



**Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht**  
**Institut pour le droit suisse et international de la construction**

Schweizerische Baurechtstagung  
Journées suisses du droit de la construction

Année / Jahr:  
1983

Der Bauherr - Herr des Bauvertrages? Von der Bestellung bis zur  
Abbestellung des Werkes

Auteur / Autor:  
Gauch Peter

Der Bauherr – Herr des Bauvertrages? 1. Teil:

## **Von der Bestellung bis zur Abbestellung des Werkes**

Prof. Dr. iur. Peter Gauch, Universität Freiburg

## SEMINAR FÜR SCHWEIZERISCHES BAURECHT

## BAURECHTSTAGUNG 1983 / TAGUNGSUNTERLAGE 1

Prof. Dr. iur. Peter GAUCH, Universität Freiburg

DER BAUHERR - HERR DES BAUVERTRAGES ? 1. TEIL:  
 VON DER BESTELLUNG BIS ZUR ABBESTELLUNG DES WERKES

<u>UEBERSICHT</u> :	Seite :
<u>I.</u> <b>DIE BESTELLUNG</b>	5
<u>II.</u> <b>DIE BESTELLUNGSÄNDERUNG</b>	8
<u>1.</u> Im allgemeinen	
<u>2.</u> Das Änderungsrecht des Bauherrn nach SIA-Norm 118	
<u>3.</u> Änderungsrecht des Bauherrn ohne Vereinbarung?	
<u>III.</u> <b>DIE SISTIERUNG DER ARBEITEN</b>	15
<u>IV.</u> <b>DIE ABBESTELLUNG: RUECKTRITT NACH ART. 377 OR</b>	17

**LITERATUR:**

Becker, Berner Kommentar zu Art. 1 - 183 OR, 2. Aufl., Bern 1941/1945; Gauch, Der Unternehmer im Werkvertrag, 2. Aufl., Zürich 1977; Gauch/Schluep/Jäggi, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil (ohne Deliktsrecht), 2. Aufl., Zürich 1981; Gautschi, Berner Kommentar zu Art. 363 - 379 OR, Bern 1967; Guhl/Merz/Kummer, Das Schweizerische Obligationenrecht, 7. Aufl., Zürich 1980; Jäggi/Gauch, Zürcher Kommentar zu Art. 18 OR, Zürich 1980; Oser/Schönenberger, Zürcher Kommentar zu Art. 184 - 418 OR, Zürich 1936; Pedrazzini, Werkvertrag, Verlagsvertrag, Lizenzvertrag, SPR VII/1, Basel und Stuttgart 1977, S. 495 ff.; Reber, Rechtshandbuch für Bauunternehmer, Bauherr, Architekt und Bauingenieur, 4. Aufl., Dietikon 1983; Soergel, in Münchener Kommentar zum BGB, Band 3, München 1980.

**BEILAGEN:**

- 1 SIA-Norm 118, Art. 84 - 91
- 2 SIA-Norm 118, Art. 44, 112 und 140
- 3 ZR 24, 1925, Nr. 173, S. 321 - 323 (Teilrücktritt)
- 4 BGE 69 II 139 - 147 (Rücktritt nach Art. 377 OR; Pflicht zur vollen Schadloshaltung kann gegen Treu und Glauben verstossen)
- 5 BGE 98 II 113 - 118 (Ein Rücktritt nach 377 OR kann jederzeit vor Vollendung des Werks erklärt werden; eine Begründung ist nicht erforderlich)
- 6 BGE 96 II 192 - 199 (Ein Rücktritt nach Art. 377 OR wirkt unmittelbar; Berechnung des Schadenersatzes)
- 7 BGE 34 II 258 - 265 (Rücktritt des Bestellers; Berechnung des Schadenersatzes)
- 8 SJZ 73, 1977, S. 111 f. ("Mitverantwortung" des Unternehmers am Rücktritt des Bestellers gemäss Art. 377 OR)
- 9 BGHZ 31, S. 224 - 229 (Entschädigungsanspruch des Unternehmers, der die Vertragsauflösung durch den Besteller veranlasst hat)
- 10 ZR 76, 1977, Nr. 17, S. 34 - 36 (Zulässigkeit der Vereinbarung einer Konventionalstrafe für den Fall des Rücktritts gemäss Art. 377 OR)

## DER BAUHERR - HERR DES BAUVERTRAGES ?

An der Realisierung eines Bauvorhabens sind in aller Regel Mehrere beteiligt. Im Vordergrund stehen der Bauherr und sein(e) Unternehmer. Mit jedem Unternehmer (Rohbauunternehmer, Schlosser, Dachdecker, Installateur u.s.w.) ist der Bauherr durch einen Bauvertrag verbunden, der sich auf die entgeltliche Ausführung von Bauarbeiten richtet. Bei diesem Bauvertrag handelt es sich um einen Werkvertrag nach Art. 363 ff. OR (SIA-Norm 118, Art. 2), selbst wenn er im Einzelfall mit einem General- oder Totalunternehmer geschlossen wird (BGE 94 II 162; 97 II 66 ff.; Gauch, Der Unternehmer im Werkvertrag, Nr. 257 und 263). Denn "wer eine Bauarbeit ausführt, erstellt ein Werk" (SIA-Norm 118, Art. 1).

Was nun den Bauherrn betrifft, so ist er sicher insofern der "Herr" des Bauvorhabens, als für ihn gebaut wird. Ist er aber auch "Herr" des einzelnen Bauvertrages? Davon handelt der folgende Vortrag, mit dem Titel:

## VON DER BESTELLUNG BIS ZUR ABBESTELLUNG DES WERKES

Ich beginne mit der Bestellung, spreche dann von der Bestelungsänderung, behandle die Sistierung der Arbeiten und komme schliesslich auf die Abbestellung des Werkes zu sprechen. Eine Sonderfrage, die "Unternehmerklausel", wird zunächst ausgeklammert und (zusammen mit der Architektenklausel) erst im zweiten Vortrag erörtert.

## I. DIE BESTELLUNG

1. Der Abschluss des Bauvertrages erfordert (wie jeder Vertrag) den Austausch übereinstimmender Willenserklärungen (von Angebot und Annahme) der Parteien (Art. 1 und 3 ff. OR). Die Willenserklärung des Bauherrn wird als **Bestellung** bezeichnet. Der Bauherr "bestellt" die Bauarbeiten und damit das Werk; er ist "Besteller" (Art. 363 OR). Seine Bestellung ist, rechtlich gesehen:

- Entweder eine "Annahme", worin der Bauherr das Angebot eines Unternehmers akzeptiert.
- Oder ein "Angebot", das vom Unternehmer angenommen wird, eventuell ein Gegenangebot des Bauherrn an den Unternehmer.

Merke: Jede Annahmeerklärung des Bauherrn, die vom Angebot eines Unternehmers in wesentlichen Punkten abweicht, gilt als "Gegenangebot", das der Unternehmer annehmen kann (nicht aber muss). Ungenau: Art. 22 Abs. 2 der SIA-Norm 118, der keine Abweichung in "wesentlichen Punkten" voraussetzt.

Noch keine "Bestellung" ist die an den Unternehmer gerichtete Aufforderung des Bauherrn zur Offerteingabe. Das gilt namentlich auch für die Ausschreibung von Bauarbeiten.

2. Bevor der Bauherr das Werk eines Unternehmers bestellt (und damit dessen Angebot angenommen oder selber ein Angebot gemacht) hat, ist seine **Herrschaft über den Bauvertrag** am grössten. Denn:

a. Der Bauherr ist in diesem Zeitpunkt grundsätzlich frei:

- den betreffenden Bauvertrag abzuschliessen oder vom Abschluss des Bauvertrages abzusehen (Abschlussfreiheit);
- den Bauvertrag mit dem einen oder andern Inhalt abzuschliessen (Inhaltsfreiheit, jedoch nur in den Schranken des Gesetzes: Art. 19/20 OR);
- den Bauvertrag mit diesem oder mit jenem Unternehmer abzuschliessen (Partnerwahlfreiheit);
- das Angebot eines Unternehmers anzunehmen oder nicht (Annahmefreiheit).

b. Vom Grundsatz gibt es jedoch Ausnahmen. Schon bei Vertragsabschluss kann die Freiheit des Bauherrn rechtlich beschränkt sein, z.B. durch:

- Vergaberegeln, an die sich der Bauherr (als Submissionar) nach Treu und Glauben halten muss (Gauch, Die Submission im Bauwesen, in Freiburger Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1980, S. 227 ff.). Nach verbreiteter Ansicht enthalten die Submissionsordnungen von Gemeinwesen sogar Vergaberegeln mit Rechtssatzcharakter (vgl. dazu Gauch, a.a.O., S. 235 ff.; Michel, BR 1982, S. 52 ff.).
- Unternehmerklauseln, die den Bauherrn zur Berücksichtigung eines bestimmten Unternehmers verpflichten (Tagungsunterlage 2).

c. Wichtiger aber ist die praktische Beschränkung der Freiheit. Denn die Freiheit des Bauherrn, einen Bauvertrag mit dem gewünschten Inhalt abzuschliessen, reicht in Wirklichkeit nur so weit, als er einen geeigneten (und ihm genehmen) Unternehmer findet, der bereit ist, den Vertrag zu diesen Bedingungen einzugehen. Je nach der konkreten Marktlage und den in Frage stehenden Arbeiten verfügt der Bauherr über einen grösseren oder kleineren Spielraum für Verhand-

lungen. Niemals aber ist sein Spielraum unbegrenzt, namentlich nicht, was die Vertragspreise und die Termine betrifft. Beizufügen sind vier Einzelpunkte:

- Bei grössern Bauvorhaben ist es üblich (und bei Ausschreibungen sogar vorausgesetzt), dass die Vertragsbestandteile (namentlich ein allfälliges Leistungsverzeichnis) vom Bauherrn vorbestimmt werden (SIA-Norm 118, Art. 6 ff.). Damit hat der Bauherr es in der Hand, die Vertragsverhandlungen von Anfang an zu beherrschen und im wesentlichen auf das Aushandeln der Preise zu reduzieren.
- "Mächtigen" Bauherren gelingt es immer wieder, ihre "Allgemeinen Geschäftsbedingungen" (Zusatzbedingungen zur SIA-Norm 118 und dergleichen) durchzusetzen. Diese Bedingungen können sehr "einseitig" sein, was insbesondere bei öffentlichen Bauherren bedenklich stimmt.
- Ebenso bedenklich sind jedoch Preisabsprachen zwischen den Unternehmern. Sie verfälschen den Wettbewerb und berechtigen den Bauherrn (dem die Absprache unbekannt war), den Vertrag im nachhinein anzufechten (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4/ Art. 28 OR) oder Schadenersatz aus "culpa in contrahendo" zu verlangen (Gauch, Die Submission, a.a.O., S. 216 f.).
- In manchen Bauverträgen wird der vom Bauherrn geschuldete Preis entweder überhaupt nicht oder nur ungefähr festgelegt. Das schadet zwar der Gültigkeit des Vertrages nicht, weil sich der Preis in einem solchen Fall nach Art. 374 OR ("nach Massgabe des Wertes der Arbeit und der Aufwendungen") bestimmt. Die Anwendung des Art. 374 OR und die Ueberschreitung eines ungefähren Kostenansatzes (Art. 375 OR) führen in der Praxis aber zu häufigen (und oft nur schwer lösbaren) Schwierigkeiten.



## II. DIE BESTELLUNGSÄNDERUNG

Ist das Werk bestellt und der Bauvertrag zustande gekommen, so schuldet der Unternehmer nur (aber immerhin) die vertragliche Bauleistung (die vereinbarten Bauarbeiten, mit oder ohne Lieferung von Material). Vorbehalten bleiben (gültige) Bestellungsänderungen. Mit ihnen befasse ich mich im folgenden, und zwar zunächst im allgemeinen.

### 1. IM ALLGEMEINEN

1. Die Bestellungsänderung ist ein **Begriff**, der in der Baubranche einen bestimmten (eingebürgerten) Sinngehalt hat. Sie besagt, dass die vom Unternehmer geschuldete Bauleistung und damit der Inhalt des Bauvertrages auf Veranlassung des Bauherrn geändert wird. Solche Änderungen

- kommen in der Bauwirklichkeit häufig vor. Sie sind für grössere Werke kaum zu vermeiden, weil der Bauherr bei Vertragsabschluss noch nicht alle Folgen übersehen kann, die sich aus der Ausführung eines (zumeist fremden!) Bauplanes ergeben.
- sind zu unterscheiden vom möglichen Fall, da der Bauherr die vom Unternehmer geschuldete (im Bauvertrag aber nicht vollständig umschriebene) Bauleistung im nachhinein näher bestimmt ("konkretisiert"). Das kann, gestützt auf eine vertragliche Ermächtigung, auf verschiedene Weise geschehen, z.B. dadurch, dass der Bauherr die Ausführungsunterlagen liefert (SIA-Norm 118, Art. 99 f.) oder über die Ausführung von "Eventualpositionen" entscheidet (SIA-Norm 118, Art. 102). Zu beachten bleibt aber, dass die Lieferung von Ausführungsplänen durchaus eine Bestellungsänderung beinhalten kann (Beispiel: Die Pläne weichen vom Leistungsverzeichnis ab).

2. Im Unterschied zur soeben erwähnten "Konkretisierung" besteht die Beststellungsänderung in einer "Modifizierung" der vom Unternehmer geschuldeten Bauleistung. Grundlage einer solchen Beststellungsänderung ist:

a. Entweder eine (ausdrückliche oder stillschweigende) Uebereinkunft, worin Bauherr und Unternehmer den Bauvertrag ("in beidseitigem Einvernehmen") inhaltlich abändern (vgl. SIA-Norm 118, Art. 27 Abs. 1). Merke :

- Die Uebereinkunft kann in beliebiger Form (auch stillschweigend) getroffen werden, sofern die Parteien keine besondere Form vorbehalten haben (Art. 16 Abs. 1 OR; beachte die Empfehlung in SIA-Norm 118, Art. 27 Abs. 2). Eine für den Abschluss des Bauvertrages vorbehaltene Form bezieht sich nicht auch auf die spätere Vertragsänderung (vgl. Gauch-/Schluep/Jäggi, Nr. 483; BGE 40 II 616).
- Falls die Uebereinkunft nicht etwas anderes bestimmt, richtet sich die vom Bauherrn geschuldete Vergütung nach der geänderten Bauleistung. Mangels anderer Abrede hat der Bauherr einen allfälligen Mehraufwand des Unternehmers nach Massgabe des Art. 374 OR zu vergüten (vgl. Gautschi, N 8 b zu Art. 369 OR).

b. Oder eine einseitige Anordnung des Bauherrn. Dies setzt jedoch voraus, dass der Bauherr ein entsprechendes Gestaltungsrecht (ein Recht zur inhaltlichen Umgestaltung des Bauvertrages) hat: dass er also befugt ist, durch einseitige Willenserklärung die vertragliche Leistungspflicht des Unternehmers im gewünschten Sinne zu ändern.

3. Im vorliegenden Zusammenhang, wo es um die Herrschaft des Bauherrn über den Bauvertrag geht, interessiert vor allem dessen Recht zur (einseitigen) Beststellungsänderung. Soweit nämlich dem Bauherrn ein solches Aenderungsrecht

zusteht, bleibt seine Freiheit, die geschuldeten Bauleistungen festzulegen, über den Vertragsabschluss hinaus bewahrt.

Ob jedoch der Bauherr ein Recht zur (einseitigen) Beststellungsänderung hat und wie weit es reicht, beurteilt sich in erster Linie nach dem Inhalt des abgeschlossenen Bauvertrages. Denn das Aenderungsrecht des Bauherrn kann in den Schranken des Gesetzes (Art. 19 Abs. 1 OR), insbesondere des Art. 27 ZGB, gültig vereinbart sein. Vielfach beruht es auf der SIA-Norm 118, die im konkreten Fall Vertragsbestandteil bildet.

Im folgenden befasse ich mich zunächst mit dem Aenderungsrecht des Bauherrn nach der SIA-Norm 118. Dann handle ich die Frage, ob dem Bauherrn ein Recht zur Beststellungsänderung auch dann zusteht, wenn ein Aenderungsrecht nicht vereinbart wurde.

## 2. DAS AENDERUNGSRECHT DES BAUHERRN NACH SIA-NORM 118

Der dritte Abschnitt der Norm befasst sich ausdrücklich mit der "Beststellungsänderung" (Art. 84 - 91 = Beilage 1). Ein kurzer Ueberblick zeigt:

### 1. Nach Art. 84 Abs. 1 hat der Bauherr ein weitgehendes Aenderungsrecht:

#### a. Der Bauherr kann einseitig (vgl. auch Art. 84 Abs. 2), "durch Weisungen oder Aenderung von Plänen", verlangen:

- "dass der Unternehmer Leistungen, zu denen dieser durch den Werkvertrag verpflichtet ist,
  - \* auf andere Art als vereinbart,
  - \* in grössern oder kleinern Mengen
  - \* oder überhaupt nicht ausführt";

- oder dass der Unternehmer "im Vertrag nicht vorge-sehene Leistungen" ausführt.

**b.** Dieses Aenderungsrecht besteht jedoch nicht uneingeschränkt, sondern nur insoweit, als "der Gesamtcharakter des zur Ausführung übernommenen Werkes unberührt bleibt" (Art. 84 Abs. 1). Danach darf die Aenderung nicht zu einer tiefgreifenden Umgestaltung der vom Unternehmer geschuldeten Bauleistung führen. Das setzt voraus:

- dass das Werk seine spezifische Eigenart (seinen Charakter) beibehält,
- zusätzliche Leistungen ihrer Natur nach zu einem "solchen" Werk gehören (also nicht "artfremd" sind),
- der Umfang der vom Unternehmer geschuldeten Gesamtleistung nicht übermässig verändert wird
- und der Unternehmer (von seinem Betrieb her) zur gesamten Werkausführung imstande bleibt.

Ueber diese Schranke hinaus kann der Bauherr zwar "ganz oder teilweise auf die Ausführung der Leistungen" verzichten, muss dann aber "den Unternehmer in vollem Umfang schadlos" halten (Art. 84 Abs. 3, in Anlehnung an Art. 377 OR).

**2.** Mit den Folgen der Beststellungsänderung, die der Bauherr nach Art. 84 Abs. 1 vornimmt, befassen sich die Art. 85 - 91 der Norm (Art. 84 Abs. 2).

**a.** Diese Bestimmungen (= Beilage 1) regeln insbesondere: Die Entschädigung für nutzlos gewordene Arbeiten und andere Aufwendungen (Art. 85 Abs. 3), die Anpassung der Preise (Art. 86 - 89 : Vereinbarung von Nachtragspreisen) und die Anpassung der Fristen (Art. 90).

Merke: Die SIA-Norm 118 schweigt sich darüber aus, ob die soeben erwähnten Bestimmungen auch dann zur Anwendung kommen, wenn die Beststellungsänderung nicht auf einseitiger Anordnung des Bauherrn (Art. 84 Abs. 1 und 2), sondern auf Vereinbarung beruht:

- b. Geradezu klassisch und daher besonders zu behandeln ist die vom SIA schon 1912 eingeführte 20% - Klausel für Leistungen zu Einheitspreisen:

"Wird durch eine oder mehrere Beststellungsänderungen die zu einem Einheitspreis gehörende Menge gegenüber der im Leistungsverzeichnis vorgesehenen Menge verändert und beträgt die Abweichung nicht mehr als 20%, so bleibt der vereinbarte Einheitspreis für die gesamte Menge massgebend" (Art. 86 Abs. 1). "Uebersteigt die endgültige Gesamtmenge 120% der vorgesehenen Menge oder unterschreitet sie 80%, so wird auf Verlangen eines Vertragspartners für den 120% übersteigenden Teil bzw. für die ganze 80% nicht erreichende Menge ein neuer Einheitspreis auf der Basis der ursprünglichen Kostengrundlage (Art. 62 Abs. 2) vereinbart" (Art. 86 Abs. 2).

