

## Der Totalunternehmervertrag – Von seiner Rechtsnatur und dem Rücktritt des Bestellers

(EGV SZ 1987, Nr. 19/BGE 114 II 53 ff. = JdT 1988 I, p. 360–363)

PETER GAUCH

Professor an der Universität Freiburg

*A la suite du Tribunal cantonal de Schwyz, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de se prononcer sur la nature juridique du contrat d'entreprise total, soit celui par lequel une personne s'engage à effectuer la totalité des travaux destinés à la réalisation d'un ouvrage, de l'établissement des plans à leur réalisation. Il admet en principe la qualification juridique du contrat d'entreprise, ce qui lui permet de réaffirmer les positions prises à propos du contrat d'architecte et d'ingénieur. L'auteur commence par commenter ces deux décisions. Il y ajoute la présentation des autres problèmes dont avait à connaître le Tribunal fédéral et que celui-ci n'a pas reproduit dans l'arrêt publié; il s'agit des considérants, intéressants à plus d'un titre, sur l'indemnisation à laquelle prétend l'entrepreneur total dont le mandat a été prématurément résilié.*

### I. Der Sachverhalt und das Urteil der Vorinstanz

1. Ein Bauherr hatte einem «Generalunternehmer» (es war ein Architekt) die «**schlüsselfertige**» Erstellung eines **Einfamilienhauses** («gemäss beigeheftetem Baubeschrieb und Berechnungen») zum Pauschalpreis von Fr. 445 368.– übertragen<sup>1</sup>. Der Vertrag wurde am 11. Juni 1981 abgeschlossen. Art. 7 des Vertrages sah vor, dass der Bauherr erst am 30. Juni über Raumprogramm und Haustyp entscheide; «der Baukubus von 840 m<sup>3</sup> sei in Abhängigkeit des Bauprogramms und des Haustyps noch veränderbar, durch eine Veränderung müsste der Pauschalvertrag, das heisst die Summe, neu berechnet werden»<sup>2</sup>.

Nachdem die Vertragsparteien Projektvarianten besprochen hatten, erhielt der Bauherr am 11. September 1981 ein abgeändertes Projekt mit 1208,3 m<sup>3</sup> umbautem Raum und mit Baukosten von Fr. 621 185.35. Im Besitz des Projektes erklärte er sich ausserstande, die Ausführung zu finanzieren, und trat vom Vertrag zurück. Da die Parteien sich nicht gütlich einigen konnten, kam es zum Streit darüber, ob die Folgen dieser Vertragsauflösung sich nach Werkvertragsrecht (Art. 377 OR) oder nach Auftragsrecht (Art. 404 OR) richten.

2. Das **Schwyzner Kantonsgericht**<sup>3</sup>, das den Streit als kantonale Rechtsmittelinstanz zu beurteilen hatte, verstand den aufgelösten Vertrag als **Totalunternehmervertrag**, der sowohl die Planung wie die Ausführung des Werkes umfasste. Bei diesem Vertrag handle es sich um ein aus Auftrag (Planung) und Werkvertrag (Ausführung) ge-

mischtes Vertragsverhältnis, das in der Planungsphase (bis zur Genehmigung der definitiven Pläne) dem Auftragsrecht (und somit der Auflösungsregel des Art. 404 OR) unterstehe. Die gegenteilige Auffassung<sup>4</sup>, die einen solchen Totalunternehmervertrag ausschliesslich den Regeln des Werkvertragsrechtes unterstelle<sup>5</sup> und das freie Rücktrittsrecht des Art. 404 OR auch für die Planungsphase verneine, könne leicht zu Missbräuchen führen<sup>6</sup>. Sie kranke «schon an der (falschen) Prämisse», dass der selbständige Planungsvertrag des Architekten in jedem Fall ein Werkvertrag sei<sup>7</sup>. Im übrigen dränge sich eine klare Unterscheidung zwischen Planungs- und Ausführungsphase auch deshalb auf, «weil die Planungsphase naturgemäss von einem intensiven Vertrauensverhältnis zwischen Bauherrn und Totalunternehmer geprägt»<sup>8</sup> sei. Und schliesslich sei «nicht einzusehen, weshalb der Bauherr, der vom Vertrag zurücktritt, unterschiedlich behandelt werden sollte, je nachdem er die beiden Leistungen – Planung der Baute und Ausführung des Bauwerks – zwei Personen (Architekt und Generalunternehmer) oder nur einer Person (dem Totalunternehmer)»<sup>9</sup> übertrage.

