

2. **Privatrecht / Droit privé**
- 2.7. **Schuldrecht – allgemein /
Droit des obligations – en général**
- 2.7.1. **Obligationenrecht – Allgemeiner Teil –
allgemein / Droit des obligations –
Partie générale – en général**

**(3) Anspruch des Werkunternehmers auf Vergütung
bisher geleisteter Arbeiten im Falle eines Baustopps
(Art. 95, 107 Abs. 2, 378 Abs. 1 OR).**

Bundesgericht, I. Zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A_477/2008 vom 19. Mai 2009.

Mit Bemerkungen von
Prof. Dr. ALFRED KOLLER, Universität St. Gallen



Sachverhalt und Erwägungen

A und B, welche im Jahre 1999 im Kanton Tessin ein «Rustico» erworben hatten, wurde eine Umbaubewilligung erteilt. Das bewilligte Projekt sah die weitgehende Erhaltung der Aussenmauern vor. Ein späteres Bauprojekt, welches die weitgehende Zerstörung des Rusticos mit sich gebracht hätte, wurde nicht bewilligt. In der Folge beauftragten A und B den Bauunternehmer Z mit der Realisierung eines von der Baubewilligung abweichenden Bauprojekts. Die Arbeiten wurden im April 2001 aufgenommen. Anfang Juli 2001 verfügte die Gemeinde einen Baustopp, nachdem sie festgestellt hatte, dass das in Angriff genommene Umbauprojekt nicht dem bewilligten Projekt entsprach. Hierauf reichten A und B ein Gesuch um nachträgliche Baubewilligung ein. Dieses wurde von der Gemeinde abgelehnt. Ein Rekurs beim Staatsrat des Kantons Tessin hatte keinen Erfolg. Der Entscheid des Staatsrats wurde am 25. September 2002 an das Verwaltungsgericht des Kantons Tessin weitergezogen. Das Beschwerdeverfahren wurde sistiert und war zur Zeit, als der hier besprochene Entscheid erging, noch hängig. Am 30. Oktober 2003 reichte Z gegen A und B Klage ein, mit welcher er den Werklohn für die bereits geleistete Arbeit verlangte. Er stellte sich auf den Standpunkt, der Vertrag sei zufolge Unmöglichkeit der Werkausführung dahingefallen, weshalb der geltend gemachte Anspruch nach Art. 378 Abs. 1 OR gegeben sei. Die Beklagten beantragten die Abweisung der Klage und erhoben Widerklage. Auch sie beriefen sich auf Unmöglichkeit, machten dafür jedoch den Beklagten verantwortlich und verlangten aus diesem Grund Schadenersatz. Die erste Instanz hiess die Klage gut und wies die Widerklage ab. Gegen die Klagegutheissung erhoben A und B Berufung beim Appellationsgericht des Kantons Tessin. Dieses wies (auch) die Klage ab, mit der Begründung, die Unmöglichkeit sei nur eine vorübergehende, weshalb Art. 378 Abs. 1 OR nicht Platz greife. Das vom Kläger angerufene Bundesgericht be-

stätigte den zweitinstanzlichen Entscheid mit der gleichen Begründung.

Bemerkungen

1. Von einer definitiven Unmöglichkeit konnte angesichts des pendenten Beschwerdeverfahrens vor dem Verwaltungsgericht des Kantons Tessins in der Tat nicht gesprochen werden (vgl. PETER GAUCH, Der Werkvertrag, 4. A., Bern 1996, Rn. 719; zweifelnd GIAN SANDRO GENNA, Unmögliche Baubewilligung für Rustico? – Keine Vergütung der geleisteten Arbeit nach Art. 378 OR, in: Push-Service Entscheide, 26. August 2009, Rn. 6). Art. 378 Abs. 1 OR half daher dem Kläger (Z) nicht. Eine andere Frage ist, ob der eingeklagte Anspruch nicht auf anderer Grundlage hätte gutgeheissen werden müssen:

a) Insoweit fällt vorab eine *analoge* Anwendung von Art. 378 Abs. 1 OR in Verbindung mit Art. 95 f. OR in Betracht (vgl. ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bern 2009, § 54 Rn. 187 f.). Art. 95 OR erlaubt dem Unternehmer, bei Mitwirkungsverzug des Bestellers den Vertrag nach Massgabe von Art. 107 Abs. 2 OR aufzulösen. Dem Mitwirkungsverzug steht nach Art. 96 OR der Fall gleich, dass der Unternehmer «aus einem andern in der Person des Gläubigers [hier: Bestellers] liegenden Grunde» an der Erfüllung gehindert wird. Bei gegebenen Voraussetzungen kann der Unternehmer vom Vertrag grundsätzlich zurücktreten, d.h. ihn *ex tunc* auflösen. Daneben steht ihm aber auch die Vertragsauflösung *ex nunc* (Kündigung) offen, falls er mit der Werkleistung bereits begonnen hat (vgl. GAUCH, a.a.O., Rn. 1342). Kündigt er, so hat er Anspruch auf Vergütung der geleisteten Arbeit und der im Preise nicht inbegriffenen Auslagen (Art. 378 Abs. 1 OR analog). Die analoge Heranziehung von Art. 378 Abs. 1 OR rechtfertigt sich aus der Überlegung, dass es wertungsmässig keinen erheblichen Unterschied macht, ob die Werkherstellung aus Verhältnissen in der Person des Bestellers unmöglich wird (dann findet Art. 378 Abs. 1 OR *unmittelbar* Anwendung) oder ob der Unternehmer aus Verhältnissen in der Person des Bestellers dazu genötigt wird, den Vertrag aufzulösen (vgl. BGE 25 II 396, 399; KOLLER, a.a.O., § 56 Rn. 96). Die Vertragsauflösung setzt grundsätzlich voraus, dass der Besteller eine ihm gesetzte Nachfrist ungenutzt hat verstreichen lassen. Ausgenommen sind die Fälle von Art. 108 OR.

Im konkreten Fall war der Baustopp ein den Bestellern (A und B) zurechenbarer Umstand, welcher dem Unternehmer (Z) ein Vorgehen nach Art. 95 OR erlaubte, allenfalls in Verbindung mit Art. 96 OR. Eine Nachfristansetzung erübrigte sich angesichts der nicht absehbaren Dauer des vor Verwaltungsgericht hängigen Verfahrens und der Tatsache, dass offenbar auch A und B von der Unmöglichkeit der Baurealisierung ausgingen. Z konnte also den Vertrag kündigen. Eine ausdrückliche Kündigungserklärung hat er allerdings nicht abgegeben, überhaupt hat er nicht gekündigt, weil er der Meinung war, der Vertrag sei *ex lege* – zufolge Unmöglichkeit – dahingefallen. Rechtlich gesehen war es aber zu halten, wie wenn er gekündigt hätte. Denn es war A und B klar,

dass Z den Vertrag nicht weiterführen wollte, sondern ihn ein für alle Mal als erledigt ansah. M.E. hatte daher Z Anspruch auf Vergütung der bisher geleisteten Arbeit analog Art. 378 Abs. 1 OR. Der Sachverhalt, wie er dem Bundesgericht zur Beurteilung vorlag, liess wohl die grundsätzliche Anspruchsgutheissung zu (*iura novit curia*). Allenfalls wäre allerdings eine Rückweisung an die Vorinstanz zwecks Abklärung des Anspruchsumfangs nötig gewesen.

b) Die erste Instanz hatte für den Fall, dass keine Unmöglichkeit vorliegen sollte, angenommen, der Vertrag sei von A und B nach Art. 377 OR aufgelöst worden. Unterstellt man dies als zutreffend (der im Bundesgerichtsentscheid geschilderte Sachverhalt lässt insoweit keine näheren Schlüsse zu), so hatte Z ebenfalls Anspruch auf «Vergütung der bereits geleisteten Arbeit».

2. Unternehmer Z hatte lediglich das Teilentgelt gemäss Art. 378 Abs. 1 OR geltend gemacht. Er hatte jedoch – nach der gleichen Bestimmung – zusätzlich Anspruch auf Ersatz der im Preis nicht inbegriffenen Auslagen. Sodann hafteten ihm A und B auf Ersatz des Vergütungsinteresses, falls sie an der Bauverzögerung ein Verschulden traf, was nach dem Sachverhalt als gegeben erscheint. Z hatte also auch Anspruch auf das Restentgelt abzüglich dessen, was er zufolge der unterbliebenen Resterfüllung erspart oder durch anderweitige Tätigkeit erworben oder zu erwerben absichtlich unterlassen hatte (KOLLER, a.a.O., § 54 Rn. 161 mit Beispielen in Rn. 162). Dieser Anspruch ergab sich m.E. schon aus Art. 95 f. OR i.V.m. Art. 107 Abs. 2 OR (ebenso DEMIAN STAUBER, Die Rechtsfolgen des Gläubigerverzugs, Diss. Bern 2009, Rn. 564 ff., Rn. 609), jedenfalls aber aus Art. 378 Abs. 2 OR, der freilich wiederum nur analog anwendbar war. (Ob nach Art. 95 OR i.V.m. Art. 107 Abs. 2 OR Ersatz des Vergütungsinteresses verlangt werden kann, ist umstritten; zu den verschiedenen Auffassungen s. MARIUS SCHRANER, Zürcher Kommentar, N 16 ff. zu Art. 95 OR; KOLLER, a.a.O., § 56 Rn. 93).