- c. Der Anwendungsbereich der 20% - Klausel ist in mehrfacher Weise beschränkt. Vgl. Art. 86 Abs. 3 (abweichende Vereinbarungen), Art. 86 Abs. 4 (unbestimmbare Mengen), Art. 87 Abs. 1 (veränderte Ausführungsvoraussetzungen). Ausserdem ist zu beachten:

Die 20% - Klausel steht im Abschnitt über die "Bestellungsänderung". Deshalb stellt sich die Frage, ob die Regelung auch dann gilt, wenn die Mehr- oder Minderungen nicht auf einer Änderung der Bestellung beruhen, sondern auf einer unrichtigen Angabe der voraussichtlichen Mengen im Leistungsverzeichnis (Art. 8 Abs. 2). Zum Vergleich: Die deutsche Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB/B § 2 Nr. 3) sieht eine 10% - Klausel gerade und nur für diesen Fall vor.

3. Der dritte Abschnitt der Norm ist unvollständig. Er umfasst nicht alle Bestimmungen, die dem Bauherrn ein Änderungsrecht einräumen. Ausserhalb dieses Abschnitts stehen:

- Art. 44 Abs. 2 : Die Bauleitung (als Vertreterin des Bauherrn) kann "dringliche Arbeiten zur Abwendung von Gefahr oder Schaden" in Regle ausführen lassen (= Beilage 2).
- Art. 112 Abs. 2 : Die Bauleitung kann auf Kosten des Bauherrn (über den Vertrag hinaus) zusätzliche Massnahmen gegen bestimmte Immissionen anordnen (= Beilage 2).
- Art. 140 Abs. 1 und 2 : Die Bauleitung ist berechtigt, vom Unternehmer (gegen Bevorschussung des Kaufpreises) die Anlage grösserer Vorräte an Materialien zu verlangen, als es dem vertragsgemässen Arbeitsfortschritt angemessen ist (= Beilage 2).

Diese Fälle sind keine "Bestellungsänderungen" im Sinne der Norm (Art. 84 ff.) und unterstehen daher nicht den Bestimmungen des dritten Abschnittes. Das gleiche gilt für den Fall, da der Bauherr, gestützt auf einen entsprechenden Vorbehalt im Vertrag (Art. 11), eine vereinbarte Arbeit einem Dritten vergibt (Art. 84 Abs. 5).

### 3. AENDERUNGSRECHT DES BAUHERRN OHNE VEREINBARUNG ?

Im Einzelfall ist durchaus möglich, dass die Parteien weder die SIA-Norm 118 übernommen noch sonst ein Aenderungsrecht des Bauherrn vereinbart haben. Alsdann stellt sich die Frage, ob der Bauherr nicht dennoch ein Recht zur (einseitigen) Bestellungenänderung hat. Das Gesetz schweigt sich darüber aus.

1. Eindeutig erscheint mir die Antwort, wenn es um eine blosse "Reduktion des Bauauftrages" geht. In analoger Anwendung des Art. 377 OR ist der Bauherr zu einem "Teilerücktritt" berechtigt: Er hat das Recht, gegen volle Schadloshaltung des Unternehmers auf einen Teil der noch

ausstehenden Arbeiten zu verzichten, den Rest jedoch ausführen zu lassen (vgl. auch Soergel, MünchKomm, N 3 zu § 649 BGB; anders: ZR 24, 1925, Nr. 173, S. 323 = Beilage 3).

Merke: Manche Bauverträge enthalten einen ausdrücklichen Vorbehalt, der dem Bauherrn das Recht zum Verzicht auf bestimmte (vereinbarte) Leistungen einräumt. Für solche Klauseln stellt sich die oft schwierige Auslegungsfrage, ob der Bauherr, der das vorbehaltene Recht ausübt, von der Schadloshaltung des Unternehmers (Art. 377 OR) befreit ist oder nicht. Wie verhält es sich mit dem in Art. 11 der SIA-Norm 118 erwähnten Vorbehalt, einzelne Leistungen auch nach Abschluss des Vertrages durch einen Dritten ausführen zu lassen?

2. Schwierigkeiten bereiten die übrigen Fälle. Ist der Bauherr (so fragt es sich) auch ohne vertragliche Ermächtigung befugt, zusätzliche Leistungen, andere Leistungen oder Leistungen auf andere Art (als vereinbart) zu verlangen?

- Nach Gautschi hat der Bauherr grundsätzlich kein Recht auf quantitative oder qualitative Mehrleistungen (N 8b zu Art. 369 OR), muss aber doch "die durch gebieterische Notwendigkeiten geforderten Veränderungen in der Arbeitsobligtion des Unternehmers einseitig vornehmen können" (N 8c zu Art. 369 OR).
- Nach meiner Ansicht ist die Frage durch Lückenfüllung zu entscheiden. In Ergänzung des lückenhaften Bauvertrages steht dem Bauherrn das Recht zur gewünschten Beststellungsänderung nur (aber immerhin) dann zu, wenn dies dem hypothetischen Parteiwillen entspricht. Als hypothetischer Parteiwille gilt das, was vernünftig und redlich (nach Treu und Glauben!) handelnde Vertragspartner vereinbart haben würden, falls sie die Frage für den konkreten Vertrag geregelt hätten (Jäggi/Gauch, N 498 zu Art. 18 OR).

Nach diesem Kriterium (dem hypothetischen Parteiwillen) dürfte der Bauherr (jedenfalls bei grössern Bauaufträgen) berechtigt sein, eine unvermeidbare, übliche oder für die Tauglichkeit des Werkes erforderliche Aenderung der Bau-

leistung zu verlangen, soweit dadurch "der Gesamtcharakter des Werkes" nicht beeinträchtigt wird.

- Dieses Recht entspricht einer überkommenen Verkehrssitte (vgl. Enders, BauR 1982, S. 537 f.), die aus der besondern "Natur" des Bauvertrages sich erklärt und bei der Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens mitzuberücksichtigenden ist (Jäggi/Gauch, N 524 zu Art. 18 OR).
- Macht der Bauherr vom genannten Recht Gebrauch, so schuldet er dem Unternehmer für den allfälligen Mehraufwand eine angemessene Mehrvergütung. "Kommt über den Mehrpreis keine Einigung zustande, so ist der Streit um die geschuldete Mehrvergütung nach Ausführung der notwendigen Mehrarbeit auf Grund von Art. 374 OR auszutragen" (Gautschi, N 8c zu Art. 369 OR).

### III. DIE SISTIERUNG DER ARBEITEN

1. Mit der Beststellungsänderung verwandt, aber doch davon zu unterscheiden, ist die Sistierung der Arbeiten. Durch sie wird die vom Unternehmer geschuldete Bauleistung nicht als solche betroffen, sondern nur deren Ausführung zeitlich hinausgeschoben. Der Inhalt des Bauvertrages wird in der Weise abgeändert, dass die Erfüllbarkeit der vom Unternehmer übernommenen Leistungspflicht vorübergehend dahinfällt:

Der Unternehmer darf vereinbarte Arbeiten erst später als vorgesehen ausführen. Entweder darf er mit diesen Arbeiten nicht termingerecht beginnen (= Aufschiebung der Arbeiten); oder er muss begonnene Vertragsarbeiten vor derhand einstellen, um sie erst mit Verspätung wieder aufzunehmen (= Sistierung im engen Sinne; Extremfall: vorübergehende Stilllegung der Baustelle).

Eine solche Vertragsänderung kann gewiss ("in gegenseitigem Einvernehmen") verabredet werden. Fraglich aber



ist, ob dem Bauherrn auch ein Recht zur einseitigen Sistierung der Arbeiten zusteht.

2. Ein Recht des Bauherrn zur (einseitigen) Sistierung ist weder im Gesetz noch in der SIA-Norm 118 vorgesehen, kann jedoch im Einzelfall vereinbart sein. Aus dem "hypothetischen Parteiwillen" lässt es sich kaum jemals ableiten, wenn man von ganz ausserordentlichen Fällen "veränderter Umstände" absieht; eine einschlägige Verkehrssitte lässt sich jedenfalls nicht ausmachen. Und schon gar nicht genügt die eingetretene Finanzknappheit des Bauherrn, um diesem ein Recht zur Sistierung einzuräumen.

Was das Gesetz und die SIA-Norm 118 betrifft, sind zwei Punkte klarzustellen:

- Die einseitige Sistierung ist kein Teilrücktritt vom Vertrag, weshalb Art. 377 OR auch nicht sinngemäss zur Anwendung kommt. Ausgeschlossen ist des weitern eine sinngemässe Anwendung des Art. 378 OR, sofern es nur um eine Sistierung, nicht um eine vorübergehende Unmöglichkeit der Leistung geht.
- Die Sistierung ist keine "Bestellungsänderung", welche die SIA-Norm 118 dem Bauherrn in Art. 84 erlaubt. Anders wäre es dann, wenn man Art. 84 Abs.1 extensiv auslegen wollte: so, dass das Recht des Bauherrn, eine Leistung "auf andere Art als vereinbart" zu verlangen, das Recht zur Sistierung einschliessen würde.

3. Hat der Bauherr kein Recht zur Sistierung, verhindert er aber dennoch die rechtzeitige Ausführung der Bauarbeiten, so gerät er in Annahmeverzug und hat die entsprechenden Folgen zu tragen (vgl. Art. 95 und 376 Abs. 1 OR; SIA-Norm 118, Art. 94 Abs. 2, 97 Abs. 1 und 187 Abs. 4).

#### IV. DIE ABBESTELLUNG: RUECKTRITT NACH ART. 377 OR

In einem Punkte bleibt der Bauherr jederzeit Herr des Bauvertrages: Von Gesetzes wegen ist er berechtigt, das bestellte (aber noch nicht vollendete) Werk einseitig abzubestellen. Dieses Recht ("un droit discrétionnaire de révoquer la commande": BGE 69 II 144 = Beilage 4) beruht auf Art. 377 OR.

1. Nach Art. 377 OR kann der Bauherr, "solange das Werk unvollendet ist, ... gegen Vergütung der bereits geleisteten Arbeit und gegen volle Schadloshaltung des Unternehmers jederzeit vom Vertrag zurücktreten". Diese Bestimmung hat (nach ihrem wesentlichen Inhalt) Eingang auch in die SIA-Norm 118 gefunden (vgl. Art. 184 der Norm). Zu ihrem Verständnis dient der folgende Kommentar:

a. Das Rücktrittsrecht nach Art. 377 OR ist an keine besondere Voraussetzung gebunden. Der Bauherr kann aus irgendeinem Grund (ganz nach Belieben) zurücktreten (BGE 69 II 142 = Beilage 4). Dadurch unterscheidet sich dieses Rücktrittsrecht von andern Auflösungsrechten des Bauherrn (z.B. vom Rücktritt nach Art. 366 Abs. 1 oder 375 Abs. 2 OR).

Indes ist das Rücktrittsrecht zeitlich beschränkt. Es besteht nur bis zur "Vollendung" (nicht: Ablieferung/Abnahme) des vom betreffenden Unternehmer geschuldeten Werkes: also so lange, als nicht alle vereinbarten Arbeiten ausgeführt sind (BGE 94 II 164). So lange aber dauert es fort, auch wenn der Bauherr die Vollendung des Werkes selber verhindert hat (BGE 98 II 116 = Beilage 5).

- b. Der Rücktritt** kann vom Bauherrn ausdrücklich oder stillschweigend erklärt werden, und zwar "jederzeit": z.B. auch vor Beginn der Arbeiten oder noch kurz vor der Vollendung des Werkes (BGE 98 II 116 = Beilage 5).

Die Angabe von Gründen ist für die Wirksamkeit der Rücktrittserklärung nicht erforderlich (Gautschi, N 8 zu Art. 377 OR); ebensowenig ein Angebot von Schadenersatz (BGE 96 II 195 = Beilage 6; 98 II 115 = Beilage 5; anders Becker, N 2 zu Art. 377 OR). Doch darf die Erklärung an keine Bedingung geknüpft sein (Gautschi, N 8 zu Art. 377 OR).

- c. Die Wirkung des Rücktritts** besteht in der Auflösung des Bauvertrages. Der Vertrag wird "ex nunc" (für die Zukunft) aufgelöst, weshalb der "Rücktritt" im juristisch-technischen Sinne eine "~~Kündigung~~" ist (korrekt: der franz. Gesetzestext und § 649 BGB). Das bedeutet:

- Die bereits geleistete Arbeit (d.h. die Gesamtheit der vom Unternehmer erbrachten Leistungen, inkl. Material) ist vom Bauherrn nach Massgabe des Vertrages zu vergüten (Art. 377 OR). Umgekehrt ist der Unternehmer verpflichtet (aber auch berechtigt), das unvollendete Werk dem Bauherrn zu überlassen.
- Die noch nicht geleistete Arbeit braucht nicht mehr ausgeführt zu werden: Der Unternehmer ist von seiner Pflicht zur Vollendung des Werkes befreit. Umgekehrt hat er keinen Anspruch auf Vergütung dieser Arbeit und muss eine hierfür bereits erhaltene Vergütung zurückerstatten.

An die Stelle des Vergütungsanspruchs tritt jedoch der Anspruch des Unternehmers "auf volle Schadloshaltung" (der sich mit einem allfälligen Rückerstattungsanspruch des Bauherrn verrechnen lässt).

Diese Vertragsauflösung ist die Folge des Rücktritts, setzt also eine Erklärung des Bauherrn (jedoch keine Zustimmung des Unternehmers) voraus. Dies im Unterschied zu Art. 378 OR, wonach der Vertrag "automatisch" dahinfällt, wenn die Vollendung des Werkes durch einen beim Besteller eingetretenen Zufall unmöglich wird (anders: Gautschi, N 4 zu Art. 378 OR).

**2. Die Pflicht "zur vollen Schadloshaltung"**, die den Bauherrn nach Art. 377 OR trifft, richtet sich auf Ersatz des Erfüllungsinteresses (BGE 96 II 196 = Beilage 6, Gautschi, N 13 zu Art. 377 OR). Der Unternehmer ist so zu stellen, wie wenn der Vertrag nicht aufgelöst, sondern erfüllt worden wäre:

**a. Für die Berechnung des geschuldeten Schadenersatzes**

ist zu berücksichtigen, dass Art. 377 OR zwischen der "Vergütung der bereits geleisteten Arbeit" und der "vollen Schadloshaltung" unterscheidet. Die Schadloshaltung tritt also zur Vergütung des Geleisteten hinzu (= "Additionsmethode"):

- Zu ersetzen ist somit der Schaden, der dem Unternehmer aus dem Entzug der noch nicht geleisteten Arbeit entsteht. Dieser Schaden umfasst insbesondere den entgangenen Gewinn (BGE 69 II 146 = Beilage 4; BGE 96 II 196 = Beilage 6; Gautschi, N 15b zu Art. 377 OR; Pedrazzini, S. 550). Wie aber verhält es sich, wenn ein nicht kostendeckender Bauvertrag vorzeitig aufgelöst wird und der Unternehmer dadurch einen grösseren Verlust (als bei Vollendung des Werkes) erleidet (weil z.B. seine Belegschaft beschäftigungslos wird)?
- Eine andere Methode (die "Abzugsmethode") setzt sich (in Anlehnung an das deutsche BGB, § 649) über den Wortlaut des Art. 377 OR hinweg, indem sie mit der "vollen Schadloshaltung" zugleich auch die Vergütung für die geleistete Arbeit abgilt. Sie verpflichtet den Bauherrn zur Bezahlung der vollen (für das ganze Werk) geschuldeten Vergütung, von der jedoch Ersparnisse oder ein anderweitig erlangter oder böswillig unterlassener Erwerb abzuziehen sind (BGE 96 II 196

= Beilage 6; Gautschi, N 15a zu Art. 377 OR; Guhl/Merz/Kummer, S. 453; Oser/Schönenberger, N 3 zu Art. 377 OR; SIA-Norm 118, Art. 184!).

- Die "Abzugsmethode" mag, was den Gesamtanspruch des Unternehmers (Vergütung und Schadenersatz) betrifft, in vielen Fällen zum gleichen Ergebnis führen wie die "Additionsmethode" (BGE 96 II 197, mit Berechnungsbeispiel auf S. 198 f. = Beilage 6). Die schweizerische Lösung aber ist sie (trotz SIA-Norm 118, Art. 184) nicht! Sie gibt dem Unternehmer in Wirklichkeit keinen Schadenersatzanspruch, sondern belässt ihm den (reduzierten) Anspruch auf Vergütung für das ganze Werk (Soergel, MünchKomm, N 10 ff. zu § 649 BGB), was bei gesichertem oder abgetretenem Vergütungsanspruch bedeutsam wird. Ausserdem "verdrehen" sie die Beweislastverteilung, weil der Bauherr die vom Unternehmer ersparten Beträge nachzuweisen hat, während bei der "Additionsmethode" der Unternehmer den Schaden beweisen muss (Pedrazzini, S. 549, Anm. 27). Und schliesslich ist zweifelhaft, ob es dem Sinn des Art. 377 OR entspricht, dem Unternehmer den Erwerb abzuziehen, den er anderweitig gemacht oder zu machen unterlassen hat (vgl. aber BGE 34 II 264 f. = Beilage 7).

b. Die Schadenersatzpflicht, die nach Art. 377 OR zur Vergütungspflicht für bereits geleistete Arbeit hinzutritt, ist eine Rechtsfolge des Rücktritts, die kein Verschulden des Bauherrn voraussetzt (BGE 96 II 199 = Beilage 6). Sie trifft z.B. auch ein Gemeinwesen, das vom Bauvertrag zurücktritt, weil es infolge einer Volksinitiative begonnene Bauten zurückstellt (BGE 94 I 126).

- Eine Reduktion der Schadenersatzpflicht gemäss Art. 43/44 OR ist nach überwiegender Meinung ausgeschlossen (BGE 96 II 199 = Beilage 6; Gautschi, N 17 zu Art. 377 OR). Das vermag nicht zu befriedigen, wenn der Unternehmer für den Rücktritt "mitverantwortlich" ist (Handelsgericht St. Gallen, SJZ 73, 1977, S. 111 f. = Beilage 8).
- Ueberhaupt keine Schadenersatzpflicht trifft den Bauherrn, wenn er nicht nach Art. 377 OR, sondern gestützt auf Art. 366 Abs. 1 (Verzug des Unternehmers) oder Art. 375 Abs. 2 OR (Ueberschreitung des Kostenansatzes) zurücktritt. Dasselbe gilt, wenn der

Bauvertrag durch Uebereinkunft (also nicht durch einseitige Rücktrittserklärung des Bauherrn) aufgehoben und nicht etwas anders vereinbart wird.

Die Beweislast trägt nach der einen Meinung (Gautschi, N 9b zu Art. 377 OR) der Bauherr; nach anderer Ansicht hat der Unternehmer, der Schadenersatz verlangt, darzutun, dass ein Rücktritt nach Art. 377 OR vorliegt (Oser/Schönenberger, N 2 zu Art. 377 OR).

- c. Tritt der Bauherr aus einem "wichtigen Grund" zurück, der ihm die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses unerträglich (unzumutbar) macht, so fragt es sich, ob er ebenfalls von der Schadenersatzpflicht befreit ist. Das Gesetz regelt "ausdrücklich" weder diese Frage noch überhaupt den Rücktritt des Bauherrn aus "wichtigem Grund". Anders: Gautschi (N 6 zu Art. 377 und N 7 zu Art. 378 OR), der Art. 378 OR zur Anwendung bringt (vgl. auch SJZ 73, 1977, S. 111 f. = Beilage 8; demgegenüber aber BGE 69 II 143 = Beilage 4).

Nach BGE 69 II 142 ff. (= Beilage 4) erfasst Art. 377 OR (mit der darin enthaltenen Schadenersatzpflicht) auch den Rücktritt aus "wichtigem Grund"; nur (aber immerhin) unter ganz besondern Umständen könne sich eine Befreiung des Bauherrn von der Schadenersatzpflicht rechtfertigen, nämlich: "au cas où la condamnation du maître aux prestations légales serait manifestement d'une rigueur excessive" (S. 144).

