

Sonderdruck aus:

Besonderes Vertragsrecht – aktuelle Probleme

Festschrift für Heinrich Honsell zum 60. Geburtstag

Herausgegeben von:

Friedrich Harrer / Wolfgang Portmann / Roger Zäch

ALFRED KOLLER

Die Vergütungsgefahr
beim Werkvertrag

Die Vergütungsgefahr beim Werkvertrag

von
Alfred Koller

Inhalt

I.	Das Grundsätzliche	401
II.	(Einige) Ergänzungen zu Art. 376 OR	405
III.	(Einige) Ergänzungen zu Art. 378 OR	408
IV.	Insbesondere der Schadenersatzanspruch i.S.v. Art. 376 Abs. 3 und Art. 378 Abs. 2 OR ..	412

I. Das Grundsätzliche

1. Bei synallagmatischen Verträgen hängt der Leistungsanspruch einer Partei grundsätzlich von der vollständigen Erfüllung der eigenen Leistungspflicht ab (vgl. Art. 119 Abs. 2 OR). Das gilt auch beim Werkvertrag¹. Der Unternehmer hat daher den *Werklohn nur unter der Voraussetzung zugute, dass er das versprochene Werk vollständig herstellt* und (soweit nötig²) abgeliefert. Misslingt dem Unternehmer die Herstellung des Werks, wird sie ihm unmöglich oder geht das von ihm in Angriff genommene oder sogar bereits fertiggestellte Werk vor der Ablieferung unter, so kann er den Werklohn nicht, auch nicht teilweise, verlangen. „Er hat also ‚umsonst‘ gearbeitet“³. Weder hat er Anspruch auf Ersatz seiner Auslagen noch erhält er für seine erfolglos gebliebene Tätigkeit eine Vergütung⁴. Das gilt freilich nicht ausnahmslos. Einschränkungen ergeben sich aus Art. 378 und 376 Abs. 1 und 3 OR (Art. 376 Abs. 2 OR gehört nicht hierher, s. FN 4).

1 S. HEINRICH HONSELL, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 6. Aufl., Zürich 2001, 272 f.

2 ALFRED KOLLER, Berner Kommentar, Art. 363 OR N 253.

3 KARL LARENZ, Schuldrecht, Besonderer Teil, 1. Halbband, 13. Aufl., München 1986, 363.

4 Hat er den Werkstoff geliefert, so geht dessen Verlust zu seinen Lasten. Hat hingegen der Besteller den Werkstoff geliefert, so trifft den Unternehmer keine Ersatzpflicht (Art. 376 Abs. 2 OR), es sei denn, es treffe ihn ein Verschulden (Art. 97 OR i.V.m. Art. 364 Abs. 1 OR).

2. Art. 376 Abs. 1 und 2 OR und Art. 378 OR sind eng verwandt, sie regeln jedoch unterschiedliche Fälle. Art. 376 OR betrifft den „Untergang des Werkes“, Art. 378 OR die „Unmöglichkeit der Erfüllung“ (s. je die Marginalie). Beide Bestimmungen machen die Vergütungspflicht des Bestellers davon abhängig, dass Umstände aus seiner Risikosphäre (aus seinen „Verhältnissen“, Marginalie zu Art. 378 OR) zum Untergang des Werks bzw. zur Unmöglichkeit der Werkherstellung geführt haben. Die Höhe der Vergütung hängt davon ab, ob den Besteller ein Verschulden trifft oder nicht:

- Ist dies nicht der Fall, beruht also der Untergang des Werks bzw. das Unmöglichwerden der Werkherstellung auf einem *Zufall* (aus der Risikosphäre des Bestellers), so hat der Unternehmer lediglich „Anspruch auf Vergütung der geleisteten Arbeit und der im Lohne nicht eingeschlossenen Auslagen“ (Art. 376 Abs. 3 OR, fast identische Formulierung in Art. 378 Abs. 1 OR; ebenso § 645 Abs. 1 BGB)⁵. Anspruch auf Vergütung der *noch nicht* geleisteten Arbeit hat er hingegen nicht; dieser Anspruch setzt ein Verschulden des Bestellers voraus⁶.

Mit den „im Lohne nicht eingeschlossenen Auslagen“ sind sog. frustrierte Aufwendungen gemeint, also Auslagen, welche der Unternehmer in Hinsicht auf die Durchführung des Vertrags gemacht hat und die nun nutzlos werden⁷. Angenommen, der Unternehmer hat eine Maschine gemietet, welche er wegen des Werkuntergangs nicht zum Einsatz bringen kann; die trotzdem geschuldeten Mietzinse sind unter dem Titel der „Vergütung für die bereits geleistete Arbeit“ nicht zu ersetzen, wohl aber unter dem Titel der „im Lohne nicht eingeschlossenen Auslagen“.

⁵ Die Teilvergütung bemisst sich nicht nach dem Wert des bereits hergestellten Arbeitsergebnisses, sondern – was für den Unternehmer regelmässig günstiger ist – am Anteil der geleisteten Arbeit an der Gesamtvergütung. „Ist also die Hälfte der für die Werkherstellung vorgesehenen Arbeitszeit aufgewandt, dann ist auch die Hälfte der vereinbarten Vergütung zu leisten unabhängig davon, ob das bisher produzierte Ergebnis einen entsprechenden Wert besitzt“ (ERMAN/SEILER, Kommentar zum BGB, 9. Aufl., Münster 1993, § 645 N 6).

⁶ Der Unternehmer ist also – wie im deutschen Recht (vgl. einerseits § 615, andererseits § 645 Abs. 1 BGB; VOLKER EMMERICH, Das Recht der Leistungsstörungen, 4. Aufl., München 1997, 279) – schlechter gestellt als der Arbeitnehmer, denn Zufälle aus seiner Risikosphäre (seinen „Verhältnissen“) gehen vollumfänglich zu seinen Lasten (s. demgegenüber Art. 324a OR). Hingegen steht er besser, als er nach Art. 119 Abs. 2 OR stünde, weil er immerhin für die bereits ausgeführten Arbeiten einen Entgeltsanspruch hat.