### II. Das Urteil des Bundesgerichts

1. Auch das Bundesgericht, an das der Fall auf dem Berufungsweg weitergezogen wurde, sieht im streitigen Vertrag einen **Totalunternehmervertrag**. «Der Begriff des Totalunternehmers basiert», wie das Gericht zu Recht annimmt, «auf demjenigen des *Generalunternehmers*. Dieser zeichnet sich dadurch aus, dass er die gesamte

<sup>4</sup> Zitiert: *Gauch*, Der Werkvertrag, 3. Aufl., Zürich 1985.

<sup>5</sup> Zitiert: *Gauch*, a. a. O., Nr. 198.

<sup>6</sup> EGV SZ a. a. O., S. 79.

<sup>7</sup> Zitiert: *Gauch*, a. a. O., Nr. 198 unter Hinweis auf Nr. 46 ff.

<sup>8</sup> EGV SZ a. a. O., S. 79.

<sup>9</sup> EGV SZ a. a. O., S. 80.

<sup>1</sup> Vgl. zum Sachverhalt BGE 114 II 53 f. und EGV SZ 1987, Nr. 19, 74 ff.

<sup>2</sup> BGE 114 II 54.

<sup>3</sup> EGV SZ 1987, Nr. 19, S. 74 ff.

Ausführung eines Bauwerkes übernimmt, im Gegensatz zum Teilunternehmer, welcher sich an der Errichtung eines Bauwerkes mit einer spezifischen Leistung beteiligt<sup>10</sup>. Davon unterscheidet sich der Totalunternehmer dadurch, dass er auch die Planungsarbeiten, namentlich die Projektierungsarbeiten, für das vom Bauherrn bestellte Bauwerk leistet<sup>11</sup>»<sup>12</sup>.

2. Bis hierher stimmen Bundesgericht und Vorinstanz überein. Was dann aber die **Rechtsnatur** des Totalunternehmervertrages betrifft, weicht das Bundesgericht von der vorinstanzlichen Auffassung ab. Es qualifiziert den in Frage stehenden Totalunternehmervertrag als *reinen Werkvertrag* und begründet dies im wesentlichen wie folgt<sup>13</sup>:

«Dass die Ausführung des Bauwerkes, die Generalunternehmerkomponente des Totalunternehmervertrages, dem Recht des Werkvertrages untersteht», bedarf «keiner weiteren Erörterung». Fest steht auch, «dass mit der Anerkennung des Geist-Werkvertrages durch die jüngere bundesgerichtliche Rechtsprechung die selbständige Ausführung von Projektierungsarbeiten, welche in einem zu realisierenden Projekt ihren Niederschlag finden, den Bestimmungen der Art. 363 ff. OR über den Werkvertrag zu unterstellen ist». «Unterstehen demnach sowohl die Planung wie die Ausführung des Bauwerkes den Regeln über den Werkvertrag, so hat das zwangsläufig auch für den diese Leistungen gesamthaft umfassenden Totalunternehmervertrag zu gelten<sup>14</sup>. Für die Anwendung auftragsrechtlicher Vorschriften bleibt somit kein Raum mehr. *Das gilt auch für die Frage der Vertragsauflösung durch den Bauherrn. Diesbezüglich sind unabhängig vom Zeitpunkt die Regeln des Werkvertrages anwendbar.*»

3. Mit den soeben zitierten Sätzen über die Vertragsauflösung endet die amtliche Publikation<sup>15</sup> des Bundesgerichtsentscheides. Bei einem Leser, der nur über diese (amtliche) Publikation verfügt, erweckt das abrupte Ende den Eindruck, das Bundesgericht gewähre dem in der Planungsphase «entlassenen» Totalunternehmer einen Anspruch auf volle Schadloshaltung, wie es der werkvertraglichen **Auflösungsregel des Art. 377 OR** entspricht<sup>16</sup>. Wer indes auch die weiteren (nicht amtlich publizierten) Passagen des Urteils kennt<sup>17</sup>, der weiss, dass das Gericht in concreto zu einem anderen Ergebnis gelangt:

<sup>10</sup> Zitiert: *Gauch*, a. a. O., Nr. 179 und Nr. 183 ff.

<sup>11</sup> Zitiert: *Gauch*, a. a. O., Nr. 194.

<sup>12</sup> BGE 114 II 54 f.

<sup>13</sup> BGE 114 II 55 ff.

