

AJP/PJA

2/2015, S. 303 ff.

Aktuelle Juristische Praxis / Pratique Juridique Actuelle

Aufsätze / Articles

[303] Unverhältnismässige Überschreitung eines Ungefährpreises beim Werkvertrag (Art. 375 OR)



ALFRED KOLLER *

▪ Zusammenfassung

Im vorliegenden Beitrag interessiert der Fall, dass die Parteien eines Werkvertrags den Werkpreis nicht verbindlich bestimmt, immerhin aber einen Ungefährpreis abgemacht haben («die Reparatur wird ca. Fr. 600.– kosten»). Damit befassen sich – wenn auch nicht in umfassender Weise – die Art. 374 und 375 OR. Art. 374 OR bestimmt, dass sich der Werklohn in gleicher Weise berechnet, wie wenn überhaupt keine Preisvereinbarung stattgefunden hätte, also nach dem Aufwand des Unternehmers. Art. 375 OR regelt den Fall, dass der so ermittelte Preis den Ungefährpreis unverhältnismässig übersteigt (eine verhältnismässige Überschreitung hat der Besteller ohne Weiteres hinzunehmen). Die Bestimmung unterscheidet: Bei Bauwerken kann der Besteller dem Unternehmer die Fortführung des Werks gegen billigen Ersatz der bereits geleisteten Arbeiten entziehen oder – nach Vollendung des Werks – eine angemessene Herabsetzung des nach Art. 374 OR ermittelten Preises verlangen (Abs. 2). Bei sonstigen Werken kann er vom Vertrag zurücktreten, also das Werk zurückweisen und jede Zahlung verweigern (Abs. 1). Allerdings fallen gewisse Werke, die nach dem Gesetzeswortlaut von Art. 375 Abs. 1 OR erfasst sind, in Wirklichkeit unter Art. 375 Abs. 2 OR.

Résumé

Le présent article s'intéresse au cas de parties à un contrat d'entreprise qui ne se sont accordées ni sur un prix forfaitaire (art. 373 CO), ni sur un prix ferme (prix unitaire, prix de régie), mais ont toutefois défini approximativement le prix de l'ouvrage («la réparation coûtera env. 600 frs»). Les art. 374 et 375 CO traitent de ce sujet, sans le faire de manière exhaustive. L'art. 374 CO dispose

que le prix de l'ouvrage se calcule de la même manière que si aucun prix n'avait été convenu, à savoir selon le travail et les dépenses de l'entrepreneur. L'art. 375 CO règle le cas où le prix ainsi déterminé dépasse le prix approximatif de manière excessive (le maître d'ouvrage doit accepter un dépassement qui reste dans les limites). La disposition distingue: S'il s'agit de constructions, le maître peut interdire à l'entrepreneur de continuer les travaux et payer une indemnité équitable pour les travaux exécutés ou, si l'ouvrage est achevé, demander une réduction convenable du prix fixé conformément à l'art. 374 CO (al. 2). Pour les autres ouvrages, il peut se départir du contrat, en d'autres termes refuser l'ouvrage et tout paiement (al. 1). Toutefois, certains ouvrages qui sont couverts par l'art. 375 al. 1 CO relèvent en réalité de l'art. 375 al. 2 CO.

▪ INHALTSÜBERSICHT

1. Einleitung und Grundsätzliches

2. Der Tatbestand von Art. 375 OR

3. Die Rechtsfolgen von Art. 375 OR

A. Überblick

B. Rücktritts-, Kündigungs- und Herabsetzungsrecht im Einzelnen

1. Einleitung und Grundsätzliches

1. Im Folgenden interessiert der Fall, dass die Parteien eines Werkvertrags den Werkpreis nicht verbindlich bestimmt, immerhin aber einen Ungefährpreis abgemacht haben («die Reparatur wird ca. Fr. 600.– kosten»). Damit befassen sich – wenn auch nicht in umfassender Weise – die Art. 374 und 375 OR. **Art. 375 OR** findet sich zwar bei den Bestimmungen über die «Beendigung [des Werkvertrags]» (Marginalie zu **Art. 375–379 OR**), er hätte aber ebenso gut und systematisch wohl richtiger bei den Bestimmungen über die «Höhe der Vergütung» (**Art. 373 f. OR**) eingeordnet werden können.

2. **Art. 374 OR** sieht vor, dass bei Verabredung eines Ungefährpreises der Werkpreis gleich zu bestimmen ist, wie wenn überhaupt keine Preisabrede stattgefunden hätte, also nach dem Aufwand des Unternehmers¹. Wird jedoch der Ungefährpreis «unverhältnismässig überschritten», und das «ohne Zutun» des Bestellers, so kann der Besteller nach **Art. 375 OR** vom Vertrag «zurücktreten» (Abs. 1) bzw. – bei Bauwerken auf Grund und Boden des Bestellers – den Vertrag kündigen und das (unfertige) Werk gegen «billigen Ersatz» behalten oder – nach Fertigstellung des Werks – «eine angemessene Herabsetzung des Lohnes verlangen» (Abs. 2). Der Ungefährpreis bleibt also bei der Preisbestimmung als solcher ausser Betracht, seine unverhältnismässige Überschreitung kann jedoch zu einer Vertragsauflösung oder Preisreduktion führen.

Art. 375 OR stellt nicht darauf ab, ob der Unternehmer den Ungefährpreis schuldhaft zu tief angesetzt hat oder nicht. Allfälligem Verschulden kommt jedoch bei der Bemessung des «billigen Ersatzes» bzw. der «angemessenen Herabsetzung des Lohnes» i.S.v. **Art. 375 Abs. 2 OR** erhebliche Bedeutung zu. Entsprechendes gilt, wenn der Unternehmer den Ungefährpreis schuldlos zu tief angesetzt, jedoch in der Folge eine sich abzeichnende Überschreitung schuldhaft nicht bzw. zu spät ange [304] zeigt hat (s. auch hinten Ziff. 7 und 3.B./Ziff. 3 lit. b). Zudem kann schuldhaftes Verhalten des Unternehmers Haftungsfolgen zeitigen (hinten 2./Ziff. 6

und 3.B./Ziff. 2 lit. d). Haftungsfolgen werden dadurch, dass der Besteller auf einen Rücktritt nach **Art. 375 Abs. 1 OR** verzichtet, nicht ohne Weiteres ausgeschlossen (vgl. **Art. 31 Abs. 3 OR**).

3. Ein Ungefährpreis wird regelmässig gestützt auf einen Kostenvoranschlag verabredet, also durch Schätzung des für die Preisfestsetzung nach **Art. 374 OR** massgeblichen Aufwands. **Art. 375 OR** nimmt – gleich wie § 650 BGB und § 1170a ABGB – allein auf diesen Fall Bezug («Kostenansatz», Marginalie). Die Bestimmung kommt jedoch *generell zum Zuge, wenn ein Ungefährpreis verabredet ist*, unabhängig davon, auf welcher Basis dies geschehen ist. Insbesondere muss dem Besteller keine und schon gar keine detaillierte Kostenschätzung vorgelegt worden sein². Entscheidend ist einzig und allein, dass ein Ungefährpreis verabredet ist und daher der Besteller davon ausgehen darf, der Preis werde vom Unternehmer in etwa eingehalten werden³. Wenn also in dem am Anfang des Aufsatzes gemachten Klammer-Beispiel die Bemerkung des Unternehmers, die Reparatur werde ca. Fr. 600.– kosten, «ins Blaue hinaus» geschehen ist, so kommt **Art. 375 OR** trotzdem zum Zuge, sofern der Besteller davon ausgehen darf, die ungefähre Preisangabe sei ernst gemeint⁴. Etwa bei standardisierten Leistungen kann diese Annahme auch gerechtfertigt sein, wenn der Unternehmer ersichtlich keine detaillierte Kostenanalyse gemacht hat.⁵

Kostenansatz bedeutet nach dem Gesagten nichts anderes als Ungefährpreis. Ist ein Kostenansatz bzw. Ungefährpreis «verabredet» (**Art. 375 OR**), so ist er geeignet, die in **Art. 375 OR** erwähnten Wirkungen auszulösen. Freilich können die Parteien diese Wirkungen anderweitig umschreiben (hinten Ziff. 4), z.B. anstelle des Rücktrittsrechts von **Art. 375 Abs. 1 OR** nur ein Kündigungs- und Herabsetzungsrecht i.S.v. **Art. 375 Abs. 2 OR** vorsehen. So oder so ist die fragliche «Verabredung» als – bedingungsähnliche (**Art. 151 ff. OR**) – vertragliche Vereinbarung i. S.v. **Art. 1 OR** aufzufassen und hat daher rechtsgeschäftlichen Charakter⁶. Dass der für die Annahme eines Rechtsgeschäfts vorausgesetzte Rechtsfolgewille typischerweise «diffus» ist, schliesst die Annahme eines solchen nicht aus⁷. So hat z.B. eine Eigenschaftszusicherung unzweifelhaft auch dann rechtsgeschäftlichen Charakter, wenn sie inhaltlich relativ unbestimmt ist («die von mir fabrizierte Maschine wird ca. 1000 kg produzieren»). Ob die Parteien die Rechtsfolgen für den Fall der Nichteinhaltung der Zusicherung vertraglich umschrieben haben oder ob sich diese – wie typischerweise bei Verabredung eines Ungefährpreises (**Art. 375 OR**) – nach Gesetz (**Art. 368 OR**) richten, ist unerheblich.

Ein *nicht verabredeter* Kostenvoranschlag/Ungefährpreis fällt zwar nicht unter **Art. 375 OR**, doch kann der Unternehmer nach Treu und Glauben verpflichtet sein, dem Besteller Mitteilung zu machen, wenn sich die Werkausführung als weitaus schwieriger erweist als ursprünglich angenommen und daher Kosten entstehen, mit denen der Besteller nicht rechnen musste.⁸ Eine Pflichtverletzung kann Haftungsfolgen auslösen.

4. Die in **Art. 375 OR** umschriebenen Rechte (Rücktritts-, Kündigungs- und Herabsetzungsrecht) setzen – wie gesagt – eine unverhältnismässige Überschreitung des Ungefährpreises voraus. Gegen eine *verhältnismässige Überschreitung* kann sich daher der Besteller nicht zur Wehr setzen. Daraus folgt: Kommt es bei einem Werk, das unter Abs. 1 von **Art. 375 OR** fällt, zu einer unverhältnismässigen Überschreitung des Kostenvoranschlages, so kann der Unternehmer den Rücktritt abwenden, indem er sich bereit erklärt, das Werk gegen einen nicht unverhältnismässigen (die Toleranzgrenze nicht überschreitenden)⁹ Preis herauszugeben bzw. fertigzustellen¹⁰. Bei anderen [305] Werken hat der Besteller jedenfalls den unter der Toleranzgrenze liegenden Preis zu zahlen (den Preis unter der Toleranzgrenze festzusetzen ist nie «billig» bzw. «angemessen» i.S.v.

Art. 375 Abs. 2 OR). Das Gesagte lässt sich mittelbar aus **Art. 375 OR** ableiten und ergibt sich letztlich aus dem Parteiwillen. Denn wer ein Werk zu einem Ungefährpreis bestellt, weiss, dass er mit einer gewissen Überschreitung rechnen muss, jedenfalls darf der Unternehmer dieses Wissen nach Treu und Glauben voraussetzen. Die herrschende Lehre zieht zur Begründung stattdessen **Art. 25 Abs. 2 OR** analog heran.¹¹

Eine über die Toleranzgrenze hinausgehende Vergütung kann der Unternehmer verlangen, wenn er bei der Werkausführung durch Umstände, denen er bei der Verabredung des Kostenvoranschlags vernünftigerweise keine Rechnung tragen musste, übermässig behindert wurde (**Art. 373 Abs. 2 OR** analog). Die Rechtsprechung hat sich mehrfach in diesem Sinne geäussert¹². Die Lehre steht auf dem gleichen Standpunkt¹³.