⁷ THEO GUHL, Das Schweizerische Obligationenrecht, bearbeitet von ALFRED KOLLER, ANTON K. SCHNYDER, JEAN NICOLAS DRUBEY, 9. Aufl., Zürich 2000 (im Folgenden zit. GUHL/BEARBEITER), § 47 N 29.

Beispiel: Das vom Malermeister X zu streichende Haus wird vom Blitz getroffen, brennt ab und kann daher nicht mehr gestrichen werden (sog. Unmöglichkeit zufolge Zweckfortfalls, s. unten, II.1.). Der Blitzeinschlag gehört zu den „Verhältnissen des Bestellers“, ist also ein diesem zurechenbarer Umstand. Es kommt daher Art. 378 Abs. 1 OR zum Tragen. Das bedeutet: Hat X mit den Malerarbeiten bereits begonnen, so steht ihm eine entsprechende Teilvergütung zu; hat er bereits Farbe gemischt, welche er nun nicht mehr verwenden kann, so hat er zusätzlich Anspruch auf Ersatz des für die Farbe ausgelegten Preises.

- Trifft den Besteller ein *Verschulden*, so kann der Unternehmer „überdies Schadenersatz verlangen“ (Art. 376 Abs. 3 OR, Art. 378 Abs. 2 OR; ebenso § 1168 Abs. 1 ABGB, vgl. auch § 645 Abs. 2 BGB⁸). „Schadenersatz“ meint Ersatz des Vergütungsinteresses⁹. Der Unternehmer hat also grundsätzlich den ganzen Werklohn zugute, gleich wie wenn er den Vertrag erfüllt, d.h. das Werk vollendet und abgeliefert hätte. Hat er allerdings wegen der Nichterbringung seiner Leistung Ersparnisse gehabt, so muss er sich diese auf den Werklohn anrechnen lassen (vgl. in verwandtem Zusammenhang Art. 324 Abs. 2 OR und 264 Abs. 3 lit. a OR). Anrechnungspflichtig ist ferner anderweitiger Erwerb, den er wegen der Nichterbringung seiner Leistung erzielen konnte (Vorteilsanrechnung, vgl. Art. 324 Abs. 2 und 264 Abs. 3 lit. b OR). Absichtliches Ausschlagen einer solchen Verdienstmöglichkeit ist – als Verstoss gegen die allgemeine Schadenminderungspflicht – dem tatsächlichen Verdienst gleichgestellt (vgl. wiederum Art. 264 Abs. 3 lit. b und 324 Abs. 2 OR).

Wandelt man das obige Beispiel dahin ab, dass das Haus nicht wegen eines Blitzeinschlags abgebrannt ist, sondern weil der Besteller es angezündet hat, dann hat Malermeister X den ganzen Werklohn zugute. Ein Abzug fällt regelmässig nur insoweit in Betracht, als er wegen der unterbliebenen Arbeitsausführung Kosten sparen konnte, z.B. weil sich der Kauf von Farbe erübrigte.

3. Die Tatbestände der beiden Bestimmungen können sich überschneiden. Daher kann ein und derselbe Sachverhalt sowohl Ansprüche aus Art. 376 Abs. 1/3 OR wie auch aus Art. 378 OR begründen. Gegebenenfalls besteht Anspruchskonkurrenz.

⁸ Dazu JAUERNIG/SCHLECHTRIEM, Kommentar zum BGB, 9. Aufl., München 1999, § 644/645 N 11.

⁹ Vgl. zum Begriff des Vergütungsinteresses KOLLER, Berner Kommentar, Art. 366 OR N 330 und 785.

Das ist freilich nicht unbestritten. Einzelne Autoren befürworten die exklusive Geltung von Art. 376 Abs. 1/3 OR, andere die exklusive Geltung von Art. 378 OR¹⁰.

Angenommen, B gibt dem U eine Vase zur Restaurierung. Die Restaurationsarbeiten sind schon weit fortgeschritten, als die Vase wegen eines nicht erkannten und von aussen nicht erkennbaren Fabrikationsfehlers zerbricht. Die Vase geht vollständig zugrunde, die Restaurationsarbeiten können daher nicht zu Ende geführt werden. Trifft B kein Verschulden (er konnte den Fabrikationsfehler der Vase ebenfalls nicht erkennen), so hat er dem U die bereits geleistete Arbeit zu vergüten und die im Lohn nicht eingeschlossenen Auslagen zu ersetzen (Art. 376 Abs. 3 und 378 Abs. 1 OR); trifft B ein Verschulden, so hat er überdies Schadenersatz zu leisten, d.h. auch die nicht geleistete Arbeit zu vergüten, freilich unter Abzug dessen, was U wegen der Nichtvollendung der Restauration erspart hat (Art. 376 Abs. 3 und 378 Abs. 2 OR). B kann seine Ansprüche – nach der hier vertretenen Ansicht – sowohl auf Art. 376 Abs. 3 als auch auf 378 Abs. 1/2 OR abstützen.

4. *Nicht hierher gehören Fälle*, in denen der Unternehmer aus Gründen in der Person des Bestellers den Vertrag auflöst, z.B. nach Art. 83 oder Art. 95 OR. Weder Art. 376 Abs. 1/3 OR noch 378 kommen hier zum Tragen. Das bedeutet aber nicht, dass der Unternehmer keinerlei Ansprüche hat:

Hat beispielsweise der Besteller den Unternehmer an der Herstellung des Werks gehindert (Mitwirkungsverzug, 2. Tatbestandsvariante von Art. 91 OR) und ist der Unternehmer in der Folge nach Art. 95 OR vom Vertrag zurückgetreten, so kann er nach dieser Bestimmung i.V.m. Art. 107 Abs. 2 OR das Vergütungsinteresse ersetzt verlangen, falls den Besteller ein Verschulden trifft¹¹. Fehlt es an einem Verschulden, so kann der Unternehmer immerhin eine allfällige Bereicherung des Bestellers herausverlangen (Art. 62 ff. OR). Eine solche Bereicherungshaftung kann zu Lasten des Bestellers auch eingreifen, wenn der Unternehmer den Vertrag nach Art. 83 OR auflöst (vgl. BGE 64 II 264).