<sup>14</sup> Zitiert: *Gauch*, a. a. O., Nr. 196 ff.

<sup>15</sup> BGE 114 II 53 ff.

<sup>16</sup> Dass das Bundesgericht die gegen das Urteil des Kantonsgerichts erhobene Berufung ablehnt, ist für den Leser, der unter diesem Eindruck steht, natürlich rätselhaft.

<sup>17</sup> Der Verfasser dieser Besprechung ist zufällig im Besitze einer privaten Urteilskopie, worauf er die folgenden Ausführungen abstützt. Die Veröffentlichung des Urteils in der Praxis (Pra 1988, S. 627 ff.) geht zwar weiter als die amtliche Publikation, ist aber gleichwohl unvollständig.

Zwar geht das Bundesgericht von der grundsätzlichen Anwendbarkeit des Art. 377 OR aus. Die darin vorgesehene Pflicht des Bestellers zur vollen Schadloshaltung des Unternehmers betrachtet das Gericht jedoch als dispositives Recht<sup>18</sup> und verdrängt sie durch eine eigene (richterliche) Regel, die den konkreten Vertrag ergänzt. In Ergänzung des Vertrages kommt das Gericht zum Schluss, dass der Bauherr «mangels Einigung über das am 11. September 1981 unterbreitete Projekt gegen Entschädigung der bereits ... erbrachten Leistungen vom Vertrag zurücktreten konnte», ohne Schadenersatzpflichtig zu werden. Diese Vertragsergänzung berücksichtige die Umstände, die besondere Vertragsgestaltung und die Interessenlage beider Parteien, die es in ihrer Vereinbarung unterlassen hätten, den Fall, da die erwähnte Einigung nicht zustandekomme, selber zu regeln.<sup>19</sup>

### III. Der Kommentar

1. **Zwei Fragen** stehen vorliegend zur Diskussion: eine Vor- und eine Hauptfrage. Die Vorfrage betrifft die rechtliche Qualifikation des Totalunternehmervertrages; die Hauptfrage betrifft die Schadenersatzpflicht des Bauherrn, der den Totalunternehmervertrag in der Planungs-

<sup>18</sup> Das Bundesgericht hält fest, dass «nach überwiegender und zutreffender Lehrmeinung» eine von Art. 377 OR «abweichende Vereinbarung der Parteien über die Regelung der Schadenersatzpflicht zulässig» ist (unveröffentlichter Text).

<sup>19</sup> Die unveröffentlichten Erwägungen, auf die das Gericht seine Vertragsergänzung stützt, beginnen mit der allgemeinen Aussage, dass der ergänzende Richter festzustellen habe, was die Parteien nach Treu und Glauben vereinbart hätten, wenn sie die Vertragslücke bei Vertragsabschluss erkannt hätten. Bezogen auf den konkreten Fall fährt das Gericht dann fort:

«Von Bedeutung ist zunächst, dass der Beklagte (gemeint: der Totalunternehmer) ausser dem rein finanziellen kein besonderes Interesse an der tatsächlichen Ausführung des Werkes hatte (vgl. dazu *Gauch*, Der Werkvertrag, 3. A., S. 117 Rz 413). Sodann wurde von der Vorinstanz verbindlich festgestellt (Art. 63 Abs. 2 OG), die Finanzierungsprobleme des Klägers (gemeint: des Bauherrn) seien dem Beklagten (Totalunternehmer) bekannt gewesen. Im weiteren fällt auf, dass die Erstellung der Beilagen zur Vereinbarung vom 11. Juni 1981 keinen grossen Arbeitsaufwand erfordert hatte. So ist der Baubeschrieb, wie die Vorinstanz zutreffend bemerkt, eher rudimentär und auf das absolute Minimum beschränkt. Diese Umstände zeigen, dass der Beklagte in Übereinstimmung mit der Abrede in Art. 7 der Vereinbarung vom 11. Juni davon ausging, dass sich der Vertrag in einem Schwebezustand befinde, der dann mit der definitiven Einigung der Parteien enden sollte. Darum war es für den Beklagten durchaus sinnvoll, in der Zwischenzeit die Arbeit am Projekt nur soweit voranzutreiben, als nötig war, damit der Kläger darüber entscheiden konnte, ob es in bezug auf das Raumprogramm, den Haustyp und den Preis seinen Vorstellungen entspreche. Andererseits durfte der Beklagte aber nicht in guten Treuen annehmen, dass er im Fall des Scheiterns der Verhandlungen neben einer Entschädigung für die bereits erbrachten Leistungen Anspruch auf Ersatz des entgangenen Gewinnes für die Realisierung des gesamten Bauvorhabens habe ... Demnach ist in Berücksichtigung der Interessenlage beider Parteien und den Umständen des Falles sowie der besonderen Vertragsgestaltung die Vereinbarung vom 11. Juni in dem Sinne zu ergänzen, dass der Kläger mangels Einigung über das am 11. September 1981 unterbreitete Projekt gegen Entschädigung der bereits vom Beklagten erbrachten Leistungen vom Vertrag zurücktreten konnte.»