5. **Art. 375 OR** ist *dispositiv*. Daher können die Parteien beispielsweise selbst bestimmen, wo die Toleranzgrenze (Grenze zwischen verhältnismässigem und unverhältnismässigem Preis) verläuft¹⁴, oder sie können die Rechtsbehelfe für den Fall einer Überschreitung der Toleranzgrenze abweichend vom Gesetz festlegen, z.B. durch Verabredung eines Kündigungs- und Herabsetzungsrechts statt eines Rücktrittsrechts (vgl. § 650 BGB und 1170a ABGB, welche eine entsprechende gesetzliche Anordnung treffen). Ist ein Ungefährpreis mit Kostendach abgemacht («die Reparatur kostet ca. Fr. 400.–, keinesfalls mehr als Fr. 450.–»), so geht der Parteiwille auf den vollständigen Ausschluss von **Art. 375 OR**. Eine Überschreitung des Kostendachs berechtigt also den Besteller – anders als die Überschreitung einer vertraglichen Toleranzgrenze – nicht zu einem Vorgehen nach **Art. 375 OR**, doch braucht er höchstens den vereinbarten Maximalpreis zu bezahlen¹⁵. Ob im Einzelfall ein Kostendach oder eine Toleranzgrenze verabredet ist, ist Auslegungsfrage.

6. **Art. 375 OR** kommt – *analog*¹⁶ – auch dort zum Zuge, wo Regiepreise oder Einheitspreise verabredet sind und der mutmassliche Aufwand bzw. das mutmassliche Ausmass vom Vertragskonsens ebenfalls erfasst, d.h. i.S.v. **Art. 375 OR** «verabredet» ist.¹⁷

Man denke sich etwa den Fall, dass bei einem Reparaturauftrag ein Stundenansatz von Fr. 100.– abgemacht ist und der mutmassliche Reparaturaufwand vom Unternehmer auf «ca. 5–6 Stunden» geschätzt wird. Auf die ungefähre Richtigkeit einer solchen Angabe darf der Besteller vorbehaltlich besonderer Umstände vertrauen (hinten 2./Ziff. 2). Es steht ihm daher ein Vorgehen nach **Art. 375 OR** offen, wenn die Reparatur wesentlich mehr Stunden in Anspruch nimmt und dementsprechend der Werklohn den geschätzten Betrag von 500–600 Fr. erheblich («unverhältnismässig» i.S.v. **Art. 375 OR**) übersteigt.

Wird für einen Teil des Werks der Preis pauschal festgelegt, für den anderen Teil aber bloss «ungefähr bestimmt» (**Art. 374 OR**), so kommt **Art. 375 OR** ebenfalls zur Anwendung, freilich nur mit Bezug auf den «anderen Teil». Hingegen kann er naturgemäss dort, wo für das *ganze* Werk ein Pauschalpreis abgemacht ist, nicht zum Tragen kommen (der Preis bestimmt sich dann ausschliesslich nach **Art. 373 OR**, nicht nach **Art. 374 OR**, weshalb eine nach **Art. 375 OR** relevante Kostenüberschreitung von vornherein ausser Betracht fällt).

7. Der Unternehmer muss «die Kostenentwicklung im Vergleich zum Kostenanschlag beobachten»¹⁸ und dem Besteller umgehend *Mitteilung machen, wenn sich eine übermässige Kostenüberschreitung abzeichnet*. Es soll damit dem Besteller die Möglichkeit eröffnet werden, von seinem Kündigungs- oder Rücktrittsrecht (**Art. 375 OR**) Gebrauch zu machen oder sonstige Dispositionen zu treffen, etwa nach Möglichkeiten der Werkverbilligung zu suchen¹⁹. Aus diesem

Zweckgedanken folgt, dass sich die Anzeige erübrigt, wenn der Besteller von der drohenden Kostenüberschreitung auf sonstige Weise Kenntnis erlangt hat. Weiss der Unternehmer um den fehlenden Aufklärungsbedarf des Bestellers, entfällt die Anzeigepflicht, andernfalls ist er zwar zur Aufklärung verpflichtet, doch vermag ihm eine Pflichtverletzung – aus Kausalitätsüberlegungen – nicht zu schaden²⁰. Pflichtwidriges Verhalten macht schadenersatzpflichtig, der Besteller ist gegebenenfalls so zu stellen, wie er bei gehöriger Information durch den Unternehmer stehen würde.²¹

Die in Frage stehende Anzeigepflicht lässt sich m.E. nicht aus Art. 364 Abs. 1 OR herleiten²², ebenso wenig aus Art. 365 Abs. 3 OR²³, vielmehr handelt es sich um eine ungeschriebene (Art. 1 Abs. 2/3 ZGB), aus dem Prinzip von Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB) abgeleitete Pflicht. In anderen Rechten ist sie im Gesetz ausdrücklich verankert (§ 650 Abs. 2 BGB, § 1170a Abs. 2 ABGB). Inhaltlich bezieht sie sich naturgemäss nur auf Kosten, die zu einer unverhältnismässigen Überschreitung des Kostenvoranschlags führen können und daher in den Anwendungsbereich von Art. 375 OR fallen. Andere Kosten können zwar ebenfalls anzuzeigen sein, doch gelten insoweit andere Massstäbe²⁴. Das gilt etwa für Kosten, die auf «Zutun» des Bestellers beruhen²⁵.

8. *Konkurrenzen.* Art. 375 OR konkretisiert die clausula rebus sic stantibus und verdrängt diese, das aber nur insoweit, als sein Anwendungsbereich reicht. Demnach bleibt eine Anrufung der clausula rebus sic stantibus dort möglich, wo der Clausula-Tatbestand nicht in der unverhältnismässigen Überschreitung des Kostenvoranschlags begründet ist. Zu denken ist an Fälle, in denen der Ungefährpreis deshalb überschritten wird, weil ein beim Besteller eingetretener Zufall die Leistung des Unternehmers erheblich erschwert. Ein solcher Zufall gilt als «Zutun» des Bestellers i.S.v. Art. 375 OR und schliesst daher eine Berufung auf Art. 375 OR aus (siehe hinten 2./Ziff. 4), nicht aber auch eine Anrufung der clausula rebus sic stantibus. Art. 375 OR lässt sodann den Anwendungsbereich von Art. 21, 28 und 29 f. OR unberührt. Hat also beispielsweise der Unternehmer absichtlich einen zu tiefen Ungefährpreis angegeben, so ist der Besteller nach Massgabe von Art. 28 OR zur Vertragsanfechtung berechtigt²⁶.

Die hier vertretene Ansicht, wonach es sich bei Art. 375 OR um eine Sonderregel zur clausula rebus sic stantibus handelt, war früher herrschend²⁷. In neuerer Zeit wird auch die Auffassung vertreten, es handle sich um eine Sonderregel zu Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR²⁸. Einig ist man sich aber darin, dass Art. 375 OR die allgemeine Regel in seinem Anwendungsbereich verdrängt und daher eine alternative Berufung auf Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR nicht offensteht²⁹. Die Frage, ob Art. 375 OR die clausula rebus sic stantibus oder Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR konkretisiert, ist daher nur von theoretischem Interesse. Will man sie entscheiden, sprechen m.E. die besseren Gründe für die erste Ansicht, weil sich der von Art. 375 OR vorausgesetzte Irrtum auf einen künftigen Sachverhalt (den nach Art. 374 OR massgeblichen Aufwand) bezieht und Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR auf zukunftsbezogene Irrtümer nicht angewendet werden sollte³⁰. Dieselbe Kontroverse besteht im deutschen Recht³¹.

9. *Im Folgenden* interessiert, soweit nicht anders vermerkt, nur der unmittelbare Anwendungsbereich von Art. 375 OR (zum analogen Anwendungsbereich siehe vorne Ziff. 6, hinten 3.A./Ziff. 4). Dabei sei unterstellt, dass der Ungefährpreis auf einem Kostenvoranschlag beruht, also auf einer Schätzung des für die Preisbemessung nach Art. 374 OR massgeblichen Aufwandes. Dementsprechend wird – sprachlich ungenau, aber in Übereinstimmung mit der gesetzlichen Terminologie (vorne Ziff. 3) – gelegentlich auch von einer Überschreitung des Kostenansatzes bzw.

Kostenvoranschlag oder von einer Kostenüberschreitung statt von einer Überschreitung des Ungefährpreises die Rede sein. Das Gesagte gilt aber für beliebige Ungefährpreise. Den Ungefährpreis bezeichnet die SIA-Norm 118 (Art. 56) als Richtpreis. Dieser Ausdruck findet hier ebenfalls Verwendung.

2. Der Tatbestand von Art. 375 OR

1. Art. 375 OR setzt voraus, dass ein Ungefährpreis («ungefährer Ansatz») «verabredet» ist, dass dieser Preis «unverhältnismässig überschritten» wird, und das «ohne Zutun des Bestellers» (s. bereits vorne 1./Ziff. 2). Hat der Besteller – etwa wegen besonderer Fachkenntnisse – mit der unverhältnismässigen Überschreitung von vornherein gerechnet, ist ihm die Berufung auf Art. 375 OR versagt. Art. 375 OR ist somit – gleich wie Art. 373 [307] Abs. 2 OR – eine Irrtumsregel. Der Irrtum muss für den Vertragsabschluss zudem kausal gewesen sein³². Die Berufung auf Art. 375 OR setzt also – irrtumsrechtlich gesprochen – voraus, dass sich der Besteller hinsichtlich des zu erwartenden Preises in subjektiv und objektiv wesentlicher Weise geirrt hat: subjektiv, indem er bei Kenntnis der wahren Sachlage auf den Abschluss des Vertrags verzichtet oder ihn zumindest mit anderem Inhalt geschlossen hätte, objektiv, indem der tatsächliche Preis (Art. 374 OR) den geschätzten unverhältnismässig überschreitet und daher dem Besteller die Zahlung des nach Art. 374 OR berechneten Lohnes nach Treu und Glauben nicht zugemutet werden darf.

2. Ob ein *Ungefährpreis verabredet ist oder nicht*, bestimmt sich nach den für die Vertragsauslegung entwickelten Grundsätzen, im Regelfall also nach Vertrauensprinzip³³. Stammen die für die Kostenschätzung massgeblichen Angaben vom Besteller, wird man den Ungefährpreis nach Treu und Glauben regelmässig nicht als verabredet ansehen dürfen³⁴. Stammen sie vom Unternehmer, wird es sich im Regelfall gerade umgekehrt verhalten. Letztes Endes kommt es jedoch – nach Vertrauensprinzip – immer auf die den Parteien erkennbaren Umstände des Einzelfalls an³⁵.

OGH, ecolex 1996, 524 f.: B brachte sein stark beschädigtes Fahrzeug bei U in Reparatur. Eine Kostenschätzung wollte U vorerst nicht abgeben. Er machte geltend, die Kosten seien aus verschiedenen Gründen nicht verlässlich abschätzbar; z.B. könnten die Reparaturkosten des Motors ohne dessen Zerlegung nicht kalkuliert werden; hinsichtlich des Getriebes sei unklar, ob dieses nicht nach England – mit unabsehbaren Kostenfolgen – zur Reparatur geschickt werden müsse; für manche Arbeiten müssten Drittunternehmer beigezogen werden, für deren Kostenabschätzung ihm, U, die Erfahrungswerte fehlten; auch sei das Ausmass der bereits eingetretenen Oxidationsschäden der Aluminiumkarosserie derzeit nicht feststellbar. Die Arbeiten könnten daher lediglich nach dem tatsächlichen Zeitaufwand verrechnet werden. Auf Drängen des B liess sich U trotzdem dazu bewegen, einen Schätzbetrag (von 400'000 Schilling) zu nennen, er wies aber B nochmals darauf hin, dass eine zuverlässige Schätzung nicht möglich sei. B erteilte hierauf den Reparaturauftrag. Als der Schätzbetrag bei weitem überschritten wurde, wollte er den Preis reduziert haben. Das wurde ihm mit der Begründung verwehrt, es habe ihm klar sein müssen, dass der genannte Betrag nur ein «völlig unverbindlicher Richtwert» hinsichtlich der zu erwartenden Kosten habe sein können.

