

AJP/PJA

6/2014, S. 764 ff.

Aktuelle Juristische Praxis / Pratique Juridique Actuelle

Aufsätze / Articles

[764] Durchbrechung des Festpreiskarakters von Pauschalpreisverträgen



ALFRED KOLLER *

▪ Zusammenfassung

Hat es ein Unternehmer übernommen, ein Werk zu einem fixen Preis (Pauschalpreis) herzustellen, so kann er grundsätzlich keine Preiserhöhung verlangen, mag auch die Herstellung des Werks mehr Arbeit oder grössere Auslagen verursachen, als er bei Vertragsabschluss vorhergesehen hatte (Art. 373 Abs. 1 OR). Es gibt jedoch Ausnahmen, insbesondere drei: Erstens: Der Besteller hat den Mehraufwand schuldhaft verursacht (vgl. Art. 376 Abs. 3 a.E. OR und 378 Abs. 2 OR). Zweitens: Ein beim Besteller eingetretener Zufall liegt dem Mehraufwand zugrunde (Art. 365 Abs. 3 OR i.V.m. Art. 376 Abs. 3 und 378 Abs. 1 OR, die freilich nur analog herangezogen werden können). Drittens: Die Werkherstellung ist durch ausserordentliche, nicht vorhersehbare Umstände ausserordentlich erschwert worden (Art. 373 Abs. 2 OR). In diesem letzteren Fall hat der Richter die Möglichkeit, anstelle einer Preiserhöhung die Vertragsauflösung anzuordnen.

Résumé

Lorsqu'un entrepreneur s'est engagé à réaliser un ouvrage à un prix fixe (prix forfaitaire), il ne peut en principe exiger d'augmentation du prix, même si la réalisation de l'ouvrage nécessite plus de travail ou des dépenses supérieures à ce qu'il prévoyait à la conclusion du contrat (art. 373 al. 1 CO). Il existe toutefois des exceptions, en particulier dans les trois cas suivants: lorsque le surcoût résulte d'une faute du maître (cf. art. 376 al. 3 in fine CO et 378 al. 2 CO), lorsque le surcoût résulte d'un incident fortuit survenu chez le maître (art. 365 al. 3 CO en relation avec l'art. 376 al. 3 et l'art. 378 al. 1 CO, qui ne peuvent bien entendu s'appliquer ici que par analogie) ou lorsque la réalisation de l'ouvrage a été entravée par des circonstances extraordinaires et

imprévisibles (art. 373 al. 2 CO). Dans ce dernier cas, le juge a la possibilité d'ordonner la résiliation du contrat en lieu et place d'une augmentation du prix.

▪ INHALTSÜBERSICHT

1. Grundsätzliches

2. Art. 373 Abs. 2 OR im Besonderen

Die folgenden Ausführungen beziehen sich zwar nur auf Pauschalpreise, sie gelten aber sinngemäss auch für andere Festpreise, also Preise, die nach dem Parteiwillen nicht bloss – wie der Ungefährpreis (Art. 375 OR) – Richtliniencharakter haben und daher grundsätzlich verbindlich sind (pacta sunt servanda).

1. Grundsätzliches

1. Wurde ein Pauschalpreis abgemacht, so ist der Unternehmer grundsätzlich verpflichtet, das Werk um diesen Preis herzustellen, unabhängig davon, welchen Aufwand er hat (Art. 373 Abs. 1 OR). Hat er daher mehr Arbeit als erwartet oder/und mehr Kosten als vorhergesehen, so gibt ihm dies im Allgemeinen weder ein Recht auf Preiserhöhung noch ein solches auf Vertragsauflösung. Im Folgenden interessieren die Ausnahmen von dieser Regel. Diese werden hinten in Ziff. 2–5 überblicksweise dargestellt, hernach wird die Ausnahmeregel von Art. 373 Abs. 2 OR gesondert behandelt (hinten 2.).

Nicht im Einzelnen eingegangen wird auf die Frage, ob bzw. inwieweit *Minderaufwand* den Besteller entgegen der Regel von Art. 373 Abs. 3 OR zu einer Reduktion des Pauschalpreises berechtigt. Mangels Sonderregeln gelten insoweit die allgemeinen Bestimmungen. So muss sich der Unternehmer beispielsweise – unter haftungsrechtlichen Gesichtspunkten (Art. 41 OR, 31 Abs. 3 OR) – einen Abzug vom Lohne gefallen lassen, wenn er den Besteller hinsichtlich der Preiskalkulation absichtlich getäuscht hat. Ein Abzug kommt in einem solchen Fall auch auf anderer Grundlage (Art. 28 OR i.V.m. Art. 20 Abs. 2 OR, evtl. i.V.m. Art. 2 Abs. 2 ZGB) in Betracht¹. Hat sich der Besteller bei Vertragsabschluss in einem Grundlagenirrtum befunden, gilt das zuletzt Gesagte entsprechend (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR i.V.m. Art. 20 Abs. 2 OR)². Ein Abzug kommt ferner nach den Regeln über die *clausula rebus sic stantibus* in Betracht. Bei gegebenen Voraussetzungen kann der Besteller den Lohn von sich aus reduzieren, er ist also – anders als der Unternehmer nach Art. 373 Abs. 2 OR (hinten Ziff. 4 und 2./Ziff. 2 lit. a) – nicht auf eine Mitwirkung des Richters angewiesen. Art. 373 Abs. 2 OR kann mithin, was seine Rechtsfolge anbelangt, im vorliegenden Kontext nicht analog herangezogen werden. Hingegen kann bei der Feststellung eines *Clausula-Tatbestandes* sinngemäss auf die in der Bestimmung erwähnten Tatbestandskriterien abgestellt werden³. In diesem Sinne ist der herrschenden Lehre⁴, welche die Möglichkeit eines Preisnachlasses in analoger Anwendung von Art. 373 Abs. 2 OR befürwortet, beizugehen [765] pflichten. Im deutschen Recht kommt ein Preisabschlag nach den Regeln über das Fehlen bzw. den Wegfall der Geschäftsgrundlage in Betracht (§ 313 BGB⁵); abweichend der Entscheidung NJW 1974, 1864 f., in dem sich der BGH auf den Grundsatz von Treu und Glauben beruft.

Der Grundsatz von Art. 373 Abs. 1 OR betrifft nur Mehraufwand, der unter die Pauschalpreisabrede fällt. Er findet keine Anwendung auf vertraglich nicht vorgesehene und daher vom Pauschalpreis

nicht gedeckte Leistungen⁶. Wenn daher der Unternehmer zwecks Erstellung des Werks Leistungen auszuführen hat, welche in einem zum Vertragsinhalt gewordenen umfassenden Leistungsbeschrieb⁷ nicht vorgesehen sind, so kann der Besteller eine zusätzliche Vergütung nicht unter Hinweis auf **Art. 373 Abs. 1 OR** abwenden (vgl. z.B. BGHZ 90, 344 ff., 346 f.; BGH, NJW-RR 2002, 740 ff.)⁸. Solche zusätzlichen Leistungen sind vielmehr zusätzlich abzugelten, falls sie auf einer vertraglichen Abmachung beruhen und Entgeltlichkeit abgemacht ist oder der Besteller nach den Umständen auf deren Entgeltlichkeit schliessen muss (**Art. 320 Abs. 2 OR** analog⁹). Der Vergütungsumfang bestimmt sich mangels anderer Abmachung – vgl. z.B. Art. 85 ff. SIA-Norm 118 – nach **Art. 374 OR**¹⁰ (z.B. BGer **4C.385/2005** E. 5; BGer **4C.259/2006** E. 3; BGer **4A_183/2010** E. 3). Andernfalls (falls die Leistung ohne vertraglichen Konsens vorgenommen wurde) steht dem Unternehmer höchstens ein Bereicherungsanspruch zu (Art. 62 und 423 Abs. 2 OR, vgl. auch **Art. 672 ZGB**)¹¹, soweit nicht im Einzelfall die Voraussetzungen einer echten Geschäftsführung ohne Auftrag erfüllt sind (**Art. 422 OR**)¹².