phase auflöst. Bevor ich auf die beiden Fragen eintrete, möchte ich mich kurz mit dem Totalunternehmervertrag als solchem befassen.

a) Der *Totalunternehmervertrag* hat sich in der Baupraxis herausgebildet. Er ist eine «Weiterentwicklung» des Generalunternehmervertrages, bei dem der Unternehmer die (im wesentlichen) gesamte Ausführung einer grösseren Baute übernimmt<sup>20</sup>. Vom Generalunternehmervertrag unterscheidet er sich nur (aber immerhin) dadurch, dass der Totalunternehmer ein eigenes Projekt verwirklicht. Dieses Unterscheidungsmerkmal wird vom Bundesgericht (und auch vom Kantonsgericht Schwyz) zu Recht hervorgehoben. Beizufügen bleibt, dass der Totalunternehmervertrag in zwei grundsätzlich verschiedenen *Erscheinungsformen* vorkommt:

- Entweder wird der Totalunternehmervertrag erst abgeschlossen, nachdem der Unternehmer das auszuführende Projekt bereits erstellt hat<sup>21</sup>. Das bedeutet, dass der Totalunternehmervertrag an sich die Projektierungsarbeit nicht einschliesst, sondern sich ganz auf die Ausführung konzentriert.
- Oder der Totalunternehmervertrag umfasst auch die Projektierung, indem er den Unternehmer nicht nur zur Ausführung der Bauarbeiten, sondern auch dazu verpflichtet, aufgrund einer konkretisierten Bauidee zunächst das auszuführende Projekt zu erstellen. Projektierung und Ausführung sind also zu einer Gesamtleistung vereinigt und bilden Gegenstand eines einzigen Vertrages.

b) Im vorliegenden Streitfall geht es um einen Totalunternehmervertrag in der zweiten Erscheinungsform. Demzufolge handelt es sich um einen *Totalunternehmervertrag mit integrierter Planung*, der auch die Projektierungsarbeiten (als notwendige geistige Vorbereitung der Bauarbeiten) einschliesst. Wenn im nachfolgenden von Totalunternehmervertrag die Rede ist, meine ich stets diesen «umfassenden» Vertrag.

**2. Die Rechtsnatur** des Totalunternehmervertrages (mit integrierter Planung) ist umstritten, was auch in den unterschiedlichen Meinungen von Bundes- und Kantonsgericht zum Ausdruck kommt. Das *Bundesgericht* qualifiziert den Vertrag mit guten Gründen und in Übereinstimmung mit der wohl herrschenden Lehre<sup>22</sup> als reinen Werkvertrag. Das *Kantonsgericht Schwyz* dagegen meint (gestützt auf passende Literaturstellen<sup>23</sup>), der Totalunter-

nehmervertrag sei ein aus Auftrag (Planung) und Werkvertrag (Ausführung) gemischtes Vertragsverhältnis. Zum Entscheid des Kantonsgerichts sind drei Punkte anzumerken:

a) Die Qualifikation durch das Kantonsgericht (gemischtes Vertragsverhältnis) basiert auf der Annahme, der selbständige (und entgeltliche) Projektierungsvertrag sei ein (einfacher) Auftrag (Art. 394 ff. OR). Mit dieser Annahme steht das Kantonsgericht Schwyz zwar nicht allein<sup>24</sup>, weicht aber ab von der überwiegenden Meinung<sup>25</sup>. Insbesondere setzt es sich in Widerspruch zur früheren und auch jetzt wieder aktuellen Rechtsprechung des Bundesgerichts<sup>26</sup>.