Eine Bereicherung erfährt der Besteller allerdings nur, wenn er das angefangene, aber nicht abgelieferte Werk behält. Damit tritt die Frage in den Vordergrund, ob der Unternehmer dem Besteller das Werk „aufdrängen“ darf. Das wird man im Allgemeinen bejahen müssen, da der Grund für die Auflösung des Vertrags immerhin in der Sphäre des Bestellers zu suchen ist. Auch so lässt sich dem Unternehmer aber nur helfen, wenn sich seine Arbeitsleistung bereits materialisiert hat. Trifft dies nicht zu, hat der Unternehmer vergebens gearbeitet.

¹⁰ Vgl. zum Meinungsstand THEODOR BÜHLER, Zürcher Kommentar, Art. 378 N 6 ff.

¹¹ ALFRED KOLLER, Das Nachbesserungsrecht, 2. Aufl., Zürich 1995, N 134.

5. Art. 376 und 378 OR betreffen auch, aber nicht nur, die Frage der *Vergütungsgefahr*. Die Vergütungsgefahr, wie sie üblicherweise verstanden wird, betrifft ausschliesslich Fälle, in denen ein *Zufall* das (begonnene oder vollendete) Werk hat untergehen lassen bzw. Unmöglichkeit der Werkherstellung herbeigeführt hat. Es fragt sich dann, ob der Unternehmer den Vergütungsanspruch trotzdem geltend machen kann. „Entfällt der Anspruch, so trägt der Unternehmer die Vergütungsgefahr, sonst der Besteller“¹². Mit der so verstandenen Vergütungsgefahr hängt die weitere Frage zusammen, inwieweit es sich auf den Vergütungsanspruch auswirkt, wenn der Besteller *schuldhaft* das Werk untergehen lässt bzw. Unmöglichkeit der Werkherstellung bewirkt. Auch diese Frage – man mag von Vergütungsgefahr im weiten Sinne sprechen – ist in Art. 376 (Abs. 3) und 378 (Abs. 2) OR geregelt.

II. (Einige) Ergänzungen zu Art. 376 OR

1. *Art. 376 Abs. 1 OR* betrifft den Fall, dass der Besteller mit der Annahme des fertig hergestellten Werks in (Gläubiger-)Verzug kommt (*Annahmeverzug*, erste Tatbestandsvariante von Art. 91 OR). Geht das (vollendete) Werk zufolge des Gläubigerverzugs unter, so schuldet der Besteller den Werkpreis, und zwar den ganzen. Auf ein Verschulden des Bestellers kommt hier nichts an. Entscheidend ist, dass der Unternehmer die ganze Arbeit bereits geleistet hat und das Werk nun durch einen Umstand aus dem Risikobereich des Bestellers untergeht.

Beispiel: U hatte den Auftrag, für B eine Spezialmaschine anzufertigen. Nach getaner Arbeit begibt sich U mit der Maschine zu B. Dieser ist jedoch verabredungswidrig nicht zu Hause, so dass U unverrichteter Dinge wieder abziehen muss. Auf der Rückfahrt wird er schuldlos in einen Unfall verwickelt, bei dem die Maschine zerstört wird. Hier hat U auch dann Anspruch auf den ganzen Werklohn, wenn B kein Verschulden trifft (B musste z.B. unverhofft ins Spital). Das ist sachgerecht, weil U ja alles getan hat, um den Werklohn zu verdienen, und die Ablieferung als letzte Erfüllungshandlung ausschliesslich am Besteller gescheitert ist.

Nicht geregelt ist der Fall, dass den Unternehmer am Untergang des Werks ein (Mit-)Verschulden trifft. Eine Alles-oder-nichts-Lösung wird sich im Allgemeinen nicht rechtfertigen. Vielmehr dürfte es grundsätzlich richtig sein, dem Unternehmer einen Teil des Werklohnanspruchs trotz seines Verschuldens zuzugestehen¹³. Im Einzelfall entscheidet der Richter nach seinem Ermessen und berücksichtigt dabei

¹² PETER GAUCH, Der Werkvertrag, 4. Aufl., Zürich 1996, N 1181.

¹³ So auch GAUCH (FN 12); BÜHLER, Zürcher Kommentar, Art. 376 N 69.

insbesondere auch ein allfälliges Verschulden des Bestellers. S. in verwandtem Zusammenhang auch nachstehend Ziff. 2, zweiter Absatz.

2. Art. 376 Abs. 3 OR betrifft Fälle, in denen das Werk vor der Ablieferung „wegen eines Mangels des vom Besteller gelieferten Stoffes oder des angewiesenen Baugrundes oder infolge der von ihm vorgeschriebenen Art der Ausführung zugrunde gegangen“ ist. Hat der Unternehmer „auf diese Gefahren rechtzeitig aufmerksam gemacht“, so stehen ihm die in der Bestimmung erwähnten, oben dargestellten Ansprüche auf Teilvergütung bzw. Schadenersatz zu.

Nicht ausdrücklich geregelt ist das *Schicksal dieser Ansprüche, wenn der Unternehmer seiner Abmahnungspflicht nicht oder nur ungenügend nachgekommen ist*. Führt die Pflichtverletzung zu einem integralen oder nur zu einem teilweise Anspruchsverlust? Das Letztere trifft sicher dann zu, wenn auch den Besteller ein Verschulden trifft. Fehlt es hieran, so verbleibt immerhin noch der dem Besteller zurechenbare Zufall, welcher zum Untergang des Werks geführt hat (Mangel des vom Besteller gelieferten Stoffes etc.). Das rechtfertigt m.E. grundsätzlich eine Schadensteilung. Im Einzelfall entscheidet der Richter nach seinem Ermessen (Art. 4 ZGB).