Bei Anwendung von Art. 377 OR hätte es sich im Ergebnis nicht anders verhalten.

3. Überblickt man das Gesagte, so stellt man fest, dass dem Unternehmer dieselben Ansprüche zustehen, ob nun der Besteller schuldhaft Unmöglichkeit verursacht (Art. 378 OR), den Vertrag nach Art. 377 OR auflöst oder schuldhaft in Gläubigerverzug gerät und dadurch den Unternehmer veranlasst, den Vertrag seinerseits aufzulösen (Art. 95 i.V.m. Art. 107 Abs. 2 OR). Immer hat der Unternehmer Anspruch auf Vergütung der bis zur Vertragsauflösung geleisteten Arbeiten sowie auf volle Schadloshaltung, d.h. auf Ersatz der durch die vorzeitige Vertragsauflösung entgangenen Vergütung. Im einen Fall (Unmöglichkeit) fällt allerdings der Vertrag *ex lege* dahin, wogegen es in den beiden restlichen Fällen einer Auflösungserklärung (des Bestellers bzw. Unternehmers) bedarf. Im konkreten Fall standen daher Z die umschriebenen Ansprüche zu, sofern man davon ausgeht, dass der Vertrag keinen Bestand mehr hatte. Das war m.E. der Fall, nur schon deshalb, weil beide Parteien übereinstimmend vom Dahinfall des Vertrages ausgegangen waren.

3. Wirtschaftsrecht / Droit économique

3.8. Immaterialgüterrecht – allgemein / Droit de la propriété intellectuelle – en général

3.8.1.2. Markenrecht / Droit des marques

(4) Fehlende Unterscheidungskraft als Schutzausschlussgrund.

Bundesgericht, I. Zivilrechtliche Abteilung, Urteil vom 3. September 2009, 4A_330/2009, A. c. IGE, zivilrechtliche Beschwerde.

Mit Bemerkungen von
Dr. LORENZA FERRARI HOFER, Rechtsanwältin, Zürich



1. Zusammenfassung des Sachverhalts

1.1. Die Beschwerdeführerin A. liess gestützt auf eine Basis-eintragung mit Priorität in den Benelux-Staaten die internationale Wort- und Bildmarke IR 866 199 MAGNUM unter anderem mit Schutzanspruch für die Schweiz im internationalen Markenregister eintragen.

1.2. Die Wort- und Bildmarke

MAGNUM

ist für Waren der Klassen 29 (lait et produits laitiers), 30 (Cacao; pâtisseries et confiseries, desserts; glace de consommation; glaces à l'eau; produits de confiserie congelés; glaces comestibles; préparations destinées à la confection des produits précités, non comprises dans d'autres classes), und 32 (boissons non-alcooliques; sirops et autres préparations pour faire des boissons) eingetragen.

1.3. Mit dem «Refus provisoire partiel pour motifs absolus» vom 15. November 2006 verweigerte das Eidgenössische Institut für Geistiges Eigentum (IGE) die Eintragung der Marke «MAGNUM» für Waren der Klassen 29 und 32 in der Schweiz. Die Eintragung für die Produkte der Klasse 30 wurde dagegen genehmigt.

1.4. Das IGE machte geltend, das Zeichen «MAGNUM» sei für Waren der Klassen 29 und 32 in der Schweiz – zumindest im französischen Sprachraum – beschreibend für die Produktaufmachung und daher nicht schutzwürdig. Die geringfügige grafische Gestaltung des Schriftzugs sei nicht geeignet, diesem Zeichen die nötige Unterscheidungskraft zu verleihen.

1.5. Die definitive Verfügung des IGE vom 18. März 2008 wurde mit Urteil vom 25. Mai 2009 des Bundesverwaltungsgerichts bestätigt.

1.6. Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragte die Beschwerdeführerin A. beim Bundesgericht, das Urteil des Bundes-