b) Nach der aktuellen Rechtsprechung des Bundesgerichts handelt es sich beim selbständigen (und entgeltlichen) Projektierungsvertrag um einen Werkvertrag<sup>27</sup>. Das ist richtig und zerstört zugleich die Basis, auf die das Kantonsgericht seine Argumente abstützt. Denn für die Annahme, der Totalunternehmervertrag unterstehe in der Planungsphase dem Auftragsrecht, fehlt es (wenn sogar der selbständige Projektierungsvertrag kein Auftrag ist) am vorausgesetzten auftragsrechtlichen Element. Die soeben getroffene Feststellung darf aber nicht missverstanden werden. Sie lässt sich nicht in der Weise «umkehren», dass die werkvertragliche Natur des Projektierungsvertrages geradezu eine «Prämisse» für den werkvertraglichen Charakter des ganzen Totalunternehmervertrages wäre. Vielmehr ist klarzustellen:

c) Auch dann, wenn der selbständige Projektierungsvertrag dem Auftragsrecht unterstände, gäbe es keinen zwin-

<sup>23</sup> Das Kantonsgericht zitiert: *Pedrazzini*, SPR VII/1, S. 508 f.; *Mosimann*, Der Generalunternehmervertrag im Baugewerbe, Diss. Zürich 1972, S. 82 ff.

<sup>24</sup> Vgl. z. B. *Abraham*, in: Das Architektenrecht, Nr. 100/109; *Schumacher*, in: Das Architektenrecht, Nr. 370; *Dessemonet*, ZSR 1987 II, S. 124; *Gautschi*, N 43a zu Art. 394 OR.

<sup>25</sup> Vgl. die Nachweise bei *Dessemonet*, a. a. O., S. 125, Anm. 153.

<sup>26</sup> Vgl. BGE 114 II 55 und 56 mit weiteren Verweisen; ferner die in Nr. 46 f. meines «Werkvertrages» zitierten BGE 63 II 176, 64 II 10 und 109 II 465.

Was die zuletzt genannten Entscheide betrifft, behauptet zwar das Kantonsgericht Schwyz (EGV SZ 1987, S. 78), dass sich kein einziger (!) mit der rechtlichen Qualifizierung des blossen Planungsvertrages befasse. Wer jedoch die Entscheide nachliest, vermag sich nicht zu erklären, weshalb das Gericht zu einer solchen Behauptung kommt. Die einschlägigen Entscheidstellen lauten:

BGE 63 II 176: «Die Herstellung von Skizzen und Bauprojekten, sowie von Ausführungs- und Detailplänen, wird in der Regel der Anwendung der Bestimmungen über den Werkvertrag rufen.» - BGE 64 II 10: «Le contrat par lequel une personne charge un architecte d'élaborer des projets et des plans moyennant rémunération, sans lui confier une autre activité ultérieure, est, en règle générale, un contrat d'entreprise.» - BGE 109 II 465: «Was nach BGE 109 II 34 ff. für die Tätigkeit eines Geometers gilt, ist in gleicher Weise für den Architekten, der Ausführungspläne und Kostenvorschläge zu erstellen hat, von Bedeutung, allenfalls sogar, wenn er Bauprojekte ausarbeiten muss. Im Gegensatz zu BGE 98 II 310 E. 3 können derartige Arbeiten, wenn sie dem Architekten selbständig übertragen sind, durchaus auf einem Werkvertrag beruhen.»

<sup>27</sup> Vgl. oben II/2.

<sup>20</sup> Zum Begriff des Generalunternehmervertrages vgl. *Gauch*, a. a. O., Nr. 183 ff.

<sup>21</sup> Z. B. in Erfüllung eines vorgängigen Projektierungsvertrages oder als Variante.

<sup>22</sup> Das Bundesgericht zitiert: *Gauch*, a. a. O., Nr. 196 ff.; *Schluop*, SPR VII/2, S. 905; *Schumacher*, Bauen mit einem Generalunternehmer, BR 1983, S. 43 f.; *derselbe*, Die Haftung des Architekten aus Vertrag, in: Das Architektenrecht, Freiburg 1986 (herausgegeben von *Gauch/Tercier*), Nr. 365; *Schnewlin*, Zur Rechtsnatur des Bauvertrages, insbesondere des Generalunternehmervertrages, ZBGR 61, 1980, S. 367 ff.

genden Grund, den Totalunternehmervertrag (mit integrierter Planung) als gemischtes Vertragsverhältnis aufzufassen. Denn die vom Totalunternehmer geschuldete Gesamttätigkeit ist qualitativ etwas anderes als die Summe seiner einzelnen Verrichtungen; auch gehen Planung und Ausführung häufig ineinander über; deshalb wird eine Aufspaltung des Ganzen in verschiedene Einzelleistungen mit rechtlich differenzierter Behandlung dem Sachverhalt nicht notwendigerweise gerecht<sup>28</sup>. Dementsprechend gibt es denn auch Autoren, die den Totalunternehmervertrag als reinen Werkvertrag verstehen, obwohl sie den selbständigen Projektierungsvertrag dem Auftragsrecht zuordnen<sup>29</sup>.