BGE 119 II 127 ff. hatte sich mit einem Fall zu befassen, wo das von einem Bauunternehmer zu erstellende Zwischengeschoss wegen eigenen Fehlern und Fehlern des Architekten noch vor der Ablieferung eingestürzt war. Der Architektenfehler war – wie regelmässig (vgl. BGE 125 III 223) – dem Bauherrn zurechenbar¹⁴. Der Unternehmer baute das Zwischengeschoss wieder auf und konnte hierfür den ordentlichen Werklohn verlangen. Zudem hatte er für die im Zeitpunkt des Einsturzes bereits erledigten Arbeiten eine Zusatzvergütung nach Art. 376 Abs. 3 OR (erste Tatbestandsvariante) zugute; wegen des eigenen Verschuldens erfolgte eine Kürzung um 30%¹⁵.

3. Es ist denkbar, dass andere Umstände aus der Risikosphäre des Bestellers als die in Art. 376 Abs. 1 und 3 OR erwähnten den Untergang des Werks bewirken. Als dann fragt sich, ob Art. 376 Abs. 1/3 OR – unter Annahme einer Gesetzeslücke –

14 Zur Zurechnungsfrage s. neustens FRANZ SCHENKER, Der Architekt (Ingenieur) als Hilfsperson des Bauherrn im Verhältnis zum Unternehmer, in: ALFRED KOLLER (Hrsg.), Recht der Ingenieure und Architekten, St. Galler Baurechtstagung 2002, St. Gallen 2002, 22 f., ferner HERIBERT TRACHSEL, Die Verantwortlichkeit des Bestellers bei Werkmängeln, Bern/Stuttgart/Wien 2000, N 307 f., N 302 ff., KOLLER (FN 11), N 518 ff.

15 Im konkreten Fall leitete sich freilich der Vergütungsanspruch aus Art. 188 Abs. 5 SIA-Norm 118 ab. BGE 119 II 127 ff. ist ein praktisch und dogmatisch interessanter Entscheid. Er ist in der Lehre kontrovers diskutiert worden: S. einerseits PETER GAUCH, BR 1994, 42 ff., andererseits ALFRED KOLLER, AJP 1994, 791 ff.; DERS., Solidarische Haftung von Architekt und Ingenieur mit anderen Baubeteiligten, in: ALFRED KOLLER (Hrsg.), Recht der Ingenieure und Architekten, St. Galler Baurechtstagung 2002, St. Gallen 2002, 5 ff.

analog anwendbar ist oder aber ob Art. 376 Abs. 1/3 OR qualifiziert schweigt und es daher beim Grundsatz der Tragung der Vergütungsgefahr durch den Unternehmer bleibt. Die Frage ist umstritten. M.E. ist Art. 376 Abs. 1/3 OR im Lichte von Art. 378 Abs. 1 OR zu interpretieren. Jeder „beim Besteller eingetretene Zufall“ i.S.v. Art. 378 Abs. 1 OR ist auch nach Art. 376 OR beachtlich^{16,17}. Zur Illustration braucht man nur das Beispiel von oben, I.3., geringfügig abzuändern:

Angenommen, die Vase ist nicht wegen eines Fabrikationsfehlers zerbrochen, sondern weil der Besteller B sie vom Sockel, auf dem sie stand, gestossen hat. Dieser dem Besteller zurechenbare Umstand fällt nicht unmittelbar in den Anwendungsbereich von Art. 376 Abs. 3 OR, trotzdem sollte kaum zweifelhaft sein, dass der Unternehmer die in dieser Bestimmung vorgesehenen Ansprüche geltend machen kann. Im praktischen Ergebnis ändert sich freilich nichts, wenn man die analoge Anwendung von Art. 376 Abs. 3 OR ablehnt. Denn da mit der Zerstörung der Vase Unmöglichkeit der Restaurationsarbeiten eintritt, kommt ohnehin Art. 378 OR mit identischen Ansprüchen zum Zuge. Doch sind leicht Fälle denkbar, in denen dies nicht zutrifft. Wenn beispielsweise der Besteller einer Spezialmaschine diese in der Herstellungsphase zerstört, so ist die Neuherstellung regelmässig möglich. Ansprüche aus Art. 378 OR fallen daher ausser Betracht. Alles kommt dann darauf an, ob man Art. 376 Abs. 3 OR analog anwendet. Das drängt sich ersichtlich auf.

4. Dem Verschulden des Bestellers sind gewisse weitere, in Art. 376 Abs. 3 OR nicht erwähnte Tatbestände *gleichgestellt*. Insbesondere finden Art. 55 und 101 OR analoge Anwendung. Wenn daher beispielsweise der Besteller einen Arbeitnehmer zum Unternehmer schickt und der Arbeitnehmer das Werk zerstört, so haftet der Besteller dem Unternehmer unter den Voraussetzungen von Art. 55 OR i.V.m. Art. 378 Abs. 2 OR für das Vergütungsinteresse. Entsprechendes gilt, wenn eine Hilfsperson des Bestellers i.S.v. Art. 101 OR die Zerstörung bewirkt und er das Verhalten der Hilfsperson nach dieser Bestimmung zu vertreten hat.

5. Art. 376 (Abs. 1/3) OR regelt nur die Frage, ob und inwieweit der Besteller den Werkpreis schuldet, wenn das Werk vor der Ablieferung zugrunde geht. Die weitere Frage, ob der Unternehmer in einem solchen Fall das Werk erneut – gegen noch-

16 A.A. GAUDENZ G. ZINDEL/URS PULVER, Basler Kommentar, Art. 376 OR N 21 mit Hinweisen zum Meinungsstand in N 20 f. Wie im Text neuerdings TRACHSEL (FN 14), N 307 f., GUHL/KOLLER (FN 7), § 47 N 74. TRACHSEL schlägt im Übrigen vor, auch den Risikobereich des Bestellers nach Art. 369 OR analog Art. 378 Abs. 1 OR zu umschreiben.