Inwieweit der Grundsatz von **Art. 373 Abs. 1 OR** Einschränkungen erfährt, wenn dem (Pauschalpreis-)Unternehmer bei der Herstellung des Werks Mehraufwand entsteht, hängt wesentlich von der Ursache des Mehraufwands ab:

2. Hat der *Besteller* dem Unternehmer *schuldhaft* einen Mehraufwand an Arbeit und/oder Kosten verursacht (es wurden z.B. zusätzliche Fundationsmassnahmen nötig, weil der Besteller hinsichtlich des Baugrundes schuldhaft falsche Angaben gemacht hat), so hat er ihm die gesamten Mehrkosten zu ersetzen und schuldet ihm ein Entgelt für die zusätzlich notwendig gewordene Arbeit (vgl. **BGE 113 II 513** E. 5b, dazu später im Text)¹³. Der Umfang des zusätzlichen Arbeitsentgelts bestimmt sich primär im Wege ergänzender Vertragsauslegung (und daher auf der Basis des abgemachten Pauschalpreises), subsidiär nach **Art. 374 OR**. Auf eine ausdrückliche Gesetzesgrundlage lässt sich der Mehrvergütungsanspruch nicht stützen. Er ergibt sich jedoch zwanglos aus Art. 376 Abs. 3 a.E. («Verschulden») und 378 Abs. 2 OR, die auf dem allgemeinen Grundsatz beruhen, dass der Unternehmer aus einer vom Besteller verschuldeten Leistungerschwerung keine Vergütungs Nachteile davontragen soll. Wie im unmittelbaren Anwendungsbereich dieser Bestimmungen ist das Verschulden nicht im technischen Sinne zu verstehen; es genügt vielmehr eine blosser Obliegenheitsverletzung¹⁴. Im Falle einer Pflichtverletzung im engen juristischen Sinne [766] ne kann der Unternehmer weiter gehenden Schadenersatz verlangen (z.B. nach **Art. 97 OR** oder aus culpa in contrahendo). In Lehre und Rechtsprechung ist der umschriebene Vergütungsanspruch als solcher zwar weitgehend anerkannt, jedoch durchwegs ohne Bezugnahme auf **Art. 376 Abs. 3 und 378 Abs. 2 OR**. Beispielsweise GAUCH¹⁵ beruft sich stattdessen (ausschliesslich) auf Haftungsgrundlagen, welche an eine Pflichtverletzung anknüpfen. Vom Bundesgericht wurde schon mit einer stillschweigenden Vertragsänderung argumentiert, wo in Wirklichkeit eine solche nicht vorgelegen haben dürfte (vgl. **BGE 113 II 513** E. 5b und OGH, WBI [Wirtschaftsrechtliche Blätter] 1987, 219 f.).

BGE 113 II 513 = Pra 1989 Nr. 17 (mit rechtlich unerheblichen Sachverhaltsänderungen): Die Schweizerische Eidgenossenschaft (im Folgenden: der Bund) beauftragte den Bauunternehmer U zu einem Pauschalpreis mit den Aushub- und Abtransportarbeiten für den Bau des neuen Postzentrums in Bellinzona. Die Arbeiten hatten bis zum 20. Oktober 1980 beendet zu sein. Durch schuldhaftes Verhalten des Bundes musste U seine Arbeiten während längerer Zeit unterbrechen. Da der Bund trotzdem auf rechtzeitige Beendigung der Arbeiten drängte, machte U

von seinem Recht auf Fristerstreckung, das er gehabt hätte, keinen Gebrauch und hielt den Termin ein, indem er u.a. mehr Arbeiter und mehr Arbeitsmaterial als ursprünglich geplant einsetzte (z.B. mehrere Förderwagen für den Abtransport des Aushubmaterials statt bloss eines Wagens). U hatte Anspruch nicht nur auf Ersatz der entstandenen Mehrkosten, sondern auch auf Entlohnung für den zusätzlichen organisatorischen Aufwand (E. 5b). Das ergab sich m.E. durch analoge Heranziehung von [Art. 376 Abs. 3 OR](#) und [378 Abs. 2 OR](#). Demgegenüber berief sich das Bundesgericht – wohl kaum zu Recht – auf eine «Änderung des Vertrages» (*modifica del contratto*, E. 5b).

OGH, WBI 1987, 219 f., betraf einen Fall, in dem der Unternehmer den Besteller darauf hingewiesen hatte, das ihm vorgelegte Bodengutachten beruhe auf einer nicht repräsentativen Bohrgutausbeute und gebe daher keinen zuverlässigen Aufschluss über die Bodenbeschaffenheit. Der Besteller schenkte diesem Einwand jedoch keine Beachtung und wies den Unternehmer an, das Werk auf der Grundlage des Gutachtens auszuführen. In der Folge zeigte sich, dass die Bodenbeschaffenheit vom Gutachten erheblich abwich. Das verursachte beträchtliche Mehrarbeit mit entsprechenden Mehrkosten. Diese waren dem Unternehmer vollständig zu ersetzen, auch hatte er Anspruch auf eine zusätzliche Arbeitsvergütung.

Im Einzelfall kann der Unternehmer zudem zur vorzeitigen Auflösung des Vertrags berechtigt sein, etwa nach [Art. 95 OR](#) i.V.m. [Art. 107 f. OR](#) (wenn der verursachte Mehraufwand auf schuldhaftem Mitwirkungsverzug des Bestellers beruht) oder aus wichtigem Grund (z.B. wenn sich der Besteller von vorneherein weigert, geschuldeten Mehrkostenersatz zu leisten)¹⁶.

3. Ein *beim Besteller eingetretener Zufall* ist nach der hier vertretenen Ansicht grundsätzlich gleich zu behandeln wie schuldhaftes Verhalten des Bestellers. Das ergibt sich – was die Mehrvergütung anbelangt – aus [Art. 365 Abs. 3 OR](#), der seinerseits in [Art. 376 Abs. 3](#) und [378 Abs. 1 OR](#) konkretisiert ist, weshalb sinngemäss auch diese Bestimmungen herangezogen werden können. Gerät also beispielsweise der Besteller unverschuldet in Mitwirkungsverzug, so kann der Unternehmer daraus resultierende Mehrkosten auf ihn abwälzen und er hat zudem Anspruch auf Abgeltung zusätzlichen Arbeitsaufwandes (sei es auf der Grundlage der Pauschalpreisabrede, sei es nach Massgabe von [Art. 374 OR](#), vgl. vorne Ziff. 2)¹⁷. Entsprechendes gilt ferner etwa dann, wenn der vom Besteller angewiesene Baugrund mangelhaft ist, d.h. eine Beschaffenheit aufweist, mit welcher der Unternehmer bei seiner Preiskalkulation vernünftigerweise nicht rechnen musste. Hervorzuheben ist, dass der Unternehmer auf sachverständig erteilte Angaben des Bestellers im Allgemeinen vertrauen darf ([BGE 116 II 305 E. 2c/cc](#))¹⁸; eine von diesen Angaben abweichende, die Werkherstellung erschwerende oder/und Mehrkosten verursachende Bodenbeschaffenheit verschafft ihm daher im Regelfall – gestützt auf [Art. 365 Abs. 3 OR](#) – einen Mehrvergütungsanspruch ([BGE 52 II 437 E. 2](#), dazu hinten im Text)¹⁹. Wo es hingegen an Bestellerangaben zur Bodenbeschaffenheit fehlt, kommt eine Mehrvergütung nach [Art. 365 Abs. 3 OR](#) nur ausnahmsweise in Betracht. Denn nur ganz aussergewöhnliche Bodeneigenschaften dürfen bei der Preiskalkulation (der Kalkulation eines *Pauschalpreises*) ausser Acht gelassen werden. Abweichende Ansichten gehen in zwei Richtungen: Das Bundesgericht hält dafür, dass der Besteller nach [Art. 365 Abs. 3 OR](#) zwar das [767] Risiko schuldlos unrichtiger Angaben hinsichtlich der Bodenbeschaffenheit trägt. Demgegenüber soll die Bodenbeschaffenheit dort, wo es an Bestellerangaben fehlt, ausschliesslich unter [Art. 373 Abs. 2 OR](#) fallen und daher der Unternehmer nur unter den dort genannten restriktiven Voraussetzungen einen Anspruch auf teilweise

Mehrvergütung oder Vertragsauflösung haben (BGE 52 II 437 E. 2 und 4²⁰). Ein integraler Mehrvergütungsanspruch, wie er nach **Art. 365 Abs. 3 OR** gegeben sein kann, besteht also von vornherein nicht (anders die Vorinstanz des Bundesgerichts in dem erwähnten Entscheid). Noch bestellerfreundlicher ist GAUCH²¹. Seines Erachtens liegt das Baugrundrisiko generell beim Unternehmer, soweit nicht der Tatbestand von **Art. 373 Abs. 2 OR** erfüllt ist oder den Besteller ein Verschulden trifft. Schuldlos falsche Angaben des Bestellers zum Baugrund fallen also – entgegen der hier und vom Bundesgericht vertretenen Ansicht – höchstens unter **Art. 373 Abs. 2 OR**, nicht aber Art. 365 Abs. 3²².