3. Der Rückgriff auf das Auftragsrecht und die Auflösungsregel des Art. 404 OR erlaubt es dem *Kantonsgericht Schwyz*, in der Hauptfrage zugunsten des Bauherrn zu entscheiden und einen **Schadenersatzanspruch** des Unternehmers ohne weiteres zu verneinen. Das *Bundesgericht* kommt zum gleichen Ergebnis (keine Schadenersatzpflicht des Bauherrn), obwohl es richtigerweise das Werkvertragsrecht ins Spiel bringt.

a) Dieses Ergebnis, zu dem das Bundesgericht gelangt, widerspricht zwar der werkvertraglichen Bestimmung des Art. 377 OR<sup>30</sup>. Doch hält das Gericht zutreffend fest, dass die in Art. 377 OR enthaltene Regel, die den zurücktretenden Besteller zu voller Schadloshaltung verpflichtet, eine *dispositive (nicht zwingende) Norm* ist. Handelt es sich aber um eine dispositive Norm, so kann die Anwendung der Regel auf den konkreten Einzelvertrag 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 besondern Vertragsgestaltung und der Interessenlage der Parteien nicht sinnvoll ergänzt<sup>31</sup>.

b) Soweit sich im Einzelfall eine solche Situation ergibt, die dispositive Gesetzesregel also nicht zum übrigen Vertragsinhalt passt, hat der Richter von deren Anwendung abzusehen und statt dessen<sup>32</sup> auf den *«hypothetischen Parteiwillen»*<sup>33</sup> abzustellen<sup>34</sup>. Genau das wurde vom

Bundesgericht im vorliegenden Fall getan, was unter Würdigung der konkreten Vertrags- und Fallgestaltung vom Ergebnis her und in der Sache überzeugt. Aber auch «dogmatisch» lässt sich das Ergebnis (trotz Art. 377 OR) rechtfertigen, wenn man die Schranken berücksichtigt, denen die Anwendung des dispositiven Rechts unterworfen ist. Der Entscheid des Bundesgerichts bestätigt den *Lehrsatz*, dass dispositives Gesetzesrecht hinter die richterliche Vertragsergänzung zurückzutreten hat, soweit es den vereinbarten Vertragsinhalt nicht sinnvoll ergänzt<sup>35</sup>. Insofern ist der Entscheid von grundsätzlicher Bedeutung, obwohl das Gericht es versäumt, sich mit dem Verhältnis zwischen dispositivem Gesetz und richterlicher Vertragsergänzung vertieft auseinanderzusetzen.

4. Trotz der erwähnten («grundsätzlichen») Bedeutung ist aber zu betonen, dass der Entscheid des Bundesgerichts sich auf einen konkreten Einzelfall bezieht und auf dessen Lösung beschränkt. Er gibt deshalb keine Antwort auf die praktisch wichtige **Frage, ob der Bauherr** (mangels anderer Abrede) **ganz generell davon dispensiert ist, den Totalunternehmer für den Entzug der Ausführungsarbeiten schadlos zu halten**, wenn er nach Art. 377 OR auf die Ausführung des vom Unternehmer erarbeiteten Projektes verzichtet. Wie verhält es sich diesbezüglich?

a) Die Frage muss mit *Vorsicht angegangen, und eine vorschnelle Bejahung muss schon deshalb vermieden werden*, weil das dispositive Gesetzesrecht (zu dem auch die Schadenersatzregel des Art. 377 OR gehört) das erste Mittel zur Vertragsergänzung ist.

Andererseits gilt aber auch der bereits zitierte Lehrsatz, dass unpassende Dispositivnormen der richterlichen Vertragsergänzung zu weichen haben. Aus diesem Satz (und in Übereinstimmung mit dem «hypothetischen Parteiwillen») könnte sich in vielen weiteren Fällen ergeben, dass der Bauherr, der auf die Ausführung des Projektes nach Art. 377 OR verzichtet, von der Pflicht zur Schadloshaltung des Totalunternehmers für den Entzug der Ausführungsarbeiten befreit ist<sup>36</sup>. Eine solche Befreiung verhindert, dass sich der Bauherr vor die Wahl gestellt sieht,

<sup>28</sup> Im übrigen dürfte die Annahme des Kantonsgerichts, dass die Planungsphase ein intensiveres Vertrauensverhältnis zwischen Bauherrn und Totalunternehmer begründet als die Ausführungsphase, kaum belegbar sein.