Wurde ein Einheitspreisvertrag auf der Basis eines vom Besteller (bzw. einer Hilfsperson von ihm) ausgearbeiteten Leistungsverzeichnisses geschlossen, so stellt der vom Unternehmer errechnete ungefähre Gesamtpreis, wie er sich aus den von ihm offerierten Einheitspreisen und den geschätzten Ausmassangaben des Leistungsverzeichnisses ergibt, nach Vertrauensprinzip

regelmässig keinen von **Art. 375 OR** erfassten Richtpreis dar. Denn der Besteller darf vorbehaltlich besonderer Umstände nicht davon ausgehen, der Unternehmer wolle sich bei den – nicht von ihm stammenden – Ausmassangaben in irgendeiner Weise behaften lassen³⁶. Die umgekehrte Regel gilt dort, wo der Unternehmer selbst das mutmassliche Ausmass bestimmt hat (es hat z.B. ein Bauherr mit einem Gipser für das Verputzen seines Hauses Einheitspreise vereinbart, nachdem ihm dieser gestützt auf eigene Ausmassberechnungen mitgeteilt hatte, es seien «ca. 450 m2 Fläche zu verputzen»). Doch ist im Einzelfall nicht ausgeschlossen, dass der Unternehmer – nach Vertrauensprinzip – nicht bei seinen Angaben behaftet werden kann. So verhielt es sich im nachfolgenden Fall.

BGer 4A_418/2012 E. 7.3: Die Firma B wollte für eine Fischzucht warmes Tiefengrundwasser gewinnen. Auf entsprechende Anfrage unterbreitete ihr U eine Offerte für eine Tiefenbohrung, welche für gewisse Positionen des Leistungsverzeichnisses eine Pauschalvergütung, für andere eine Vergütung nach Einheitspreisen vorsah. Die Addition der Pauschalvergütungen und der zu Einheitspreisen berechneten Leistungseinheiten ergab eine Summe von Fr. 2'193'426.–. In der Folge wurde dieser Preis erheblich überschritten, weil die tatsächlichen Leistungseinheiten die von U geschätzten bei weitem übertrafen. B verlangte eine Herabsetzung des Preises, indem sie geltend machte, es sei ein i.S.v. **Art. 375 OR** verbindlicher Ungefährpreis von Fr. 2'193'426.– verabredet worden. Das Bundesgericht hat diese Auffassung zurückgewiesen, sinngemäss mit der Begründung, B habe nach Treu und Glauben nicht annehmen dürfen, U wolle sich angesichts der Unmöglichkeit, die in etwa absehbaren Leistungseinheiten einigermaßen verlässlich vorauszusagen, in irgend einer Weise beim fraglichen Betrag behaften lassen, sie habe vielmehr annehmen müssen, der Preis bestimme sich ausschliesslich nach Massgabe der abgemachten Preise und der tatsächlichen Leistungseinheiten. Die Schätzung der Leistungseinheiten war also nicht i.S.v. **Art. 375 OR** verabredet, daher auch nicht der geschätzte Werkpreis.

3. Um festzustellen, ob der Richtpreis überhaupt und gegebenenfalls in welchem Umfang er *überschritten* wurde [308], ist der Werklohn nach Massgabe von **Art. 374 OR** zu bestimmen. Bemessungsgrundlage bildet ausschliesslich das Werk, wie es verabredet wurde³⁷. Nachträglich vereinbarte oder vom Unternehmer selbständig unternommene Werkserweiterungen haben daher ausser Betracht zu bleiben. Ausser Betracht fallen ferner unnötige Aufwendungen³⁸. Hingegen ist auch ausserordentlicher Aufwand i.S.v. **Art. 373 Abs. 2 OR** zu berücksichtigen. Soweit daraus jedoch eine *unverhältnismässige* Überschreitung des Ungefährpreises resultiert, wirkt sich dies bei den Rechtsfolgen von **Art. 375 OR** aus: bei der Feststellung, welcher Ersatz bzw. welcher Herabsetzungsbetrag i.S.v. Abs. 2 «billig» bzw. «angemessen» ist (hinten 3.B./Ziff. 3 lit. b), sodann bei der Bemessung des über die Toleranzgrenze hinaus zu bezahlenden Betrags, wenn der Unternehmer den Rücktritt i.S.v. Abs. 2 abwenden will (vorne 1./Ziff. 4 und hinten 3.B./Ziff. 3).

Angenommen, ein Werkvertrag hat die Erstellung eines Hauses zu einem Ungefährpreis von Fr. 500'000.– zum Gegenstand. Nachträglich beauftragt der Bauherr den Unternehmer, ein vorerst nicht geplantes Schwimmbaden zum (Pauschal-)Preis von Fr. 60'000.– zu erstellen. Hier ist der Preis für das Haus nach **Art. 374 OR** zu bestimmen. In der Frage, ob der Ungefährpreis von Fr. 500'000.– übermässig überschritten wurde, ist – selbstverständlich – nur dieser Preis (z.B. Fr. 580'000.–) zu berücksichtigen. Ist Übermässigkeit zu bejahen, so hat der Richter diesen Preis nach **Art. 375 Abs. 2 OR** angemessen herabzusetzen, hingegen ist der Preis für das Schwimmbaden (Fr. 60'000.–) in vollem Umfang zu bezahlen. Unterstellt man, dass U bei der Erstellung des

Hauses i.S.v. Art. 373 Abs. 2 OR übermässig behindert wurde, so ist dieser Aufwand bei der Preisbestimmung nach Art. 374 OR und damit bei der Feststellung, ob der Ungefährpreis unverhältnismässig überschritten wurde, ebenfalls zu berücksichtigen, doch ist der übermässigen Behinderung bei der Bemessung des dem Unternehmer geschuldeten Ersatzes zu dessen Gunsten angemessen Rechnung zu tragen.

4. Soweit Aufwand auf «Zutun» des Bestellers beruht, ist er von dem nach Art. 374 OR errechneten Betrag in Abzug zu bringen. Das «Zutun» ist – gleich wie etwa die «Schuld» in Art. 366 Abs. 1 OR oder das «Verschulden» in Art. 369 OR – in einem weiten Sinne zu verstehen. Gemeint ist damit nicht nur schuldhaftes oder schuldloses (aufwandverursachendes) Verhalten des Bestellers, sondern auch ein bei ihm eingetretener Zufall³⁹. Daher gehört z.B. auch Aufwand, der seine Ursache in einem nicht erkennbaren Mangel des vom Besteller gelieferten Werkstoffs hat, hierher, ferner – bei einem Bauwerkvertrag – Aufwand, der durch eine unerwartete Bodenbeschaffenheit bedingt ist, sofern der Unternehmer seine Prüfungs- und Anzeigepflicht i.S.v. Art. 365 Abs. 3 OR nicht verletzt hat⁴⁰. Hingegen sollten Beststellungsänderungen nicht hierher gerechnet werden, da damit verbundener Aufwand schon bei der Werklohnberechnung nach Art. 374 OR ausser Betracht zu bleiben hat (vorne Ziff. 3). Im praktischen Ergebnis schadet es freilich nicht, wenn man solchen Aufwand vorerst bei Art. 374 OR berücksichtigt und dann nach Art. 375 OR wieder in Abzug bringt⁴¹. So oder so rechtfertigen Beststellungsänderungen die Berufung auf Art. 375 OR nicht⁴². Nicht auf «Zutun» des Bestellers beruhen Leistungserschwerungen i.S.v. Art. 373 Abs. 2 OR. Solche verwehren also dem Besteller die Anrufung von Art. 375 Abs. 2 OR nicht, hingegen wirken sie sich in sonstiger Weise zu Gunsten des Unternehmers aus (siehe vorne 1./Ziff. 4).

5. Die ohne Zutun des Bestellers erfolgte Überschreitung des Ungefährpreises muss *unverhältnismässig* sein, d.h. so erheblich, dass mit ihr bei Vertragsabschluss unter den gegebenen Umständen nicht gerechnet werden musste. Ob dies im Einzelfall zutrifft, ist nach einem objektiven Massstab zu bestimmen: danach, ob ein durchschnittlicher Dritter in der Position des Bestellers die Überschreitung bei Vertragsabschluss hätte vorhersehen können. Hat der Besteller allerdings besondere Kenntnisse, Erfahrungen usw., derentwegen er mit einem objektiv nicht vorhersehbaren höheren Preis rechnen musste, so ist auf diesen Preis abzustellen⁴³. Was im einen Fall unverhältnismässig ist, muss es im andern Fall nicht sein. Eine bestimmte prozentuale Toleranzgrenze (10%), wie sie von der schweizerischen Lehre⁴⁴ und Rechtsprechung⁴⁵ entwickelt wurde⁴⁶, kann nur die Bedeutung einer Faustregel haben. Die Grenze kann im Einzelfall tiefer oder höher [309] liegen. Es kommt eben immer auf die konkreten Umstände und Verhältnisse an, beispielsweise auf

- die Eigenart des Werkes. So wird «bei einem verwickelten, umfangreichen Werk» eine «grössere prozentuale Überschreitung hingenommen werden müssen als bei einem einfachen, übersichtlichen»⁴⁷;
- den wertmässigen Umfang des Auftrags: «Der zu tolerierende Prozentsatz wird mit steigender Summe sinken»⁴⁸;
- die Art der Schätzung. So macht es z.B. einen Unterschied, ob ein Generalunternehmer die Kosten für das zu erstellende Haus noch vor Einholung der Subunternehmerofferten (z.B. aufgrund der Baukubatur) oder erst danach (unter Berücksichtigung der Offerten) geschätzt hat⁴⁹.

Im ersten Fall ist die Gefahr einer Fehlschätzung viel grösser, die prozentuale Toleranzgrenze daher höher. Aus der Rechtsprechung vgl. **BGE 115 II 460** (dazu hinten vor Ziff. 6) und BGer **4A_577/2008** E. 3.2, wo eine Kostenüberschreitung von 12% nicht als unverhältnismässig angesehen wurde angesichts des Kostenvoranschlags, der «fort sommaire» war, «ne contenant aucun descriptif détaillé des travaux à effectuer»;

- die Schätzungsangabe selbst. Werden beispielsweise die Kosten einer Reparatur auf «ca. Fr. 800.–» veranschlagt, so muss der Besteller mit einer grösseren Abweichung rechnen, als wenn sich die Kostenschätzung auf «ca. Fr. 795.– bis 805.–» beläuft.

BGE 115 II 460: Die K. AG wurde von S beauftragt, ein Haus auf der Basis eines Kostenvoranschlags von Fr. 465'000.– zu erstellen. Nach Fertigstellung der Arbeiten ergab sich – nach **Art. 374 OR** – eine Abrechnungssumme von Fr. 567'000.–. Der Voranschlag wurde also um 22% überschritten. Das Kantonsgericht des Kantons Obwalden ging von der üblichen Toleranzgrenze von 10% aus, das Obergericht setzte diese hingegen bei 20% fest. Das Bundesgericht hat hierin keinen Rechtsfehler gesehen. Die Abweichung von der üblichen Toleranzgrenze rechtfertigte es mit der Begründung, dass einerseits der ungefähre Kostenansatz nicht aufgrund einer detaillierten Kostenberechnung, sondern bloss aufgrund einer approximativen, im Wesentlichen kubischen Berechnung ermittelt wurde (die SIA Ordnung 102 gibt für eine derartige Berechnung einen Genauigkeitsgrad von 20–25% an) und dass andererseits S als Elektrounternehmer um die erhöhte Ungenauigkeit einer solchen Schätzung wissen musste (E. 3c).