BGE 52 II 437 (mit unwesentlich verändertem Sachverhalt): Im Auftrag der Einwohnergemeinde Thun erstellte X die neue Bahnhofbrücke in Thun. In den Offertunterlagen fanden sich u.a. Angaben über den Niederwasserspiegel der Aare. Diese erwiesen sich als ungenau, was auf Seiten des X zu Mehraufwand führte. Die von diesem geltend gemachte, nach **Art. 374 OR** berechnete Mehrforderung hat das bernische Handelsgericht mit der Begründung gutgeheissen, eine vom Unternehmer nicht vorhersehbare Bodenbeschaffenheit gehe nach **Art. 365 Abs. 3 OR** auch bei Vorliegen einer Festpreisabrede ohne weiteres zu Lasten des Bestellers. Das Bundesgericht hat diesen Standpunkt – m.E. zu Unrecht – abgelehnt, die Forderung jedoch deshalb für begründet erachtet, weil die Planangaben der Bauherrin eine «verbindliche Zusicherung [hinsichtlich des Niederwasserspiegels der Aare] enthielten» (E. 2, S. 442). Nach GAUCH geht das Baugrundrisiko in einem solchen Fall zu Lasten des Unternehmers, falls den Besteller – wie hier unterstellt – kein Verschulden trifft (trifft ihn ein Verschulden, liegt nicht der hier interessierende, sondern der vorne in Ziff. 2 behandelte Tatbestand vor).

Im Einzelfall kommt auch im vorliegenden Kontext eine vorzeitige Vertragsauflösung in Betracht, z. B. nach **Art. 95 OR** i.V.m. **Art. 107 f. OR** (im Falle von Mitwirkungsverzug) oder nach den allgemeinen Regeln über den wichtigen Grund.

4. Haben *andere*, also nicht beim Besteller eingetretene *Zufälle* (z.B. ein Erdbeben oder eine Mure²³) dem Unternehmer unvorhergesehenen (nicht erwarteten) Aufwand verursacht, so steht ihm eine Mehrvergütung nur unter den Voraussetzungen von **Art. 373 Abs. 2 OR** zu. Danach ist vorausgesetzt, dass sich die Erwartungen des Unternehmers als grundlegend falsch herausgestellt haben, derart, dass ihm die unveränderte Vertragsdurchführung übermässige, nicht zumutbare Opfer abverlangen würde. Vorausgesetzt ist also – gleich wie in **Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR** und im Anwendungsbereich der *clausula rebus sic stantibus* – ein *wesentlicher Irrtum*²⁴. Gegebenenfalls kann der Richter «nach seinem Ermessen eine Erhöhung des Preises oder die Auflösung des Vertrages bewilligen» (**Art. 373 Abs. 2 OR**). Nur Letzteres kommt in Betracht, wenn dem Besteller, der auf die Beständigkeit des Preises vertraut hat, eine Mehrzahlung nicht zugemutet werden kann (s. Näheres hinten 2./Ziff. 2). **Art. 373 Abs. 2 OR** gibt dem Unternehmer ein *Gestaltungsklagerecht*, kein Gestaltungsrecht. Doch kann der Unternehmer in Fällen, in denen es ihm unter den gegebenen Umständen nicht zumutbar ist, die Entscheidung des Richters abzuwarten, den Vertrag aus wichtigem Grund – durch einseitige Willenserklärung – kündigen. Zu denken ist an Fälle, in denen der Besteller mit Sicherheit ausserstande ist, einen Mehrpreis zu bezahlen, und daher von vornherein nur eine Vertragsauflösung in Betracht fällt.

[768] Nach dem Gesetzestext müssen die Umstände, über die sich der Unternehmer geirrt hat, die Fertigstellung des Werks «hindern oder übermässig erschweren». Gemeint ist: «hindern oder

sonstwie übermässig erschweren»²⁵. Das Requisit der Übermässigkeit ist also auch auf die Hinderung zu beziehen.

Mit der «Hinderung» ist eine *Behinderung* (z.B. durch eine Schlechtwetterperiode) oder vorübergehende *Verhinderung* (z.B. durch einen Baustopp) gemeint, nicht hingegen eine *definitive* (dauernde) Verhinderung. Eine solche hat zur Folge, dass die unternehmerische Leistungspflicht – zufolge Unmöglichkeit – eo ipso dahinfällt, also ohne dass eine privatrechtliche Willenserklärung oder richterliche Auflösungserklärung (i.S.v. **Art. 373 Abs. 2 OR**) erforderlich wäre.

Mit der «Erschwerung» ist eine *Kostenschwernis* gemeint. **Art. 373 Abs. 2 OR** setzt also keine Erschwerung der Werkherstellung an sich («Hinderung») voraus, sondern lässt – bei sonst gegebenen Voraussetzungen – genügen, dass bei der Werkherstellung unvorhergesehene und übermässige Mehrkosten – z.B. infolge Teuerung (BGE 50 II 158, dazu hinten 2./Ziff. 2 lit. b) – entstehen. Umgekehrt kann auch eine blosser «Hinderung» ohne Mehrkosten zur Anrufung von **Art. 373 Abs. 2 OR** berechtigen (zu denken ist an den Fall, dass jemand in Eigenregie Putzarbeiten zu verrichten hat und diese weitaus mehr Arbeit verursachen, als bei Vertragsabschluss vorausgesehen werden konnte)²⁶. Die Gegenansicht (BGer, SemJud 1993, 656²⁷) ist mit dem Wortlaut von **Art. 373 Abs. 2 OR** (hindern *oder* erschweren) nicht in Einklang zu bringen. Vor allem aber muss es unter sachlichem Gesichtspunkt möglich sein, dem Unternehmer eine Mehrvergütung für seine Arbeit zuzusprechen, wenn diese in übermässiger Weise erschwert wird, auch wenn deswegen keine Mehrkosten anfallen.

Nach dem Wortlaut von **Art. 373 Abs. 2 OR** müssen «Umstände, die nicht vorausgesehen werden konnten oder die nach den von beiden Beteiligten angenommenen Voraussetzungen ausgeschlossen waren», die Fertigstellung hindern oder erschweren. Damit wird das *Irrtumserfordernis* zum Ausdruck gebracht. Dass nur ein *wesentlicher* Irrtum die Anrufung der Bestimmung erlaubt, ergibt sich daraus, dass die Hinderung bzw. Erschwerung eine «übermässige» sein muss und die ihr zugrunde liegenden Umstände «ausserordentliche» sein müssen.

5. Soweit der *Unternehmer* Mehraufwand selbst *verschuldet* hat²⁸, steht ihm in der Regel weder ein Recht auf Mehrvergütung (vgl. BGE 26 II 653 E. 7) noch auf Vertragsauflösung zu²⁹. Z.T. wird in Lehre und Rechtsprechung vertreten, dies gelte ohne Einschränkungen. Indes schliesst m.E. Verschulden des Unternehmers eine Auflösung aus wichtigem Grund oder nach **Art. 373 Abs. 2 OR** nicht a priori aus. Dies insbesondere dort, wo auch den Besteller ein Verschulden trifft. In solchen Fällen kann auch ein – beschränkter – Anspruch auf Mehrvergütung bestehen³⁰.

2. Art. 373 Abs. 2 OR im Besonderen

1. *Der Tatbestand von Art. 373 Abs. 2 OR.* **Art. 373 Abs. 2 OR** setzt nach dem Gesagten (vorne 1. /Ziff. 4) zweierlei voraus: zum einen, dass sich der Unternehmer hinsichtlich eines für die Vertragsdurchführung erheblichen Umstandes *geirrt* hat, zum andern, dass dieser Umstand dem Unternehmer einen derartigen Mehraufwand (an Kosten oder/und Arbeit) verursacht, dass ihm die unveränderte Vertragsdurchführung übermässige Opfer abverlangen würde. Kurz: Vorausgesetzt ist ein *wesentlicher* Irrtum³¹. Präzisierungen:

a. Der *Irrtum* kann sich auf gegenwärtige Verhältnisse (z.B. geologische Gegebenheiten, BGE 15, 477, BGE 26 II 653, BGE 52 II 437) oder künftige Umstände (z.B. Teuerung [BGE 50 II 158],

Abwertung des Schweizer Frankens im Jahre 1936 [SemJud 1941, 536]) beziehen³². **Art. 373 Abs. 2 OR** ist daher Sonderregel sowohl zu **Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR** als auch zur *clausula rebus sic stantibus* (**BGE 109 II 333** bzw. **BGE 104 II 314 E. a)**³³.