Nach meiner Ansicht sollte die Schadenersatzpflicht des Art. 377 OR jedenfalls dann nicht eingreifen, wenn der wichtige Grund auf einem Verhalten des Unternehmers selber (z.B. grobe Vertragsgefährdung oder Bezahlung von Schmiergeldern) beruht. Die deutsche Rechtsprechung geht sogar so weit, dass sie den Anspruch eines Unternehmers, der die Vertragsauflösung veranlasst (nicht notwendig "verschuldet"!) hat, zum vornherein auf die Vergütung für bereits erbrachte Leistungen beschränkt (BGHZ 31, S. 229 = Beilage 9).

3. Das Rücktrittsrecht des Art. 377 OR beruht auf dem (nicht für alle Fälle zutreffenden) Gedanken, dass die Herstellung des bestellten Werkes allein im Interesse des

Bauherrn erfolgt, weshalb der Unternehmer kein Recht auf die vereinbarte Werkausführung habe (BGE 69 II 143 = Beilage 4). Nach Gautschi (N 10 zu Art. 377 OR) ist das Rücktrittsrecht des Bauherrn (Art. 377 OR) sogar "**unverzichtbar und unbeschränkbar**". Das scheint mir kaum richtig zu sein (vgl. z.B. ZR 76, 1977, Nr. 17, S. 35: Zulässigkeit einer Konventionalstrafe = Beilage 10). Für gewisse Bauverträge (insbesondere Pilot- und Entwicklungsverträge) hat der Unternehmer durchaus ein schützenswertes Interesse am vertraglichen Ausschluss des Rücktrittsrechts, der ihm nicht verwehrt werden sollte (vgl. auch Soergel, MünchKomm, N 5 zu § 649 BGB).

Sicher aber ist, dass Vereinbarungen, welche den Rücktritt erleichtern, indem sie z.B. die Schadenersatzpflicht des Bauherrn ausschliessen, gültig getroffen werden können.

**3 BESTELLUNGSÄNDERUNG****3 1 ÄNDERUNGSRECHT DES BAUHERRN****Art. 84**

- <sup>1</sup> Der Bauherr kann durch Weisungen oder Änderung von Plänen verlangen, dass der Unternehmer Leistungen, zu denen dieser durch den Werkvertrag verpflichtet ist, auf andere Art als vereinbart, in grösseren oder kleineren Mengen oder überhaupt nicht ausführt; dies jedoch nur dann, wenn dadurch der Gesamtcharakter des zur Ausführung übernommenen Werkes unberührt bleibt. Unter der gleichen Voraussetzung kann der Bauherr auch im Vertrag nicht vorgesehene Leistungen ausführen lassen. Verzichtet der Bauherr auf die Ausführung einer einzelnen Arbeit, so darf er sie nicht durch Dritte ausführen lassen.
- <sup>2</sup> Nimmt der Bauherr eine solche Bestellungsänderung vor, so gelten die Bestimmungen der Art. 85—91.
- <sup>3</sup> Verzichtet der Bauherr ganz oder teilweise auf die Ausführung der Leistungen, ohne hiezu nach Abs. 1 berechtigt zu sein, so hält er den Unternehmer in vollem Umfang schadlos (Art. 377 OR).
- <sup>4</sup> Bei Gesamtpreisverträgen (Art. 42 Abs. 2) soll die Bestellung nur ausnahmsweise geändert werden; in diesem Fall wird der Inhalt der Baubeschreibung geändert oder ergänzt, mit oder ohne Änderung der Ausführungsvoraussetzungen.
- <sup>5</sup> Keine Bestellungsänderung ist die Vergebung einer Arbeit an einen Dritten, die sich auf einen Vorbehalt gemäss Art. 11 stützt.

**3 2 PFLICHTEN DES BAUHERRN****Art. 85**

- <sup>1</sup> Bestellungsänderungen werden dem Unternehmer so frühzeitig bekanntgegeben, dass sie die Vorbereitung und Ausführung der Arbeiten nicht beeinträchtigen.
- <sup>2</sup> Die Bauleitung liefert dem Unternehmer Ausführungsunterlagen, soweit solche durch die Bestellungsänderung nötig werden.
- <sup>3</sup> Arbeiten, Materialbestellungen und sonstige Aufwendungen, die vor Bekanntgabe der Bestellungsänderung vorgenommen und wegen der Änderung nutzlos werden, sind dem Unternehmer zu entschädigen; die nutzlos gewordenen Arbeiten werden nach Werkvertrag vergütet.

**3 3 AUSWIRKUNGEN DER BESTELLUNGSÄNDERUNG BEI LEISTUNGEN ZU EINHEITSPREISEN****3 31 Veränderte Mengen****Art. 86**

- <sup>1</sup> Wird durch eine oder mehrere Bestellungsänderungen die zu einem Einheitspreis gehörende Menge gegenüber der im Leistungsverzeichnis vorgesehenen Menge verändert und beträgt die Abweichung nicht mehr als 20 %, so bleibt der vereinbarte Einheitspreis für die gesamte Menge massgebend.
- <sup>2</sup> Übersteigt die endgültige Gesamtmenge 120 % der vorgesehenen Menge oder unterschreitet sie 80 %, so wird auf Verlangen eines Vertragspartners für den 120 % übersteigenden Teil bzw. für die ganze 80 % nicht erreichende Menge ein neuer Einheitspreis auf der Basis der ursprünglichen Kostengrundlage (Art. 62 Abs. 2) vereinbart; dieser Preis wird als Nachtragspreis dem Leistungsverzeichnis angefügt.
- <sup>3</sup> Der Werkvertrag kann eine andere Toleranzgrenze als 20 % festlegen, insbesondere dann, wenn das Leistungsverzeichnis für Baustelleneinrichtungen besondere Positionen vorsieht (Art. 9). Auch kann der Werkvertrag festlegen, dass nicht die Veränderung einer einzelnen Menge, sondern einer bestimmten Gruppe gleichartiger Mengen massgebend sei.
- <sup>4</sup> Sind einzelne Mengen zur Zeit der Ausschreibung aus bautechnischen Gründen noch nicht bestimmbar, so sind die Abs. 1—3 nicht anwendbar; der vereinbarte Einheitspreis gilt ohne Rücksicht auf die ausgeführte Menge. Die entsprechenden Positionen des Leistungsverzeichnisses werden in den Ausschreibungsunterlagen als solche bezeichnet.



### 3 32 **Fehlen von Einheitspreisen; veränderte Ausführungsvoraussetzungen**

#### **Art. 87**

- <sup>1</sup> Erfordert die Bestellsänderung eine Leistung, für die das Leistungsverzeichnis keinen Einheitspreis mit zutreffender Beschreibung enthält, oder erfordert sie die Ausführung einer umschriebenen Leistung unter veränderten Ausführungsvoraussetzungen, so wird die Leistung wenn immer möglich vor Inangriffnahme der Arbeit umschrieben und der dazugehörige neue Einheitspreis nach Massgabe von Abs. 2 und 3 vereinbart; dieser Preis wird als Nachtragspreis dem Leistungsverzeichnis angefügt.
- <sup>2</sup> Soweit die Positionen des Leistungsverzeichnisses es gestatten, wird der Nachtragspreis auf Grund des Preises für die ähnlichste vertragliche Leistung festgesetzt, unter Berücksichtigung des Unterschiedes zwischen ihr und der erforderlichen Leistung und auf der Basis der ursprünglichen Kostengrundlage (Art. 62 Abs. 2).
- <sup>3</sup> Ist nach dem Leistungsverzeichnis ein solcher Preis aufbau nicht möglich, so wird auf der Basis der ursprünglichen Kostengrundlage (Art. 62 Abs. 2) ein neuer Einheitspreis vereinbart und ebenfalls als Nachtragspreis dem Verzeichnis angefügt.
- <sup>4</sup> Kommt keine Vereinbarung zustande, so kann die Bauleitung die Arbeit in Regie ausführen lassen oder unter voller Schadloshaltung des Unternehmers an einen Dritten vergeben. Untergeordnete Arbeiten werden immer in Regie ausgeführt.

### 3 4 **AUSWIRKUNG DER BESTELLUNGSÄNDERUNG BEI ANDEREN LEISTUNGEN**

#### 3 41 **Baustelleneinrichtungen**

##### **Art. 88**

- <sup>1</sup> Sind für Baustelleneinrichtungen im Leistungsverzeichnis besondere Positionen vorgesehen (Art. 9) und müssen als Folge einer Bestellsänderung Anlage, Umfang oder Vorhaltezeit dieser Einrichtungen geändert werden, so ändern die Vertragspartner den für die betreffende Position vereinbarten Preis entsprechend. Der neue Preis hat im Aufbau dem vereinbarten zu entsprechen. Er wird auf der Basis der ursprünglichen Kostengrundlage (Art. 62 Abs. 2) bestimmt und als Nachtragspreis dem Leistungsverzeichnis angefügt. Für zusätzlich einzusetzende Baustelleneinrichtungen ist den veränderten Beschaffungskosten Rechnung zu tragen (Art. 81 Abs. 1).
- <sup>2</sup> Kommt keine Vereinbarung über diese Nachtragspreise zustande und ist die Ausführung in Regie möglich, so gilt Art. 87 Abs. 4.

#### 3 42 **Bestellsänderung bei Leistungen zu Global- oder Pauschalpreisen**

##### **Art. 89**

- <sup>1</sup> Führt eine Bestellsänderung zur Änderung einer global oder pauschal zu vergütenden Leistung oder zur Änderung ihrer Ausführungsvoraussetzungen, so wird für diese Leistung ein Mehr- oder Minderpreis als Nachtragspreis vereinbart.
- <sup>2</sup> Bei Leistungen zu Globalpreisen wird dieser Nachtragspreis auf der Basis der ursprünglichen Kostengrundlage (Art. 62 Abs. 2) vereinbart; bei Leistungen zu Pauschalpreisen auf der Basis jener Kostengrundlage, die im Zeitpunkt der Bestellsänderung gültig ist.
- <sup>3</sup> Kommt bei zusätzlichen Arbeiten keine Einigung über den Nachtragspreis zustande, so gilt Art. 87 Abs. 4.

### 3 5 **ANPASSUNG DER FRISTEN**

#### **Art. 90**

Erfordert eine Bestellsänderung die Anpassung vertraglicher Fristen (Art. 92), so hat der Unternehmer Anspruch auf angemessene neue Fristen. Die Vertragspartner setzen die neue Frist durch Vereinbarung fest.

### 3 6 **GRUNDSTÜCKE UND RECHTE**

#### **Art. 91**

Bei Bestellsänderungen verändert der Bauherr soweit nötig den Umfang der Grundstücke und Rechte, die er dem Unternehmer zur Verfügung stellt (Art. 116).

SIA - Norm 118, Art. 44, 112 und 1402 2        **REGIEARBEITEN**2 21       **Voraussetzung**2 211      *Vertrag oder Anordnung der Bauleitung***Art. 44**

- <sup>1</sup> Im Werkvertrag kann für einzelne bestimmte Arbeiten anstelle fester Preise (Art. 38 Abs. 1) vereinbart werden, dass sie in Regie auszuführen sind. Die Vergütung richtet sich nach Art. 48 ff.
- <sup>2</sup> Ausserdem kann die Bauleitung dringliche Arbeiten zur Abwendung von Gefahr oder Schaden sowie Arbeiten gemäss Art. 87 Abs. 4 und Art. 88 Abs. 2 in Regie ausführen lassen. Soweit überblickbar, wird der mutmassliche Umfang der Regiearbeiten im Leistungsverzeichnis oder in der Baubeschreibung angegeben.
- <sup>3</sup> Regiearbeiten, welche die Bauleitung anordnet, bezeichnet sie rechtzeitig vor Beginn als Regiearbeiten. Mit der Anordnung teilt die Bauleitung dem Unternehmer mit, ob der Unternehmer oder die Bauleitung die Arbeit zu leiten hat. In den Fällen von Art. 87 Abs. 4 und Art. 88 Abs. 2 steht die Leitung immer dem Unternehmer zu.
- <sup>4</sup> Leitet der Unternehmer die Regiearbeit, so stellt er, nach vorheriger Mitteilung an die Bauleitung, die für eine sachgerechte Aufsicht nötigen Poliere und Vorarbeiter während der nötigen Dauer bei. Leitet die Bauleitung die Arbeit, so stellt der Unternehmer Poliere und Vorarbeiter nur auf ausdrückliches Verlangen.

4 35       **Schutz gegen Immissionen****Art. 112**

- <sup>1</sup> Der Unternehmer trifft auf eigene Kosten nicht nur die vereinbarten, sondern auch die gesetzlich gebotenen Massnahmen zum Schutze Dritter gegen Immissionen (wie z. B. Lärm, Erschütterungen, Rauch), die durch seine Arbeit erzeugt werden.
- <sup>2</sup> Schreibt jedoch der Bauherr diejenigen Massnahmen, die gegen bestimmte Immissionen zu treffen sind, im Werkvertrag nach Art und Umfang vor, so trägt der Unternehmer hinsichtlich dieser Immissionen nur die Kosten der vorgeschriebenen Massnahmen. Zusätzliche Massnahmen, welche die Bauleitung gegen die betreffenden Immissionen nachträglich anordnet (z. B. auf Einsprache Dritter hin oder gemäss behördlicher Vorschrift), gehen zu Lasten des Bauherrn, auch wenn sie gesetzlich geboten sind.

4 47       **Materialvorräte****Art. 140**

- <sup>1</sup> Die Bauleitung ist berechtigt, vom Unternehmer die Anlage grösserer Vorräte an Materialien (Art. 10 Abs. 1) zu verlangen, als es dem vertragsgemässen Arbeitsfortschritt angemessen ist. Zur Hinweispflicht des Unternehmers siehe Art. 79.
- <sup>2</sup> Der Bauherr bevorschusst den Kaufpreis und übernimmt nachgewiesene zusätzliche Lagerungskosten des Unternehmers. Mit der Entgegennahme des Vorschusses verpflichtet sich der Unternehmer, die Vorräte ausschliesslich für die Erfüllung des Werkvertrages bereitzuhalten und sie auf Verlangen dem Bauherrn zu Eigentum zu übertragen. Der Vorschuss wird rückerstattet oder verrechnet nach Massgabe der Verwendung des Vorrates für das Werk.
- <sup>3</sup> Die Vorschussleistung des Bauherrn wird fällig mit der Rechnungstellung des Unternehmers und wird diesem innerhalb von 30 Tagen ohne Rückbehalt bezahlt.

**173. Mietvertrag mit Einschluß der Zentralheizung. Unzulässigkeit des teilweisen Rücktritts von demselben. — Streitwert; keine periodisch wiederkehrende Leistung.**

Die Eigentümer des Hauses Löwenstraße 9 in Zürich hatten durch Vertrag vom 26. Februar 1923 einen Raum im Parterre links und zwei Zimmer im zweiten Stock zu einem Mietzins von 3200 Franken jährlich vermietet mit Antritt der Mietsache auf den 1. April 1923 für 4 ½ Jahre fest. In einem Zusatz des Mietvertrages war bestimmt: „Die Kosten der Zentralheizung werden im Verhältnis zu den Gesamtheizungskosten nach Maßzahl der Heizrippen berechnet. Entsprechende Vorschüsse sind jeweils am 1. Oktober und am 1. Januar zu leisten.“ Bald nach Mietantritt stellten die Vermieter dem Mieter dieser Räume eine Heizrechnung von 40 Fr. zu, die er beglich bemerkend, er könne zukünftige Heizrechnungen nur anerkennen, wenn ihnen ein genauer Verteilungsplan zugrunde liege, und mit dem Ersuchen, die Vermieter möchten die sämtlichen Heizkörper in seinem Parterrelokal plombieren, da er dort sein Papierlager habe, in welchem nicht geheizt werden dürfe. Sie antworteten, daß sie die Heizkörper des Lager-raumes nicht plombieren können, da sie auf alle Fälle die Heizkosten auch auf diese Heizrippen verteilen müssen, weil der

Verbrauch an Brennmaterialien derselbe sei, ob nun die Heizkörper im Lagerraum auch erwärmt werden oder nicht, und weil sie kein Recht haben, die anderen Mieter unverhältnismäßig zu belasten.

Als dann im Oktober 1923 die Vermieter um Entrichtung des ersten Vorschusses für die Heizperiode 1923/24 ersuchten, antwortete der Mieter, er leiste den Vorschuss nicht, solange nicht die streitige Heizfrage gelöst sei, er verlange nochmals die Plombierung von vier Heizkörpern im Partererraum und einen genauen Kostenverteilungsplan. Als die Vermieter seinem Verlangen nicht nachkamen, ließ er die Heizkörper durch die Firma Gebr. Sulzer plombieren unter Mitteilung an die Vermieter, indem er beifügte, daß er für Heizkörper, die er nicht benutze, auch nichts zu bezahlen gedenke. Die Vermieter waren hiermit nicht einverstanden und verlangten mit der Klage einmal die Feststellung, der Beklagte habe an die Kosten der Zentralheizung beizutragen, und sodann forderten sie den am 1. Oktober 1923 fälligen Vorschuss.

Bezirksgericht und Obergericht hiessen die Klage gut, letzteres mit folgender Begründung:

„Mangels abweichender Darstellungen der Parteien darf davon ausgegangen werden, daß im vorliegenden Falle die Dinge beim Abschluß von Mietverträgen gewohnten Verlauf genommen haben, nämlich daß, nachdem die Parteien sich über die wesentlichen Punkte (Gegenstand der Miete, Mietzins, Dauer des Mietvertrages usw.) mündlich geeinigt hatten, die Kläger den schriftlich ausgefertigten und ihrerseits unterzeichneten Mietvertrag dem Beklagten zur Unterzeichnung zugesandt haben. Es war also der Beklagte, der zuerst die Erklärung der Gegenpartei erhalten hat. Nun ist aber nicht entscheidend, wie der Empfänger einer Erklärung dieselbe verstanden hat, sondern es kommt darauf an, wie er sie bei Berücksichtigung aller ihm bekannten Umstände vernünftigerweise hat verstehen müssen. Die Anwendung dieses Grundsatzes auf den vorliegenden Fall führt aber dazu, die Aus-

legung der Kläger als die richtige zu erklären. Da es die klimatischen Verhältnisse mit sich bringen, daß im Winter geheizt werden muß, so darf der Eigentümer eines Hauses mit Zentralheizung beim Abschluß eines Mietvertrages davon ausgehen, daß die Heizung von dem Mieter benützt wird, so daß die Kosten derselben von allen Bewohnern gemeinsam getragen werden. In vielen Fällen wird eine besondere Vergütung für die Heizung gar nicht festgesetzt, sondern dieselbe wird in den Mietzins eingerechnet, und dieser entsprechend höher angesetzt. Nach dem Wortlaute der streitigen Bestimmung, die einfach von der Verteilung der Kosten nach Maßgabe „der“ Heizrippen spricht und die Benützung nicht erwähnt, kann dieselbe nicht anders verstanden werden als so, daß die Zahl der vorhandenen Rippen maßgebend sein solle. Jedenfalls liegt diese Auslegung näher als diejenige, welche vom Beklagten vertreten wird. Wenn dieser die Bestimmung unrichtig ausgelegt hat, weil er die Umstände entweder gar nicht oder nicht genügend berücksichtigt, und infolgedessen seinerseits eine Erklärung abgegeben hat, welche seinem wirklichen Willen nicht entsprach, so hat er die Folgen zu tragen. Wenn er auf die Benützung der Heizung teilweise verzichtet und den Beitrag an die Heizungskosten nur für die benützten Heizrippen entrichten wollte, dann war er, wie die Vorinstanz mit Recht erklärt hat, verpflichtet, eine entsprechende Fassung der Vertragsbestimmung zu verlangen. Da er das nicht getan hat, ist er so anzusehen, als sei er mit dem von den Klägern behaupteten Inhalte des Vertrages einverstanden gewesen.

Davon, daß bei Gutheißung der Klage die Kläger oder die anderen Mieter ungerechtfertigt bereichert würden, kann keine Rede sein. Die Kläger erhalten, nach welchem Verhältnis die Verteilung auch erfolgt, nicht mehr, als sie selbst ausgegeben haben, und auf den vollen Ersatz haben sie in jedem Falle Anspruch. Die anderen Mieter aber sind nicht bereichert, weil sie Anspruch darauf haben, daß die Kosten

nach dem in den Mietverträgen festgesetzten Grundsätze verteilt werden, der effektive Umfang der Nutzung der Heizung also keine Rolle spielen soll.