6. **Art. 375 OR** ist – wie gesagt – eine Irrtumsregel und setzt als solche voraus, dass der Besteller bei Vertragsabschluss die Überschreitung des verabredeten Ungefährpreises durch den tatsächlichen Preis nicht vorausgesehen hat. Andernfalls ist die Berufung auf **Art. 375 OR** ausgeschlossen (*volenti non fit iniuria*). Dasselbe gilt nach **BGE 98 II 299** E. 3a und 4c⁵⁰ auch dann, wenn der Besteller zwar mit der Überschreitung nicht gerechnet hat, den Vertrag aber auch bei Kenntnis der Überschreitung unverändert geschlossen hätte. Das Bundesgericht setzt also voraus, dass sich der *Irrtum des Bestellers kausal auf den Vertragsabschluss ausgewirkt hat*. Der Besteller muss mit anderen Worten durch die Kostenschätzung zum Vertragsabschluss «verleitet worden [sein]» (so die Ausdrucksweise von **Art. 28 Abs. 1 OR** mit Bezug auf die absichtliche Täuschung). Ein Teil der Lehre geht weniger weit und lässt genügen, dass der Besteller, hätte er um den wahren Preis gewusst, irgendwelche anderen Dispositionen getroffen, z.B. eine weitere Offerte eingeholt hätte⁵¹. M.E. verdient die bundesgerichtliche Ansicht den Vorzug. Doch ist zu beachten, dass die Verabredung eines Ungefährpreises beim Besteller, der dessen Unrichtigkeit nicht erkennt, in jedem Fall einen schutzwürdigen Vertrauenstatbestand begründen und entsprechende Dispositionen (z.B. einen Verkauf des Werks auf der Basis des Ungefährpreises) auslösen kann. Scheidet eine Berufung auf **Art. 375 OR** mangels Kausalität der unrichtigen Schätzungsangabe für den Vertragsabschluss aus, so kann diese doch immerhin Haftungsfolgen zu Lasten des Unternehmers zeitigen (**Art. 97 OR**).

Für die vom Bundesgericht vorausgesetzte Kausalität spricht eine natürliche Vermutung, denn ein Besteller, der mit dem Unternehmer einen Ungefährpreis verabredet, pflegt nach den Erfahrungen des Lebens diesem Preis beim Vertragsabschluss erhebliche Bedeutung beizumessen. Der Besteller ist daher im Prozess des Nachweises, dass die Abrede für ihn tatsächlich diese Bedeutung hatte, enthoben, sofern der Unternehmer nicht fallbezogen Zweifel

weckt, es habe sich anders verhalten. Das nimmt dem Meinungsstreit weitgehend die praktische Relevanz⁵².

3. Die Rechtsfolgen von Art. 375 OR

A. Überblick

1. Hinsichtlich der Rechtsfolgen unterscheidet das Gesetz zwischen Bauwerken auf Grund und Boden des Bestellers (Abs. 2) und sonstigen Werken (Abs. 1). Abs. 2 ist freilich [310] analogiefähig, so dass gewisse Werke, die nach dem Gesetzeswortlaut unter Abs. 1 fallen, von Abs. 2 erfasst sind. Unter Abs. 1 fallen insbesondere bewegliche Sachen, die der Unternehmer aus eigenem Material herzustellen hat. Auf diese beschränke ich mich im Folgenden bei der Darstellung von Art. 375 Abs. 1 OR. Die entsprechenden Ausführungen (sogleich Ziff. 2) gelten aber für beliebige andere Werke, die unter Abs. 1 fallen (zur Grenzziehung zwischen Abs. 1 und 2 s. hinten Ziff. 4).

2. Hat der Unternehmer eine *bewegliche Sache aus eigenem Werkstoff herzustellen*, so ist der Besteller – mit einer gleich noch zu machenden Einschränkung – nur zum Rücktritt (Vertragsauflösung ex tunc) berechtigt. Dieser steht also vor der Alternative, ob er unter Verweigerung der eigenen Leistung auf das Werk verzichten oder es zum vollen, nach Art. 374 OR berechneten Werklohn herausverlangen will. Dem Unternehmer wird somit nicht zugemutet, sein Werk gegen eine reduzierte, seinen Aufwand (Art. 374 OR) nicht deckende Entschädigung herauszugeben (vgl. demgegenüber § 650 BGB und § 1170a ABGB, dazu später im Kleindruck). Vorbehalte ergeben sich aus dem Rechtsmissbrauchsverbot (Art. 2 Abs. 2 ZGB). Ist beispielsweise der Besteller dringend auf das Werk angewiesen und hat der Unternehmer schuldhaft eine zu tiefe Schätzung gemacht, so muss dem Besteller – analog Art. 375 Abs. 2 OR – gestattet sein, vor Vollendung des Werks den Vertrag zu kündigen und das unfertige Werk gegen billigen Ersatz der ausgeführten Arbeiten an sich zu ziehen⁵³ bzw. das bereits vollendete Werk herauszuverlangen oder – falls bereits abgeliefert – zu behalten und den Werklohn angemessen herabzusetzen⁵⁴.

In der Lehre findet sich die Ansicht, der Besteller könne generell, also nicht nur in Rechtsmissbrauchsfällen, zwischen einem Vorgehen nach Abs. 1 bzw. Abs. 2 von Art. 375 OR wählen⁵⁵. Das wird von GAUCH damit begründet, «ein Grund», weshalb dem Besteller nur ein Rücktrittsrecht zustehen soll, lasse sich «nicht ausmachen⁵⁶». Der Grund liegt jedoch auf der Hand (s. den vorstehenden Absatz): Der Unternehmer soll das von ihm geschaffene Werk nicht gegen seinen Willen zu einem Preis hergeben müssen, der seinen Aufwand (Art. 374 OR) nicht deckt. Nur dort, wo es mit Treu und Glauben nicht zu vereinbaren wäre, wenn er den Besteller auf den Rücktritt verweisen könnte, darf ihm dies zugemutet werden⁵⁷. Diese Konzeption des Gesetzes ist keineswegs «stossend», wie GAUCH⁵⁸ meint. Eine kraft Richterrechts (Art. 1 Abs. 2 ZGB) korrigierbare (unechte) Gesetzeslücke besteht daher nicht. Zur Illustration ein Beispiel: Angenommen, B bestellt bei der Goldschmiedin U eine nach seinen Angaben herzustellende Halskette für seine Frau. U stellt Kosten von ca. Fr. 2300.– in Aussicht. Als B die Kette abholen kommt, verlangt U Fr. 3000.– und begründet die Kostenüberschreitung damit, der Goldpreis sei seit Vertragsabschluss erheblich gestiegen. Angenommen, die Toleranzgrenze liegt bei Fr. 2600.–. Dann kann B zwar zurücktreten, er hat aber – vorbehaltlich Art. 2 Abs. 2 ZGB – nicht das Recht, den Ring gegen einen reduzierten Preis herauszuverlangen. Hingegen hat U Anspruch auf

Abnahme des Rings gegen Fr. 2600.– (s. sogleich vor Ziff. 3). Diese Lösung ist m.E. durchaus sachgerecht.

Anders als nach **Art. 375 OR** kann der Besteller nach deutschem Recht (§ 650 Abs. 1 BGB) immer nur kündigen. Gegebenenfalls schuldet er eine Vergütung analog § 645 Abs. 1 BGB; der Unternehmer hat also Anspruch auf den ganzen bis zur Kündigung aufgelaufenen, nach Aufwand berechneten Werkpreis. Diese Vergütungslösung ist unbefriedigend (unten B./Ziff. 3 lit. b). Das österreichische Recht (§ 1170a Abs. 2 ABGB) vermeidet sie, indem es zwar – gleich wie § 650 Abs. 1 BGB – nur ein Kündigungsrecht vorsieht, dem Unternehmer jedoch – analog **Art. 375 Abs. 2 OR** – lediglich Anspruch auf eine «angemessene Vergütung» zugesteht.

Wie bereits früher erwähnt, ist der Rücktritt ausgeschlossen, wenn der Unternehmer sich bereit erklärt, das Werk gegen einen nicht übermässigen, also die Toleranzgrenze nicht überschreitenden Preis herauszugeben. Diese Erklärung kann vor oder nach dem Rücktritt geschehen, im letzteren Fall hat sie allerdings umgehend nach der Rücktrittserklärung zu erfolgen, ansonsten der Rücktritt definitive Wirkung erlangt⁵⁹. Die Rücktrittserklärung ist also – kraft ungeschriebenen Rechts (**Art. 1 Abs. 2 ZGB**) – resolutiv bedingt.

3. Bei Werkverträgen, die eine *Baute auf Grund und Boden des Bestellers* (deren Erstellung, Reparatur, Reinigung usw.) zum Gegenstand haben, steht dem Besteller – vorbehaltlich **Art. 2 Abs. 2 ZGB** (weiter hinten in dieser Ziffer) – kein Rücktrittsrecht zu. Er muss also das Werk behalten. Zwar ist auch in **Art. 375 Abs. 2 OR** von «zurücktreten» die Rede. Gemeint ist aber kündigen («dem Unternehmer die Fortführung entziehen»). Die Kündigung steht naturgemäss nur bis zur Werkvollendung offen. Macht der Besteller von seinem Kündigungsrecht Gebrauch, schuldet er für das angefangene Werk lediglich «billigen Ersatz» und nicht den ganzen, bis dahin nach **Art. 374 OR** aufgelaufenen Werkpreis (vgl. demgegen **[311]** über § 650 Abs. 1 BGB, dazu vorne Ziff. 2). Nach Vollendung des Werks ist der nach **Art. 374 OR** berechnete Werklohn «angemessen herabzusetzen»⁶⁰. Der Gesetzgeber hätte ebenso gut sagen können, der Besteller schulde lediglich «billigen Ersatz» statt der sich aus **Art. 374 OR** ergebenden Vergütung. Was angemessen bzw. billig ist, bestimmt im Einzelfall der Richter unter Würdigung aller Umstände des Einzelfalls (**Art. 4 ZGB**).

Teilweise wird die Ansicht vertreten, im Falle einer Kündigung bestehe der «billige Ersatz» immer – unabhängig von den Umständen des Einzelfalls – «in der vollen Vergütung der Arbeit und der Aufwendungen (**Art. 374 OR**), die der Unternehmer in Erfüllung des Werkvertrages bis zur Vertragsauflösung geleistet und gehabt hat»⁶¹. Der Unternehmer soll also generell dieselbe Vergütung beanspruchen können, wie wenn die Leistung durch einen beim Besteller eingetretenen Zufall unmöglich geworden wäre (**Art. 378 Abs. 1 OR**). Diese offensichtlich dem deutschen Recht (§ 650 Abs. 1 BGB i.V.m. § 645 Abs. 1 BGB) «entlehnte» Ansicht entspricht nicht dem **Art. 375 Abs. 2 OR**, der den Richter anweist, bei der Bemessung des Ersatzes auf die konkreten Umstände des Einzelfalls abzustellen. Sie ist auch nicht sachgerecht, bedeutet sie doch im Ergebnis nichts anderes, als dass das Risiko einer falschen Kostenschätzung ausschliesslich dem Besteller überbunden würde⁶². Und schliesslich steht sie in offensichtlichem Widerspruch zur Rechtslage in Fällen, in denen das Werk bereits fertiggestellt ist. Denn dann hat der Besteller – wie gesehen – Anspruch auf eine angemessene *Herabsetzung* des nach **Art. 374 OR** berechneten Werklohnes.