Der Irrtum muss – entgegen dem Gesetzeswortlaut («beiden Beteiligten») – nur beim Unternehmer gegeben sein. Wenn sich daher beispielsweise der Unternehmer hinsichtlich der geologischen Verhältnisse irrt, wogegen der Besteller diese sehr wohl kennt, so steht einer Berufung auf **Art. 373 Abs. 2 OR** nichts entgegen (missverständlich, allerdings hinsichtlich **Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR**, **BGE 113 II 25 E. 1**³⁴). Beizufügen ist, dass einem Besteller, der nicht irrt, u.U. der Vorwurf der absichtlichen Täuschung (durch treuwidrig unterlassene Aufklärung) zu machen ist. Das schliesst zwar eine Berufung auf **Art. 373 Abs. 2 OR** nicht aus, doch stehen dem Unternehmer in einem solchen Fall für ihn günstigere Rechtsbehelfe zur Verfügung (s. hinten Ziff. 3 lit. c). Entsprechendes gilt, wenn unerwartete [769] geologische Verhältnisse die Vertragsdurchführung erschweren: **Art. 373 Abs. 2 OR** kann zwar angerufen werden, daneben aber auch der für den Unternehmer günstigere **Art. 365 Abs. 3 OR**, falls die «Verhältnisse» den vom Besteller angewiesenen Baugrund betreffen (s. vorne 1./Ziff. 3, mit Hinweis auf abweichende Ansichten).

Der zu **Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR** entwickelte Satz, dass Zweifel einen Irrtum ausschliessen (z.B. BGer **4C.111/2003 E. 4.1**; **BGE 56 II 104**)³⁵, gilt auch hier. Wer daher mit Bezug auf das Vorliegen oder den Eintritt eines bestimmten Umstandes Zweifel hat und dessen ungeachtet einen Pauschalpreisvertrag schliesst, kann nachher nicht einwenden, er habe sich geirrt (**BGE 58 II 421**, dazu sogleich im Text). Die Inkaufnahme eines Risikos schliesst mit anderen Worten die Berufung auf **Art. 373 Abs. 2 OR** aus, wenn sich in der Folge das Risiko realisiert. Ausgenommen sind ganz unwahrscheinliche Risiken, denen bei der Preiskalkulation vernünftigerweise keine Rechnung zu tragen ist, z.B. ein Erdbeben der Stärke 6.0 oder eine Teuerung, welche jene der Vorjahre massiv übersteigt (**BGE 50 II 158 E. 2**; **ZR 21/1922 Nr. 48**, S. 114 ff.).

BGE 58 II 421: Die Firma B übertrug der X. AG die Herrichtung ihres Flugplatzes bei Altenrhein, wozu auch Terrainauffüllungen nötig waren. Als Materialgewinnungsstelle wurde der Unternehmerin der Seegrund ausserhalb des Werftgeländes angewiesen. Die X. AG nahm ohne hinreichende Abklärungen an, das zur Terrainauffüllung zur Verfügung stehende Material bestehe aus Rheinletten und feinem Sand mit kleinen Kieselbeimengungen. Bei der Ausführung der Arbeiten ergab sich jedoch, dass das Baggermaterial eine andere Beschaffenheit aufwies. Dadurch erwuchsen der X. AG Mehrkosten. Diese verlangte sie von der B nach **Art. 373 Abs. 2 OR** ersetzt. Ihre Klage wurde abgewiesen, sinngemäss mit der Begründung, sie habe angesichts der geringen Zahl der ausgeführten Sondierungen zu einem gewissen Grade mit Überraschungen rechnen müssen und daher eine Fehleinschätzung hinsichtlich des Baggermaterials in Kauf genommen. Zudem hat das Bundesgericht auch das Vorliegen einer übermässigen Erschwerung der Leistung i.S.v. **Art. 373 Abs. 2 OR** verneint. Es waren also beide Anspruchsvoraussetzungen dieser Bestimmung nicht erfüllt.

Anders verhielt es sich in **BGE 52 II 437**: Dem Unternehmer waren aus zwei Gründen Mehrkosten entstanden: einerseits wegen falscher Angaben der Bestellerin hinsichtlich des Niederwasserspiegels der Aare (dazu vorne 1./Ziff. 3), andererseits weil sich die Rammarbeiten weit schwieriger als angenommen erwiesen. In dieser letzteren Hinsicht hat das Bundesgericht eine Mehrvergütung nach **Art. 373 Abs. 2 OR** zugesprochen, da der Unternehmer mit den

aufgetretenen Schwierigkeiten nicht habe rechnen müssen und die Leistungserschwerung übermässig gewesen sei (E. 4). M.E. hätte dem Unternehmer auch eine Berufung auf **Art. 365 Abs. 3 OR** und damit die Möglichkeit, eine höhere Mehrvergütung zu verlangen, offengestanden. Den das Baugrundrisiko geht, entgegen der bundesgerichtlichen Ansicht, generell zu Lasten des Herstellers, auch dann, wenn er keine diesbezüglichen Angaben gemacht hat. (s. vorne 1./Ziff. 3).

Fahrlässigkeit des Irrtums schliesst m.E. eine Berufung auf **Art. 373 Abs. 2 OR** nicht aus, so wenig wie im Anwendungsbereich von **Art. 23 ff. OR** (vgl. **Art. 26 OR**, der Fahrlässigkeit des Irrenden voraussetzt). Jedenfalls eine Vertragsauflösung kann nicht ausgeschlossen sein. Aber auch eine Preiserhöhung kommt in Betracht, sofern das Verschulden nicht schwer wiegt (andernfalls [bei Grobfahrlässigkeit] kann dem Unternehmer nach dem Grundgedanken von **Art. 26 Abs. 2 OR** keine Mehrvergütung zugestanden werden). Ein leichtes Verschulden steht zwar einer Mehrvergütung nicht entgegen, doch fällt diese geringer aus, als wenn den Unternehmer bei sonst gleichen Umständen kein Verschulden treffen würde.

b. Der Irrtum muss in dem Sinne *wesentlich* sein, dass die unveränderte Durchführung des Vertrags angesichts des Irrtums eine unangemessene Rechtsfolge wäre³⁶. Das trifft von vornherein nicht zu, wenn der Unternehmer, hätte er bei Vertragsabschluss um den in Frage stehenden Umstand (z.B. das die Leistung erschwerende Druckwasser) gewusst, den Vertrag zu denselben Bedingungen geschlossen hätte. Ist dies – wie regelmässig – nicht der Fall, so ist weiter zu prüfen, ob dem Unternehmer die Fertigstellung des Werks zum abgemachten Pauschalpreis nach Treu und Glauben zugemutet werden kann. Der Irrtum muss somit – nach einer zu **Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR** entwickelten Terminologie – subjektiv und objektiv wesentlich sein. Ob Letzteres zutrifft, hat im Streitfall der Richter nach seinem Ermessen zu entscheiden. Es sind somit die gesamten Umstände zu würdigen, u.a. die Höhe des vereinbarten Preises (hat der Unternehmer dem Besteller einen günstigen Preis zugestanden, rechtfertigt sich ein Abgehen von der Preisvereinbarung eher als dort, wo der Unternehmer ein gutes Geschäft geschlossen hat), die zu erwartenden Mehrkosten, deren Verhältnis zur abgemachten Vergütung, ein allfälliges Verschulden des Bestellers, usw.³⁷ Ein Verschulden des Unternehmers schliesst eine Preiserhöhung nach herrschender Lehre³⁷ und Rechtsprechung (**BGE 113 II 513 = Pra 1989 Nr. 17 E. 3b**) aus³⁸. [770] M.E. trifft dies nicht notwendig zu (s. bereits vorne 1./Ziff. 5).

Objektive Wesentlichkeit des Irrtums kann nur bejaht werden, wenn die Arbeit erheblich erschwert wird bzw. erhebliche Mehrkosten anfallen. «Une simple disproportion ne suffit pas; encore faut-il qu'elle soit grave, singulière, flagrante, évidente, extraordinaire, exorbitante»³⁹. Das wurde beispielsweise in **BGE 52 II 437 E. 4** (dazu vorne 1./Ziff. 3) bejaht, in **BGE 58 II 421** (dazu vorne Ziff. 1 lit. a) verneint.

Aus welchen Gründen dem Unternehmer die unveränderte Vertragsdurchführung unzumutbar ist, spielt für die Anwendung von **Art. 373 Abs. 2 OR** keine Rolle. Doch ist die Bestimmung naturgemäss vor allem dort von praktischer Bedeutung, wo dem Unternehmer nicht schon aus anderem Grund, etwa weil der Besteller die Leistungserschwerung verschuldet hat, ein Anspruch auf Preiserhöhung oder Vertragsauflösung offensteht.