<sup>29</sup> Vgl. z. B. *Schumacher*, in: *Das Architektenrecht*, Nr. 365 und 370.

<sup>30</sup> Nach Art. 377 OR kann der Besteller, solange das Werk unvollendet ist, «gegen Vergütung der bereits geleisteten Arbeit und gegen volle Schadloshaltung des Unternehmers jederzeit vom Vertrag zurücktreten».

<sup>31</sup> Vgl. *Gauch*, a. a. O., Nr. 414; *Jäggi/Gauch*, N 415 und 515 ff. zu Art. 18 OR; *Bucher*, ZSR 102, 1983 II, S. 321 f.; *Merz*, ZBJV 119, 1983, S. 126; *Schluemp*, SPR VII/2, S. 795.

<sup>32</sup> Mangels einschlägiger Parteiabrede.

<sup>33</sup> 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, falls sie die offen ge-

bliebene Rechtsfrage geregelt und so die Vertragslücke vermieden hätten (*Jäggi/Gauch*, N 498 zu Art. 18 OR; *Kramer*, N 238 zu Art. 18 OR). Der gleiche Gedanke wird ausgedrückt durch das Erfordernis, der Vertrag sei nach der «Natur des Geschäftes», unter «Anwendung des Vertrauensprinzips», «nach Treu und Glauben» oder nach dem «Zweck und Sinnzusammenhang des Vertrages» zu ergänzen (*Jäggi/Gauch*, N 499 zu Art. 18 OR, mit Zitaten).

<sup>34</sup> *Gauch*, a. a. O., N 414; *Jäggi/Gauch*, N 515 ff. zu Art. 18 OR; *Kramer*, N 237 zu Art. 18 OR; *Meier-Hayoz*, SJK Nr. 1124, S. 8; *Yung*, ZBJV 97, 1961, S. 49 f. Im Anwendungsbereich des Art. 2 Abs. 2 OR (fehlende Einigung über vorbehaltene Nebenpunkte) verhält es sich sogar so, dass dispositives Gesetzesrecht zum vornherein hinter die richterliche Vertragsergänzung zurücktritt (BGE 107 II 416; *Kramer*, N 21 ff. zu Art. 2 OR und 259 zu Art. 18 OR; *Gauch/Schluemp*, OR, 4. Aufl. 1987, Nr. 916).

<sup>35</sup> *Jäggi/Gauch*, N 518 zu Art. 18 OR.

<sup>36</sup> *Gauch*, a. a. O., Nr. 414.

entweder das Projekt des Unternehmers (vielleicht «widerwillig») ausführen zu lassen, ein neues Projekt zu verlangen (und zu bezahlen) oder den aus der Nichtausführung entstehenden Schaden zu ersetzen. Damit wird einem offenbaren Schutzinteresse des Bauherrn Rechnung getragen, was allein aber noch nicht ausreicht, um die Durchbrechung des Art. 377 OR zur Regel zu machen. Vielmehr ist jeweils auf die konkreten Umstände des Einzelfalles und namentlich auch darauf abzustellen, wie weit die Konkretisierung der Bauidee fortgeschritten war, als der Totalunternehmer mit seiner Projektierungsarbeit begann. Ausserdem bleibt zu beachten:

b) Eine Befreiung des Bauherrn von der Schadenersatzpflicht des Art. 377 OR kann immer nur dann Platz greifen, wenn nicht etwas anderes vereinbart ist. Überdies setzt sie voraus, dass der Bauherr das Projekt, auf dessen Ausführung er verzichtet, noch nicht endgültig genehmigt hat. Und schliesslich drängen sich, wenn man das Kriterium des «hypothetischen Parteiwillens» richtig versteht (also auf vernünftig und redlich handelnde Vertragspartner abstellt<sup>37</sup>) zwei *Präzisierungen* auf:

- Die erste Präzisierung betrifft den Fall, da der Bauherr, der nach Art. 377 OR vom Vertrag zurücktritt, das

<sup>37</sup> Vgl. Anm. 33.