Der Rücktritt ist nach der ratio legis von **Art. 375 Abs. 2 OR** ausgeschlossen, weil die Rückerstattung des (Bau-)Werks in natura für den Unternehmer unzumutbare, durch das Bestellerinteresse nicht gerechtfertigte Nachteile hätte. Im Einzelfall kann es freilich stossend und damit rechtsmissbräuchlich sein, wenn der Unternehmer dem Besteller das Werk aufdrängen will; alsdann muss dem Besteller – gestützt auf **Art. 2 Abs. 2 ZGB** – ausnahmsweise der Rücktritt offenstehen⁶³. Zu denken ist etwa an Fälle, in denen der Unternehmer mit der Werkausführung noch kaum begonnen hat, es schwierig sein dürfte, für die Fertigstellung einen Drittunternehmer zu finden, und zudem der Unternehmer schuldhaft eine falsche Kostenschätzung abgegeben hat. Im Übrigen ist zu beachten, dass ein Rücktritt auf anderer Rechtsgrundlage (insbesondere **Art. 368 Abs. 1 und 3 OR**) durch **Art. 375 Abs. 2 OR** nicht ausgeschlossen wird (s. hinten B./Ziff. 3 lit. c).

Ohne die Sonderregelung von **Art. 375 Abs. 2 OR** würde man über Abs. 1 von **Art. 375 OR** zu weitgehend identischen Ergebnissen gelangen. Dem Bauherrn wäre es nämlich nach Treu und Glauben (**Art. 2 Abs. 2 ZGB**) zumindest im Regelfall nicht gestattet, die Rücknahme des Bauwerks in natura zu verlangen (vgl. **Art. 671 Abs. 3 ZGB**), vielmehr müsste er es behalten und dem Unternehmer dafür nach Bereicherungsgrundsätzen eine angemessene Entschädigung leisten (**Art. 62 OR** i.V.m. **Art. 672 Abs. 1 und 3 ZGB**). Nichts anderes sagt «unter dem Strich» **Art. 375 Abs. 2 OR**⁶⁴.

Bei Bauten auf Grund und Boden des Bestellers ist ein Rücktritt wegen übermässiger Kostenüberschreitung – vorbehaltlich **Art. 2 Abs. 2 ZGB** – *generell* ausgeschlossen (**Art. 375 Abs. 2 OR**). Es verhält sich also anders als beim Rücktritt (Wandelung) wegen eines Werkmangels. Diesbezüglich ist immer zu prüfen, ob die Rückabwicklung des Vertrags verhältnismässig ist (**Art. 368 Abs. 1 und 3 OR**). Diese Prüfung erübrigt sich im Falle von **Art. 375 Abs. 2 OR**⁶⁵.

4. Nach seiner ratio legis findet **Art. 375 Abs. 2 OR** überall dort *analoge Anwendung* und ist daher der Rücktritt ausgeschlossen, wo die Rückerstattung des Werks in natura – wie regelmässig bei Bauwerken auf Grund und Boden des Bestellers – für den Unternehmer unzumutbare, durch das Bestellerinteresse nicht gerechtfertigte Nachteile hätte oder sogar – wie etwa bei Reinigungsarbeiten an Sachen des Bestellers – schlechterdings ausgeschlossen ist⁶⁶. Ausgeschlossen ist daher der Rücktritt vorab bei Werkverträgen, die zwar eine Baute zum Gegenstand haben, diese jedoch nicht auf Grund und Boden des Bestellers steht (der Besteller ist beispielsweise bloss Mieter⁶⁷ oder Generalunternehmer)⁶⁸, ferner auch bei Werken, die an einer beweglichen Sache des Bestellers auszuführen sind⁶⁹. Hingegen ist der Rücktritt bei Werken, die *aus* einer beweglichen Sache (Werkstoff) des Bestellers herzustellen sind, nach herrschender Ansicht nicht ausgeschlossen⁷⁰. Dem ist beizupflichten, doch bleibt dem Unternehmer [312] nach allgemeiner Regel (vorne 1./Ziff. 4) die Möglichkeit gewahrt, den Rücktritt abzuwenden, indem er sich zur sofortigen Herausgabe des Werks gegen einen die Toleranzgrenze nicht übersteigenden Preis bereit erklärt. Unterlässt er dies und kommt es daher zur Rückabwicklung des Vertrags, so schuldet er für den vom Besteller erhaltenen Werkstoff Wertersatz, soweit eine Rückerstattung in natura nicht möglich oder dem Besteller nicht zumutbar ist⁷¹.

Ob ein Werk *an* oder *aus* einer beweglichen Sache des Bestellers herzustellen ist, beurteilt sich danach, ob aus der Sache eine neue Sache hergestellt werden soll (dann **Art. 375 Abs. 1 OR**) oder nicht (dann **Art. 375 Abs. 2 OR** analog). In der Lehre wird z.T. auf ein anderes Abgrenzungskriterium abgestellt⁷²: Gehe die Werkleistung durch Verbindung oder Vermischung (**Art. 726 f. ZGB**) ohne Weiteres in das Eigentum des Bestellers über, komme Abs. 2 zum Tragen,

sonst, also wenn durch die Werkleistung Eigentum des Unternehmers entsteht, Abs. 1. M.E. ist die Eigentumszuordnung nicht relevant, vielmehr kommt es nur darauf an, ob nach dem Parteiwillen eine neue Sache entstehen soll oder nicht. Wenn daher ein Schneider aus einem wertvollen Stoff des Bestellers einen Massanzug herzustellen hat, so kommt **Art. 375 Abs. 1 OR** zum Tragen, mag auch der Stoff wertvoller sein als die Arbeit und daher der Anzug in das Eigentum des Bestellers fallen.

Eine analoge Anwendung von **Art. 375 Abs. 2 OR** scheidet dort aus, wo der Unternehmer für den Besteller aus eigenem Material eine bewegliche Sache herzustellen hat. Es steht also – bei gegebenen Voraussetzungen – immer nur der Rücktritt offen⁷³. Anders das deutsche Recht, das dem Besteller auch in einem solchen Fall nur ein Kündigungsrecht gibt⁷⁴. Das schweizerische Recht kommt dem Unternehmer nur insofern entgegen, als es ihm gestattet, den Rücktritt durch das Angebot, das Werk zu einem die Toleranzgrenze nicht übersteigenden Preis zu liefern, abzuwenden (vorne 1./Ziff. 4). Auf eine über die Toleranzgrenze hinausgehende Vergütung hat er – anders als bei analoger Anwendung von **Art. 375 Abs. 2 OR** – keinen Anspruch.

In **BGE 98 II 299** = Pra 1973 Nr. 59 ging es um Folgendes: Die B. AG bestellte bei U anfangs 1965 eine Maschine zum Abfüllen und Verschliessen von Flaschen. Diese sollte gemäss dem Kostenvoranschlag des U auf ca. Fr. 39'000.– zu stehen kommen. Im Februar 1967 teilte jedoch U der B mit, die damals noch nicht fertiggestellte Maschine komme in Wirklichkeit auf ca. Fr. 102'000.– zu stehen. Hierauf trat die B. AG vom Vertrag – zu Recht (**Art. 375 Abs. 1 OR**) – zurück und verlangte die Rückerstattung der bereits geleisteten Anzahlung von Fr. 38'000.–. Da U hierzu nicht bereit war, erhob die B Klage. Das angerufene Gericht brachte **Art. 375 Abs. 2 OR** analog zur Anwendung und hiess die Klage nur im Umfange von Fr. 19'000.– gut. Das Bundesgericht schützte sie hingegen – unter Anwendung von **Art. 375 Abs. 1 OR** – in vollem Umfang.

Im Entscheid OLG Köln, NJW-RR 1998, 1429 f., hatte B dem U den Auftrag zur Entwicklung, Herstellung und Lieferung eines Vorverstärkers für einen Rechner in Auftrag gegeben. Die Arbeiten erwiesen sich als weit kostspieliger als vorhergesagt. B kündigte daher den Vertrag (§ 650 Abs. 1 BGB). Die für ihn nutzlosen Arbeiten musste er mit 3500 DM entschädigen. Nach OR hätte er zurücktreten und jede Zahlung verweigern können (**Art. 375 Abs. 1 OR**).

B. Rücktritts-, Kündigungs- und Herabsetzungsrecht im Einzelnen

1. Bei den folgenden Präzisierungen beschränke ich mich hinsichtlich **Art. 375 Abs. 1 OR** auf Werklieferungsverträge über eine bewegliche Sache, hinsichtlich **Art. 375 Abs. 2 OR** auf Werkverträge, die eine Baute auf Grund und Boden des Bestellers zum Gegenstand haben. Sodann wird hinsichtlich Abs. 2 unterschieden, ob das Werk vollendet ist oder nicht. Im letzteren Fall kann der Besteller den Vertrag – wie gesagt – kündigen und schuldet dann für das (unfertige) Werk «billigen Ersatz», im ersteren Fall scheidet eine Kündigung naturgemäss aus, der Besteller kann jedoch den Werkpreis «angemessen herabsetzen» – angemessen, d.h. so, dass er wiederum billigen Ersatz schuldet, diesmal für das fertige Werk (vorne A./Ziff. 3).

2. *Das Rücktrittsrecht i.S.v. Art. 375 Abs. 1 OR* ist – anders als jenes i.S.v. Abs. 2 – als eigentliches Rücktrittsrecht aufzufassen. Das ergibt sich unmittelbar aus **Art. 375 OR**. Im Übrigen äussert sich die Bestimmung weder zu Inhalt und Modalitäten des Rücktrittsrechts noch zur Rechtslage bei dessen Ausübung.

a) Das Rücktrittsrecht ist ein Gestaltungsrecht. Für dessen Ausübung gelten die allgemeinen Grundsätze über Gestaltungserklärungen⁷⁵. Die Rücktrittserklärung ist daher im Grundsatz bedingungsfeindlich, und ein Widerruf ist, von Ausnahmen abgesehen, ausgeschlossen. Die mit der Rechtsausübung bewirkte Umgestaltung der Rechtslage kann also durch den Besteller normalerweise nicht mehr beseitigt werden. Hingegen hat es der Unternehmer in der Hand, den Rücktritt durch das Angebot, sich mit einem die Toleranzgrenze nicht übersteigenden Preis zufrieden zu geben, nachträglich zu beseitigen (vorne 1./Ziff. 4 und 3.A./Ziff. 2). Unterbleibt ein solches Angebot, hat er kei [313] nerlei Lohnanspruch bzw. hat er immer den ganzen bereits erhaltenen Werkpreis zurückzuerstatten.⁷⁶

b) Das Rücktrittsrecht ist auf ein Jahr ab Kenntnis der übermässigen Überschreitung *befristet* (**Art. 31 Abs. 1 und 2 OR** analog)⁷⁷. Zudem kann es infolge Verzichts untergehen⁷⁸ oder zufolge ungebührlicher Hinauszögerung verirken (**Art. 2 Abs. 2 ZGB**, s. Näheres sogleich im Kleindruck). Der Besteller verliert das Rücktrittsrecht ferner dann, wenn er das Werk veräussert oder schuldhaft untergehen lässt (**Art. 207 Abs. 3 OR** analog). Hingegen wird der Rücktritt durch einen zufälligen Untergang des Werks nicht ausgeschlossen (**Art. 207 Abs. 1 OR** analog). Soweit der Rücktritt ausgeschlossen ist, ist der volle Werkpreis, wie er sich aus **Art. 374 OR** ergibt, geschuldet (vgl. demgegenüber **Art. 207 Abs. 3 OR**).

Wenn der Unternehmer dem Besteller bereits *vor* Fertigstellung des Werks von der zu erwartenden unverhältnismässigen Überschreitung des Ungefährpreises Kenntnis gibt, so «muss sich der Besteller binnen kurzer Überlegungsfrist entschliessen, ob er den Rücktritt vom Vertrag erklären will»⁷⁹. Denn der Unternehmer darf nach Treu und Glauben nicht im Ungewissen darüber gelassen werden, ob er mit der Erfüllung fortfahren muss oder nicht. *Nach* der Werkvollendung ist das Bedürfnis des Unternehmers an einer schnellen Klärung der Rechtslage naturgemäss geringer, eine Verwirkung des Rücktrittsrechts daher weniger schnell anzunehmen⁸⁰.

c) Mit dem Rücktritt fällt der Vertrag – wie bereits gesagt – *ex tunc* dahin. Allenfalls bereits erbrachte Leistungen sind – Zug um Zug (**Art. 82 OR** analog) – zurückzuerstatten, und zwar grundsätzlich *in natura*. Der Werkpreis ist zu verzinsen. **Art. 73 OR**, wonach Geldschulden im Allgemeinen zu 5% zu verzinsen sind, wird man nicht anwenden dürfen, vielmehr ist m.E. – gleich wie im Anwendungsbereich von **Art. 109 Abs. 1 OR**⁸¹ – nur der verkehrsübliche Zins zu erstatten. Ab Verzugseintritt sind freilich 5% Zins geschuldet (**Art. 104 OR**)⁸². Zum Fall, dass vom Besteller gelieferter Werkstoff zu restituieren ist, s. vorne A./Ziff. 4.