2. Die Rechtsfolgen von **Art. 373 Abs. 2 OR**. – a) Bei gegebenen Voraussetzungen kann der Unternehmer vom Richter eine *Erhöhung des Pauschalpreises oder die Vertragsauflösung* verlangen. Er hat also – wie bereits gesagt (vorne 1./Ziff. 4) – ein *Gestaltungsklage*- und kein

Gestaltungsrecht (anders BGE 48 II 119 [Recht, den Vertrag durch einseitige Willenserklärung aufzulösen])⁴⁰. Doch kann der Unternehmer in Fällen, in denen es ihm unter den gegebenen Umständen nicht zumutbar ist, die Entscheidung des Richters abzuwarten (z.B. weil er ausserstande ist, die anfallenden Mehrkosten zu tragen und der Besteller sich daran auch nicht unter Rückforderungsvorbehalt beteiligen will, oder weil der Besteller nicht gewillt oder mit Sicherheit ausserstande ist, eine vom Richter verfügte Mehrvergütung zu zahlen), den Vertrag aus wichtigem Grund – durch einseitige Willenserklärung – kündigen.

In BGE 48 II 119 wurde angenommen, **Art. 373 Abs. 2 OR** räume dem Unternehmer entgegen dem Gesetzeswortlaut deshalb ein Gestaltungs- und nicht ein Gestaltungs-klagerecht ein, weil die gegenteilige Annahme «mit den Erfordernissen des praktischen Lebens» («exigences de la vie pratique») nicht vereinbar sei. Folgt man jedoch der hier vertretenen Ansicht, wonach **Art. 373 Abs. 2 OR** einer Vertragsauflösung aus wichtigem Grund nicht entgegensteht, so verliert das Argument jede Bedeutung. Hingegen lässt sich die bundesgerichtliche Auffassung nicht schon mit dem Argument entkräften, der Gesetzeswortlaut sei eindeutig (so GAUCH [FN 15], Rn 1124). Wäre es anders, müssten auch das Wandlungs- und das Minderungsrecht Gestaltungs-klagerechte sein (**Art. 205 OR** spricht ja von der Wandlungs- und der Minderungsklage). Dass dem aber nicht so ist, ist allseits anerkannt.

Kündigt der Unternehmer den Vertrag vorzeitig, obwohl er hierzu nicht befugt ist, so besteht der Vertrag fort, der Besteller kann dann jedoch seinerseits den Vertrag vorzeitig – aus wichtigem Grund – auflösen und Schadenersatz (analog **Art. 107 Abs. 2 OR**) verlangen. Demgegenüber nimmt das Bundesgericht an, der Besteller könne auch in einem solchen Fall nur nach **Art. 377 OR** kündigen, müsse aber – entgegen dem (eindeutigen) Gesetzeswortlaut – keinen Schadenersatz bezahlen (BGer **4C.393/2006**). Damit ist dem Besteller nur halbwegs gedient, weil er auf seinem Schaden, der letzten Endes auf vertragswidrigem Verhalten des Unternehmers beruht, sitzen bleibt. GAUCH, auf den die bundesgerichtliche Ansicht zurückgeht⁴¹, vertritt daher neuerdings die Ansicht, der Unternehmer erhalte nicht nur keinen Schadenersatz, sondern sei dem Besteller – analog **Art. 337b Abs. 1 OR** – selbst schadenersatzpflichtig⁴². Nach wie vor stützt er aber die Kündigungsmöglichkeit auf **Art. 377 OR**, statt dem Besteller – gleich wie dem Unternehmer⁴³ – ein selbständiges Auflösungsrecht aus wichtigem Grund zuzugestehen. **Art. 377 OR** wird also ohne seine Rechtsfolge angewendet und zusätzlich mit einer ungeschriebenen Haftungsregel (**Art. 337b OR** analog) ergänzt. Dass dies dogmatisch verfehlt ist, hat für die deutsche Parallelregel (§ 649 BGB) BURKHARD SCHMIDT dargetan⁴⁴. Bei Verschulden des Unternehmers muss dem Besteller unter Umständen auch der Rücktritt vom Vertrag, also die Vertragsauflösung *ex tunc*, offenstehen – eine Möglichkeit, die **Art. 377 OR** nicht vorsieht (er verschafft nur ein Kündigungsrecht). Freilich kann die Bestimmung auch in dieser Hinsicht durch eine ungeschriebene Regel ergänzt werden, nur bleibt dann von ihrem Sinngehalt im Falle einer Auflösung aus wichtigem Grund schlechterdings nichts mehr übrig.

Der Richter entscheidet nach seinem Ermessen, also nach Recht und Billigkeit (**Art. 4 ZGB**), ob er den Preis erhöhen oder den Vertrag auflösen und ob er den Vertrag im letzteren Fall *ex tunc* oder *ex nunc* beenden will. Die *Ex-nunc*-Auflösung bildet die Regel. Ist das Werk einmal hergestellt, so kommt praktisch nur mehr eine Preiserhöhung in Betracht: Eine Vertragsauflösung *ex nunc* ist

naturgemäss ausgeschlossen, und eine Vertragsauflösung *ex tunc* kommt praktisch deshalb nicht mehr in Frage, weil eine Rückabwicklung im Allgemeinen weder durch die Interessen des Bestellers noch des Unternehmers geboten ist.

Solange die Entscheidung des Richters aussteht, ist der Unternehmer weder berechtigt noch verpflichtet, die Arbeit niederzulegen. Abweichend OSER/SCHÖNENBERGER, die dem Unternehmer für den Fall, dass der Tatbestand von **Art. 373 Abs. 2 OR** [771] erfüllt ist, ein Leistungsverweigerungsrecht einräumen⁴⁵. Abweichend ferner ERDIN⁴⁶, der den Unternehmer für verpflichtet hält, die Arbeit einzustellen. M.E. ist der Unternehmer verpflichtet, so lange mit der Werkherstellung fortzufahren, als der Vertrag Bestand hat (insbesondere nicht aus wichtigem Grund gekündigt ist).

b. Die *Preiserhöhung* i.S.v. **Art. 373 Abs. 2 OR** hat lediglich zum Ziele, die für den Unternehmer unzumutbare Leistung zumutbar zu machen, hingegen soll sie das Geschäft «weder zu einem gewinnbringenden, noch zu einem verlustfreien» umgestalten⁴⁷. Demnach sind nicht alle durch die ausserordentlichen Umstände entstandenen Mehrkosten dem Besteller aufzuerlegen. Ist die Arbeit als solche erschwert («Hinderung» i.S.v. **Art. 373 Abs. 2 OR**, vorne 1./Ziff. 4), so steht dem Unternehmer auf dem zusätzlichen Arbeitsaufwand – nach Ermessen des Richters – auch ein Vergütungsanspruch zu⁴⁸. Hat der Unternehmer gewisse Mehrkosten selbst verschuldet, so gehen diese zu seinen Lasten (BGE 26 II 653 E. 7). Dasselbe gilt hinsichtlich Mehrkosten, die bei Vertragsabschluss vorhersehbar waren (BGE 50 II 158 E. 4)⁴⁹.

BGE 50 II 158 (mit unwesentlichen Sachverhaltsvereinfachungen): Die Stadt Genf übertrug der Y. AG im Jahre 1916 die Erstellung eines Hauses zum Pauschalpreis von 40'700 Franken. Anfangs 1918 verlangte die Unternehmerin eine Mehrvergütung mit Rücksicht auf die seit Einreichung der Vertragsofferte erheblich gestiegenen Materialpreise und Handwerkerlöhne. Die Stadt Genf antwortete, sie werde zum Begehren materiell erst nach Beendigung der Arbeiten Stellung nehmen. Im September 1918 wurde das Werk abgeliefert und der Pauschalpreis bezahlt. In der Folge belangte die Y. AG die Stadt Genf auf Zahlung von rund 53'000 Franken (Differenz zwischen dem vereinbarten Pauschalpreis und dem Preis, wie sie ihn bei Vertragsabschluss im Wissen um die seither erfolgte Teuerung berechnet hätte). Das Bundesgericht hiess die Klage im Umfang von 20'000 Franken gut. In grundsätzlicher Hinsicht hielt es fest, dass die zwischen Vertragsabschluss (Mitte 1916) und Ende der Arbeiten (Ende 1918) eingetretene Teuerung von rund 60% schlechterdings nicht vorhersehbar gewesen sei, nachdem in der Zeit zwischen Kriegsbeginn und Vertragsabschluss (ca. 2½ Jahre) nur eine Teuerung von 6% zu verzeichnen gewesen war. Zwar habe die Klägerin mit einer gewissen Teuerung rechnen müssen, aber nicht mit einer Teuerung in diesem Ausmass. Der Tatbestand von **Art. 373 Abs. 2 OR** war somit erfüllt. Als Rechtsfolge kam, da das Werk erstellt war, nur mehr eine Mehrvergütung in Betracht (vorne lit. a). Bei deren Bemessung war die durch die *vorhersehbare* Teuerung entstandene Kostenlast in Abzug zu bringen.