<sup>38</sup> Immer vorausgesetzt, dass der Bauherr nicht deswegen von der Schadenersatzpflicht befreit ist, weil er den Vertrag aus «wichtigem Grunde» auflöst (vgl. darüber *Gauch*, a. a. O., Nr. 409 und Pra 77, 1988, S. 629 f., wo aber die Frage, ob ein Vertragsrücktritt des Bestellers aus wichtigen Gründen möglich ist, offen gelassen wird).

vom Totalunternehmer ausgearbeitete Projekt durch einen Dritten ausführen lässt. In diesem Fall ist die Schadenersatzpflicht des Art. 377 OR durchwegs am Platz<sup>38</sup>. Der Totalunternehmer, dem die Ausführung entzogen wird, hat Anspruch auf die in Art. 377 OR vorgesehene Schadloshaltung.

- Die zweite Präzisierung betrifft den Fall, da der Totalunternehmer im Vertrauen auf die Ausführung des Projektes (in guten Treuen) Vorkehrungen getroffen hat, die sich jetzt, da der Vertrag vom Bauherrn aufgelöst wurde, als unnütz erweisen. Auch wenn der betreffende Bauherr von der Schadenersatzpflicht des Art. 377 OR (dem Ersatz des Erfüllungsinteresses) befreit ist, muss er doch die Kosten dieser Vorkehren (als «Vertrauensschaden») ersetzen (vgl. Art. 404 Abs. 2 OR, sinngemäss).

5. Abschliessend mag nochmals festgehalten werden, dass der kommentierte Entscheid des Bundesgerichtes Zustimmung verdient. Zu bedauern ist aber, dass dieser Entscheid in der amtlichen Sammlung **bloss «bruchstückhaft» veröffentlicht** wurde, was Anlass zu mancherlei Missverständnissen geben wird. Überhaupt fragt man sich je länger desto mehr, weshalb in einem demokratischen Rechtsstaat Schweiz die Entscheide der obersten Gerichtsbehörde nicht samt und sonders (ausnahmslos, vollständig und für jedermann) zugänglich sind. «Praktische Gründe» bilden, wie ausländische Beispiele zeigen, jedenfalls keine unüberwindbaren Hindernisse, um die «selektive» Publizität durch eine «komplette» zu ersetzen.

## Die Rechtsprechung

## La jurisprudence

Prof. Nicolas Michel (nm); Prof. Ulrich Zimmerli (uz).

### Raumplanung – Aménagement du territoire

**Raumplanung – Gemeindeautonomie – RPG 15** (*Aménagement du territoire – Autonomie communale – LAT 15*).

Der Regierungsrat des Kantons Zürich verweigerte die Genehmigung der Zuteilung eines 600 Meter langen und 100 Meter breiten Landstreifens südlich des Dorfkerns von *Niederhasli* zur Einfamilienhauszone, mit dem Argument, die Abgrenzung des Siedlungsgebietes innerhalb des Anordnungsspielraumes falle nicht in die kommunale Zuständigkeit. Der zürcherische Gesamtplan lässt im Grenzgebiet zwischen Siedlungs- und Landwirtschaftsgebiet indessen bewusst einen relativ grossen, undifferenzierten Bereich offen. Die Festlegung der Nutzungszonen in diesem Anordnungsspielraum ist Sache der nachgeordneten Planung, zu welcher sowohl der Kanton als auch die

Gemeinden zuständig sind. Dabei haben beide Planungsträger ihre Nutzungsplanungen aufeinander abzustimmen. Das *Bundesgericht heisst die staatsrechtliche Beschwerde gegen die Nichtgenehmigung gut*. Die Nichtgenehmigung wäre angesichts von RPG 2 III nur haltbar gewesen, wenn sich die von der Gemeinde getroffene Nutzungsordnung aufgrund überkommener Interessen als unzweckmässig erwiesen oder den wegleitenden Zielen und Grundsätzen der Raumplanung widersprochen hätte. So verhielt es sich aber nicht; vielmehr hätte das in der Gemeinde verfügbare Einfamilienhausland nur noch für rund 6 Jahre ausgereicht, mit dem neu eingezonten Land dagegen für etwa 13 Jahre. Diese Lösung entsprach RPG 15 b besser, zumal es sich nicht um wertvolles Ackerland handelte und die Parzellen kanalisations- und strassenmässig bereits grob erschlossen waren. *BGr. (TF) 4. 5. 1988; ZBl 1989 119ff.* (28)