Die zu **Art. 109 Abs. 1 OR** entwickelte Umwandlungstheorie (**BGE 114 II 152**) gilt nach herrschender Lehre auch im Anwendungsbereich von **Art. 375 Abs. 1 OR**⁸³. Die Rückabwicklungsansprüche sollen demzufolge vertraglicher Natur sein. Anders TWERENBOLD⁸⁴, der zwar die Umwandlungstheorie im Allgemeinen befürwortet, jedoch annimmt, sie dürfe «nicht auf das Rücktrittsrecht des Bestellers nach **Art. 375 Abs. 1 OR** übertragen werden, weil es sich der Natur nach um die Geltendmachung der Unverbindlichkeit des Vertrags wegen eines Willensmangels» handle. Die Rückerstattung habe daher mittels Vindikation bzw. Kondiktion zu erfolgen. Das Bundesgericht hat sich zum Theorienstreit noch nicht geäussert, allerdings in einem älteren Entscheid den Anspruch auf Rückerstattung des Werklohns als

Bereicherungsanspruch qualifiziert⁸⁵. M.E. handelt es sich bei den beidseitigen Ansprüchen um solche aus ungerechtfertigter Bereicherung. Verjährungsrechtlich verdrängen freilich die **Art. 127 ff. OR** den **Art. 67 OR**⁸⁶.

d) Hat der Unternehmer schuldhaft eine zu tiefe Kostenschätzung abgegeben, kann der Besteller Ersatz des negativen Vertragsinteresses verlangen⁸⁷ (**Art. 26 Abs. 1 OR** analog). Ist beispielsweise das von ihm gewünschte Werk jetzt nur noch teurer zu erstehen, als es bei Abschluss des Vertrags mit dem Unternehmer zu erstehen gewesen wäre, so steht ihm die Preisdifferenz zu.

In dem vom Bundesgericht in **BGE 98 II 299** entschiedenen Fall (dazu bereits vorne A./Ziff. 4) bestellte die B. AG nach dem Rücktritt vom Vertrag bei einer anderen Fabrik eine Abfüllmaschine. Diese kostete Fr. 40'000.–. Hätte sie die Maschine anfangs 1965, als sie den Vertrag mit U geschlossen hatte, um 2'000.– billiger bekommen, so stand ihr in diesem Umfang Schadenersatz zu, sofern der Unternehmer die Kosten schuldhaft zu tief geschätzt hatte.

3. *Das Recht auf angemessene Herabsetzung der Vergütung nach **Art. 375 Abs. 2 OR**.* Dieses Recht ist nach bundesgerichtlicher Ansicht – wie bereits gesagt (vorne FN 60) – ein Gestaltungsrecht. Es verwirkt nach Massgabe von **Art. 31 Abs. 1 OR**, der freilich nur analog zum Tragen kommt. Zudem kann es wegen ungebührlicher Hinauszögerung untergehen (**Art. 2 Abs. 2 ZGB**), das ist freilich nur ausnahmsweise anzunehmen (vgl. vorne Ziff. 1 lit. b). Für dessen Ausübung gelten die allgemeinen Grundsätze über Gestaltungserklärungen⁸⁸. Darauf ist hier nicht weiter einzugehen. Es interessiert vielmehr nur mehr der zulässige Umfang der Herabsetzung.

a) Die vom Besteller geschuldete Vergütung ist unter Würdigung der Umstände des Einzelfalls festzusetzen. Allerdings darf die Entschädigung nicht unter der Toleranzgrenze angesetzt werden, da der Besteller das Kostenrisiko jedenfalls bis zu dieser Grenze trägt (vorne 1./Ziff. 4). Nach herrschender Lehre ist der über die Tole [314] ranzgrenze hinausgehende Betrag im Regelfall hälftig zu teilen⁸⁹. Die Rechtsprechung steht auf dem gleichen Standpunkt⁹⁰, verfährt jedoch häufig anders, ohne immer nachvollziehbar zu begründen, aus welchen Überlegungen von der besagten Faustregel abgewichen wird. Zwei Beispiele:

BGE 115 II 460⁹¹: Hier betrug die Kostenüberschreitung 22%, die Toleranzgrenze nach Ansicht des Obergerichts Obwalden und des Bundesgerichts 20%. Die Differenz von 2% ging zu Lasten der Unternehmerin. Eine Begründung, weshalb sie entgegen der Regel nicht hälftig auf die Parteien verteilt wurde, fehlt.

CJ GE, SemJud 1959, 217 ff.: Locca hatte für Frau Klupsch einen Gas-Radiator zu installieren. Er veranschlagte die Kosten auf Fr. 750.–. Nach Abschluss der Arbeiten stellte er Rechnung über rund Fr. 1035.–. Diese setzte sich aus einem Betrag von Fr. 785.– für die Installation des Radiators und Fr. 250.– für «travaux supplémentaires» zusammen. Diese zusätzlichen Kosten (vor allem Kosten für die Wiederinstandstellung des Mauerwerks) hatte er nicht in die Kostenschätzung einbezogen. Frau K durfte jedoch nach Treu und Glauben vom Gegenteil ausgehen. Die Rechnung war objektiv (nach **Art. 374 OR**) gerechtfertigt, trotzdem wollte Frau K nur Fr. 750.– bezahlen. Das Gericht verurteilte sie zur Zahlung von Fr. 900.–. Unter der Annahme, dass die Toleranzgrenze 10% (Fr. 75.–) betrug, wurde somit der überschüssende Betrag (Fr. 210.–) zu 35,7% Frau K überbunden. Von welchen Ermessensgesichtspunkten sich das Gericht leiten liess, ist im Entscheid nicht im Einzelnen ausgeführt, immerhin lässt sich ihm entnehmen, dass Locca die «travaux supplémentaires» bei der Kosteneinschätzung nicht

absichtlich ausser acht gelassen hatte, sondern einer in Genfer Handwerkerkreisen üblichen Gepflogenheit entsprechend, und ihm daher auch keine absichtliche Verletzung der Anzeigepflicht vorgeworfen werden konnte, und ferner, dass ein gewisses Missverständnis dem Umstand zuzuschreiben war, «que dame Klupsch était pressée à cause des grands froids de l'hiver 1955–1956».

b) Massgebliche Ermessensgesichtspunkte sind beispielsweise die finanziellen Verhältnisse der Parteien (vgl. [Art. 44 Abs. 2 OR](#)), ferner die Ursache der Kostenüberschreitung. Haben unvorhergesehene Ereignisse i.S.v. [Art. 373 Abs. 2 OR](#) zur Kostenüberschreitung geführt, so dürfen die damit verbundenen Kosten – wie bereits gesagt – nicht einseitig zu Lasten des Unternehmers gehen (vorne 1./Ziff. 4 mit Rechtsprechungshinweisen). Hat der Unternehmer die Anzeigepflicht (vorne 1./Ziff. 7) verletzt, kann von wesentlicher Bedeutung sein, ob und gegebenenfalls welche Dispositionen der Besteller bei rechtzeitiger Information getroffen hätte. Hätte er den Vertrag gekündigt, kann es im Einzelfall billig sein, die Kostenentwicklung ab dem fiktiven Kündigungszeitpunkt gänzlich zu Lasten des Unternehmers gehen zu lassen, also dem Umstand, dass der Besteller durch den Weiterbau einen (aufgedrängten) Vorteil erlangt hat, keine Rechnung zu tragen. Im Regelfall wird es freilich richtig sein, dass der Vorteil vom Besteller zumindest teilweise abzugelten ist. Entsprechendes gilt, wenn Unsorgfalt bei der Schätzung im Spiele war⁹².

Nach österreichischem Recht (§ 1170a Abs. 2 ABGB) hat das Unterlassen der gebotenen Anzeige zur Folge, dass der Unternehmer «jeden Anspruch wegen der Mehrarbeiten» verliert, d. h. sein Entgeltsanspruch beschränkt sich auf den Kostenvoranschlag⁹³. Demgegenüber hat er nach deutschem Recht (§ 645 Abs. 1 BGB i.V.m. § 650 Abs. 1 BGB) den ganzen Werklohn zugut, wie er sich bei ordentlicher Berechnung (also nach Aufwand) ergibt. Der Besteller kann zwar bei Verletzung der Anzeigepflicht Schadenersatz verlangen; da ihm jedoch die zwischen der Anzeigepflichtverletzung und der Fertigstellung des Werks erbrachte Werkleistung als haftungsmindernder Vorteil angerechnet wird, steht ihm regelmässig kein Schadenersatzanspruch zu⁹⁴. Das OR nimmt eine Zwischenstellung ein, indem der nach [Art. 374 OR](#) berechnete Werkpreis angemessen herabzusetzen und dabei dem Verschulden Rechnung zu tragen ist. Diese Lösung verdient unter sachlichem Gesichtspunkt den Vorzug.

c) Einem allfälligen Mangel des Werks ist nicht im Rahmen von [Art. 375 Abs. 2 OR](#), sondern nach Massgabe von [Art. 367 ff. OR](#) Rechnung zu tragen. Verwirkt der Besteller seine Mängelrechte zufolge verspäteter Rüge (Art. 367 und 370 OR), ist es hinsichtlich [Art. 375 Abs. 2 OR](#) zu halten, wie wenn das Werk mängelfrei wäre. Erklärt der Besteller rechtswirksam die Minderung, so ist vorerst der Preis zu ermitteln, der nach [Art. 375 Abs. 2 OR](#) bei Mängelfreiheit des Werks zu bezahlen wäre; davon ist der nach den üblichen Minderungsgrundsätzen berechnete Minderungsbetrag in Abzug zu bringen.

4. *Die Kündigung des Vertrags nach [Art. 375 Abs. 2 OR](#).* Die Kündigung kann ausgesprochen werden, sobald die unverhältnismässige Kostenüberschreitung mit hinreichender Sicherheit absehbar ist⁹⁵. Das Kündigungsrecht ist ebenfalls ein Gestaltungsrecht. Mit dessen Ausübung wird der Vertrag ex nunc aufgelöst. Der Unternehmer hat nun – nach [Art. 375 Abs. 2 OR](#) – Anspruch auf «billigen Ersatz der bereits ausgeführten Arbeiten». Der billige Ersatz bestimmt sich – gleich wie nach Vollendung des Werks – durch angemessene Herabsetzung des nach [Art. 374 OR](#) bestimmten Lohnes. Auf jede Herabsetzung zu verzichten, wie dies der Sache nach GAUCH⁹⁶ vorschlägt, widerspricht der Konzeption des Gesetzes (vorne 1./Ziff. 2). Die Herabsetzungsgrundsätze sind

dieselben wie nach Vollendung des Werks. Zu beachten ist, dass in der Unvollendetheit des Werks kein Werkmangel zu sehen ist. Es ist ihr daher bei der Anwendung von [Art. 375 Abs. 2 OR](#) Rechnung zu tragen, [Art. 368 OR](#) bleibt ausser Betracht.