Löst der Richter den Vertrag *ex nunc* auf, so bestimmt er nach seinem Ermessen, welche Vergütung der Besteller zu bezahlen hat, freilich auf der Basis des abgemachten Pauschalpreises. Umstritten ist, ob der Richter dem Unternehmer für das angefangene Werk eine höhere Vergütung zusprechen darf, «als ihm der Besteller nach Massgabe der getroffenen Preisvereinbarung hiefür schuldet». GAUCH, von dem das Zitat stammt, verneint die Frage⁵⁰. M.E. ist gegenteilig zu entscheiden⁵¹.

3. *Weitere Fragen.* – a) **Art. 373 Abs. 2 OR** ist *dispositiv*⁵². Es steht daher dem Unternehmer frei, auf das Gestaltungsklagerecht von **Art. 373 Abs. 2 OR** – im Rahmen der allgemeinen Vertragsschranken (**Art. 19 f. OR**, 27 Abs. 2 ZGB) – im Voraus zu verzichten, sei es für beliebige, sei es bloss für bestimmte Risiken (BGE 15, 477 E. 7 [Übernahme aller Risiken bis zur höheren Gewalt]; ebenso OGH, WBI 1988, 401 f.); **Art. 364 Abs. 3 aOR**, die Vorgängerbestimmung von **Art. 373 Abs. 2 OR**, hatte dies noch ausdrücklich vorgesehen. Nicht verzichtbar ist hingegen das Recht, vorzeitig aus wichtigem Grund zu kündigen⁵³.

In dem vom OGH entschiedenen Fall hatten tagelange, ganz aussergewöhnlich ergiebige Niederschläge (Neue Kronenzeitung: «Jahrhundertregen») Erdbeben bewirkt, denen eine vom Unternehmer X erstellte Baugrubenböschung nicht ausreichend Widerstand bieten konnte. Die Mehrkosten, welche durch die Reparaturarbeiten erforderlich waren, verlangte X zurück. Seine Klage hatte keinen Erfolg, weil er gemäss Vertrag auch ausserordentlichen Umständen wie Jahrhundertregen bis zur Grenze der höheren Gewalt Rechnung tragen musste, höhere Gewalt (im Sinne des Vertrags) aber nicht gegeben war.

b. Der Unternehmer ist verpflichtet, dem Besteller umgehend *Mitteilung zu machen, wenn leistungerschwerende Umstände eintreten*, welche zu einer Anwendung von **[772] Art. 373 Abs. 2 OR** führen könnten (**Art. 365 Abs. 3 OR**). Eine allfällige Pflichtverletzung zeitigt zu Lasten des Unternehmers Haftungsfolgen (**Art. 97 OR**⁵⁴), führt aber im Regelfall nicht zu einer Verwirkung seines Rechts, im Falle einer übermässigen Leistungerschwerung **Art. 373 Abs. 2 OR** anzurufen (anders **BGE 116 II 315 = Pra 1991 Nr. 120**).

Gemäss **BGE 116 II 315** verliert der Unternehmer sein Recht auf Preiserhöhung bzw. Vertragsauflösung, wenn er sich nach Entdeckung der leistungerschwerenden Umstände nicht sofort auf **Art. 373 Abs. 2 OR** beruft. Mangels einer ausdrücklichen Bestimmung, welche einen solchen Rechtsverlust vorsieht, ist m.E. ein Verlust nur dann anzunehmen, wenn der Unternehmer sein Recht nach **Art. 2 Abs. 2 ZGB** (z.B. infolge treuwidriger Hinauszögerung der Geltendmachung) verwirkt oder aber rechtsgeschäftlich darauf verzichtet. Beides wird nur ausnahmsweise zutreffen⁵⁵.

c. *Konkurrenzfragen.* Hat sich der Unternehmer über einen gegenwärtigen Umstand i.S.v. **Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR** geirrt, so steht ihm vor Beginn mit der Werkleistung die Vertragsanfechtung nach **Art. 23 OR** offen, nicht aber die Berufung auf **Art. 373 Abs. 2 OR**. Nachher verhält es sich umgekehrt, verdrängt also **Art. 373 Abs. 2 OR** die allgemeine Irrtumsregel⁵⁶. Verzichtet der Unternehmer, der seinen Irrtum vor der Vertragsausführung entdeckt hat, auf die Anfechtung nach **Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR**, so kann er nicht im Nachhinein (nach Fertigstellung des Werks) unter Berufung auf **Art. 373 Abs. 2 OR** einen Preisaufschlag erreichen (vgl. **BGE 109 II 333**).

BGE 109 II 333: U übernahm es, Handläufe aus Holz auf den Metallgeländern eines Gebäudes zum Preis von rund 23'000 Franken anzubringen. Die Handläufe waren – wie sich den Offertunterlagen entnehmen liess – für eine Wendeltreppe bestimmt und mussten daher gewunden sein. Das hatte U bei der Offertstellung übersehen (er ging erwiesenermassen von nicht gewundenen Handläufen aus). Als er seinen Irrtum bei Inangriffnahme der Arbeiten bemerkte, stellte er dem B umgehend eine Mehrforderung in Aussicht, da nicht gerundete (gerade) Handläufe weitaus billiger seien als gerundete. Nach Abschluss der Arbeiten verlangte er rund 50'000 Franken Werkpreis statt der abgemachten 23'000 Franken. Das Bundesgericht

wies die Klage mit der Begründung ab, **Art. 373 Abs. 2 OR** verschaffe keinen Anspruch auf Preiserhöhung, da sich U fahrlässig geirrt habe. M.E. schliesst zwar Fahrlässigkeit des Irrenden die Berufung auf **Art. 373 Abs. 2 OR** nicht aus (vorne Ziff. 1 lit. a), doch hätte U seinen Irrtum durch Vertragsanfechtung vor Inangriffnahme der Arbeiten geltend machen müssen (**Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR**). Stattdessen den Vertrag zu erfüllen und sich dadurch – nach **Art. 373 Abs. 2 OR** – einen Preiszuschlag zu verschaffen, ging nicht an.

Ist der Unternehmer vom Besteller übervorteilt (**Art. 21 OR**), getäuscht (**Art. 28 OR**) oder durch Furchterregung (**Art. 29 f. OR**) zum Vertragsabschluss bewogen worden, so steht ihm nach den erwähnten Bestimmungen die Vertragsanfechtung offen. Mit diesem Recht konkurriert – bei gegebenen Voraussetzungen – der Rechtsbehelf von **Art. 373 Abs. 2 OR**. Ist das Werk einmal vollendet, sind kaum mehr Fälle denkbar, in denen eine Anfechtung und die damit verbundene Rückabwicklung des Vertrags sachgerecht wäre. Der Täuschung usw. ist dann nur mehr über eine Preiserhöhung (**Art. 373 Abs. 2 OR**) und Schadenersatz (**Art. 31 Abs. 3 OR**) Rechnung zu tragen.

d. **Art. 373 Abs. 2 OR** ist nach den allgemeinen Regeln *analogiefähig*. Zwei Punkte seien herausgegriffen: *Erstens*: Wird die Werkausführung durch ausserordentliche Umstände i.S.v. **Art. 373 Abs. 2 OR** übermässig erschwert, so kann die Ausführungsfrist unter analoger Heranziehung der betreffenden Bestimmung verlängert werden⁵⁷. Gegebenenfalls greift die Verlängerung eo ipso Platz, sie braucht also nicht vom Richter verfügt zu werden. *Zweitens*: **Art. 373 Abs. 2 OR** kann bei anderen Festpreisen als Pauschalpreisen – analog – angewendet werden (**BGE 104 II 314 E. b**), insbesondere bei Einheitspreisen (wenn die Erschwernis die Erbringung der von einem Preis erfassten Leistungseinheiten betrifft)⁵⁸. Ist ein Ungefährpreis (**Art. 375 OR**) mit festem Kostendach (Kostenvoranschlag mit Garantie) abgemacht, so ist die Bestimmung ebenfalls analog anwendbar, das Kostendach verliert also unter den Voraussetzungen von **Art. 373 Abs. 2 OR** seine Verbindlichkeit.

Fussnoten:

* ALFRED KOLLER, Prof. Dr. iur., Universität St. Gallen.

Herr Rechtsanwalt lic. iur. PETER NÜESCH hat den Text kritisch durchgesehen und die Anmerkungen kontrolliert. Dafür bedanke ich mich sehr herzlich!