17 Freilich sind nicht alle Umstände, welche Unmöglichkeit begründen können, auch geeignet, das Werk untergehen zu lassen. Insofern ist der Anwendungsbereich von Art. 376 OR gegenüber jenem von Art. 378 OR eingeschränkt.

malige Vergütung! – *herzustellen hat*, ist in Art. 376 OR nicht beantwortet. Von selbst versteht sich, dass die Herstellungspflicht bei Unmöglichkeit der Werkherstellung entfällt (Art. 119 Abs. 1 OR). Ansonsten richtet sich die Wiederherstellungspflicht nach Treu und Glauben und nach den Umständen (Art. 4 ZGB). Dabei kommt der Frage, inwieweit die Werkherstellung bereits fortgeschritten war, eine erhebliche Bedeutung zu. Hatte der Unternehmer das Werk bereits vollendet und angeboten, ist es dann jedoch zufolge Annahmeverzugs des Bestellers untergegangen, so wird dem Unternehmer eine Wiederherstellung nur ausnahmsweise zumutbar sein¹⁸. Anders, wenn er mit der Werkausführung noch kaum begonnen hatte.

III. (Einige) Ergänzungen zu Art. 378 OR

1. Art. 378 Abs. 1 OR regelt den Fall, dass die Vollendung des Werks „durch einen beim Besteller eingetretenen Zufall unmöglich“ wird¹⁹. Welche *Zufälle* nach Art. 378 Abs. 1 OR dem Besteller zuzurechnen sind, entzieht sich einer „generell-abstrakten Umschreibung“²⁰. Letztlich beruht die Risikoverteilung zwischen Unternehmer und Besteller „auf einem Ermessensentscheid (Art. 4 ZGB)“²¹. Sicher aber ist, dass die in Art. 376 Abs. 3 OR erwähnten Umstände (mangelhafter Baugrund etc.) dem Besteller zur Last fallen. Das Bundesgericht hat ferner z.B. entschieden, in den Risikobereich des Bestellers (Bauherrn) falle ein Bauverbot, welches die dem Unternehmer übertragene Überbauung verhindere (BGE 26 II 546 f.). Auch die Unmöglichkeit durch Zweckfortfall ist hierher zu rechnen, ebenso diejenige durch

18 Vgl. ZINDEL/PULVER, Basler Kommentar, Art. 376 OR N 32; HONSELL (FN 1), 273 f.; JO KOLLER, Der „Untergang des Werkes“ nach Art. 376 OR, Diss. Freiburg 1983, 80. „Ausnahmsweise kann jedoch die Treuepflicht zu einer Wiederherstellungspflicht des Unternehmers führen“ (ZINDEL/PULVER, a.a.O.).

19 Subjektive Unmöglichkeit genügt (GEORG GAUTSCHI, Berner Kommentar, Art. 378/379 N 1, 5 f., 7; a.A. BÜHLER, Zürcher Kommentar, Art. 378 OR N 14, m.w.Nw.). Es verhält sich insoweit nicht anders als nach Art. 97/119 OR (wie hier: GUEL/KOLLER, FN 7, § 4 N 25; INGEBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Bern 2000, N 64.09; ANDREAS VON TUHR/ARNOLD ESCHER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. II, 3. Aufl., Zürich 1974, 94; EUGEN BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Zürich 1988, 418; neustens ROLF H. WEBER, Berner Kommentar, Art. 97 OR N 124; a.M. PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID/HENZ REY, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl., Zürich 1998, N 3140 ff.; VIKTOR AEPPLI, Zürcher Kommentar, Art. 119 OR N 49).

20 GAUCH (FN 12), N 724.

21 GAUCH, wie FN 20.

Zweckerreichung²², immer vorausgesetzt, dass den Besteller kein Verschulden trifft (andernfalls kommt Abs. 2 mit der weitergehenden Schadenersatzpflicht zum Zuge).

Von *Zweckfortfall* oder *Zweckverfehlung* spricht man dann, wenn die Leistungshandlung zufolge Wegfalls des Leistungssubstrats unausführbar geworden ist. Beispiele: Das zu streichende Haus brennt ab, noch bevor es gestrichen ist; das freizuschleppende Schiff ist beim Eintreffen der Bergungsschlepper schon auseinander gebrochen und gesunken²³ (s. auch BGE 107 II 144 ff., der freilich keinen Werkvertrag betraf²⁴). Nach anderer Ansicht liegt in solchen Fällen nicht Unmöglichkeit, sondern Gläubigerverzug vor, denn die Leistung sei, „vom Schuldner aus betrachtet“, „weiterhin möglich“²⁵. Indes kann die Leistung jeweils so, wie sie geschuldet ist, nicht mehr erbracht werden, und zwar definitiv. Der Schuldner wird daher von seiner Leistungspflicht eo ipso befreit, eine Rücktrittserklärung, wie sie nach den Gläubigerverzugsregeln (Art. 95 OR) vorausgesetzt ist, erübrigt sich.

