung, als sie ausnahmsweise nicht zum konkret vereinbarten Inhalt des Vertrages passt, weil sie diesen Inhalt aufgrund der besonderen Vertragsgestaltung und der Interessenlage der Parteien nicht sinnvoll ergänzt⁷⁸. Trifft dies im Einzelfall zu, so muss der Richter, statt die dispositive Schadenersatzregel des Art. 377 OR anzuwenden, den Vertrag nach dem "hypothetischen Parteiwillen"⁷⁹ ergänzen⁸⁰. Genau das hat das Bundesgericht im vorliegenden Fall getan, wenn es auch davon absah, sich mit dem Verhältnis zwischen dispositivem Gesetzesrecht und richterlicher Vertragsergänzung dogmatisch-vertieft auseinanderzusetzen.

3. Obwohl der Entscheid des Bundesgerichts einen konkreten Einzelfall betrifft und sich auf dessen Lösung beschränkt, ist er doch **von grundlegender Bedeutung**. Denn im Ergebnis bestätigt er den Lehrsatz, dass dispositive Normen des Gesetzes hinter die richterliche Vertragsergänzung (nach Massgabe des "hypothetischen Parteiwillens") zurücktreten, soweit sie nicht zum vereinbarten Vertragsinhalt passen⁸¹. Aus diesem Satz aber kann sich in vielen weiteren Fällen ergeben, dass der Besteller, der nach Art. 377 OR auf die Ausführung des Projektes verzichtet, von der

76 Vgl. GAUCH, in "Baurecht" (Mitteilungen zum privaten und öffentlichen Baurecht, Fribourg) 1989, S. 39 f.

77 Vgl. aber GAUCH, in "Baurecht" (Mitteilungen zum privaten und öffentlichen Baurecht, Fribourg) 1989, S. 39 ff. und S. 40 Anm. 19.

78 Vgl. z.B. JÄGGI/GAUCH, Zürcher Kommentar, N 514 und N 515 ff. zu Art. 18 OR.

79 Der "hypothetische Parteiwille" ist eine Denkfigur. Sie weist den Richter an, sich bei der Ergänzung eines lückenhaften Vertrages an dem zu orientieren, was die Parteien als vernünftig und redlich handelnde Vertragspartner gewollt haben würden, wenn sie die vertraglich offengebliebene Rechtsfrage selber geregelt und so die Vertragslücke vermieden hätten (JÄGGI/GAUCH, Zürcher Kommentar, N 498 zu Art. 18 OR; KRAMER, Berner Kommentar, N 238 zu Art. 18 OR). Der gleiche Gedanke wird ausgedrückt durch das Erfordernis, der Vertrag sei nach der "Natur des Geschäfts", "nach Treu und Glauben" oder nach dem "Zweck und Sinnzusammenhang des Vertrages" zu ergänzen (JÄGGI/GAUCH, N 499 zu Art. 18 OR, mit Zitaten).

80 JÄGGI/GAUCH, Zürcher Kommentar, N 515 ff. zu Art. 18 OR; KRAMER, Berner Kommentar, N 237 zu Art. 18 OR.

81 JÄGGI/GAUCH, Zürcher Kommentar, N 515 und N 518 zu Art. 18 OR.

Pflicht zur vollen Schadloshaltung des Totalunternehmers befreit ist⁸². Eine solche Befreiung entspricht einem offenbaren Schutzbedürfnis des Bestellers, indem sie es ihm erleichtert, von der Realisierung eines missliebigen Projektes abzusehen. Im einzelnen ist jedoch zu beachten:

- a. Das erwähnte Schutzbedürfnis reicht nicht aus, um den Besteller, der durch Rücktritt vom Werkvertrag auf die Ausführung des vom Unternehmer erarbeiteten Projektes verzichtet, in *jedem Fall* von der Schadenersatzpflicht des Art. 377 OR zu befreien. Für den Entscheid der Frage, ob die Schadenersatzregel des Art. 377 OR eingreift oder nicht, *kommt es vielmehr auf die Umstände des Einzelfalles an*, namentlich auch darauf, wie weit die Konkretisierung der Bauidee fortgeschritten war, als [50] der Totalunternehmer mit seiner Projektierungsarbeit begann. Überhaupt muss eine vorschnelle Befreiung des Bestellers unter Bezugnahme auf den "hypothetischen Parteiwillen" schon deshalb vermieden werden, weil die Schadenersatzregel des Art. 377 OR als dispositives Gesetzesrecht ein vorrangiges Mittel zur Vertragsergänzung ist.
- b. Möglich ist auch eine nur *partielle Befreiung* von der Schadenersatzpflicht. Das gilt etwa für den Fall, da der Totalunternehmer im Vertrauen auf die Ausführung des Projektes (in guten Treuen) Vorkehren getroffen hat, die sich nach der Auflösung des Vertrages als unnütz erweisen. Selbst wenn der Besteller nach Massgabe der konkreten Umstände vom Ersatz des Erfüllungsinteresses (Art. 377 OR) befreit ist, so muss er doch die Kosten dieser Vorkehren als Vertrauensschaden ersetzen⁸³.
- c. Eine Befreiung von der Schadenersatzpflicht fällt *gänzlich ausser Betracht*, wenn der Besteller vom Vertrag erst zurücktritt, nachdem er das Projekt des Unternehmers endgültig genehmigt hat. Dasselbe gilt, wenn der Besteller das vom Totalunternehmer ausgearbeitete Projekt durch einen Dritten ausführen lässt. Vorbehalten bleibt allerdings immer die erörterte Möglichkeit, dass die Schadenersatzpflicht deshalb entfällt, weil ein "wichtiger Grund" zur Vertragsauflösung bestand.
- d. Ist der Besteller von der Schadenersatzpflicht befreit, so bleibt er dennoch verpflichtet, die vom Unternehmer *bereits geleistete Arbeit* zu vergüten. Wie ausgeführt, gehört es zur Eigenart des Art. 377 OR, dass er zwischen der Schadenersatzpflicht des Bestellers und dessen Pflicht zur Vergütung des Geleisteten strikte unterscheidet.

4. Einfacher ist die Rechtslage natürlich dann, wenn die Schadenersatzfrage durch vertragliche **Vereinbarung** geregelt wurde. Trifft dies zu, so gilt das Vereinbarte.

Vereinbart kann z.B. sein, dass der Besteller zum Ersatz des vollen Erfüllungsinteresses (Art. 377 OR) auch dann verpflichtet ist, wenn er den Totalunternehmervertrag auflöst, noch bevor die Ausführungsphase begonnen hat. Umgekehrt können die Parteien aber auch vereinbaren, dass die Schadenersatzpflicht des Bestellers ganz oder teilweise entfällt, wenn der Rücktritt noch in die Projektierungsphase fällt.

Mancher Richter, der den Besteller von der Schadenersatzpflicht befreien möchte, wird es vorziehen, den Parteien eine stillschweigende Abrede mit entsprechendem Inhalt zu unter-schieben, statt offenzulegen, dass er die dispositive Schadenersatzregel des Art. 377 OR durch seine

82 Vgl. GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 414.

83 Vgl. sinngemäss Art. 404 Abs. 2 OR.

(richterliche) Vertragsergänzung verdrängt. Darin äussert sich eine starke Bindung an das dispositive Gesetzesrecht, die es dem Richter als ratsam erscheinen lässt, widersprechende Entscheide durch getroffene Parteiabreden zu legitimieren, auch wenn die Legitimation nur "konstruiert" ist. Dass das Bundesgericht den offenen Weg gewählt und auf die Konstruktion einer stillschweigenden Parteiabrede verzichtet hat, gereicht ihm zum Verdienst.

IV. Schluss

Angesteckt durch die Offenheit des Bundesgerichts, will ich meinen Beitrag mit dem "Bekenntnis" abschliessen, dass mich Art. 377 OR bereits früher (und zwar schon [51] wiederholt⁸⁴) beschäftigt hat, weshalb eine gewisse "Repetition" der geäusserten Gedanken unvermeidbar war. Der Jubilar wird mir diesen Verstoss gegen das "wissenschaftliche" Gebot, fortwährend nur "Neues" zu produzieren, mit Sicherheit verzeihen. Dafür bürgt schon die menschliche Grosszügigkeit, mit der HORST LOCHER all seinen Kollegen begegnet. So vertraue ich darauf, dass er meine Gabe entgegennimmt, wie sie gemeint ist: als zwar bescheidenes Geschenk, mit dem ich aber doch meinen Dank für einen Fündfundsechzigjährigen ausdrücken möchte, dem ich über das Fachliche hinaus auch persönlich verbunden bin.

Korr.: MD, 10.01.2005

84 Vgl. etwa GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 385 ff.; GAUCH, Der Totalunternehmervertrag – Von seiner Rechtsnatur und dem Rücktritt des Bestellers, in "Baurecht" (Mitteilungen zum privaten und öffentlichen Baurecht, Fribourg) 1989, S. 39 ff.