- 1 ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. A., Bern 2009, § 14 Rn 182.
- 2 KOLLER (FN 1), § 14 Rn 122.
- 3 KOLLER (FN 1), § 29 Rn 22.
- 4 FRANÇOIS CHAIX, Commentaire romand, Code des obligations I, Basel 2012, N 4 zu **Art. 373 OR**; GAUDENZ G. ZINDEL/URS PULVER, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Basel 2011, N 4 zu **Art. 373 OR**, m.w.Nw.; a.A. HUGO OSER/WILHELM SCHÖNENBERGER, Zürcher Kommentar, Zürich 1936, N 5 zu **Art. 373 OR**.
- 5 Dazu KOLLER (FN 1), § 29 Rn 24.
- 6 Ob eine Leistung unter den Pauschalpreis fällt oder nicht, ist Auslegungsfrage. Ob und allenfalls in welchem Umfang nicht im Pauschalpreis inbegriffene Arbeitsleistungen vom Besteller abzugelten sind, soll hier nicht weiter geprüft werden.

Wer einen Pauschalpreisvertrag unter Übernahme der SIA-Norm 118 schliessen will, hat die vom Unternehmer zu erbringende Leistung (das Werk) detailliert und vollständig zu umschreiben (Art. 12 Abs. 1 SIA-Norm 118); ANTON EGLI in: Peter Gauch/Hubert Stöckli (Hrsg.), Kommentar zur SIA-Norm 118, Art. 1–37, Zürich 2009, Vorbem. zu Art. 3–22 lit. b und N 3 zu Art. 12; vgl. auch WALTER FELLMANN, Fehlerhaftes Leistungsverzeichnis, in: Alfred Koller (Hrsg.), SIA-Norm 118, St. Galler Baurechtstagung 2000, 96.

- 8 Hat das Unterlassen einer vom Pauschalpreis nicht erfassten, aber für die Werkausführung erforderlichen Arbeit einen Werkmangel zur Folge, so ist der Unternehmer für diesen vorbehaltlich **Art. 369 OR** gewährleistungspflichtig (**Art. 368 OR**), jedoch kann er die Kosten, welche die Vornahme der betreffenden Handlung auch bei rechtzeitiger Vornahme verursacht hätte, als sog. Sowieso- oder Ohnehin-Kosten in Abzug bringen (illustrativ die Entscheide BGE 26 II 653 und BGHZ 90, 344 f.).
- 9 Nach **Art. 320 Abs. 2 OR** muss der Wille des Unternehmers, seine Leistung nur gegen Entgelt zu erbringen, erkennbar zutage treten, er muss jedoch nicht *erklärt* werden (vgl. MANFRED R EHBINDER/JEAN-FRITZ STÖCKLI, Berner Kommentar, Bern 2010, N 17 zu **Art. 320 OR**). Gegebenenfalls wird eine entsprechende Erklärung – gleich wie die Gegenerklärung des Bestellers – fingiert. Anders als etwa im Falle von **Art. 6 OR** oder 2 VVG wird also der ganze Vertragstatbestand, nicht bloss eine der beiden Vertragserklärungen, im Wege der Fiktion ersetzt.
- 10 In der Praxis dürfte es regelmässig so sein, dass sich die Zusatzvergütung weitgehend auf dem Wege ergänzender Vertragsauslegung (dazu allgemein KOLLER [FN 1], § 3 Rn 199 ff.), also nach dem hypothetischen Parteiwillen, ermitteln lässt, und daher nicht oder doch nur in Nebenpunkten auf **Art. 374 OR** zurückgegriffen werden muss.
- 11 Ein solcher Anspruch kann vertraglich ausgeschlossen werden (vgl. BGer **4C.385/2005** E. 4, wo im Vertrag abgemacht war, dass vertraglich nicht vorgesehene Leistungen nur gestützt auf eine schriftliche Vereinbarung vorgenommen werden dürfen, offenbar im Bestreben, den Besteller vor aufgedrängten Kosten und unliebsamen Entgeltsstreitigkeiten zu schützen).
- 12 OSER/SCHÖNENBERGER (FN 4), N 3 zu **Art. 373 OR**. Vgl. zur Problematik eigenmächtiger Leistungen des Unternehmers aus deutscher Sicht JULIUS STAUDINGER/FRANK PETERS/FLORIAN J ACOBY, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin 2008, N 96 ff. zu § 632 BGB.
- 13 Art. 58 Abs. 2 SIA-Norm 118 sieht dies ausdrücklich vor.
- 14 S. betr. **Art. 378 Abs. 2 OR** ALFRED KOLLER, Nachträgliche Leistungsunmöglichkeit auf Seiten des Unternehmers, **AJP/PJA 2013**, 1765 ff., 1770.
- 15 PETER GAUCH, Der Werkvertrag, 5. A., Zürich 2011, Rn 1102 f., unter Berufung auf die Haftung für culpa in contrahendo.
- 16 Jeder Vertrag kann aus wichtigem Grund aufgelöst werden, also dann, wenn einer Partei die Vertragsdurchführung nicht mehr zumutbar ist. Das ist zwar nur für Dauerverträge allgemein anerkannt, doch sind keine Gründe auszumachen, weshalb für einfache Austauschverträge, etwa Kaufverträge (ZR 21/1922 Nr. 48, S. 114 ff. lit. A E. 8 ff.) oder Werkverträge (LGVE 2012 I Nr. 13, S. 28 ff. E. 4.4), anderes gelten sollte (KOLLER [FN 1], § 29 Rn 3; s. auch ALFRED KOLLER, Berner Kommentar, Bern 1998, N 425 zu **Art. 363 OR**, N 31 und N 790 zu **Art. 366 OR**, mit Bezug auf Werkverträge).

Vgl. z.B. KOLLER, Berner Kommentar (FN 16), N 766 ff. zu Art. 366 OR (die in N 778 angebrachten Zweifel sind unberechtigt); GAUCH (FN 15), Rn 1336 ff.; ROLAND HÜRLIMANN, Ansprüche des Unternehmers aus Bauablaufstörungen des Bauherrn, in: FS für Peter Gauch, Zürich 2004, 818 f.

- 18 SYLVIE CHAVANNE, Le retard dans l'exécution des travaux de construction, Diss. Genf 1993, Rn 351; CHAIX (FN 4), N 21 zu Art. 373 OR; KOLLER, Berner Kommentar (FN 16), N 65 f. zu Art. 365 OR.
- 19 Bei Übernahme der SIA-Norm 118 gilt dies schon kraft Vertrags (Art. 58 Abs. 2 SIA-Norm 118, der fehlerhafte, sachverständig erteilte Baugrundangaben als Verschulden wertet [fingiert]).
- 20 Gleich im Ergebnis BGE 15, 477 E. 6 und 7, mit Bezug auf Art. 364 Abs. 3 aOR, die Vorgängerbestimmung zu Art. 373 Abs. 2 OR (in casu war die Frage der Mehrvergütung allerdings «ausschliesslich nach den Bestimmungen des Vertrages und nicht nach dem Gesetze» zu beurteilen).
- 21 GAUCH (FN 15), Rn 1102 f.
- 22 Auch im österreichischen Recht ist streitig, ob bei Abmachung eines Pauschalpreises der Unternehmer «die Abgeltung jener Mehrkosten begehren kann, die auf [zufällige] Umstände in der Bestellersphäre zurückzuführen sind» (HELMUT KOZIOL/RUDOLF WELSER, Bürgerliches Recht, Band II [Schuldrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, Erbrecht], 13. A., Wien 2007, 259, m.w. Nw. in Fn. 32). Für Bejahung der Frage HEINZ KREJCI, Baugrundrisiko und Bauvertrag, in: FS für Hans W. Fasching, Wien 1988, 311 ff., 323 ff., und ihm folgend die herrschende österreichische Rechtsprechung (z.B. OGH, SZ [Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivilsachen] 58 [1985]/41, 206 f.; OGH, JBI [Juristische Blätter] 1987, 219 ff. [dazu JOSEF KÜHNE, in: FS für Horst Locher, Düsseldorf 1990, 153 ff.]; OGH, eolex 1994, 814); für Verneinung ROBERT REBHAHN/CHRISTOPH KIETAIBL, in: Michael Schwimann (Hrsg.), Praxiskommentar ABGB, Bd. 5, 3. A., Wien 2006, N 47 ff. zu § 1168 ABGB. FERDINAND KERSCHNER, Vergütungsanspruch wegen Mehraufwands beim Werkvertrag, in: FS für Rudolf Welser, Wien 2004, 448 ff., vertritt der Sache nach die vom Bundesgericht in BGE 52 II 437 vertretene Ansicht (das Baugrundrisiko soll also zu Lasten des Unternehmers gehen, ausser wo er auf ein vom Besteller eingeholtes Bodengutachten vertrauen darf). Zur Tragung des Baugrundrisikos aus deutscher Sicht s. INGO LANGE, Zur Bedeutung des Anspruchs aus culpa in contrahendo bei unvollständigen, unklaren oder fehlerhaften Leistungsbeschreibungen, z.B. bei unzureichend beschriebenen Baugrund, in: FS für Götz von Craushaar, Düsseldorf 1997, 271 ff.
- 23 Art. 59 SIA-Norm 118 führt als weitere Beispiele an: Wassereinbrüche, Sturm, Gasaustritte, hohe unterirdische Temperaturen, Radioaktivität, einschneidende behördliche Massnahmen, Störung des Arbeitsfriedens.
- 24 Vgl. KOLLER (FN 1), § 14 Rn 29 ff., § 29 Rn 4, 19 ff., 31 ff.
- 25 GAUCH (FN 15), Rn 1054; ZINDEL/PULVER (FN 4), N 22 zu Art. 373 OR; THEODOR BÜHLER, Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht, Zürich 1998, N 32 zu Art. 373 OR.
- 26 So auch PIERRE TERCIER/PASCAL G. FAVRE, Les contrats spéciaux, 4. A., Genf/Zürich/Basel 2009, §§ 52–58 bearbeitet von PIERRE TERCIER, PASCAL G. FAVRE und BENOÎT CARRON, Rn 4699 ff.
- 27 Wie das BGer z.B. CHAIX (FN 4), N 22 zu Art. 373 OR; GAUCH (FN 15), Rn 1053.