Der Beklagte hat ferner den Standpunkt eingenommen, daß er nach Art. 377 OR berechtigt sei, vom Vertrage über die Heizung zurückzutreten. Richtig ist, daß das Obergericht und das Bundesgericht in dem in ZR XXI Nr. 5 erwähnten Falle die Verpflichtung des Vermieters zur Heizung als ein werkvertragsähnliches Verhältnis bezeichnet haben. Allein daraus folgt nicht, daß die Bestimmungen über den Werkvertrag ohne weiteres auf dieselbe Anwendung finden. Die Verpflichtung bildet nicht den Gegenstand eines selbständigen Vertrages, sondern sie gehört zum Inhalte eines Mietvertrages und ist von den Klägern nur mit Rücksicht auf diesen übernommen worden. Dieser enge Zusammenhang zwischen der Vermietung der Räume und der Heizung muß dazu führen, ein Recht des Beklagten zum einseitigen Rücktritt hinsichtlich der Heizung bei Aufrechterhaltung des Vertrages bezüglich der Miete auszuschließen. Zudem würde es sich, da der Beklagte auf die Heizung nur des Parterres verzichten will, die Verpflichtung der Kläger aber mit Bezug auf die Räume im zweiten Stock bestehen bleiben soll, nur um einen teilweisen Rücktritt handeln. Ein Recht des Bestellers, den Vertrag nur zum Teil aufzuheben, läßt sich aber aus Art. 377 und dem ihm zugrunde liegenden Gedanken nicht ableiten.

Endlich hat der Beklagte geltend gemacht, daß die Bestimmungen des vorinstanzlichen Urteils über die Verteilung der Kosten und die Entschädigungspflicht auf einer unrichtigen Berechnung des Streitwertes beruhen. Die Vorinstanz hat sich über diesen Punkt nicht ausdrücklich geäußert, aus der Höhe der Prozeßentschädigung muß indessen geschlossen werden, daß sie von einem Streitwerte von über 2000 Fr. ausgegangen ist. Diese Bemessung erscheint indessen als unrichtig. Der Beklagte hat grundsätzlich nur die Beitragspflicht für die in den Parterre-

räumen befindlichen 34 Rippen bestritten. Der Streitwert besteht daher in der Differenz zwischen dem Betrage, der vom Beklagten zu zahlen ist, wenn er mit allen 60 Heizrippen zur Kostentragung herangezogen wird, und demjenigen, den er nur für 26 Rippen zu entrichten hat. Legt man der Berechnung den von den Klägern in der Hauptverhandlung angegebenen Gesamtbetrag der Heizungskosten einer Heizperiode, 2500 Fr., zugrunde, so trifft es dem Beklagten im ersteren Falle Fr. 586.20, im letzteren Fr. 292.76. Die Differenz beträgt somit Fr. 293.44 oder für vier Heizungsperioden Fr. 1173.76. Das Begehren um Leistung eines Vorschusses spielt bei der Bestimmung des Streitwertes keine erhebliche Rolle, da der Vorschuß nur einen Teil des teils anerkannten, teils bestrittenen Beitrages bildet und die Pflicht zur Leistung nicht grundsätzlich, sondern nur mangels Fälligkeit bestritten worden ist. Der § 24 ZPO, auf den sich die Kläger berufen haben, wonach bei periodisch wiederkehrenden Leistungen der mutmaßliche Kapitalwert als Streitwert anzunehmen ist, kann keine Anwendung finden, da für den Begriff der periodisch wiederkehrenden Leistungen wesentlich ist, daß sie auf unbestimmte Zeit zu entrichten und daher dem Gesamtbetrag nach unbestimmt sind, der Mietvertrag aber nach vier Heizperioden, d. h. mit Ende September 1927 gekündigt werden kann.“

Obergericht, II. Kammer, 14. März 1924.

## II. OBLIGATIONENRECHT

## DROIT DES OBLIGATIONS

26. Arrêt de la Ire Section civile du 13 avril 1943 dans la cause Assortiments Cylindre S. A. contre Charpiloz.

Application de l'art. 377 CO, à l'exclusion de l'application analogique de l'art. 378 al. 1er CO, à la résiliation d'un contrat d'entreprise en raison des événements de guerre survenus avant l'achèvement de l'ouvrage (consid. 1, 2 et 3). — Cas réservé où l'allocation de l'indemnité prévue par la loi serait contraire aux règles de la bonne foi (consid. 4). — Examen de l'espèce au regard des art. 43 et 44 CO (consid. 6).

Anwendung von Art. 377 OR, unter Ausschluss der analogen Anwendung von Art. 378 Abs. 1 OR, auf die durch die Kriegsereignisse bedingte Auflösung eines Werkvertrages vor Beendigung des Werkes (Erw. 1, 2, 3). — Vorbehalt des Falles, dass die Zuspreehung der vom Gesetz vorgesehenen Entschädigung gegen die gute Treue verstossen würde (Erw. 4). — Prüfung des Falles unter dem Gesichtspunkt von Art. 43 und 44 OR. (Erw. 6).

Applicazione dell'art. 377 CO (esclusa l'applicazione per analogia dell'art. 378 cp. 1 CO) al recesso da un contratto d'appalto a motivo degli avvenimenti bellici sopraggiunti prima del termine dell'opera (consid. 1, 2 o 3). — Riserva pel caso in cui l'indennizzo previsto dalla legge fosse contrario alla buona fede (consid. 4). — Esame del fattispecie con riguardo agli art. 43 o 44 CO (consid. 6).

La société anonyme Assortiments et décolletages Cylindre S. A., au Locle (par abréviation Cylindre S. A.), a fabriqué depuis la fin de l'année 1939 des fusées d'obus

pour l'armée française. Elle a commandé diverses pièces des fusées à des fabriques d'horlogerie, soit, entre autres, à Marius Charpiloz, fabrique de pignons Astra, à Dévilard (Astra), des « pignons 25 BB ». Astra en usina 126 811 de janvier à fin mai 1940. Des pourparlers engagés à ce moment-là aboutirent le 4 juin 1940 à la confirmation écrite d'une commande de 300 000 pignons 25 BB, selon plan en mains d'Astra, même qualité que précédemment, livrables à raison de 7 à 8000 pièces par jour, au prix de 82 fr. le mille.

Astra avait fait deux livraisons (environ 50 000 pignons) lorsque Cylindre S. A. l'invita le 17 juin 1940 à suspendre la fabrication, à cause des événements de guerre. Les pièces déjà usinées furent cependant livrées et payées. Le 4 juillet 1940 Cylindre S. A. annula la commande.

Astra réclama à Cylindre S. A., le 25 août 1940, la somme de 7000 fr. pour « frais d'outillage spécial, mise en train de machines supplémentaires destinées à intensifier la fabrication et indemnité pour rupture de commande ». Cylindre S. A., invoquant la force majeure, contesta devoir des dommages-intérêts, mais fit diverses propositions qui ne furent pas acceptées. Le 10 octobre 1941, Charpiloz actionna Cylindre S. A. devant le Tribunal cantonal neuchâtelois en paiement de 4000 fr. avec intérêts à 5 % dès la demande. Il expliquait la réduction par le produit qu'il avait retiré de la revente des machines et de l'outillage spécial acquis pour exécuter la commande.

La défenderesse a conclu au déboutement du demandeur. Le Tribunal cantonal estime qu'en raison de l'armistice et de l'annulation des commandes par l'Etat français la défenderesse n'était plus tenue d'exécuter le contrat passé avec le demandeur. Appliquant analogiquement l'art. 378, 1er al. CO, il a condamné la défenderesse à payer au demandeur la somme de 2800 fr. avec intérêts à 5 % dès le 10 octobre 1941 à titre de dédommagement pour les dépenses faites par lui spécialement en vue de fabriquer les 300 000 pignons commandés.

La défenderesse a recouru au Tribunal fédéral contre ce jugement. Elle reprend ses conclusions libératoires.

Le demandeur a formé recours-joint en maintenant ses conclusions de première instance.

#### *Considérant en droit :*

1. — Les parties ont sans conteste conclu le 4 juin 1940 un contrat d'entreprise. Le maître fournissait la matière et l'entrepreneur fabriquait les pignons « selon plan ». C'est l'ouvrage à exécuter qui était l'essentiel.

2. — La défenderesse pouvait dès lors, aux termes de l'art. 377 CO, résilier en tout temps le contrat « en payant le travail fait et en indemnisant complètement » le demandeur. Le consentement de l'entrepreneur n'était pas nécessaire. Le demandeur ayant reçu le prix des pièces fabriquées et livrées, le litige n'a trait qu'à « l'indemnité complète » qu'il réclame pour le gain manqué et ses dépenses en tant qu'elles ne sont pas compensées par le paiement des livraisons fournies.

Le maître de l'ouvrage se prévaut de l'art. 378, 1er al. CO, en vertu duquel il estime devoir tout au plus rembourser à l'entrepreneur les dépenses non comprises dans le prix payé pour le travail fait, mais conteste la réalité de pareilles dépenses.

3. — L'art. 378, 1er al., prévoit l'impossibilité d'effectuer ou de terminer l'ouvrage par suite d'un cas fortuit survenu chez le maître. Il vise ainsi l'éventualité où le commandant doit concourir en quelque manière à l'exécution, en mettant par exemple à la disposition de l'entrepreneur le terrain à bâtir ou certains matériaux indispensables.

La défenderesse fournissait, il est vrai, la matière, mais cette contribution ne jouait qu'un rôle subordonné et n'offrait pas de difficulté à l'époque. La confection des 300 000 pignons restait possible malgré l'armistice franco-allemand et l'annulation des commandes par l'Etat français. Et rien ne s'opposait en fait à l'acceptation de l'ouvrage

par la défenderesse. Il n'y avait aucune impossibilité d'exécuter le contrat, fût-elle d'ordre juridique, comme il s'en présente quand, par exemple, dans un marché international, la livraison se heurte à une interdiction absolue d'exportation. Le maître et l'entrepreneur sont en l'espèce deux maîtres suisses et les pignons devaient être fabriqués et livrés en Suisse. Les circonstances sont ainsi tout autres que s'il s'agissait d'un litige direct entre l'Etat français et un fabricant suisse. Les prévisions de l'art. 378, 1er al., ne sont dès lors pas réalisées.

4. — On peut seulement se demander si la défenderesse n'avait la faculté de résilier le contrat en vertu de l'art. 377 qu'avec les conséquences précisées par la loi ou si et dans quelle mesure, d'après les règles de la bonne foi, elle doit être exonérée des conséquences légales de la résiliation étant donnés les événements survenus depuis la conclusion du contrat.

a) Le demandeur s'étant placé d'emblée sur le terrain du contrat d'entreprise et la défenderesse en ayant fait autant dans son recours en réforme, c'est bien au regard des art. 377 et 378, 1er al. (le second alinéa ne saurait entrer en considération), et non de l'art. 119 CO que le litige doit se juger. Les dispositions spéciales régissant le contrat d'entreprise doivent du reste avoir le pas sur le principe général en tant qu'elles peuvent trouver application dans le cas donné. Or l'art. 377 autorise précisément le maître à renoncer pour un motif quelconque à l'achèvement de l'ouvrage. Il peut avoir changé d'idée, ou ses besoins ont pu se modifier, ou les conjonctures ne sont plus les mêmes : il n'y a plus de preneur pour l'ouvrage commandé, etc. En conférant ce droit au maître moyennant dédommagement complet de l'entrepreneur, la loi tient déjà compte dans une large mesure du changement des circonstances survenu pour le premier. Tant que l'ouvrage n'est pas terminé, le commandant est à même d'échapper à la livraison et au paiement d'objets qui ne lui sont plus d'aucune utilité, qu'il ne peut plus placer ou ne peut placer qu'avec de grosses pertes. Ce qu'il doit payer à l'entre-

neur est alors pour lui le moindre mal. En réglant de la sorte la résiliation, le législateur n'a sans doute pas envisagé uniquement le cas où le maître change simplement d'idée, mais encore le cas plus normal où le maître résilie le contrat pour des motifs sérieux. L'art. 377 est une application du principe suivant lequel l'exécution de l'ouvrage est une obligation mais non un droit de l'entrepreneur (OSER-SCHÖNENBERGER, art. 377 note 1). Le maître est ainsi avantagé par rapport à l'entrepreneur, et il ne se justifierait point de désavantager encore plus ce dernier en excluant l'application de l'art. 377 toutes les fois que le maître a de bonnes raisons pour décommander l'ouvrage ou lorsqu'il ne peut faire supporter par un tiers l'indemnité qu'il doit payer à l'entrepreneur aux termes de l'art. 377.

Considéré sous cet angle, le devoir de la défenderesse d'indemniser le demandeur apparaît clairement.

Quant à l'art. 378, il ne constitue pas un complément de l'art. 377, mais bien un tempérament apporté au risque que l'art. 376, 1<sup>er</sup> al., met à la charge de l'entrepreneur (OSER-SCHÖNENBERGER, art. 378 nos 1 et 2). Lorsque le maître doit contribuer à l'exécution de l'ouvrage et que, par sa faute ou sans faute de sa part, ce concours devient impossible, c'est lui et non l'entrepreneur qui en supporte les conséquences : paiement du prix correspondant au travail fait et remboursement des dépenses non comprises dans ce prix plus des dommages-intérêts en cas de faute. Il a été exposé au considérant 3 ci-dessus que ces hypothèses ne sont pas réalisées dans l'espèce.

b) Reste la question de l'exclusion totale ou partielle, des conséquences légales de la résiliation selon l'art. 377, par application des règles de la bonne foi qui régissent tous les rapports contractuels et l'exercice de tous les droits conférés par la loi.

Si l'on tient compte de ce qui vient d'être dit sous lettre a) du sens et du but de l'art. 377, on se gardera d'écarter d'emblée, sous prétexte de bonne foi, les suites normales de la résiliation telles que la loi les a réglées. Ce que le législateur a estimé juste de faire supporter au maître

qui use de son droit discrétionnaire de révoquer la commande ne saurait être tenu sans un sérieux examen pour inéquitable et inexigible. On ne doit pas d'autre part supprimer ou restreindre les obligations spéciales du maître de l'ouvrage en appliquant tels quels les principes juridiques relatifs aux dispositions générales de l'art. 119 CO. Seules des circonstances toutes particulières et impérieuses peuvent justifier une solution différente de celle que l'art. 377 statue pour le contrat d'entreprise. Ce n'est qu'au cas où la condamnation du maître aux prestations légales serait manifestement d'une rigueur excessive qu'on pourrait se départir du principe de la fidélité au contrat et du respect de la loi.

Qu'en est-il en l'occurrence ? La modification du contrat ou de ses conséquences légales n'est admissible d'après la jurisprudence que si le changement des circonstances était imprévisible. Il n'est pas certain qu'il en fût ainsi en l'espèce. Sans doute dans la seconde moitié du mois de mai 1940, lors de leurs pourparlers, les parties, de même que la généralité des personnes, ne supposaient-elles pas qu'un armistice serait conclu au mois de juin. Mais le 4 juin 1940, date de la commande écrite, la position de la France était déjà beaucoup plus critique. Toutefois, à de tels moments l'effort militaire devient intense, la production augmente et s'accélère le plus possible, en sorte qu'on accepte certains risques ou qu'on leur attribue une moindre importance. La défenderesse a vraisemblablement admis que l'Etat français maintiendrait sa commande malgré les circonstances et le demandeur n'a probablement pas cru que les hostilités pourraient cesser avant l'exécution complète de la commande. On ne saurait en tout cas dire que les parties ont, l'une ou l'autre, assumé délibérément le risque de la résiliation anticipée du contrat. Que si même le demandeur a songé à cette éventualité, il a pu se considérer comme couvert par l'art. 377.

La prévisibilité ou l'imprévisibilité des événements a d'autant moins joué un rôle que la durée du contrat était



fort brève. A raison d'une production de 7 à 8000 pignons par jour, la totalité de la commande eût été livrée dans l'espace de quarante jours.

Le seul facteur d'appréciation qui puisse dès lors entrer en jeu est le fait que, par suite de l'armistice et de l'annulation des commandes par la France, les pignons du demandeur étaient sans utilité pour la défenderesse puisqu'elle n'en avait plus preneur. Mais dans les contrats avec livraisons successives, l'impossibilité de faire de la marchandise fourni l'emploi prévu n'est en général pas prise en considération (RO 44 II 409 i. f. et 410 ; cf. SIEGWART, Der Einfluss veränderter Verhältnisse, dans l'Homage de la Faculté de droit de l'Université de Fribourg à la Société suisse des juristes, 1924 p. 106). Comme on l'a relevé au considérant 4, ce fait conduira souvent à la résiliation du contrat en vertu de l'art. 377, avec les conséquences prescrites par la loi.

Les circonstances de l'espèce ne font pas apparaître ces conséquences comme inadmissibles à l'égard de la défenderesse. Elles ne heurtent pas le sentiment de la justice et de l'équité au point que la demande d'indemnité puisse être taxée de contraire aux règles de la bonne foi et que le juge ait le devoir d'intervenir.

L'application de l'art. 377 n'impose pas au maître de l'ouvrage un sacrifice pécuniaire bien considérable. La défenderesse ne conteste plus sérieusement qu'en vertu de l'art. 378, 1<sup>er</sup> al., elle devrait rembourser au demandeur les dépenses non comprises dans le prix payé si la preuve de telles dépenses était faite. Ce qu'elle doit en plus, aux termes de l'art. 377, c'est le gain manqué. Or, la demande ne tend plus qu'au paiement de 4000 fr. pour toutes choses, on sorte que le bénéfice perdu peut atteindre au maximum 1200 fr. en sus de la somme de 2800 fr. allouée pour les dépenses faites spécialement en vue de l'exécution du contrat (v. consid. 5 a). Le paiement de ce surplus ne constitue certes pas une charge insupportable pour la défenderesse qui a livré à la France des fusées depuis le

début de l'année 1940 et réalisé un bénéfice dont elle perd simplement une partie. Il n'y a pas là un motif suffisant pour dispenser la défenderesse des prestations voulues par l'art. 377. Elle ne peut exiger que toutes ses affaires soient avantageuses. Il serait d'ailleurs contraire à la bonne foi de faire supporter au demandeur le risque commercial qui normalement incombe à la défenderesse. D'autant plus qu'en l'espèce que, suivant la constatation du juge du fait, Astra a dû « mettre tout son outillage au point pour arriver à livrer subitement sept fois plus de pignons » par jour et n'a pu, après l'ordre inattendu de suspension du 17 juin et la révocation du 4 juillet, exécuter pendant un certain temps d'autres travaux, si bien qu'elle a eu des frais généraux que ne sont pas venus compenser d'emblée de nouveaux bénéfices.

c) En conséquence et contrairement à la solution adoptée par le Tribunal cantonal, il y a lieu d'appliquer l'art. 377 et non l'art. 378, 1<sup>er</sup> al., analogiquement. Les circonstances de l'arrêt RO 48 II 372 et 373 cités par les premiers juges sont différentes de celles de la présente espèce et le fait que d'autres sous-traitants n'ont pas réclamé à la défenderesse de dédommagement pour le gain manqué n'est pas décisif. On ignore les motifs de leur renonciation.

5. — Chiffre de « l'indemnité complète » due au demandeur :

a) *Remboursement des dépenses.* (Maintien de la somme de 2800 fr. allouée au demandeur.)

b) *Gain manqué.* (Maintien du chiffre de 1145 fr.)

c) La défenderesse est par conséquent tenue de payer au demandeur à titre d'indemnité selon l'art. 377 la somme totale de 3945 fr. avec intérêts à 5 % dès le 10 octobre 1941.

6. — Les circonstances de l'espèce ne sont pas de nature à faire réduire ce montant en vertu des art. 43 et 44 CO applicables en matière contractuelle aux termes de l'art. 99 al. 3 CO.

Une réduction du remboursement des dépenses est d'emblée exclue, car même d'après l'art. 378, 1<sup>er</sup> al., le demandeur aurait droit à la restitution. A fortiori est-ce le cas selon l'art. 377.