Fälle, in denen der Besteller Unmöglichkeit durch Zweckfortfall bewirkt, sind nicht ganz selten. Insbesondere finden sich immer wieder Besteller, welche dem Unternehmer vertragswidrig die Nachbesserung verunmöglichen. Beispiel (in Anlehnung an BGE 110 II 52²⁶): B lässt durch U ein Haus erstellen, und zwar unter Übernahme der SIA-Norm 118. Diese sieht in Art. 169 vor, dass der Besteller bei Mängeln – anders als nach Art. 368 OR – ausschliesslich ein Nachbesserungsrecht hat. Daher darf B, wenn U ein mangelhaftes Werk abgeliefert, die Mängel nicht durch einen Dritten beseitigen lassen. Tut er es trotzdem, so verunmöglicht er dem U die Nachbesserung. Es ist dann zu halten, wie wenn U die Mängel beseitigt hätte. U hat daher Anspruch auf den ganzen Werklohn und muss sich wegen der Mängel keinen Abzug gefallen lassen. Ein Abzug ist lediglich analog Art. 324 Abs. 2 OR gerechtfertigt, etwa wenn U wegen der unterbliebenen Nachbesserung Kosten sparen konnte.

Vom Zweckfortfall ist die *Zweckerreichung* zu unterscheiden. Bei dieser tritt der mit der Leistung angestrebte Erfolg auf andere Weise als durch die Leistung ein. Un-

22 S. für das deutsche Recht ERMANN/SEILER (FN 5), § 645 BGB N 10 m.w.Nw.; a.A. VOLKER BEUTHIEN, Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhältnis, Tübingen 1969, 129.

23 Weiteres Beispiel bei MARCEL GIGER, Die vom Gläubiger verschuldete Leistungsunmöglichkeit, Diss. St. Gallen 1992, 57: „Der Gläubiger wird vom Blitz erschlagen, der bestellte Massanzug kann in der Folge nicht fertiggestellt werden“.

24 Das in Pension gegebene Pferd starb, so dass der zum Unterhalt des Pferdes Verpflichtete seiner Verpflichtung (zur Fütterung des Pferdes usw.) nicht mehr nachkommen konnte.

25 WEBER, Berner Kommentar, Art. 97 OR N 130; MARIO PEDRAZZINI, Der Werkvertrag, SPR VII/1, 546 unten/547.

26 Wiedergegeben und kommentiert bei KOLLER (FN 11), 258 ff.

möglichkeit liegt aber nur vor, wenn mit dem Eintritt des Erfolgs die Leistung nicht mehr erbracht werden kann, der Erfolg in diesem Sinne zum Inhalt der Leistung gehört. Entscheidend ist, ob das vom Gläubiger mit der Leistung verfolgte Interesse in den Vertrag eingebunden, zum Vertragsinhalt gemacht wurde²⁷. Das trifft etwa zu, wenn das freizuschleppende Schiff beim Eintreffen der Bergungsschlepper bereits von selbst freigekommen ist.

Angenommen, X hat B damit beauftragt, eines seiner Gemälde zu restaurieren. Noch bevor es zur Vertragsdurchführung kommt, stirbt X. In der Folge lässt Y, der Alleinerbe von X, das Bild durch C restaurieren und verunmöglicht damit dem B die Werkausführung. Hätte Y von dem mit B geschlossenen Vertrag wissen müssen oder hat er davon sogar gewusst, so schuldet er dem B den vollen Werklohn mit den Einschränkungen analog Art. 324 Abs. 2 OR.

Keine Unmöglichkeit i.S.v. Art. 378 OR ist die sog. *Verwendungsunmöglichkeit*²⁸. Die Bestimmung kommt daher beispielsweise nicht zum Tragen, wenn die Bestellerin eines Hochzeitskleides den Bedarf dafür verliert, weil sie vom Bräutigam verlassen wird. Die Leistungspflicht des Unternehmers bleibt in solchen Fällen – vorbehaltlich der *clausula rebus sic stantibus*²⁹ – bestehen, damit auch die Vergütungspflicht des Bestellers bei Ablieferung des Werks.

2. Unter Art. 378 OR fällt auch der Sachverhalt, dass dem Unternehmer die Herstellung des Werks infolge *Mitwirkungsverzugs des Bestellers* (Art. 91 OR, 2. Tatbestandsvariante) unmöglich wird³⁰. Denn auch in diesem Fall hat die Unmöglichkeit ihre Ursache in „Verhältnissen des Bestellers“ (Marginalie zu Art. 378 OR). Im Übrigen ist zu unterscheiden, ob der Verzug verschuldet ist oder nicht. Im letzteren Fall kommt Abs. 1 zum Zuge, sonst Abs. 2. Abs. 2 kann freilich nur analog angewendet werden, denn nach dem Gesetzestext muss sich das Verschulden auf die Unmöglichkeit als solche beziehen. Die Analogie rechtfertigt sich aus der Überlegung, dass beim Schuldnerverzug *mutatis mutandis* dasselbe gilt: Der Verzugschuldner haftet nicht nur für die verschuldete Unmöglichkeit (Art. 97 Abs. 1 OR), sondern auch für die zufällige Unmöglichkeit, welche infolge schuldhaften Schuld-

27 Vgl. KARL LARENZ, *Schuldrecht, Allgemeiner Teil*, 14. Aufl., München 1987, 315.

28 Statt vieler PEDRAZZINI (FN 25), 546, Text und FN 14.

29 S. dazu mit unterschiedlichen Auffassungen einerseits AEPLI, *Zürcher Kommentar*, Art. 119 OR N 31; PETER JÄGGI/PETER GAUCH, *Zürcher Kommentar*, Art. 18 OR N 654 ff.; andererseits JACQUES BISCHOFF, *Vertragsrisiko und clausula rebus sic stantibus: Risikoordnung in Verträgen bei veränderten Verhältnissen*, Zürich 1983, 203.

30 Vgl. GAUCH (FN 12), N 750, 1343.

nervenzugs eingetreten ist (Art. 103 OR). Dass sich die Analogie sachlich rechtfertigt, macht ein Beispiel deutlich:

Malermeister U hat mit B abgemacht, dass er am 3. April bei B die Küche für Fr. 700.– neu streicht. Als U bei B am 3. April zur abgemachten Zeit erscheint, ist B nicht zu Hause. Er hat den Termin schlicht vergessen. In der Nacht vom 3. auf den 4. April brennt das Haus von B nieder, so dass U seine Arbeit nicht mehr verrichten kann. Hier hat U, wenn man auf Art. 378 Abs. 1 OR abstellt, praktisch nichts zugute. Stellt man hingegen auf Art. 378 Abs. 2 OR ab, so kann er mit den Einschränkungen analog Art. 324 Abs. 2 OR den ganzen Werklohn beanspruchen. Das ist angemessen.