Beispiel (CJ GE, SemJud 1977, 409 ff.): Ein gewisser Finzi beauftragte Marius Thiebaud mit der Reparatur einer Klimaanlage in seinem Teppichladen. Verabredet war ein Ungefährpreis von Fr. 1600.– bis 2000.–. Nach Inangriffnahme der Reparatur stellte sich heraus, dass entgegen der Erwartung Thiebauds auch der zur Klimaanlage gehörende Kompressor defekt war. Dessen Reparatur hätte zusätzliche Kosten von Fr. 3500.– verursacht. Hiervon machte Thiebaud dem Finzi sofort Mitteilung. Dieser kündigte hierauf den Vertrag. Thiebaud verlangte seine bisherigen Auslagen im Umfang von Fr. 2500.– ersetzt. Seine Klage wurde in erster Instanz – gestützt auf [Art. 368 Abs. 1 OR](#) – mit der Begründung abgewiesen, die bisherige Werkleistung sei für Finzi wertlos. Die zweite Instanz hiess die Klage hingegen – gestützt auf [Art. 375 Abs. 2 OR](#) – im Umfang von Fr. 1800.– gut. M.E. hat die zweite Instanz zwar zu Recht [Art. 375 Abs. 2 OR](#) anstelle von [Art. 368 OR](#) herangezogen. Im Ergebnis aber verdient der Entscheid der ersten Instanz den Vorzug, jedenfalls war es unbillig, dem Kläger für ein unbrauchbares Werk Fr. 1800.– zuzusprechen.

Ob der Besteller vom Kündigungsrecht – bei gegebenen Voraussetzungen – Gebrauch machen oder die Vollendung des Werks abwarten will, um alsdann eine «angemessene Herabsetzung des Lohnes [zu] verlangen» ([Art. 375 Abs. 2 OR](#)), bleibt – vorbehaltlich [Art. 2 Abs. 2 ZGB](#) – ihm überlassen⁹⁷. Die Nichtausübung des Kündigungsrechts lässt mit dem gemachten Vorbehalt weder dieses noch das Herabsetzungsrecht untergehen. Trotzdem ist dem Besteller vorsichtshalber zu empfehlen, sich durch einen Vorbehalt dagegen abzusichern, dass das Unterlassen der Kündigung «als Zustimmung zur Kostenüberschreitung betrachtet wird»⁹⁸.

Eine Rechtsverwirkung nach [Art. 2 Abs. 2 ZGB](#) ist zwar denkbar, doch sind kaum Fälle denkbar, in denen eines der Rechte unter Rechtsmissbrauchsgesichtspunkten untergeht. Insbesondere verlangen Treu und Glauben nicht, dass der Besteller vom Kündigungsrecht Gebrauch macht, sobald ihm von der unverhältnismässigen Kostenüberschreitung Kenntnis gegeben wird (vgl. demgegenüber vorne Ziff. 2 lit. b zur Ausübung des Rücktrittsrechts nach [Art. 375 Abs. 1 OR](#)). Den schützenswerten Interessen des Unternehmers kann bei der Bestimmung des Ersatzes, der ihm für das Werk zusteht, Rechnung getragen werden⁹⁹.

Hat der Unternehmer seine Anzeigepflicht (vorne 1./Ziff. 7) verletzt, so hat er den Besteller so zu stellen, wie er bei rechtzeitigem Hinweis stünde¹⁰⁰. Von praktischer Bedeutung ist dies kaum, weil der Pflichtwidrigkeit bereits bei der Bemessung des «billigen Ersatzes» i.S.v. [Art. 375 Abs. 2 OR](#) Rechnung zu tragen ist.

Fussnoten:

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

1 Siehe dazu Näheres bei PETER GAUCH, Der Werkvertrag, 5. A., Zürich 2011, Rn 934 ff.

2 Anders ein Teil der älteren deutschen Lehre (Nachweise bei KLAUS WINGENFELD, Die rechtliche Bedeutung von Kostenvoranschlägen, insbesondere der Architekten, mit vergleichenden Bemerkungen zum französischen und schweizerischen Recht, Diss. Bonn 1971, S. 31 Anm. 7).

3

Ähnlich GAUCH (FN 1), Rn 937, wonach es nur darauf ankommt, dass der Unternehmer sich mit der Kostenfrage «nach dem von ihm erweckten Anschein» ernsthaft auseinandergesetzt hat. F RANK PETERS/FLORIAN JACOBY, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, §§ 631–651 (Werkvertragsrecht), Neubearbeitung 2014, Berlin 2013, N 21/ee zu § 650 BGB: Einigung über die zu erwartenden Kosten auf anderer Basis, z.B. aufgrund der Erfahrung bei einem früheren Parallelprojekt.

- 4 Vgl. OGH, eolex 1996, 524 f., dazu hinten 2./Ziff. 2.
- 5 GAUCH (FN 1), Rn 937.
- 6 Vgl. HANS MERZ, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1989, ZBJV 1991, 236 ff., 255; a.A. GAUCH (FN 1), Rn 937 («blosse Vorstellungsäusserung»); GEORG GAUTSCHI, Berner Kommentar zum ZGB/OR, Der Werkvertrag (Art. 363–379 OR), Bern 1967, N 2b zu Art. 374 OR (bloss «Vertragsgrundlage»). GAUTSCHI geht davon aus, dass das, was verabredet ist, keine Vertragsgrundlage bilden kann. M.E. trifft dies nicht zu; so der Sache nach auch WINGENFELD (FN 2), welcher der Verabredung eines Kostenvoranschlags einerseits rechtsgeschäftliche Bedeutung beimisst (S. 39), sie andererseits aber auch als Geschäftsgrundlage betrachtet (S. 51). Wie GAUTSCHI z.B. auch PETERS/JACOBY (FN 3), N 21/cc zu § 650 BGB.
- 7 ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. A., Bern 2009, § 3 Rn 20.
- 8 Vgl. BGE 92 II 328 E. 3a; OLG Köln, NJW-RR 1998, 1429 f. Vgl. nebst den erwähnten Entscheiden, Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht, der Werkvertrag, Art. 363–379 OR, 3. A., Zürich 1998, N 13 zu Art. 375 OR.
- 9 Siehe dazu hinten 2./Ziff. 3 und 5 sowie 3.B./Ziff. 3.
- 10 Nur der Unternehmer ist berechtigt, den Vertrag so zu erfüllen, dass er das Werk gegen einen die Toleranzgrenze nicht überschreitenden Preis herausgibt. Dem Besteller steht kein entsprechendes Recht zu, der Unternehmer ist also nicht verpflichtet, das Werk zum Ungefährpreis plus Zuschlag für eine verhältnismässige Überschreitung herzugeben.
- 11 THOMAS TWERENBOLD, Der «unverbindliche» Kostenvoranschlag beim Werkvertrag – zur rechtlichen Tragweite von Artikel 375 OR, Diss., St. Gallen 2001, Rn 246, m.w.Nw.
- 12 BGer 4A_15/2011 E. 3.4; KGer VS, ZWR 1982, 97 f.
- 13 Nachweise in BGer 4A_15/2011 E. 3.4.
- 14 Z.B. HUGO OSER/WILHELM SCHÖNENBERGER, Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht, Art. 184–418 OR, 2. A., Zürich 1936, N 2 zu Art. 375 OR; OSKAR HUTTER, Der Kostenvoranschlag, Linz 1996, 150.
- 15 Vgl. GAUDENZ G. ZINDEL/URS PULVER, Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 5. A., Basel 2011, N 6 zu Art. 375 OR, m.Hw. auf abweichende Meinungen; OSER/SCHÖNENBERGER (FN 14), N 17 zu Art. 373 OR.
- 16 Dass die Bestimmung nur analoge Anwendung findet, ist unbestritten (GAUCH [FN 1], Rn 997 f., 999).
- 17 Vgl. z.B. BGer 4A_15/2011 E. 3.5; BGH, NJW 2011, 989 ff.; OGH, JBI 1994, 179 ff.; z.B. GAUCH (FN 1), Rn 997 f., 999; TWERENBOLD (FN 11), Rn 114, 126 f., 135 ff.

18

ARNDT TEICHMANN, in: Horst Theodor Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, Band 4/1: Schuldrecht III/1 (§§ 516–651), 12. A., Stuttgart/Berlin/Köln 1998, N 17 zu § 650 BGB.

- 19 GAUCH (FN 1), Rn 1007; JAN BUSCHE, in: Franz Jürgen Säcker/Roland Rixecker/Hartmut Oetker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 4: Schuldrecht Besonderer Teil II, §§ 611–704, 6. A., München 2012, N 15 zu § 650 BGB.
- 20 Ebenso CARL SOERGEL, in: Kurt Rebmann/Franz Jürgen Säcker/Roland Rixecker/Hartmut Oetker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 4: Schuldrecht Besonderer Teil II, §§ 607–704, 3. A., München 1997, N 13 zu § 650 BGB; ULRICH WERNER, Anwendungsbereich und Auswirkungen des § 650 BGB, in: Walter Pastor (Hrsg.), FS für Hermann Korbion, Düsseldorf 1986, 473 ff., 480; a.A. TEICHMANN (FN 18), N 17 zu § 650 BGB (Anzeigepflicht entfällt ohne Weiteres bei fehlendem Aufklärungsbedarf).
- 21 OLG Frankfurt, NJW-RR 1989, 209 f.; OLG Celle, BauR 2000, 1493 f.
- 22 ALFRED KOLLER, Berner Kommentar zum ZGB/OR, Der Werkvertrag, Art. 363–366 OR, Bern 1998, N 3 zu Art. 364 OR und N 269 zu Art. 363 OR; vgl. demgegenüber BGE 96 II 58 E. 1; BGE 94 II 157 E. 4c a.E.; GAUCH (FN 1), Rn 818.
- 23 Siehe BGer 4C.99/2004 E. 4.2.
- 24 Vgl. BGE 92 II 328 E. 3a.
- 25 BGer 4C.99/2004 E. 4.2.
- 26 Vgl. WINGENFELD (FN 2), 44.
- 27 Z.B. HERMANN BECKER, Berner Kommentar zum Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Art. 184–551 OR, Bern 1934, N 2 und 6 zu Art. 375 OR; OSER/SCHÖNENBERGER (FN 14), N 6 zu Art. 375 OR.
- 28 BGE 115 II 460 E. 3; TWERENBOLD (FN 11), Rn 80 ff.
- 29 GAUCH (FN 1), Rn 938, m.Hw. auf die Rechtsprechung in Anm. 722.
- 30 KOLLER, OR AT (FN 7), § 14 Rn 84 ff.; § 29 Rn 22.
- 31 Vgl. BUSCHE (FN 19), N 2 zu § 650 BGB; PETERS/JACOBY (FN 3), N 18 zu § 650 BGB.
- 32 BGE 98 II 299 E. 3a und 4c = Pra 1973 Nr. 59.
- 33 TWERENBOLD (FN 11), Rn 112, mit einzelnen Auslegungskriterien in Rn 109.
- 34 Vgl. BGH, NJW 2011, 989 ff. Rn 23.
- 35 Illustrativ OGH, eolex 1996, 524 f. (dazu sogleich im Kleindruck), und BGer 4A_418/2012 E. 7.3 (dazu hinten vor Ziff. 3), ferner BGer 4A_577/2008 E. 3.2. In BGer 4A_15/2011 E. 3.2 hat das Bundesgericht wohl zu Unrecht angenommen, der Kostenvoranschlag sei i.S.v. Art. 375 OR verabredet gewesen. Vgl. TWERENBOLD (FN 11), Rn 109 und 130; BUSCHE (FN 19), N 4 zu § 650 BGB (zum deutschen Recht).
- 36 Zumindest missverständlich BECKER (FN 27), N 8 zu Art. 375 OR, der offenbar davon ausgeht, ein vom Architekten des Bestellers ausgearbeiteter Kostenvoranschlag sei regelmässig i.S.v. Art. 375 OR verbindlich.
- 37 ZINDEL/PULVER (FN 15), N 8 zu Art. 375 OR; TWERENBOLD (FN 11), Rn 135.
- 38

BGer [4A_15/2011](#) E. 3.6; MARIO M. PEDRAZZINI, Werkvertrag, Verlagsvertrag, Lizenzvertrag, in: Frank Vischer (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht SPR Band VII/1, Basel 1977, 540 Anm. 34 («der Unternehmer hat verschuldete Kostenüberschreitungen selber zu tragen»); GAUCH (FN 1), Rn 1010.