Quant au gain manqué, le paiement de 1145 fr. n'expose certes pas la défenderesse à la gêne (art. 44 al. 2). L'art. 44, 1<sup>er</sup> al., ne trouve manifestement pas d'application. Même l'art. 43 ne fournit pas une base suffisante. Réduire le chiffre de 1145 fr. malgré l'absence de circonstances particulières reviendrait à exonérer sans raison le maître de l'ouvrage de son obligation d'« indemniser complètement » l'entrepreneur. Le seul fait que la résiliation n'est pas due au simple caprice mais qu'elle a des motifs plausibles ne suffit pas à justifier l'abandon de la réglementation légale.

*Par ces motifs, le Tribunal fédéral*

1. rejette le recours principal ;
2. admet le recours joint et réforme le jugement cantonal dans ce sens que la défenderesse est condamnée à payer au demandeur la somme de 3945 fr. avec intérêts à 5 % dès le 10 octobre 1941.

---

Vgl. auch Nr. 24, 29. — Voir aussi N<sup>os</sup> 24, 29.

---

*Contratto d'appalto. Obbligo d'adurre i fatti pertinenti.*  
Il diritto di recedere dal contratto secondo l'art. 366 CO suppose in linea di massima l'assegnazione di un termine ai sensi dell'art. 107 CO. Se tale requisito manca, la dichiarazione esplica effetti conformemente all'art. 377 CO (consid. 3).

La dichiarazione di recesso giusta l'art. 377 CO non deve contenere un'offerta di risarcimento dei danni. L'esercizio del diritto di recesso in qualsiasi tempo non è abusivo (consid. 3). Il quesito di sapere se i fatti addotti da una parte conformemente alla procedura permettano di statuire sulla sua pretesa giuridica attiene al diritto federale (consid. 4).

#### *Gekürzter Tatbestand:*

A. — Mit Vertrag vom 13. April 1966 verpflichtete sich die Friedli & Cie AG, für Dr. Josef Rogger in Inwil ein Einfamilienhaus, Typ Helvetia EH-A Spezial, zum Preis von Fr. 135 000.— zu erstellen. Das Haus sollte « raschmöglichst/Ende 1966 » bezugsbereit sein. Die Parteien verlängerten später diese Frist, zuerst bis 15. und dann bis Ende Februar 1967. Das Haus war indessen am 15. März 1967, als Rogger die bisherige Mietwohnung verlassen musste, nicht fertig. Er wohnte in der Folge mit seiner Familie zuerst in einem Hotel in Luzern und nachher in einer Ferienwohnung in Horw. Am 23. Mai 1967 konnte er die Räume im Erdgeschoss des immer noch nicht vollendeten Hauses beziehen. Seit Dezember 1966 hatte Rogger wiederholt Mängel schriftlich gerügt und sich über die Verzögerungen beschwert. Mit Schreiben seines Anwaltes vom 7. Juni 1967 erklärte er den Rücktritt vom Vertrag.

Die Pauschalvergütung von Fr. 135 000.— erhöhte sich wegen zusätzlicher Arbeiten, die der Bauherr verlangt hatte, auf Fr. 138 050.—. Daran zahlte Rogger gemäss Schlussrechnung der Bauunternehmung Fr. 107 437.—.

B. — Die Friedli & Cie AG klagte auf Zahlung der Restforderung von Fr. 30 613.— und auf Eintragung eines Bauhandwerkpfandrechts für Fr. 10 000.—, beides nebst Zins.

Der Beklagte beantragte die Abweisung der Klage und forderte « als konnexen Gegenanspruch, evt. widerklageweise » von der Klägerin Fr. 20 540.20 nebst Zins.

C. — Am 2. September 1970 hiess das Amtsgericht Hochdorf die Klage für Fr. 23 213.50 nebst Zins gut und ermächtigte die Klägerin, das Bauhandwerkpfandrecht im Grundbuch eintragen zu lassen.

17. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 25. Januar 1972 i.S. Friedli & Cie AG gegen Rogger.

#### *Werkvertrag. Substantiierungspflicht.*

Der Rücktritt nach Art. 366 OR setzt grundsätzlich die Einräumung einer Nachfrist im Sinne des Art. 107 OR voraus. Fehlt dieses Erfordernis, so ist die Erklärung nach Art. 377 OR wirksam (Erw. 3).

Die Rücktrittserklärung nach Art. 377 OR braucht kein Angebot auf Ersatz des Schadens zu enthalten. Die jederzeitige Ausübung des Rücktrittsrechtes ist nicht missbräuchlich (Erw. 3). Ob die von einer Partei prozesskonform vorgebrachten tatbeständlichen Anbringen erlauben, ihre Rechtsbehauptung zu beurteilen, ist eine Frage des Bundesrechts (Erw. 4).

#### *Contrat d'entreprise. Obligation d'alléguer des faits pertinents.*

Le droit de se départir du contrat selon l'art. 366 CO suppose en principe l'octroi d'un délai au sens de l'art. 107 CO. Si cette exigence fait défaut, la déclaration produit ses effets selon l'art. 377 CO (consid. 3).

La déclaration de résiliation selon l'art. 377 CO n'a pas à contenir d'offre en réparation du dommage. L'exercice du droit de résiliation en tout temps n'est pas abusif (consid. 3). La question de savoir si les faits allégués par une partie conformément à la procédure permettent de statuer sur sa prétention juridique relève du droit fédéral (consid. 4).

Das Obergericht des Kantons Luzern wies auf Appellation des Beklagten am 31. März 1971 die Klage ab und verpflichtete die Klägerin, dem Beklagten Fr. 2000.— (Verspätungsschaden) nebst Zins zu bezahlen.

D. — Gegen dieses Urteil hat die Klägerin die Berufung eingereicht mit dem Antrag, es aufzuheben und die Klage zuzusprechen.

Die Beklagte beantragt, die Berufung abzuweisen.

Das Bundesgericht hebt in Gutheissung der Berufung das angefochtene Urteil auf und weist die Sache im Sinne der Erwägungen zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurück.

#### *Erwägungen:*

2. — Nach der Rechtsprechung kann der Besteller vom Werkvertrag im Sinne des Art. 366 OR regelmässig dann zurücktreten, wenn er dem Unternehmer eine Nachfrist nach Art. 107 Abs. 1 OR angesetzt hat (BGE 46 II 251 Erw. 2). Der Beklagte hatte der Klägerin, die sich nach Art. 102 Abs. 2 OR in Verzug befand, mit Schreiben vom 3. April 1967 eine Frist von 14 Tagen zur Fertigstellung des Hauses gesetzt, nach deren Ablauf jedoch nicht, wie Art. 107 Abs. 2 OR vorschreibt, unverzüglich den Rücktritt vom Vertrag erklärt. Vielmehr liess er die Klägerin weiterhin arbeiten und verhandelte mit ihr mündlich und brieflich (vgl. die Schreiben vom 5., 6. und 11. April, 5. und 23. Mai 1967) über den Fortgang der Arbeiten und die Behebung von Mängeln. Im zuletzt erwähnten Schreiben führte er im einzelnen die angeblich unerledigten Arbeiten auf. Unter diesen Umständen war der am 7. Juni 1967 erklärte « Rücktritt » vom Vertrag mangels Ansetzung einer neuen Nachfrist unwirksam. Anders verhielte es sich nur dann, wenn deren Einräumung unnütz gewesen wäre (Art. 108 Abs. 1 OR). Das behauptet aber der Beklagte selber nicht. Die streitige Erklärung kann daher, wie der Beklagte in der Berufungsantwort in Übereinstimmung mit der Vorinstanz annimmt, nur als Rücktritt im Sinne des Art. 377 OR aufgefasst werden.

3. — Nach dieser Bestimmung kann der Besteller, solange das Werk unvollendet ist, nur gegen Vergütung der bereits geleisteten Arbeit und volle Schadloshaltung des Unternehmers zurücktreten. Die Rücktrittserklärung braucht, um wirksam zu sein, kein Angebot auf Ersatz des Schadens zu enthalten (BGE 96 II 195-Erw. 3).

Die Klägerin erachtet den Rücktritt als unzulässig, weil das Haus fertiggestellt gewesen sei. Sie hat jedoch behauptet und dafür Beweis angeboten, dass sie bis Ende Mai 1967 den Vertrag, abgesehen von einigen wenigen Fertigstellungsarbeiten, erfüllt habe. Das versprochene Werk war also sogar nach ihrer eigenen Darstellung nicht vollendet und konnte auch nicht im Sinne der Art. 367 und 370 OR abgeliefert werden (vgl. BGE 94 II 164 Erw. 2 c). Dass die Vollendung — ob mängelfrei oder nicht bleibe dahingestellt — offenbar sehr nahe bevorstand (der Beklagte wohnte ja seit 23. Mai 1967 schon im Erdgeschoss des Neubaus), ändert nichts. Ebensowenig kommt etwas darauf an, ob der Beklagte die Arbeiter der Klägerin in der ersten Juni-Woche 1967 weggewiesen habe, wie die Klägerin behauptet. Diese — übrigens bestrittene — Tatsache hätte den Beklagten nicht daran gehindert, jederzeit vor Vollendung des Werkes nach Art. 377 OR vom Vertrag zurückzutreten. Die Klägerin übersieht, dass sie nach dieser Vorschrift nicht schlechter gestellt wird, als wenn sie das Werk vollendet hätte. Ihr Einwand, die Rücktrittserklärung vom 7. Juni 1967 verstosse gegen Treu und Glauben, ist daher unbegründet.

4. — Die Vorinstanz hat die Klage abgewiesen, weil nach Art. 377 OR der Anspruch der Klägerin auf Vergütung der bereits geleisteten Arbeit und Ersatz des Erfüllungsinteresses mit der vertraglichen Werklohnforderung nicht übereinstimme, die Klage also nicht unter Hinweis auf den Werkvertrag substantiiert werden könne. Die Klägerin hätte nach ihrem Dafürhalten dartun müssen, welche Arbeiten sie bis zum Rücktritt vom 7. Juni 1967 ausgeführt habe. Da sie dieser Pflicht nicht nachgekommen sei, liege eine ungenügende Substantiierung der Klage vor. Dieser Mangel könne durch den Antrag der Klägerin, über den Stand der Bauarbeiten vom 7. Juni 1967 eine Expertise anzuordnen, nicht behoben werden, da im Rahmen des Beweisverfahrens die Ergänzung ungenügender Sachvorbringen ausgeschlossen sei.

a) In BGE 97 II 216 Erw. 1 wurde unter Hinweis auf die dort erwähnten früheren Entscheide des Bundesgerichts erklärt, die Behauptungs- und Substantiierungspflicht ergebe sich nicht aus Art. 8 ZGB, sondern gehöre dem kantonalen (Prozess-) Recht an; dieses habe folglich darüber zu befinden, wie weit die Parteien die ihre Ansprüche begründenden Tatsachen vorzubringen haben und wie weit der Richter nicht vorgebrachte

Tatsachen berücksichtigen dürfe. Damit sollte indessen nur gesagt werden, das kantonale Prozessrecht entscheide ausschliesslich darüber, wie weit es den Verhandlungsgrundsatz durchführen wolle (KUMMER, N. 40 zu Art. 8 ZGB). Keinesfalls darf daraus abgeleitet werden (etwa aus der zum Teil missverständlichen Formulierung in BGE 95 II 451 Erw. 4 a), die Frage, ob die Sachvorbringen einer Partei einen ihr nach Bundesrecht zustehenden Anspruch ausreichend substantiieren, entscheide sich nach kantonalem Prozessrecht. Da das Bundeszivilrecht verlangt, dass jede sich darauf gründende Rechtsbehauptung bei hinreichendem Interesse zum Urteil zuzulassen sei, entscheidet es auch darüber, ob die von einer Partei nach dem kantonalen Prozessrecht form- und fristgemäss vorgebrachten tatbeständlichen Anbringen erlauben, ihre Rechtsbehauptung zu beurteilen (vgl. KUMMER, Das Klagerecht und die materielle Rechtskraft im schweizerischen Recht, S. 20 ff.). Wenn demzufolge eine kantonale Instanz eine Klage zu *Unrecht* mit der Begründung abweist, sie sei nicht genügend substantiiert worden, verletzt sie materielles Bundesrecht und bringt die Partei um das ihr zustehende Klagerecht.

Auf die Rüge der Klägerin, die Vorinstanz habe die Klage zu Unrecht wegen mangelnder Substantiierung abgewiesen, ist daher einzutreten.

b) Dabei fällt zunächst ins Gewicht, dass die Klägerin behauptet hat, das Haus sei Ende Mai 1967 bis auf einige wenige Fertigstellungsarbeiten vollendet gewesen. Wenn das zutraf, hatte sie jedenfalls damals eine Forderung, die nicht erheblich unter der an sich unangefochtenen Pauschalvergütung liegen und sich allenfalls nur um den Betrag vermindern konnte, den der Beklagte nach Art. 368 Abs. 2 OR wegen Mängeln oder Abweichungen vom Vertrag abziehen durfte. Der Beklagte hat sich in diesem Prozess zwar auf Mängel berufen, aber deswegen keinen Abzug geltend gemacht.

Bei diesem Sachverhalt kann der Auffassung der Vorinstanz, die Klägerin hätte alle erbrachten Leistungen dartun müssen, nicht beigeplichtet werden. Aus dem Werkvertrag vom 13. April 1966 waren die Arbeiten, die die Klägerin auszuführen versprochen hatte, ersichtlich. Die Behauptung der Klägerin, sie habe die vertraglichen Pflichten bis Ende Mai 1967 im wesentlichen erfüllt, betrifft eine Tatsache, über deren Vorhandensein ohne weiteres mit den von ihr angerufenen Beweismitteln (Partei-

befragung, Zeugen, Augenschein und Expertise), deren Zulässigkeit die Vorinstanz an sich nicht in Frage stellt, Beweis geführt werden konnte. Mangelnde Begründung der Klage kann nicht etwa darin erblickt werden, dass die Klägerin es unterliess, die im Zeitpunkt des Rücktrittes noch ausstehenden Arbeiten im einzelnen zu bezeichnen. Die Beweisführung über ihre Behauptung hätte ohne weiteres auch Klarheit über diesen Punkt ergeben, da der Beklagte eingewendet und dafür Beweis (Gegenbeweis) angeboten hatte, dass das Haus am 7. Juni 1967 weitgehend unvollendet gewesen sei.

c) Im übrigen ist darauf zu verweisen, dass die Vorbringen der Klage die Behauptung in sich schlossen, dass die Klägerin der Auffassung war, ihre aus Art. 377 OR fliessenden Forderungen gegen den Beklagten entsprächen dem Unterschied zwischen der vereinbarten Vergütung sowie dem Wert der zusätzlichen Arbeiten und der vom Beklagten geleisteten Anzahlung. In der Berufungsbegründung verfiel die Klägerin ausdrücklich diesen Standpunkt. Sie hat damit kein neues Begehren gestellt — was gegen Art. 55 Abs. 1 lit. c OG verstiesse —, sondern die rechtliche Begründung ihres Anspruchs zulässig abgeändert (BGE 90 II 39 Erw. 6 a, 96 II 196 ff. Erw. 4).

3. Il contratto d'appalto, base di calcolo dell'indennità dovuta all'appaltatore e segnatamente del suo mancato beneficio, deve essere preso tale e quale (consid. 6).
4. L'indennità fondata sull'art. 377 CO può essere ridotta in virtù degli art. 43 e 44 CO? Questione risolta negativamente (consid. 8).

A. — Le 16 janvier 1964, Peter Kropf conclut avec la maison Brunner-Möbel S.A. un contrat d'entreprise comportant la construction de deux motels selon le système de préfabrication POLA. Le montage des éléments préfabriqués devait commencer après l'exécution des fondations et de la dalle inférieure, travaux qui incombait au maître de l'ouvrage. Il devait être terminé dans un délai de huit semaines dès ce moment. Le prix en était fixé à 315 000 fr., payables en 3 acomptes égaux échus à la signature du contrat, 10 jours après le début du montage, et 30 jours après réception de l'ouvrage. Le premier acompte fut régulièrement versé.

Parallèlement, les mêmes parties conclurent un second contrat d'entreprise pour la construction d'un restaurant, en deuxième étape.

B. — Le montage des éléments POLA commença le 3 août 1964, sitôt la dalle terminée; la charpente fut montée très rapidement, puis les travaux furent interrompus dans le courant d'août. Le 2 septembre 1964, Kropf se plaignit auprès de Brunner-Möbel S.A. de cette interruption et de différents défauts; il exigea une réunion sur place dans la semaine, à défaut de quoi il mettrait fin au contrat. Il déclara résilier le contrat relatif au restaurant, par lettre du 7 septembre; il y écrivait ce qui suit:

« Für die Weiterführung der Arbeiten für beide Motels haben wir jedes Zutrauen verloren. Wir sind auch nicht bereit, den übersetzten Betrag zu bezahlen, sondern verlangen eine Expertise der bis jetzt geleisteten Arbeiten. Da es sich um vorfabrizierte Elemente handelt, dürfte die Festsetzung des geschuldeten Betrages ein Leichtes sein. Wir erwarten, dass sie zu einer friedlichen Erledigung Hand bieten werden... »

Le 10 septembre 1964, une entrevue réunissant tous les intéressés eut lieu sur place, mais n'aboutit à aucun accord. Le 11 septembre, Brunner-Möbel S.A. écrivit à Kropf qu'elle suspendait les travaux, lui faisant remarquer qu'il n'avait pas payé le deuxième acompte de 105 000 fr. échu depuis le 13 août. Kropf accusa réception de cette lettre le 14 septembre 1964,

31. Extrait de l'arrêt de la 1<sup>re</sup> Cour civile du 27 octobre 1970 dans la cause Brunner-Möbel S.A. contre Kropf.

*Résiliation d'un contrat d'entreprise, art. 377 CO.*

1. La résiliation fondée sur l'art. 377 CO est immédiatement opérante, même si elle n'est pas assortie d'une offre de dommages-intérêts du maître (consid. 3).
2. Méthodes de calcul de l'indemnité due par le maître en vertu de l'art. 377 CO (consid. 5). Application de ces méthodes au cas particulier (consid. 7).
3. Le contrat d'entreprise, base de calcul de l'indemnité due à l'entrepreneur et notamment de son bénéfice manqué, doit être pris tel quel (consid. 6).
4. L'indemnité fondée sur l'art. 377 CO peut-elle être réduite en vertu des art. 43 et 44 CO? Question résolue par la négative (consid. 8).

*Rücktritt des Bestellers vom Werkvertrag (Art. 377 OR).*

1. Der Rücktritt nach Art. 377 OR wirkt unmittelbar, auch wenn der Besteller damit kein Angebot auf Ersatz des Schadens verbindet (Erw. 3).
2. Berechnungsarten des vom Besteller nach Art. 377 OR geschuldeten Schadensersatzes (Erw. 5). Anwendung dieser Berechnungsarten auf den konkreten Fall (Erw. 7).
3. Der Werkvertrag ist für die Berechnung des dem Unternehmer zustehenden Schadensersatzes und des ihm entgangenen Gewinnes als solcher heranzuziehen (Erw. 6).
5. Der Schadensersatzanspruch nach Art. 377 OR kann auf Grund der Art. 43 und 44 OR nicht herabgesetzt werden (Erw. 8).

*Recesso del committente dal contratto d'appalto (art. 377 CO).*

1. Il recesso fondato sull'art. 377 CO è immediatamente operante, anche se il committente non lo accompagna con un'offerta di risarcimento dei danni (consid. 3).
2. Metodo di calcolo dell'indennità dovuta dal committente giusta l'art. 377 CO (consid. 5). Applicazione di questi metodi al presente caso (consid. 7).

faisant état des défauts des travaux exécutés et ajoutant: « Wir erwarten immer noch eine Antwort auf unser Schreiben vom 7. September 1964, mit welchem wir beide Verträge annulliert haben ».

Le 15 septembre, le conseil de Brunner-Möbel S.A. mit Kropf en demeure de payer le deuxième acompte, en l'informant en outre que les travaux étaient immédiatement arrêtés et qu'une requête aux fins d'inscription provisoire d'une hypothèque légale était déposée. Cette mise en demeure étant restée sans effet, Brunner-Möbel S.A. lui fit notifier un commandement de payer de 105 000 fr. Kropf fit opposition totale. Le 30 octobre 1964, le président du tribunal d'Echallens en prononça la mainlevée provisoire et ordonna l'inscription provisoire d'une hypothèque légale d'entrepreneur de 210 000 fr.