Der Anspruch aus Art. 378 OR setzt einen Kausalzusammenhang zwischen dem Gläubigerverzug und dem Ausbleiben der Werkherstellung voraus³¹. Wenn in unserem Beispiel U am 3. April nur einen Teil der Streicharbeiten hätte erledigen können, so hat er auch nur ein Teilentgelt (als Schadenersatz i.S.v. Art. 378 Abs. 2 OR) zugute.

3. Art. 378 OR betrifft nach seinem Wortlaut nur Fälle, in denen die Unmöglichkeit eintritt, während das *Werk noch nicht vollendet* ist („Wird die Vollendung ... unmöglich“). Diese Beschränkung des Anwendungsbereiches ist damit zu erklären, dass Fälle, in denen die Unmöglichkeit eintritt, nachdem das Werk bereits vollendet (aber noch nicht abgeliefert) ist, praktisch kaum vorkommen dürften. Ist dies aber einmal der Fall, so kommt Art. 378 OR – über den Wortlaut hinaus – zur Anwendung. Dabei hat der Unternehmer – bei gegebenen Voraussetzungen, wenn also die Unmöglichkeit ihre Ursache in „Verhältnissen des Bestellers“ hat – auch nach Abs. 1 den ganzen Werklohn zugute. Denn der Unternehmer hat ja bis auf die Ablieferung alles von seiner Seite aus Erforderliche getan und die Erfüllung ist ausschliesslich am Besteller bzw. dem von ihm zu vertretenden Zufall gescheitert. Es verhält sich insoweit gleich, wie wenn das Werk – durch Zufall – zugrunde geht, nachdem der Besteller in Gläubigerverzug geraten ist (Art. 376 Abs. 1 OR). Im Einzelfall können Art. 378 Abs. 1 und 376 Abs. 1 OR auch kumulativ anwendbar sein (Anspruchskonkurrenz, oben, I.3.).

Angenommen, ein Unternehmer, der eine Vase zu reparieren hat, bringt diese nach getaner Arbeit am abgemachten Tag zum Besteller. Dieser ist jedoch nicht zu Hause. Gerade als der Unternehmer das Haus des Bestellers verlassen will, löst sich ein Ziegel vom Dach und fällt ausgerechnet auf die Vase. Diese geht kaputt, weshalb nun eine Reparatur ausgeschlossen ist. Der Unternehmer hat hier Anspruch auf

31 GAUCH (FN 12), N 1193.

den ganzen Werklohn. Das kann man über Art. 378 Abs. 1 OR oder/und Art. 376 Abs. 1 OR rechtfertigen.

IV. Insbesondere der Schadenersatzanspruch i.S.v. Art. 376 Abs. 3 und Art. 378 Abs. 2 OR

Die folgenden Ausführungen beziehen sich zwar ausschliesslich auf Art. 378 Abs. 2 OR, sie gelten jedoch mutatis mutandis auch für Fälle, in denen der Besteller den Untergang des Werks verschuldet hat (Art. 376 Abs. 3 OR).

1. Der Anspruch aus Art. 378 Abs. 2 OR ist seiner Rechtsnatur nach ein Schadenersatzanspruch, *nicht ein (reduzierter) Erfüllungsanspruch*: Er ist Ausgleich für Nichterfüllung, nicht Entgelt für Erfüllung. Allerdings ist es dem Gesetzgeber unbenommen, einen Erfüllungsanspruch an einen Nichterfüllungstatbestand zu knüpfen (letztlich handelt es sich dann aber um eine Fiktion)³². So ist der Anspruch aus Art. 324 OR unstreitig Erfüllungsanspruch.

Entsprechendes gilt für Art. 377 OR: Der Anspruch des Unternehmers auf „volle Schadloshaltung“ im Falle der Vertragsauflösung durch den Besteller ist Schadenersatzanspruch, nicht Erfüllungsanspruch. Denn ist der Vertrag einmal aufgelöst, bleibt für einen „eigentlichen Erfüllungsanspruch“ kein Raum mehr³³. Aber auch hier gilt, dass der Gesetzgeber anderes anordnen kann. So ist der dem Art. 377 OR entsprechende § 645 BGB als Erfüllungsanspruch konzipiert³⁴.

Aus dem Umstand, dass der Anspruch aus Art. 378 Abs. 2 OR Schadenersatzanspruch ist, darf aber nicht geschlossen werden, der Unternehmer sei für sein Vergütungsinteresse beweispflichtig. Seine Beweispflicht beschränkt sich vielmehr auf die Höhe der Vergütung, die er im Erfüllungsfalle zugute gehabt hätte; es obliegt dann dem Besteller, Abzüge i.S.v. Art. 324 Abs. 2 OR zu behaupten und zu beweisen³⁵.

32 Eingehend zur Problematik JENS PETER MBINCKE, Nachträgliche Unmöglichkeit beim gegenseitigen Vertrag, AcP 1971, 18 ff.
 33 So in verwandtem Zusammenhang OGer ZH, ZR 96 (1997), 157.
 34 JAUERNIG/SCHLECHTRIEM (FN 8), § 649 BGB N 3 und 4.
 35 A.M. PEDRAZZINI (FN 25), 549 FN 27, der zwar die im Text vorgeschlagene Ansicht für die sachlich zutreffende hält, aber glaubt, der Wortlaut von Art. 378 Abs. 2 OR zwingt zu der von ihm vertretenen „positiven Schadensberechnung“. Wie im Text hingegen GAUTSCHL, Berner Kommentar, Art. 377 OR N 15d, mit Bezug auf die Parallelproblematik bei Art. 377 OR. Offen gelassen wird die Frage in BGE 96 II 196.