Das schuldhaftes Verhalten muss für den Mehraufwand kausal gewesen sein (BGE 26 II 653 E. 4).

- 29 RETO ERDIN, Unvorhergesehenes beim Werkvertrag mit Festpreis, Diss. St. Gallen, Bern 1997, 115; GAUCH (FN 15), Rn 1109, m.w.Nw.
- 30 So auch OSER/SCHÖNENBERGER (FN 4), N 11 zu [Art. 373 OR](#), für den Fall, dass das Verschulden «sehr gering» ist.
- 31 Vgl. KOLLER (FN 1), § 14 Rn 29 ff., § 29 Rn 4, 19 ff., 31 ff.
- 32 Das Bundesgericht glaubt, Irrtümer gebe es nur da, wo man wissen könne; über die Zukunft aber könne man nichts wissen, sondern nur mutmassen, und daher nicht irren (so Pra 1933 Nr. 176 E. 1; ebenso STEFAN SULZER, Clausula rebus sic stantibus und der gestörte Vertragszweck, Zugleich Bemerkungen zu [BGE 127 III 300 ff.](#), [AJP/PJA 2003, 987 ff.](#), [989](#)). Diese Auffassung ist m.E. nicht richtig (KOLLER [FN 1], § 14 Rn 85), jedenfalls ist sie mit [Art. 373 Abs. 2 OR](#) nicht in Einklang zu bringen.
- 33 CHAIX (FN 4), N 14 zu [Art. 373 OR](#).
- 34 Dazu KOLLER (FN 1), § 14 Rn 53.
- 35 Aus der Lehre z.B. THEO GUHL/ALFRED KOLLER/ANTON K. SCHNYDER/JEAN NICOLAS DRUEY, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. A., Zürich 2000, §§ 1–47 bearbeitet von Alfred Koller, § 16 Rn 10; KOLLER (FN 1), § 14 Rn 21.
- 36 GAUCH (FN 15), Rn 1058; KOLLER (FN 1), § 29 Rn 39.
- 37 GAUCH (FN 15), Rn 1109.
- 38 [BGE 104 II 314](#) (Regesten und E. b) erweckt sogar den Eindruck, jedes für die Leistungerschwerung kausale «Verhalten» des Unternehmers schliesse eine Berufung auf [Art. 373 Abs. 2 OR](#) aus. Demgegenüber wird in BGE 50 II 155 E. 4 lediglich gesagt, ein allfälliges Verschulden «aurait été de nature à exercer une influence sur la solution du litige».
- 39 CHAIX (FN 4), N 23 zu [Art. 373 OR](#).
- 40 In der Lehre ist die Rechtsnatur des Auflösungsrechts umstritten (vgl. die Nw. bei CHAIX (FN 4), N 28 Fn. 69 ff. zu [Art. 373 OR](#); GAUCH [FN 15], Rn 1122 ff., Fn. 1009 und 1013).
- 41 GAUCH, Der Werkvertrag, 3. A. Zürich 1985, Rn 409; DERS., Der Rücktritt des Bestellers vom Werkvertrag – Gedanken zu Art. 377 des Schweizerischen Obligationenrechts, in: FS für Horst Locher, Düsseldorf 1990, 42.
- 42 GAUCH (FN 15), Rn 572 (gleich schon in der 4. A. von 1996). Die «revidierte Auffassung» von GAUCH hat sich neustens HUBERT STÖCKLI, Auflösung eines Werkvertrags aus wichtigem Grund, BR 2013, S. 310 r.Sp., zu eigen gemacht. Bei ihm finden sich auch w. Nw. zur angesprochenen Thematik.
- 43 GAUCH (FN 15), Rn 598 f.
- 44 BURKHARD SCHMIDT, Zur unberechtigten Kündigung aus wichtigem Grunde beim Werkvertrag, NJW 1995, 1313 ff.
- 45 OSER/SCHÖNENBERGER (FN 4), N 16 zu [Art. 373 OR](#); GAUCH (FN 15), Rn 1125.
- 46 ERDIN (FN 29), 111 f.
- 47 OSER/SCHÖNENBERGER (FN 4), N 14 zu [Art. 373 OR](#).
- 48

Anders wohl GAUCH (FN 15), Rn 1063, unter Hinweis auf BGE 50 II 158. In diesem Entscheid war jedoch die Herstellung nicht «gehindert», vielmehr fielen lediglich teuerungsbedingte (übermässige) Mehrkosten an. Es bestand daher kein Anlass für die Zusprechung eines zusätzlichen Arbeitsentgelts.

- 49 «Im einzelnen Fall» kann etwas «voraussehbar sein, worauf man gewöhnlich nicht gefasst zu sein braucht, BGE 48 II 119 ff. (Voraussehbarkeit eines ganz ungewöhnlichen Aufschlages der Papierpreise von 25% mitten im Weltkrieg).» (OSER/SCHÖNENBERGER [FN 4], N 7 zu [Art. 373 OR](#)).
- 50 GAUCH (FN 15), Rn 1117.
- 51 Ebenso ZINDEL/PULVER (FN 4), N 29 zu [Art. 373 OR](#).
- 52 Z.B. TERCIER/FAVRE/CARRON (FN 26), Rn 4714; ZINDEL/PULVER (FN 4), N 34 zu [Art. 373 OR](#), m.w. Nw.; OSER/SCHÖNENBERGER (FN 4), N 12 zu [Art. 373 OR](#), mit der Einschränkung, dass dem Unternehmer in den «krassesten Fällen» die Berufung auf [Art. 373 Abs. 2 OR](#) offenstehen müsse. Diese Einschränkung ist nicht gerechtfertigt, weil der Unternehmer den Vertrag auch bei einer Wegbedingung des Rechtsbehelfs von [Art. 373 Abs. 2 OR](#) aus wichtigem Grund auflösen kann (s. sogleich im Text).
- 53 MARC WOLFER, [AJP/PJA 2014, 624](#) m.w.Nw.; MARIE-NOËLLE VENTURI-ZEN-RUFFINEN, La résiliation pour justes motifs des contrats de durée, Diss. Freiburg/CH 2007, Rn 327, m.w.Nw.
- 54 [Art. 97 OR](#) ist freilich nur anwendbar, wenn man die fragliche Mitteilungspflicht als eigentliche Rechtspflicht und nicht als «blosse Obliegenheit» (so GAUCH [FN 15], Rn 1112) auffasst. Für den Pflichtcharakter spricht, dass dem Besteller durch die in Frage stehende Anzeige ermöglicht werden soll, allenfalls nötig scheinende Dispositionen zu treffen, z.B. kostenreduzierende Massnahmen in die Wege zu leiten. Zur Abgrenzung zwischen Pflicht und Obliegenheit s. KOLLER (FN 1), § 2 N 89 ff., 95 ff.
- 55 S. in allgemeinerem Zusammenhang KOLLER (FN 1), § 62 Rn 10 f.
- 56 Aus der Lehre s. GAUCH (FN 15), Rn 1047, m.Hw. auf die Rechtsprechung des BGer.
- 57 So CHAIX (FN 4), N 29 zu [Art. 373 OR](#); ERDIN (FN 29), 155 ff.; a.A. GAUCH (FN 15), Rn 1126.
- 58 OSER/SCHÖNENBERGER (FN 4), N 2 zu [Art. 373 OR](#), wollen [Art. 373 Abs. 2 OR](#) auf Einheitspreise sogar direkt zur Anwendung bringen.