C. — Par demande du 17 novembre 1964, Kropf ouvrit action en libération de dette devant la Cour civile du Tribunal cantonal vaudois. Sa demande se terminait par l'offre suivante, limitée au 10 décembre 1964:

« Le demandeur, pour tenir compte de ce que les travaux ont été commencés par la maison Brunner-Möbel A.G., offre d'accepter que celle-ci les termine, ce sous le contrôle d'un expert désigné par le Tribunal et chargé de veiller au strict respect de la règle de l'art. 1 et de payer la contre-valeur normale des travaux encore à exécuter, y compris un bénéfice normal ».

Cette offre resta sans suite, et Kropf fit terminer par un tiers la construction des deux motels.

Brunner-Möbel S.A. conclut au rejet de l'action; elle demanda en outre, par conclusions reconventionnelles, que Kropf fût déclaré débiteur de deux fois la somme de 105 000 fr. avec intérêt à 6 % respectivement dès le 13 août 1964 et le 1er janvier 1965, et que fût ordonnée l'inscription définitive d'une hypothèque légale pour la somme de 210 000 fr.

A la requête de Kropf, une expertise hors procès détermina la qualité et la valeur des travaux exécutés par Brunner-Möbel S.A. En cours de procès, l'expertise judiciaire fut confiée à M. Marcel Dupont, maître charpentier. Ce dernier estima à 155 264 fr. 10 (dont 30 000 fr., soit 20 %, représentaient les honoraires d'architecte, la marge commerciale et l'ICHA) les travaux exécutés par Brunner-Möbel S.A., après déduction d'une somme de 6201 fr. 15 pour réfection des défauts. La valeur des travaux restants, exécutés par Kropf, était arrêtée à

95 000 fr. Le coût total de l'ouvrage se montait ainsi à 250 000 fr. en chiffre rond, à dire d'expert.

Le 10 avril 1970, la Cour civile du Tribunal cantonal vaudois rejeta l'action du demandeur et admit partiellement les conclusions reconventionnelles de la défenderesse à concurrence de 11 268 fr. 10 avec intérêt à 5 % dès le 9 juin 1965; elle leva définitivement l'opposition au commandement de payer et ordonna l'inscription définitive d'une hypothèque légale d'entrepreneur pour ce montant.

D. — Brunner-Möbel S.A. recourt en réforme au Tribunal fédéral contre ce jugement. Elle conclut principalement au paiement par Kropf de 145 800 fr., subsidiairement de 41 757 fr. 70, avec modification correspondante du montant de l'hypothèque légale définitive.

L'intimé propose le rejet du recours. Il a formé en outre un recours joint tardif que le Tribunal fédéral a déclaré irrecevable, par arrêt du 3 juillet 1970.

#### *Considérant en droit:*

3. — La cour cantonale a appliqué l'art. 377 CO, bien que la résiliation du maître n'eût pas été assortie d'une offre de dommages-intérêts. Elle a ainsi rejeté cette exigence des anciens commentateurs (SCHNEIDER ET FICK, n. 3 ad art. 377, BECKER, n. 2 ad art. 377). Dans un arrêt ancien (RO 21, 192/193), le Tribunal fédéral s'était apparemment rallié à cette opinion. Selon OSER/SCHÖNENBERGER (Comm. n. 2 ad art. 377, cf. aussi BÜRGI, FJS 623 p. 7 ch. 1), l'entrepreneur ne serait pas tenu d'accepter la résiliation, si elle n'est pas assortie de l'offre de réparer le dommage; s'il l'accepte, il a néanmoins droit à réparation et la résiliation est acquise, mais à charge pour lui de prouver qu'elle n'est pas intervenue pour une autre cause.

GAUTSCHI (Comm. n. 9 b ad art. 377) objecte à ces conceptions qu'on ne saurait laisser subsister tout au long d'un procès l'incertitude sur le maintien du contrat. Adoptant la pratique bâloise, cet auteur considère la résiliation, même non assortie d'une offre de réparer le dommage, comme immédiatement opérante. Il appartient au maître de l'ouvrage de prouver, s'il entend échapper à l'obligation d'indemniser l'entrepreneur, qu'il a mis fin au contrat pour un motif l'exemptant des dommages-intérêts. Le Tribunal fédéral se rallie à cette manière de voir.

Au cas particulier, l'intimé ne saurait donc se mettre au bénéfice d'une disposition légale qui lui permettrait de se départir du contrat sans réparer le dommage causé à la recourante. Il est tenu de l'indemniser complètement, conformément à l'art. 377 CO.

4. — La recourante conteste le calcul du montant qui lui est dû d'après l'art. 377 CO. Ce grief soulève une question préalable. Selon le jugement déferé, la défenderesse aurait non pas allégué un dommage, mais uniquement demandé l'exécution du contrat. De fait, dans ses conclusions reconventionnelles, elle a réclamé le paiement des deuxième et troisième acomptes de 105 000 fr. Elle a cependant soutenu que son préjudice était égal au prix de l'ouvrage. Ainsi, jusqu'à concurrence du montant de 210 000 fr., elle est fondée à prétendre les mêmes sommes à titre de dommages-intérêts. Il n'y a pas là conclusions nouvelles au sens de l'art. 55 al. 1 litt. b *in fine* OJ, mais une modification admissible du fondement juridique de la demande (RO 90 II 39 consid. 6 litt. a).

5. — L'« indemnité complète » due par le maître en vertu de l'art. 377 CO consiste dans les dommages-intérêts positifs correspondant à l'intérêt de l'entrepreneur à l'exécution complète du contrat; elle comprend par conséquent le bénéfice manqué (RO 69 II 139 ss.; BECKER, n. 6 ad art. 377; OSER/SCHÖNENBERGER, n. 3 ad art. 377; W. BÜRGI, loc. cit.; GAUTSCHI, n. 13 et 14 ad art. 377). Cette idée ressort du texte même de la loi (« en indemnisant complètement l'entrepreneur », « gegen volle Schadloshaltung », « del lavoro già fatto e d'ogni danno »).

La doctrine distingue deux méthodes pour le calcul de cette indemnité (cf. GAUTSCHI, n. 15 ad art. 377).

a) La méthode de la déduction consiste à déduire du prix de l'ouvrage l'économie réalisée par l'entrepreneur du fait qu'il n'a pas terminé les travaux, ainsi que le gain qu'il s'est procuré ailleurs ou qu'il a intentionnellement renoncé à se procurer.

b) La méthode positive consiste à établir le total des dépenses réelles de l'entrepreneur pour les travaux exécutés, en y ajoutant son bénéfice brut pour l'ouvrage terminé. Ce bénéfice est à déterminer sur la base du contrat, voire de tarifs, d'indices ou des comptes de l'entrepreneur. Le Tribunal fédéral a appliqué cette méthode dans l'arrêt Assortiments Cylindre S.A. c. Charpiloz, déjà cité (RO 69 II 146 consid. 5).

Il convient de laisser indécise la question de savoir laquelle de ces méthodes est préférable. Dans la mesure où elles reposent sur des données de fait sûres, elles aboutissent pratiquement aux mêmes résultats. Le choix dépendra donc des circonstances d'espèce, notamment des possibilités de preuves.

6. — La Cour civile a utilisé la méthode positive, en partant de la valeur des travaux déjà exécutés par la défenderesse; cette valeur a été établie par l'expert judiciaire à 155 264 fr. 10. Elle y a ajouté la perte de bénéfice, arrêtée à 16 000 fr. Ce montant représente le 10% de la valeur des travaux non encore exécutés, valeur calculée en soustrayant du prix de l'ouvrage, convenue d'avance, le coût des travaux déjà effectués.

La recourante critique ce mode de calcul. Il permettrait au maître lié à un prix trop élevé d'échapper aux conséquences du contrat.

De fait, la Cour civile n'a pas tenu compte du bénéfice total que l'entrepreneur aurait réalisé s'il avait été en mesure de terminer l'ouvrage. Elle a souverainement fixé la valeur du travail exécuté aux 155 264 fr. 10 proposés par l'expert Dupont. Ce montant comprend 30 000 fr. d'honoraires d'architecte, de marge commerciale et d'ICHA. Elle a évalué de la même manière à 16 000 fr. le bénéfice manqué, en réduisant le pourcentage de 20 à 10% pour tenir compte de la diminution des prestations d'architecte et des risques de la défenderesse consécutive à la résiliation du contrat. La Cour civile constate aussi en fait que l'ouvrage terminé valait 250 000 fr. à dire d'expert. Ce chiffre représente une marge de 65 000 fr. par rapport au prix convenue de 315 000 fr. Elle ne tient cependant compte de cet écart que pour 16 000 fr., en relevant que « la défenderesse n'a pas établi son bénéfice manqué ». Or ce bénéfice pouvait être déterminé à l'aide des faits retenus par la cour elle-même, sans que la défenderesse eût autre chose à prouver.

En réduisant la marge bénéficiaire résultant du contrat d'entreprise dans ce qu'elle avait peut-être d'excessif, les premiers juges ont en réalité corrigé ce contrat, ce que ne permet pas l'art. 377 CO. Dès l'instant où le moyen tiré de la lésion est écarté et le contrat validé, ce contrat doit être respecté parce qu'il régit obligatoirement les rapports juridiques des parties. En conséquence, le recours doit être admis en principe.

7. — a) La défenderesse a implicitement choisi la méthode de la déduction à l'appui des conclusions principales de son



recours. Elle considère qu'il n'y aurait pas lieu de déduire du prix contractuel ce que l'entrepreneur a pu économiser en raison de la résiliation du contrat, attendu que le demandeur n'a pas apporté, ni même tenté la preuve d'une telle économie. Cette argumentation méconnaît un élément de fait essentiel du jugement attaqué: le demandeur a fait procéder lui-même et à ses frais aux travaux d'achèvement; leur valeur a été estimée par l'expert Dupont à 95 000 fr. Les premiers juges n'ont pas fait intervenir cet élément constant dans la détermination de l'indemnité, parce qu'il ne jouait aucun rôle dans leur mode de calcul. Mais ce montant de 95 000 fr. admis par eux est un fait qui lie le Tribunal fédéral. Il doit donc être pris en considération pour déterminer l'économie réalisée par l'entrepreneur du fait qu'il n'a pas achevé l'ouvrage. Dans le cours normal des choses, ses frais de surveillance et d'architecte, de même que ses risques, s'en sont trouvés diminués. Sans doute, cet élément n'a pas été allégué par le demandeur, et le jugement attaqué ne l'a pas chiffré avec précision. Il convient cependant de le faire intervenir d'office et d'en déterminer équitablement la mesure conformément à l'art. 42 al. 2 CO, applicable en matière contractuelle en vertu de l'art. 99 al. 3 CO. La cour de céans arrête cette économie approximativement à 15% du coût des travaux non exécutés, soit à 15 000 fr.

Suivant la méthode de la déduction appliquée par la recourante, l'indemnité due par le maître de l'ouvrage en vertu de l'art. 377 CO s'établit comme suit:

Prix forfaitaire . . . . .	fr. 315 000.—
Coût des travaux d'achèvement . . . . .	fr. 95 000.—
Réparation des défauts . . . . .	6 201,15
Charges évitées . . . . .	15 000.—
Somme due avant déduction de l'acompte versé de fr. 105 000.— et avant compensation avec la dette de fr. 58 000.— . . . . .	198 798,85
	fr. 315 000.— fr. 315 000.—

b) L'application de la méthode positive à la présente espèce aboutirait au même résultat. Pour les travaux exécutés, l'entrepreneur aurait droit à 155 264 fr. 10. A ce montant s'ajouterait le bénéfice manqué selon le calcul suivant:

Travaux exécutés par la recourante . . . . .	fr. 161 465,25
Travaux exécutés par l'intimé . . . . .	95 000.—
Coût total . . . . .	256 465,25
Bénéfice contractuel:	
fr. 315 000.— — fr. 256 465,25 =	58 534,75
Réduction pour charges évitées . . . . .	— 15 000.—
Bénéfice dû . . . . .	43 534,75
Travaux exécutés . . . . .	+155 264,10
Somme due avant déduction de l'acompte versé de fr. 105 000.— et avant compensation avec la dette de fr. 58 000.— . . . . .	fr. 198 798,85

8. — Il reste à examiner si une réduction doit être opérée en vertu des art. 99 al. 3, 43 et 44 CO. GAUTSCHI (n. 17 ad art. 377) l'exclut en considérant que la réglementation des art. 377 et 378 CO serait exhaustive. Cet auteur se réfère à l'arrêt RO 69 II 148 (*recte*: 146, consid. 6); mais le Tribunal fédéral s'est abstenu d'y appliquer les art. 43 et 44 CO en raison des circonstances de l'espèce.

L'opinion de Gautschi doit cependant être approuvée, car la faute du maître de l'ouvrage reste sans incidence dans l'application de l'art. 377 CO. On ne saurait non plus invoquer l'art. 44 al. 1 CO et reprocher à l'entrepreneur d'avoir provoqué la résiliation par une mauvaise exécution des travaux ou par son retard; ces éventualités tombent sous le coup des règles spéciales de l'art. 366 CO. L'hypothèse de l'entrepreneur qui aurait « consenti à la lésion » en acceptant la résiliation n'est pas révisée, d'après les faits constants de la cause.

9. — Les dommages-intérêts sont dus à partir du 7 septembre 1964, date retenue par le jugement de première instance. A cette date, ils se montaient à 93 798 fr. 85, après déduction de l'acompte payé de 105 000 fr. Cette somme a produit 3533 fr. 50 d'intérêts jusqu'au 9 juin 1965, moment où la compensation avec la dette de 58 000 fr. reconnue par la recourante était possible.

La somme restant due s'élève ainsi à 39 332 fr. 35 (97 332 fr. 35 — 58 000 fr.), avec intérêt à 5% l'an dès le 9 juin 1965.

29. **Urteil vom 1. Mai 1908** in Sachen  
**Gesetzlichkeitswerk Luzern-Engelberg A.-G.,** Bekl. u.  
**Hauptber.-Kl.,** gegen **Gosswiler und Gosswiler & Cie.,**  
 Kl. u. Anskl.:Ver.-Kl.

**Werkvertrag.** — *Succession in den Werkvertrag auf Seite des Unternehmers.* — *Art. 371 OR: Abschluss mit Rücksicht auf die Person des Unternehmers? — Mass der Entschädigung wegen unberechtigten Rücktrittes seitens der Besteller.*

A. Durch Urteil vom 26. Dezember 1907 hat das Obergericht des Kantons Luzern über die Streitfrage:

„Hat Beklagte an Klägerschaft 30,000 Fr. nebst Zins zu 5% „seit dem Friedensrichtervorstande zu bezahlen?“ —  
 erkannt:

Die Beklagte habe an die Klägerschaft 6000 Fr. nebst Zins zu 5% seit dem Friedensrichtervorstande zu bezahlen; mit der Mehrforderung sei die Klägerschaft abgewiesen.

B. Wegen dieses Urteil hat die Beklagte rechtzeitig und formrichtig die Berufung an das Bundesgericht eingelegt, mit der Bemerkung, das Urteil werde insoweit angefochten, als den Klägern eine Entschädigung von 6000 Fr. nebst Verzugszins zugesprochen worden, und mit dem Antrag: es sei die Klage des gänglichen abzuweisen.

C. Die Kläger haben sich innert gesetzlicher Frist der Berufung angeschlossen und den Antrag gestellt:

Die Beklagte habe an Klägerschaft 11 540 Fr. zu zahlen nebst Zins zu 5% seit dem Friedensrichtervorstande.

D. Zu der heutigen Verhandlung haben die Vertreter der Parteien ihre Berufungsanträge erneuert und überdies je auf Abweisung der gegnerischen Berufung angetragen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Mit Vertrag vom 1./14. September 1904 übergab die Beklagte der Firma Gosswiler & Cie. die elektrische Ausrüstung der Glittermaschinen für die Hochspannungsteilung von Obermatt nach Luzern, mit Einschluss der Drahtmontage, zu einem nach Einheitspreisen pro Stück oder Ausmass vereinbarten Wertlohn, der

eine Gesamtsomme von 27,048 Fr. ergab. Zeilhaber der Gesellschaft Gosswiler & Cie. waren (laut „Kommanditvertrag und Aufstellungsvertrag“ vom 31. Dezember 1902) Gustav Gosswiler, als unbeschränkt haftender Gesellschafter, und Ingenieur Fritz Haag, als Kommanditär mit 2000 Fr. Kommandite; Haag war ausserdem Prokurist der Gesellschaft; im Gesellschafts- und Aufstellungsverträge war ihm „in erster Linie die selbständige Leitung des Leitungsbauwerks übertragen“. Bei den Verhandlungen, die dem Abschluss des Werkvertrages vorausgegangen waren (seit August 1903), hatte seitens der Gesellschaft Gosswiler & Cie. stets Haag gehandelt; der Vertrag war von ihm „p. p.“ unterzeichnet. Durch Vereinbarung vom 6. Oktober 1904 wurde der Kommandite- und Aufstellungsvertrag aufgelöst; Haag schied aus dem Gesellschafter aus, wogegen ihm Gustav Gosswiler eine Aufbringungssumme von 25 000 Fr. zu zahlen hatte; die Aktiven und Passiven der Firma Gosswiler & Cie. sollten an Gosswiler oder eine von diesem zu gründende neue Gesellschaft übergehen. Die Eintragung der Auflösung im Handelsregister erfolgte erst am 9. Januar 1905; damit verbunden war die Eintragung einer neuen Kommanditgesellschaft „Gosswiler & Cie.“, mit Gustav Gosswiler als unbeschränkt haftendem Gesellschafter und Witwe Gosswiler als Kommanditärin mit einer Einlage von 2000 Fr.; diese Firma übernahm Aktiven und Passiven der bisherigen Gesellschaft. Am 15. Oktober 1904 trat Haag aus. Dieser Austritt gab der Beklagten Veranlassung, zu erklären; der Werkvertrag vom 1./14. September 1904 sei dahingefallen, weil er nur mit Rücksicht auf die Person des Haag eingegangen worden sei und weil die Unternehmerrin, die alte Gesellschaft Gosswiler & Cie., untergegangen sei und die Beklagte sich die Substituierung eines neuen Unternehmers nicht gefallen zu lassen brauche. Die Beklagte hielt an diesem Standpunkt auch fest, als die neue Gesellschaft Gosswiler & Cie. sich zur Ausführung des Werkes bereit erklärte; sie übergab dann die Ausführung der Arbeiten an Haag, und es kam zum vorliegenden Prozesse, in dem Gustav Gosswiler und Gosswiler & Cie., als Rechtsnachfolger der alten Gesellschaft Gosswiler & Cie., den ihnen aus der Nichterfüllung des Werkvertrages entstandenen Schaden einfügten.