2. Der Schadenersatzanspruch aus Art. 378 Abs. 2 OR ist *Erfüllungssurrogat* und als solches *umfangmässig durch den Werklohn begrenzt* (Vergütungsinteresse). Er beruht nicht auf einer Pflichtverletzung, sondern auf einem blossen *Obliegenheitsverstoss*³⁶. Ist der Besteller im Einzelfall zur Annahme des Werks im rechtlichen Sinne verpflichtet, so beinhaltet die schuldhaft Herbeiführung der Leistungsunmöglichkeit gleichzeitig einen Pflichtverstoss. Dieser macht nach Art. 97 OR schadenersatzpflichtig; es ist dann das ganze positive Vertragsinteresse zu ersetzen, welches über das Vergütungsinteresse hinausgehen kann³⁷.

Da sich das Verschulden i.S.v. Art. 378 Abs. 2 OR auf eine blosser Obliegenheitsverletzung bezieht, ist es nicht im üblichen technischen Sinne zu verstehen. Die Kriterien zur Feststellung eines Verschuldens sind jedoch im Wesentlichen dieselben, ob es nun um ein eigentliches oder uneigentliches Verschulden (i.S.v. Art. 378 Abs. 2 OR) geht.

3. Art. 378 Abs. 2 OR sieht vor, dass der Besteller im Verschuldensfall nicht nur die Teilvergütung für die bereits ausgeführte Arbeit, sondern „überdies Schadenersatz“ schuldet. Das bedeutet *nicht*, dass der Unternehmer gegebenenfalls zwei Ansprüche hat und entsprechend *zweigeteilt substantiieren* muss. Liegt ein Verschulden vor, kann er vielmehr – mit den Einschränkungen analog Art. 324 Abs. 2 OR – den Werklohn für das ganze Werk als Schadenersatz geltend machen. Es verhält sich gleich wie etwa im Falle des verschuldeten Schuldnerverzugs: Der Gläubiger hat diesfalls nicht nur Anspruch auf Verzugszins (Art. 104 OR), sondern auch auf Ersatz des darüber hinausgehenden Schadens (Art. 106 OR). Er braucht natürlich nicht den Verzugszins zu verlangen und einen darüber hinausgehenden Schaden separat geltend zu machen. Vielmehr kann er einfach Schadenersatz verlangen. Das scheint selbstverständlich, doch wird im Rahmen von Art. 368 Abs. 2 OR anderes behauptet. So meint GAUCH, „Schadenersatz“ i.S.v. Art. 368 Abs. 1 und 2 OR meine nur den Schaden, der trotz Wandelung, Minderung oder Nachbesserung verbleibt (sog. Mangelfolgeschaden); der Mangelschaden falle nicht darunter³⁸. Folgt man dieser Ansicht, so kann der Besteller bei vom Unternehmer verschuldeten Mängeln

36 Wie an anderer Stelle dargelegt (ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Bern 1996, N 96 ff.), ist die Abgrenzung zwischen Annahmepflicht und Annahmehobliegenheit danach zu treffen, ob sich das Vertragsinteresse des Unternehmers auf den Erhalt des Werklohns beschränkt oder ob er mit dem Vertragsabschluss noch ein davon verschiedenes Interesse verfolgt (N 103). Das Erstere ist die Regel, das Letztere die seltene Ausnahme. S. ferner zur Abgrenzung ALFRED KOLLER, Berner Kommentar, Art. 366 OR N 773 ff.
 37 Vgl. KOLLER, Berner Kommentar, Art. 366 OR N 772 ff.
 38 GAUCH (FN 12), N 1864.

nicht einfach Schadenersatz beanspruchen (Art. 368 Abs. 2 OR), sondern muss eines der kausalen Mängelrechte geltend machen und den verbleibenden Schaden separat ersetzt verlangen. In Wirklichkeit kann der Besteller – wenn den Unternehmer ein Verschulden trifft – allen aus dem Mangel resultierenden Schaden „in einem Aufwisch“ liquidieren³⁹. Das war anfangs auch die Auffassung des Jubilars⁴⁰ und wird es hoffentlich in Zukunft wieder werden.

39 GUHL/KOLLER (FN 7), § 47 N 54: „Im Ergebnis bedeutet dies, dass der Besteller das Werk behalten und allen durch den Mangel verursachten Schaden ersetzt verlangen kann; insbesondere kann er das Werk auf Kosten des Unternehmers durch einen Dritten verbessern lassen. Das Bundesgericht ist freilich anderer Meinung: Der Besteller müsse immer zweistufig vorgehen, d.h. eines der drei verschuldensunabhängigen Mängelrechte ausüben und den dann noch verbleibenden Mangel- folgeschaden liquidieren. Und es fügt bei: Mindert der Besteller, so kann er im Falle einer Drittver- besserung die den Minderwert übersteigenden Kosten nicht als Mangel- folgeschaden ersetzt verlangen, denn ‚der zum Ersatz beanspruchte Aufwand‘ ist ‚im Mangel selbst begründet und nicht dessen Folge‘ (BGE 116 II 305 E. 4) – eine sehr formalistische Betrachtungsweise, welche unberücksichtigt lässt, dass die Unterscheidung zwischen Mangelschaden und Mangel- folgeschaden im Wortlaut von OR 368 nicht niedergelegt ist, und welche dem Besteller ohne sachlichen Grund ein Recht vorenthält, das ihm nach allgemeinem Schadenersatzrecht (OR 97) zustünde“.

40 Bis und mit 2. Auflage des in FN 1 erwähnten Werks (s. S. 221 der 2. Auflage). In den folgenden Auflagen schloss sich HONSELL der Auffassung von GAUCH (die auch ich früher vertrat) an (s. S. 281 der 6. Aufl.).