- 39 Siehe dazu Näheres bei ALFRED KOLLER, Nachträgliche Leistungsunmöglichkeit auf Seiten des Unternehmers, [AJP/PJA 2013](#), 1765 ff., 1767 ff., hinsichtlich [Art. 378 Abs. 1 OR](#). Enger WINGENFELD (FN 2), 55, der unter dem «Zutun» des Bestellers anscheinend nur dessen Handeln versteht, freilich auch schuldloses.
- 40 Vgl. ROBERT REBHAWN, in: Michael Schwimann (Hrsg.), ABGB Praxiskommentar, Band 5: §§ 1090–1292 ABGB, 3. A., Wien 2006, N 17 zu § 1170a ABGB.
- 41 So BGer [4C.99/2004](#) E. 4.2.
- 42 Siehe wiederum BGer [4C.99/2004](#) E. 4.2 («l'application de l'article 375 CO est exclue»).
- 43 Vgl. [BGE 115 II 460](#), dazu hinten vor Ziff. 6. Vgl. in verwandtem Zusammenhang KOLLER, OR AT (FN 7), § 48 Rn 18 f.
- 44 Aus der Lehre s. z.B. ZINDEL/PULVER (FN 15), N 12 zu [Art. 375 OR](#); GAUCH (FN 1), Rn 985 m.w. Hw. in Anm. 794.
- 45 Z.B. BGer [4C.346/2003](#) E. 3.1; TC VD, JdT 1978 I, 395.
- 46 In Österreich wird von der Praxis als Orientierungswert eine Toleranzgrenze von 15 % angenommen (HUTTER [FN 14], 150).
- 47 RODERICH GLANZMANN, in: Mitglieder des Bundesgerichtshofes (Hrsg.), Das Bürgerliche Gesetzbuch, mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes (BGB-RGRK), Band II, 4. Teil: §§ 631–811, 12. A., Berlin 1978, N 11 zu § 650 BGB.
- 48 REBHAWN (FN 40), N 8 zu § 1170a ABGB; HUTTER (FN 14), 149.
- 49 Vgl. HELMUT KÖHLER, Die Überschreitung des Kostenanschlags, NJW 1983, 1633 ff., 1634.
- 50 Pra 1973 Nr. 59.
- 51 FRANÇOIS CHAIX, Code des obligations I, Commentaire romand, 2. A., Basel 2012, N 13 zu [Art. 375 OR](#); ZINDEL/PULVER (FN 15), N 11 zu [Art. 375 OR](#); TWERENBOLD (FN 11), Rn 201; GAUCH (FN 1), Rn 986; wie das Bundesgericht hingegen z.B. BECKER (FN 27), N 2 zu [Art. 375 OR](#) (auf den sich das Bundesgericht beruft); PEDRAZZINI (FN 38), 540 unten/541 oben.
- 52 Vgl. zur Bedeutung tatsächlicher Vermutungen im Allgemeinen HANS PETER WALTER, Berner Kommentar zum ZGB, Einleitung, [Art. 1–9 ZGB](#), Bern 2012, N 465 ff. zu [Art. 8 ZGB](#).
- 53 Im Regelfall kann der kündigungswillige Besteller die Kündigung nur nach [Art. 377 OR](#), also unter voller Schadloshaltung des Unternehmers, aussprechen.
- 54 Abweichend TWERENBOLD (FN 11), Rn 224. Er gesteht dem Besteller in einem solchen Fall kein Herabsetzungsrecht zu, wohl aber einen Schadenersatzanspruch, den er mit der (vollen) Werklohnforderung des Unternehmers verrechnen könne.
- 55 GAUCH (FN 1), Rn 994; EVELINE TRÜMPY-JÄGER, Vorzeitige Beendigung von Bauwerk-Verträgen, in: Martin Lendi/Urs Ch. Nef/Daniel Trümpy (Hrsg.), Das private Baurecht der Schweiz, Zürich 1994, 140; ZINDEL/PULVER (FN 15), N 23, 25, 33 zu [Art. 375 OR](#).
- 56 GAUCH (FN 1), Rn 994.
- 57 Unzutreffend daher auch GAUTSCHI (FN 6), N 2b und 3 zu [Art. 375 OR](#).

- 58 GAUCH (FN 1), Rn 994.
- 59 Vgl. BGE 57 II 284, 291 hinsichtlich **Art. 25 Abs. 2 OR**.
- 60 Der Gesetzeswortlaut (kann der Besteller «eine angemessene Herabsetzung des Lohnes verlangen») legt den Schluss nahe, dem Besteller stehe ein Gestaltungsrecht auf Herabsetzung des Lohnes zu. Nach **BGE 115 II 460 E. 3b** handelt es sich jedoch um ein Gestaltungsrecht. Der Besteller kann also die Herabsetzung durch einseitige Erklärung bewirken.
- 61 GAUCH (FN 1), Rn 977, s. auch Rn 982.
- 62 Kritisch auch – hinsichtlich § 650 Abs. 1 BGB – FRANK PETERS, Die Vergütung des Unternehmers in den Fällen der §§ 643, 645, 650 BGB, in: Peter Löffelmann/Hermann Korbion (Hrsg.), FS für Horst Locher, Düsseldorf 1990, 206 («Zweifel»).
- 63 Vgl. TWERENBOLD (FN 11), Rn 229.
- 64 Vgl. TWERENBOLD (FN 11), Rn 227.
- 65 Anders TWERENBOLD (FN 11), Rn 229.
- 66 Vgl. TWERENBOLD (FN 11), Rn 230 ff. Nicht überzeugend BGer **4A_15/2011 E. 3.2**, wo nicht auf das Kriterium der fehlenden oder eingeschränkten Rückabwicklungsmöglichkeit abgestellt wurde, sondern auf den Umstand, dass die in Frage stehende Werkleistung (Erledigung von Einsprachen) «im Zusammenhang mit der Vermarktung und Ersterhebung einer Landfläche» stand. Kritisch auch HUBERT STÖCKLI, Toleranzgrenze bei «Überschreitung des Kostenansatzes» (**Art. 375 OR**): zwei Faustregeln und ihre Relativierung, BR 2011, 190 f. Anm. 1b.
- 67 CJ GE, SemJud 1977, 409 ff.
- 68 ZINDEL/PULVER (FN 15), N 25 zu **Art. 375 OR**; TWERENBOLD (FN 11), Rn 231; GAUCH (FN 1), Rn 993, m.w.Nw. in Anm. 816.
- 69 Vgl. OGer OW, AB OW 1992/93 Nr. 11 S. 51 f. = BR 1994, 107 («umfassende Restauration») eines Oldtimer-Automobils.
- 70 TWERENBOLD (FN 11), Rn 217; GAUCH (FN 1), Rn 976.
- 71 GAUCH (FN 1), Rn 976, der allerdings die im Text gemachte Erweiterung, dass der Werkstoff auch dann wertmässig zu ersetzen ist, wenn dem Besteller die Rücknahme unzumutbar ist, nicht macht.
- 72 GAUCH (FN 1), Rn 993; TWERENBOLD (FN 11), Rn 232; JÖRG SCHMID, Urteilsbesprechung OGer OW 14.9.1993, BR 1994, 107, Anm. 2.
- 73 Illustrativ **BGE 98 II 299** = Pra 1973 Nr. 59, dazu sogleich im Kleindruck.
- 74 § 650 Abs. 1 BGB, vorne Ziff. 1; OLG Köln, NJW-RR 1998, 1429 f.; dazu sogleich im Kleindruck.
- 75 Siehe dazu KOLLER, OR AT (FN 7), § 3 Rn 65 ff.
- 76 Vgl. **BGE 98 II 299 E. 3** und 4c = Pra 1973 Nr. 59, dazu vorne A./Ziff. 4.
- 77 BGer **4A_577/2008 E. 3.1** m.w.Nw.
- 78 BGE 17, 478, 482. Siehe in allgemeinerem Zusammenhang KOLLER, OR AT (FN 7), § 62 Rn 11.
- 79 TWERENBOLD (FN 11), Rn 248; BECKER (FN 27), N 4 zu **Art. 375 OR**; OSER/SCHÖNENBERGER (FN 14), N 4 zu **Art. 375 OR**.
- 80 Vgl. TWERENBOLD (FN 11), Rn 249.

- 81 KOLLER, OR AT (FN 7), § 55 Rn 147.
- 82 Vgl. [BGE 98 II 299](#) E. 5 = Pra 1973 Nr. 59.
- 83 ZINDEL/PULVER (FN 15), N 32 zu [Art. 375 OR](#); GAUCH (FN 1), Rn 976.
- 84 FN 11, Rn 219.
- 85 [BGE 98 II 299](#) E. 5.
- 86 KOLLER, OR AT (FN 7), § 31 Rn 23, mit Kritik an der Umwandlungstheorie.
- 87 GAUCH (FN 1), Rn 1009.
- 88 Siehe dazu KOLLER, OR AT (FN 7), § 3 Rn 65 ff.
- 89 Anders TWERENBOLD (FN 11), Rn 242. Seiner Ansicht muss die Herabsetzung des Lohnes bis zur Toleranzgrenze «die Regel bilden».
- 90 BGer [4A_15/2011](#) E. 3.1, Siehe dazu ARNOLD F. RUSCH, Erfolgsbezug bei Werkvertrag und Auftrag, BJM 2013, 285 ff., 299.
- 91 Dazu vorne 2./Ziff. 5
- 92 Vgl. OGer OW, AB OW 1992/93 = BR 1994, 107, wo der Besteller nur einen Drittel des über die Toleranzgrenze (hier: 10 %) hinausgehenden Betrags zu tragen hatte.
- 93 OGH, JBI 1975, 322 ff.; OGH, JBI 1994, 179 ff., 181; OGH, JBI 2002, 108 ff.; OGH, SZ 55/83; w. Nw. bei HELMUT KOZIOL/RUDOLF WELSER, Bürgerliches Recht, Band II (Schuldrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, Erbrecht), 13. A., Wien 2007, 259 Anm. 34, m.Hw. auf eine abweichende Ansicht.
- 94 Z.B. OLG Frankfurt, NJW-RR 1989, 209 f.; LG Köln, NJW-RR 1990, 1498; abweichend T EICHMANN (FN 18), N 18 ff., insbes. 24 zu § 650 BGB; KÖHLER (FN 49), NJW 1983, 1634 f.; B USCHE (FN 19), N 18 zu § 650 BGB; SIMON M. SCHENK, Der Kostenvoranschlag nach § 650 BGB und seine Folgen, NZBau 2001, 470 ff., 473; je mit abweichenden Lösungsvorschlägen.
- 95 Z.B. STÖCKLI (FN 66), 191 Anm. 1c; BUSCHE (FN 19), N 7 zu § 650 BGB.
- 96 GAUCH (FN 1), Rn 977.
- 97 OSER/SCHÖNENBERGER (FN 14), N 14 zu [Art. 375 OR](#); ebenso mit Bezug auf das Kündigungsrecht von § 650 Abs. 1 BGB WINGENFELD (FN 2), 56.
- 98 OSER/SCHÖNENBERGER (FN 14), N 14 zu [Art. 375 OR](#); vgl. A. SCHNEIDER/H. FICK, Das schweizerische Obligationenrecht, 2. A., Zürich 1896, N 5 zu Art. 366 aOR.
- 99 Vgl. OSER/SCHÖNENBERGER (FN 14), N 14 zu [Art. 375 OR](#) (der Unternehmer werde bei Beendigung des Werks im Vergleich zur sofortigen Kündigung nicht schlechter gestellt, «da bei der schliesslichen Preisminderung seine Arbeit berücksichtigt» werde).
- 100 OLG Köln, NJW-RR 1998, 1429.