2. Die Beklagte hat auch im Prozesse den Standpunkt einge-

nommen, der zum Prozesse geführt hat; sie hat dabei insbesondere auch darauf abgesehen, es sei mit Waag mündlich vereinbart worden, daß er die Leitung ausführe, und diese Ausführung durch Waag persönlich sei zur Vertragsabbedingung gemacht worden. Beide kantonalen Instanzen haben den Standpunkt der Beklagten als unrichtig erklärt, der dahin geht, den Klägern fehle die Aktivlegitimation, sie seien nicht an Stelle der alten Gesellschaft Gossweiler & Cie. in den Vertrag eingetreten. Dagegen gehen die kantonalen Instanzen auseinander hinsichtlich der Frage, ob der Vertrag wesentlich mit Rücksicht auf die Persönlichkeit des Waag eingegangen worden sei. Während nämlich die erste Instanz, in der Hauptsache gestützt auf die Aussagen des Waag und des technischen Beraters der Beklagten, Dr. Dengler, als Zeugen, angenommen hat, Waag, der die Gesellschaft als Prokurist verpflichtet habe, habe davon Kenntnis gehabt, daß die Beklagte den Vertrag nur mit Rücksicht auf seine Person eingehe, — ist die zweite Instanz dazu gelangt, das Wesen einer derartigen mündlichen Vereinbarung zu verneinen, das sowohl im Hinblick auf Art. 10 des Werkvertrages, als auch mit Rücksicht darauf, daß der Vertrag äußerst genau abgefaßt sei; sie erklärt hiebei Waag als besangenen Zeugen, und die Aussagen von Dr. Dengler als „sehr entfernte Indizien“. Gener Art. 10 des Vertrages lautet: „Das Werk wird während der Montage eine ständige Bauaufsicht ausüben lassen, durch welche jedoch der Unternehmer seiner Verpflichtung, den richtigen Fortgang der Arbeiten selbst in allen Teilen sorgfältig zu überwachen, in keiner Weise enthoben wird. Derselbe wird zu diesem Behufe während der ganzen Dauer der Montage entweder selbst anwesend sein, oder dann einen mit den nötigen Kompetenzen ausgerüsteten sachkundigen Bauführer stellen, welcher den Unternehmer dem Werk gegenüber vertritt . . .“

3. In grundsätzlicher Beziehung hängt die Entscheidung des Reichsgerichts davon ab, ob der Beklagten, wie sie vor dem Prozesse geltend gemacht hat und im Prozesse geltend macht, Gründe zum Rücktritt von dem mit ihrer Vertragskontrahentin, Gustav Gossweiler & Cie. (früheren Gesellschaft), abgeschlossenen Werkvertrag zur Seite stehen. Die Frage der Aktivlegitimation, die von der Beklagten aufgeworfen worden ist, fällt insofern mit der eben aufgestellten entscheidenden Frage zusammen, als die Be-

klagte sich auf den Standpunkt stellt, der Werkvertrag habe nicht auf die Kläger (Gustav Gossweiler persönlich und die neue Gesellschaft Gossweiler & Cie.) übergehen können, die Kläger seien daher auch nicht berechtigt, aus diesem Werkvertrag auf Schadenersatz zu klagen.

4. Wird nun in erster Linie die eben aufgeworfene Frage der sog. Aktivlegitimation geprüft, so fällt vorab in Betracht, welche Bedeutung der Änderung des Rechtsobjektes, mit dem die Beklagte kontrahiert hatte, zukommt. Hierbei ist wesentlich, daß die Beklagte nicht mit Waag, sondern mit der Kommanditgesellschaft Gossweiler & Cie. kontrahiert hatte. Diese Gesellschaft hat infolgedessen eine Änderung erlitten, als an Stelle Waags Witwe Gossweiler, mit einem gleich großen Kommanditkapital, als Kommanditarin eingetreten ist, während der unbeschränkt haftende Gesellschaftler, Gustav Gossweiler, bei beiden Gesellschaften der nämliche geblieben ist. Vom ökonomischen Standpunkt aus hat daher die Änderung des Rechtsobjektes für die Beklagte zweifellos keine Veranschaulichung bedeutet. Dagegen vertritt die Beklagte den Standpunkt, es habe sich um unübertragbare Verbindlichkeiten gehandelt, d. h. die Unternehmerin, Gossweiler & Cie., habe ohne Zustimmung der Beklagten ihre Verbindlichkeiten nicht auf einen andern übertragen dürfen; die Unternehmerin selber aber sei durch ihr Erlöschen in die Unmöglichkeit, den Vertrag zu erfüllen, versetzt worden. Es handelt sich hierbei nicht sowohl um eine Schutzübernahme (die Übernahme einer fremden Schuld — der alten Gesellschaft Gossweiler & Cie. — durch die neue Gesellschaft), als um eine Einlösung in das Rechtsverhältnis mit dessen Rechten und Verbindlichkeiten, unter Untergang des ursprünglichen Vertragskontrahenten. Von Wichtigkeit ist hierbei, daß der Werkvertrag ein zweiseitiges Rechtsgeschäft ist, aus dem also jeder Partei Rechte und Verbindlichkeiten, die den Verbindlichkeiten und Rechten der Gegenpartei korrespondieren, erwachsen. Nun kann die Forderung des Unternehmers zweifellos übertragen werden, jedoch nur beschränkt mit der entsprechenden Verpflichtung, d. h. es steht dem Befehler bei Geltendmachung der Werklohnforderung des Besonnars die Einrede des nicht erfüllten Vertrages zu, je nachdem aus der Person des Bedenten oder aus derjenigen des Besonnars. Allein im vorliegenden Falle ist für diese Einrede kein

Platz; denn die Rechtsnachfolgerin der Unternehmerin hat ja ausdrücklich ihre Erfüllungsbereitschaft erklärt. Der Standpunkt der Beklagten könnte daher nur dann geschützt werden, wenn es sich bei den Verpflichtungen des Unternehmers im vorliegenden Falle um Verbindlichkeiten handelt, die überhaupt nicht übertragbar wären. Davon kann jedoch keine Rede sein. Für die Erfüllung der Hochspannungsteilung war die neue Gesellschaft Gossweiler & Cie. ein gerade so guter Schuldner wie die alte Gesellschaft, abgesehen von der unien zu erörternden Frage der Beteiligung des Waag. Übrigens hätte die Beklagte auch abwarten sollen, ob nicht die neue Gesellschaft in der Lage gewesen wäre, das Anstellungsverhältnis mit Waag weiter zu führen, da ihr Standpunkt, der dahin geht, der Vertrag sei mit Rücksicht auf die Persönlichkeit des Waag abzuschliessen worden, in dem Sinne zu verstehen ist, daß es ihr auf die Beteiligung des Waag als Bauleiter, nicht als Kommanditär, ankam, und nun diese Tätigkeit auf seinem Anstellungsverhältnis beruhte. Jedenfalls kann nicht gesagt werden, daß die Ausföhrung des Wertes unübertragbar war. Aus Art. 371 OR ist im Gegenteile als allgemeiner Grundsatz zu folgern, daß die Verbindlichkeiten des Unternehmers auf einen Rechtsnachfolger übergehen, wie denn auch, gemäß Art. 211 SchRG, die Konkursverwaltung in die Verbindlichkeiten des Unternehmers eintreten kann. Von diesem Gesichtspunkte aus konnte daher die Beklagte den Rücktritt vom Vertrage nicht erklären; andrerseits ausgebrücht, der Vertrag war durch den Untergang der alten Gesellschaft Gossweiler & Cie. nicht aufgehoben, gegenteils war die neue Gesellschaft in die Rechte und Verbindlichkeiten der alten getreten; daraus folgt dann aber auch, daß ihr die Aktivlegitimation zur Geltendmachung der Schadenersatzklage zusteht. Die Beklagte wendet freilich ein, die Kläger könnten diese Schadenersatzforderung höchstensfalls als Liquidatoren der alten Gesellschaft eintragen, in dieser Eigenschaft träten nun aber die Kläger nicht auf. Siegenen ist zu bemerken: Daburch, daß Gossweiler persönlich und dann Gossweiler & Cie. an Stelle der alten Gesellschaft getreten sind, mit Übernahme der Aktiven und Passiven der alten Gesellschaft, ist eine Liquidation der alten Gesellschaft überhaupt überflüssig geworden, und das Verhältnis liegt ganz gleich, wie wenn liquidiert worden wäre.

5. Zu erörtern bleibt demnach in grundsätzlicher Beziehung noch der andere Standpunkt der Beklagten, der darin besteht, sie habe den Werkvertrag einzüg mit Rücksicht auf die Person des Waag eingegangen. Bei der Frage, ob das Ausschreiben Waag einen Grund zum Rücktritt vom Vertrage habe bilden können, kann vorerst Art. 371 OR (den die Beklagte anruft) nicht direkt herangezogen werden; denn weder war Waag nach Werkvertrag der Unternehmer, noch war das Wert bereits vollendet. Dagegen ist immerhin der Grundsatz, der sich in Art. 371 OR findet, sinngemäß auf den vorliegenden Fall anzuwenden. In dieser Beziehung ist zunächst von der Vorsinstanz für das Bundesgericht verbindlich festgestellt, daß eine ausdrückliche Erklärung der Beklagten an Waag und von diesem an Gossweiler, oder der Beklagten an Gossweiler direkt, sie mache die Erfüllung des Vertrages von der Beteiligung des Waag abhängig, nicht statgefunden hat. Allerdings findet sich im Protokoll des Verwaltungsrates der Beklagten vom 6. August 1904, nach Anführung der Offerten für das Elektrizitätswert, die Bemerkung: „Nach angehörtem Bericht des Präsidiums über die Bewerber wird die Arbeit den H. Gossweiler & Cie. in Beendigung zugelassen. Nach Zustimmung dieser Firma wird Hr. Waag, der gleiche Anlagens für die Unternehmung Motor und für das Bemaunwert erstellte, die Arbeit leiten.“ Wenn das beweist doch nicht, daß die Beteiligung des Waag als *conditio sine qua non* des Vertrages angesehen wurde, sondern es weist nur darauf hin, daß die Beteiligung des Waag der Beklagten wertvoll schien und daß sie für die Beklagte ein Motiv zur Vergebung der Arbeit an Gossweiler & Cie. bilde. Dieses Motiv ist aber nicht zum Vertragsbestandteil erhoben worden, wie die Vorsinstanz im Hinblick auf die äußerst detaillierten Vertragsbestimmungen und insbesondere unter Hinweis auf Art. 10 des Vertrages mit Recht ausführt. Des Weiteren fallen, falls nicht schon der Mangel einer ausdrücklichen Vertragsbedingung betreffend Beteiligung des Waag als ausschlaggebend angesehen werden sollte, noch folgende Feststellungen der Vorsinstanz in Betracht, die sämtlich nicht attennwärig sind: daß der Kläger Gussweiler schon Jahre lang vor Eintritt Waag in die Gesellschaft Arbeiten gleicher Art zur vollen Zufriedenheit der Besteller besorgt und große Unternehmungen aus-

geführt hat; daß Gossweiler zwar nicht — im Gegensatz zu Maag — geschulter Techniker ist, daß aber technische Schulung zur Erstellung der fraglichen Leitungsanlage nicht absolut erforderlich war, sondern daß gute praktische Sachkenntnis genügt, worüber Gossweiler nach seinen bisherigen Leistungen in vollem hinreichendem Maße verfügt; daß endlich Gossweiler außer Maag noch andere technisch geschulte Hilfskräfte im Geschäft hatte, so daß dieselb nach dem Austritte Maags gleichwohl noch imstande war, die betreffende Arbeit zu besorgen, indem die Schwierigkeiten nicht wesentlich größere waren, als bei andern von Gossweiler ausgeführten Unternehmungen. Alle diese, für das Bundesgericht verbindlichen Feststellungen zeigen zur Genüge, daß Gossweiler & Cie. an sich nicht annehmen konnten, die Beklagte gehe den Vertrag nur mit Rücksicht auf die Beteiligung des Maag ein, und daß daher die Beklagte, falls sie das zur Vertragsbedingung machen wollte, daß der Gesellschaft ausdrücklich hätte erklären müssen; daß das aber geschehen sei, muß, nach der verbindlichen negativen Feststellung der Vorinstanz, als ausgeschlossen gelten.

6. Diese Ausführungen ergeben die grundsätzliche Unterweisung der Klage, wobei jedoch als berechnigte Klägerin nur die (neue) Gesellschaft Gossweiler & Cie. angesehen werden kann. Was nun das Maß des Schadens betrifft, so machen die Kläger vor Bundesgericht noch geltend: 7592 Fr. 20 Cts. Schadenersatz aus Vertragsauflösung, gemäß Expertengutachten, zusammengesetzt aus: a) 270 Fr. Schaden aus der Entlassung von Arbeitern infolge der Vertragsauflösung; b) entgangener Gewinn aus der Montage der Leitung Luzern-Engelberg, 7047 Fr.; c) entgangener Gewinn aus Ankeraffordarbeiten, 275 Fr. 20 Cts.), und 3947 Fr. 80 Cts. aus Kreditrückbildung, begangen durch Publikation der Übertragung der Arbeiten an Maag im „Schweizerischen Baublatt“. Die Vorinstanz hat die letztere Forderung ohne weiteres abgewiesen, mit der Begründung, die Publikation rühre nicht von der Beklagten, sondern von Maag her. Da die hierin liegende tatsächliche Feststellung nicht attemvidrig ist, ergibt sich der Rechtsschluß der Abweisung dieser Forderung von selbst. An dem von den Experten gefundenen Gesamten Schaden von 7592 Fr. 20 Cts. hat die Vorinstanz einen Abstrich von 1592 Fr. 20 Cts. gemacht,

aus der doppelten Erwägung, es sei zu berücksichtigen, daß die Kläger auf dem Prozeßwege zu einer nicht unbedeutenden Entschädigung gelangen, ohne das mit der Übertragung der Arbeit verbundene Gewinnrisiko tragen zu müssen, und daß weiter die Kläger infolge Freiwerdens der Arbeitskräfte in der Lage waren, diese bei anderweitigen Unternehmungen gewinnbringend zu verwenden. Die gegen wenden sich die Kläger, allein mit Unrecht: Diese Faktoren müssen in der Tat auf die Entschädigung einen Einfluß ausüben, und es geht insbesondere nicht an, daß die Beklagte Schaden zu ersetzen hätte, den die Kläger abwenden konnten. Die Beklagte sodann hat allerdings keinen besonderen Verursachungsbeitrag auf Herabsetzung der gesprochenen Entschädigung gestellt, und der Vertreter hat diesen Punkt im heutigen Vortrag — abgesehen vom Antrag auf Abweisung des Begehrens der Kläger um Erhöhung — nicht berührt. Allein gleichwohl ist im Verursachungsbeitrag auf gänzliche Abweisung der Klage der Antrag auf Herabsetzung als unbegriffen zu betrachten, zumal die Beklagte vor den kantonalen Instanzen auch das Quantitativ der klägerischen Forderung bestritten hat; es ist daher zu prüfen, ob die von der Vorinstanz gesprochene Entschädigung nicht noch weiter herabzusetzen sei. Das ist zu bejahen, indem die angeführten Faktoren von der Vorinstanz nicht genügend zu Gunsten der Beklagten berücksichtigt worden sind; als angemessen erweist sich eine Herabsetzung der Entschädigung auf 4000 Fr.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Anschlussberufung wird abgewiesen, dagegen die Hauptberufung der Beklagten teilweise gutgeheißen, und es wird, in Abänderung des Urteils des Obergerichts des Kantons Luzern vom 26. Dezember 1907, die von der Beklagten an die Klägerin Gossweiler & Cie. zu zahlende Entschädigung herabgesetzt auf 4000 Fr. (nebst Zins zu 5% seit dem Friedensrichtervorstand).

41

**Art. 377 OR. Herabsetzung des Anspruchs des Unternehmers auf volle Schadloshaltung, wenn der Besteller wegen eines Umstandes vom Vertrag zurücktritt, den der Unternehmer mitverschuldet hat.**

Die Klägerin war verpflichtet, für die Beklagte eine Leuchtreklame herzustellen und auf dem Flachdach eines im Bau befindlichen Fabrikgebäudes zu montieren. Vor der Montage stellte

sich heraus, daß das Dach die Reklameschrift nicht zu tragen vermochte. Die Beklagte trat deshalb vom Vertrag zurück. Die Klägerin fordert Ersatz des ihr aus dem Dahinfallen des Vertrages entstandenen Schadens.

Aus den *Erwägungen*:

1. Die Parteien stehen zueinander in einem Werkvertragsverhältnis. Sie sind sich einig, daß die Reklame nicht montiert werden konnte, weil sie für das Dach des Fabrikgebäudes zu schwer war. Streitig ist, ob die Beklagte wegen der noch vor der Montage festgestellten Unbrauchbarkeit der Reklame gestützt auf Art. 366 Abs. 2 OR vom Vertrag zurücktreten konnte. Das ist zu bejahen, wenn — abgesehen von den übrigen Voraussetzungen — die Klägerin den Werkmangel verschuldete. Hat ihn die Beklagte zu verantworten, so durfte sie zwar vom Vertrag zurücktreten, muß die Klägerin aber schadlos halten (Art. 377 OR).

... (Ausführungen darüber, daß es in erster Linie Sache der durch einen fachkundigen Architekten vertretenen Beklagten gewesen wäre, sich zu vergewissern, ob die Dachkonstruktion das Anbringen der bestellten Lichtreklame gestatte, und daß deshalb der Anspruch der Klägerin auf Schadenersatz grundsätzlich zu schützen ist.)

2. (Ausführungen über die Höhe des Schadens.)

3. Die Unbrauchbarkeit der Reklame ist zwar hauptsächlich auf das Verhalten der Beklagten zurückzuführen, doch hat es die Klägerin in vertragswidriger Weise unterlassen, der Beklagten Angaben über das Gewicht der Reklame zu machen, und damit dazu beigetragen, daß sich die Beklagte um die nötige Tragfähigkeit des Daches nicht kümmerte. Es bleibt zu prüfen, ob die Unterlassung der Klägerin wenigstens eine Herabsetzung ihres Anspruchs auf volle Entschädigung rechtfertigt.

Das Bundesgericht verneinte in seinem Urteil 96 II 192 die Möglichkeit, den auf Art. 377 OR beruhenden Anspruch des Unternehmers auf volle Schadloshaltung zu kürzen. Es berief sich auf *Gautschi* (N 17 zu Art. 377 OR), der die Ansicht vertritt, daß die Bemessung des dem Unternehmer bei Abbestellung geschuldeten Schadenersatzes im Werkvertragsrecht abschließend geregelt sei und daher die allgemeinen Grundsätze des vertraglichen Schadenersatzrechtes nicht anwendbar seien. In einem früheren Entscheid (69 II 139) hatte das Bundesgericht eine Reduktion ebenfalls abgelehnt, hatte aber dort auf die konkreten Umstände abgestellt und offengelassen, ob in einem andern Fall nicht doch eine Herabsetzung «par application des règles de la bonne foi» möglich sei.

Die Praxis, ein vertragswidriges Verhalten des Unternehmers bei der einseitigen Vertragsauflösung durch den Besteller im Rahmen des Art. 377 OR nicht zu berücksichtigen, ist zweifellos in all jenen Fällen geboten, wo der Besteller aus einer bloßen Laune heraus vom Vertrag zurücktritt. Der Besteller macht in einem solchen Fall von dem in sein freies Ermessen gestellten Recht Gebrauch, seine Bestellung jederzeit zu widerrufen. Das Gesetz kompensiert dieses Recht mit der Pflicht, den Unternehmer voll zu entschädigen. Das gleiche muß für jene Fälle gelten, wo der Besteller zwar nicht willkürlich, aber aus Gründen zurücktritt, die ausschließlich er zu verantworten hat, und zwar selbst dann, wenn es sich dabei um wichtige, zureichende Gründe handelt (vgl. Art. 378 Abs. 2 OR, der die Folgen des Dahinfallens des Vertrages wegen der vom Besteller zu verantwortenden «Unmöglichkeit» — lies: Unzumutbarkeit — der Erfüllung regelt;

hiezuh *Gautschi*, N 6, 7 und 12 zu Art. 378/379 OR). Der vorliegende zu beurteilende Sachverhalt ist indessen anders gelagert. Die Beklagte ist nicht grundlos, sondern deshalb vom Vertrag zurückgetreten, weil sie feststellte, daß die von der Klägerin angefertigte Lichtreklame für den vertraglich vorgesehenen Standort zu schwer und somit unbrauchbar war. Die Verantwortung für die Unbrauchbarkeit der Reklame trifft zwar hauptsächlich die Beklagte, weshalb sie ihren Rücktritt nicht auf Art. 366 Abs. 2 OR stützen kann, doch hat die Klägerin durch Verletzung ihrer eigenen Informationspflicht die Stellung der Beklagten erschwert und deren unsorgfältiges Verhalten gefördert. Insofern gilt die Klägerin als mitverantwortlich gerade für jenen Umstand, der die Beklagte zum Rücktritt veranlaßt hat. Soweit aber der Unternehmer selber durch ein vertragswidriges Verhalten Veranlassung zur Vertragsauflösung gibt, läßt sich ein Anspruch auf volle Schadloshaltung im Sinne des Art. 377 OR nicht rechtfertigen. Dies entspricht dem das ganze Schadenersatzrecht beherrschenden Grundsatz, daß die Folgen eigener Nachlässigkeit jeder selber zu tragen hat. Im übrigen liegt die einseitige Auflösbarkeit des Werkvertrages gemäß Art. 377 OR darin begründet, daß der Unternehmerobligation ein arbeitsvertragliches Element eigen ist (*Gautschi*, N 4 a/b zu Art. 377 OR). Obwohl auch im Einzelarbeitsvertragsrecht gesetzlich nicht vorgesehen (Art. 332 und 352 altOR, Art. 337c OR), hat die Praxis seit jeher ein Mitverschulden des Arbeitnehmers an der im übrigen ungerechtfertigten Entlassung durch den Arbeitgeber dadurch berücksichtigt, daß sie bei der Berechnung des Ersatzanspruchs einen billigen Abzug vornahm (BGE 57 II 185, 78 II 441, 79 II 388; *E. Schweingruber*, Kom. zum Arbeitsvertrag, Bern 1974, 270 f.). Es ist nicht einzusehen, weshalb dies analog nicht auch beim Werkvertrag geschehen soll. Der Anspruch der Klägerin auf volle Schadloshaltung ist somit entsprechend dem Ausmaß ihres Mitverschuldens herabzusetzen.

Handelsgericht 13. 9. 1974  
GVP 1975 Nr. 8

BGB §§ 631 ff, 649.  
VII. Zivilsenat. Urt. v. 26. November 1959 i. S. Sp. (Kl.)  
w. W. (Bekl.). VII ZR 120/58.

I. Landgericht Köln  
II. Oberlandesgericht Köln

Der Beklagte schloß am 1. April 1952 mit dem Kläger, einem Architekten, einen Vertrag über die Errichtung eines Hauses gegen ein Honorar von 50 000 DM. Der Kläger sollte die Pläne entwerfen und während der Bauausführung die Oberleitung sowie die örtliche Bauaufsicht (Bauführung) ausüben.

Der Plan des Klägers sah für das Haus zwei Kellergeschosse und sechs weitere Geschosse vor. Der Kläger führte die Oberleitung und die örtliche Bauaufsicht bis zur Fertigstellung der Kellergeschosse und des Erdgeschosses durch. Danach wurde im September 1953 der Bau aus finanziellen Gründen vorläufig abgeschlossen. Für die 1955 — nach Klageerhebung — errichteten weiteren fünf Geschosse hat der Beklagte die Oberleitung und die örtliche Bauaufsicht einem anderen Architekten übertragen.

Mit der Klage verlangt der Kläger vom Beklagten das volle Architektenhonorar von 50 000 DM. Zur Begründung dieser Forderung trägt er vor, der Beklagte habe den Vertrag nicht gekündigt; er habe auch keinen Kündigungsgrund gehabt. Als der Bau im September 1953 eingestellt worden sei, habe er, der Kläger, seine Leistungen bereits im wesentlichen erbracht gehabt und somit durch die vorzeitige Beendigung seiner Tätigkeit keine Aufwendungen erspart. Deshalb stehe ihm, auch wenn der Beklagte gekündigt haben sollte, nach § 649 BGB das volle vereinbarte Honorar zu.

Der Beklagte behauptet, er habe infolge von Vertragsverletzungen des Klägers große Schäden erlitten, dadurch das Vertrauen zu ihm verloren und ihm nach der Fertigstellung des Erdgeschosses den Bauauftrag entzogen. Entsprechend seiner bis dahin erbrachten Leistung habe der Kläger  $\frac{3}{8}$  des Gesamthonorars zu beanspruchen. Er habe aber schon mehr erhalten.

## 34

1. Der die Bauplanung sowie die Oberleitung und örtliche Bauaufsicht umfassende Architektenvertrag ist in aller Regel ein Werkvertrag.
2. Der Anspruch des Unternehmers aus § 649 BGB auf die vereinbarte Vergütung für den noch ausstehenden Teil seiner Leistung entfällt, wenn der Besteller den Vertrag wegen eines den Vertragszweck gefährdenden Verhaltens des Unternehmers gekündigt hat.



Das Landgericht hat eine Honorarforderung von 32 500 DM für begründet erachtet. Die Berufung des Klägers ist zurückgewiesen worden.

Die Revision des Klägers führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

#### A u s d e n G r ü n d e n :

I. Das Berufungsgericht behandelt mit dem Landgericht den zwischen den Parteien geschlossenen Architektenvertrag als Dienstvertrag, der Dienste höherer Art, die auf Grund besonderen Vertrauens übertragen zu werden pflegen, zum Gegenstand hatte, und den der Beklagte deshalb gemäß § 627 BGB auch ohne wichtigen Grund jederzeit kündigen konnte und, so stellt es fest, nach der Errichtung des Erdgeschosses gekündigt hat. Das Teilhonorar des Klägers bemesse sich daher gemäß § 628 BGB nach seinen bis zur Kündigung erbrachten Leistungen.

II. 1. Der Streit der Parteien geht im wesentlichen darum, ob sich Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Kündigung des Beklagten nach dem Recht des Dienstvertrags (§§ 626 ff BGB) oder des Werkvertrags (§ 649 BGB) richten. Häufig wird in den Architektenverträgen ausdrücklich bestimmt, daß Werkvertragsrecht gelten solle. Eine solche Bestimmung ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (LM Nr. 3 zu § 611 BGB) ohne Rücksicht auf die Natur des Vertrages wirksam, im vorliegenden Fall aber nicht getroffen worden.

Es kommt daher für die Entscheidung darauf an, wie der vorliegende Vertrag rechtlich einzuordnen ist.

2. Verträge zwischen Architekten und Bauherren können verschiedenen Inhalt haben. Der Architekt kann mit der Bauplanung beauftragt sein, ohne daß ihm auch die Oberleitung und Bauführung übertragen wird. Andererseits kann ein Bauherr, der bereits den Bauplan besitzt, nur die Oberleitung und örtliche Bauaufsicht oder eine dieser Tätigkeiten an einen Architekten vergeben.

Der dem Rechtsstreit zugrundeliegende Vertrag entspricht dem am häufigsten vorkommenden Typ der Architektenver-

träge. Er umfaßt sämtliche Architektenleistungen von der Planung bis zur örtlichen Bauaufsicht.

Ein solcher Architektenvertrag ist entgegen der Rechtsprechung des Reichsgerichts (vgl. namentlich RGZ 86, 75; 137, 83; ferner RG in JW 1936, 3116 und die dort angeführten Entscheidungen) und des Berufungsgerichts sowie der meisten Oberlandesgerichte (vgl. die Übersicht bei Glaser, „Architekt und Bauherr“, MDR 1958, 637) rechtlich jedenfalls in aller Regel und so auch hier nicht als Dienst-, sondern als Werkvertrag zu werten.

Daß zunächst der vom Architekten entworfene und gefertigte Bauplan, für sich genommen, ein Werk i. S. des § 631 BGB darstellt, wird nicht bezweifelt (so auch RGZ 97, 122, 125). In ihm vor allem verkörpert sich die geistige Arbeit des Architekten. Seine Bedeutung tritt auch dann nicht zurück, wenn der Architekt zugleich seinen Plan ausführt und die dafür erforderlichen Arbeiten leitet und überwacht. Die Meinung des Reichsgerichts (RGZ 86, 75, 77), der Plan bereite nur die eigentliche Architektenleistung, nämlich die Bauleitung, vor, verkennt die Bedeutung der schöpferischen Tätigkeit des Architekten, aber auch das, was die Vertragsteile regelmäßig beim Abschluß eines derart umfassenden Vertrages als dessen wesentlichen Gegenstand im Auge haben.

Die planende wie die bauleitende Tätigkeit des Architekten dienen der Herbeiführung desselben Erfolges (§ 631 Abs. 2 BGB), der Erstellung des Bauwerks. Der auch mit der Oberleitung und Bauführung betraute Architekt schuldet zwar nicht das Bauwerk selbst als körperliche Sache. Er hat aber durch zahlreiche ihm obliegende Einzelleistungen dafür zu sorgen, daß das Bauwerk plangerecht und frei von Mängeln entsteht und zur Vollendung kommt. Die erforderlichen Verhandlungen mit Behörden, die Massen- und Kostenberechnung, das Einholen von Angeboten, das Vergeben der Aufträge im Namen des Bauherrn, insbesondere der planmäßige und reibungslose Einsatz der an dem Bauwerk beteiligten Unternehmer und Handwerker, die Überwachung ihrer Tätigkeit auf Einhaltung der technischen Regeln, behördlichen Vorschriften und vertraglichen Vereinbarungen, die Abnahme der

Arbeiten, die Feststellung der Aufmaße, die Prüfung der Rechnungen, alle diese Tätigkeiten dienen der Verwirklichung des im Bauplan verkörperten geistigen Werks und haben somit den Zweck, den dem Bauherrn geschuldeten Erfolg, nämlich die mangelfreie Errichtung des geplanten Bauwerks, zu bewirken. Als Dienstleistungen im Sinne der §§ 611 ff BGB können sie im Rahmen des Gesamtvertrages daher nicht gewertet werden (ebenso neuerdings OLG Düsseldorf in JMBINW 1958, 175).

Eine andere Beurteilung könnte insoweit am Platze sein, wenn Bauleitung und örtliche Bauaufsicht oder eine davon den alleinigen Gegenstand des Architektenvertrages bilden. Dazu ist aber hier nicht Stellung zu nehmen.

Daß bei einem Vertrag wie dem vorliegenden die Leistungen des Architekten, wollte man in ihnen Dienstleistungen i. S. des Dienstvertragsrechts sehen, Dienste höherer Art wären, die auf Grund eines besonderen Vertrauens nicht nur in die fachlichen Kenntnisse und Fähigkeiten, sondern auch zu der Person des Architekten übertragen werden, würde man entgegen der Meinung des Reichsgerichts (RGZ 82, 285, 287) mit dem Berufungsgericht annehmen müssen. Das hätte die vom Berufungsgericht von seinem Standpunkt aus mit Recht bejahte Folge, daß nach § 627 BGB jede Vertragspartei das Vertragsverhältnis, auch ohne daß ein wichtiger Grund vorliegen müßte, jederzeit kündigen könnte. Diese auch vom Reichsgericht (aaO S. 288) als unangemessen bezeichnete Rechtsfolge wird mit der Unterstellung des die Bauplanung und Bauführung umfassenden Architektenvertrags unter das Recht des Werkvertrags (§§ 631 ff BGB) vermieden. Das freie Kündigungsrecht würde für die Partei, der gekündigt wird, Nachteile mit sich bringen, die durch die gesetzliche Regelung nicht völlig ausgeglichen werden.

3. Mit der Unterstellung des die Bauplanung sowie Bauleitung und -führung umfassenden Architektenvertrags unter das Recht des Werkvertrags ist nicht gesagt, daß der Architekt für jeden Mangel des Bauwerks aus dem Gesichtspunkt der Gewährleistung aufzukommen hätte. Die kein Verschulden voraussetzende Gewährleistung gilt nur im Rahmen der dem Architekten obliegenden Pflichten (§§ 633, 634 BGB).

Die Frage, ob der Architekt, der außer der Bauplanung auch die Bauleitung und -führung übernommen hat, etwa als „Unternehmer eines Bauwerks“ i. S. des § 648 BGB anzusehen ist und für seine Honorarforderung die Einräumung einer Sicherungshypothek an dem Baugrundstück verlangen kann (vgl. RGZ 63, 312), ist mit der Annahme eines Werkvertrags noch nicht bejaht.

III. Aus der Anwendung des Rechts des Werkvertrags auf dem Rechtsstreit zugrunde liegenden Architektenvertrag folgt, daß der Kläger, nachdem der Beklagte den Vertrag gekündigt hat, grundsätzlich berechtigt ist, die vereinbarte Vergütung unter Abzug ersparter Aufwendungen zu verlangen (§ 649 BGB).

Nun hat jedoch der Beklagte behauptet, daß er infolge schwerer Vertragsverletzungen des Klägers erhebliche Schäden erlitten, dadurch das Vertrauen zu ihm verloren und ihm deshalb die weitere Bauaufsicht und Bauführung entzogen habe. In der Rechtsprechung ist anerkannt, daß der Anspruch des Unternehmers aus § 649 BGB auf die vereinbarte Vergütung für den noch ausstehenden Teil seiner Leistung — unter Abzug ersparter Aufwendungen — entfällt, wenn der Besteller wegen eines den Vertragszweck gefährdenden Verhaltens des Unternehmers gekündigt hat (vgl. das im BGB-RGRK 11. Aufl. § 649 Anm. 2 a. E. angeführte Urteil des Reichsgerichts vom 12. Oktober 1917; ferner BGH VII ZR 274/56 vom 28. März 1957 und VII ZR 102/58 vom 12. Februar 1959). Dem ist beizutreten; denn anderenfalls würde der Unternehmer aus seiner eigenen Vertragswidrigkeit Nutzen ziehen (§ 242 BGB).

- 34 -

17.

Rechtsnatur eines sogenannten Servicevertrages oder Serviceabonnements. Beendigung solcher Verträge nach den Regeln des einfachen Auftrages mit dem Recht des jederzeitigen Widerrufs (Art. 404ff. OR) oder den Bestimmungen über den Werkvertrag (Art. 375ff. OR)? Zulässigkeit einer Konventionalstrafe (Art. 160ff. OR).

Das Obergericht hatte als Kassationsinstanz zweimal über das auf sogenannte Serviceverträge anwendbare Recht, die auf gleichen Formularen abgeschlossen wurden, zu entscheiden.

Der Kläger hatte sich im wesentlichen dazu verpflichtet, einen näher bezeichneten Fernsehapparat, der sich in der Wohnung des Beklagten befand, instandzuhalten und, wenn nötig, dem Beklagten einen Ersatzapparat ohne Aufzahlung bis zum Ablauf des Vertrages zur Verfügung zu stellen. Dem Begriff der Instandhaltung wurde ausdrücklich unterstellt: Ausführung von Reparaturen am Apparat, einschliesslich Lieferung und Einbau von Ersatzteilen (auch Röhren), sowie die Hin- und Rückfahrt der Monteure zum bzw. vom Abonnenten. Der Beklagte erklärte sich mit der Zahlung einer Prämie von Fr. 30.- pro Monat für die Vertragsdauer einverstanden. Ferner sicherte er dem Kläger bei einer vorzeitigen Vertragsauflösung seinerseits einen Drittel der Instandhaltungsprämien für die restliche Vertragszeit als «Entschädigung für das Nichteinhalten des Vertrages» zu. Die minimale Vertragsdauer umfasste in beiden Fällen die Grössenordnung von vier Jahren.

Der Kläger forderte die für die vorzeitige

- 35 -

einseitige Vertragsauflösung vereinbarte Summe.

Hiezu führte das Obergericht aus:

A. «Aufgrund der Ausgestaltung des Vertrages und der vom Kläger übernommenen Verpflichtungen ist davon auszugehen, dass die werkvertraglichen Elemente in diesem Vertrag stark überwiegen. Eine Abwägung der Interessen der Vertragsparteien lässt unschwer erkennen, dass zumindest bezüglich der Beendigung des Vertrages die werkvertraglichen Bestimmungen zur Anwendung gelangen müssen. Es wäre jedenfalls mit dem Sinn eines solchen Servicevertrages unvereinbar, wenn – in Anwendung der auftragsrechtlichen Normen – der Auftraggeber jederzeit vom Vertrag zurücktreten könnte und der Beauftragte dann gezwungen wäre, sich darauf zu berufen, dass der Widerruf zur Unzeit erfolgt sei. Das finanzielle Risiko und damit die Kosten eines solchen Servicevertrages wären auf alle Fälle für den Beauftragten praktisch nicht mehr kalkulierbar. Der Beauftragte, der sich gegen Entrichtung eines monatlichen Pauschalbetrags dazu verpflichtet, während der Vertragsdauer jede Reparatur, was immer sie auch kosten möge, auszuführen, ist auf eine bestimmte Vertragsdauer angewiesen.

Beurteilt sich aber der Rücktritt der Beklagten nach den Bestimmungen über den Werkvertrag, so ist es den Parteien freigestellt, eine Konventionalstrafe für den Fall des Rücktritts zu vereinbaren. Dies im Gegensatz zum Auftragsrecht, wo die – allerdings nicht unbestrittene – Meinung vorherrscht, dass die Vereinbarung einer Konventionalstrafe mit dem freien Widerrufsrecht unvereinbar sei.

Gemäss Ziff. 2 Abs. 2 des Servicevertrages vereinbarten die Parteien eine Konventionalstrafe in der Höhe eines Drittels der Instandhaltungsprämien für die restliche Vertragsdauer, was den vom Kläger geforderten Fr. 510.- entspricht. Ob dies dem effektiven Schadenersatzanspruch des Klägers im Sinne von Art. 377 OR gleichkommt, braucht nicht geprüft zu werden, da eine solche Konventionalstrafe sehr oft gerade deswegen vereinbart wird, um den schwierigen Nachweis eines

Schadens zu ersparen (Oser/Schönenberger, N. 12 zu Art. 160 OR).»

Obergericht, III. Zivilkammer,  
13. Februar 1976

In einem andern Falle führte das *Obergericht* aus:

B. «Mit dem Einzelrichter ist davon auszugehen, dass vorliegendenfalls ein gemischtes Vertragsverhältnis vorliegt. Ganz deutlich sind auftragsrechtliche, mietvertragliche, werkvertragliche und kaufsrechtliche Elemente ersichtlich, wie dies das Obergericht (Verweis auf den Entscheid vom 13. Februar 1976) bereits eingehend dargelegt hat.

Bei gemischten Vertragsverhältnissen ist für die rechtliche Beurteilung auf den Vertragszweck und die Abwägung der Interessenlage abzustellen (Guhl/Merz/Kummer, S. 294). Im vorliegenden Falle ist die wirtschaftlich bedeutendste Leistung des Klägers die Ausführung von Reparaturen. Das zeigt, dass zumindest wirtschaftlich die werkvertraglichen Elemente in diesem Verträge stark überwiegen. Daneben liegt dem Vertrag auch ein gewisser Versicherungsgedanke zugrunde. Der Kläger übernimmt auch grösste Reparaturen – ja er verpflichtet sich unter Umständen sogar zur Stellung eines Ersatzgerätes. Als Ausgleich muss ihm billigerweise auch eine genau überblickbare längere Vertragszeit zugestanden werden. Nur so kann er gestützt auf eine regelartige Wahrscheinlichkeit, die er durch Berechnung oder Erfahrung gewonnen hat, extreme Aufwandskosten ausgleichen und eine durchschnittliche Vertragsentschädigung zum voraus festsetzen.

Eine Abwägung der Interessen der Vertragsparteien lässt unschwer erkennen, dass zumindest bezüglich der Beendigung des Vertrages die werkvertraglichen Bestimmungen zur Anwendung gelangen müssen. Es besteht kein Grund, von dieser rechtlichen Beurteilung des Vertragsverhältnisses abzuweichen (Verweis auf den Entscheid vom 13. Februar 1976). Es wäre jedenfalls mit dem Sinn eines solchen Servicevertrages unvereinbar, wenn – in Anwendung der auftragsrechtlichen Normen – der Auftraggeber jederzeit

vom Vertrag zurücktreten könnte und der Beauftragte dann gezwungen wäre, sich darauf zu berufen, dass der Widerruf zur Unzeit erfolgt sei.

Die gemäss § 2 Abs. 2 des Vertrages zwischen den Parteien vereinbarte Entschädigung für die Nichteinhaltung des Vertrages ist rechtlich als Konventionalstrafe zu qualifizieren. Beurteilt sich aber der Rücktritt des Beklagten nach den Bestimmungen über den Werkvertrag, so ist es den Parteien freigestellt, eine Konventionalstrafe für den Fall des Rücktritts zu vereinbaren. Dies im Gegensatz zum Auftragsrecht, wo die – allerdings nicht unbestrittene – Meinung vorherrscht, dass die Vereinbarung einer Konventionalstrafe mit dem freien Widerrufsrecht unvereinbar sei.»

Obergericht, III. Zivilkammer,  
3. Februar 1977