

AJP/PJA

12/2013, S. 1765 ff.

Aktuelle Juristische Praxis / Pratique Juridique Actuelle

Aufsätze / Articles

[1765] Nachträgliche Leistungsunmöglichkeit auf Seiten des Unternehmers



ALFRED KOLLER *

▪ Zusammenfassung

Der Aufsatz befasst sich mit der Rechtslage in Fällen, in denen einem Werkunternehmer (Art. 363 OR) die Verschaffung des versprochenen Arbeitserfolgs (die Ablieferung des Werks) ganz oder teilweise unmöglich geworden ist, und zwar absolut und dauernd. Nach allgemeiner Regel (Art. 119 Abs. 1 OR) fällt in einem solchen Fall die ursprüngliche Leistungspflicht des Unternehmers dahin. Im Übrigen hängt die Rechtslage wesentlich von der Ursache der Unmöglichkeit ab: Beruht sie auf Zufall, so kann der Unternehmer mit den Vorbehalten, die sich aus Art. 376 Abs. 1, 378 Abs. 1 und 379 Abs. 2 OR ergeben, weder Werklohn noch Ersatz seiner Auslagen verlangen (Art. 119 Abs. 2 OR). Demgegenüber hat er mit gewissen Einschränkungen den ganzen Werklohn zugute, wenn der Besteller die Unmöglichkeit verschuldet hat (Art. 378 Abs. 2 OR). War es hingegen der Unternehmer, der die Unmöglichkeit verschuldet hat, so ist er dem Besteller nach Massgabe von Art. 97 ff. OR zu Schadenersatz verpflichtet.

Résumé

L'article analyse la situation juridique dans les cas où un entrepreneur (art. 363 CO) se retrouve dans l'impossibilité, totale ou partielle, de fournir le résultat du travail, tel que promis (la livraison de l'ouvrage), et cela, de manière absolue et durable. La règle générale (art. 119 al. 1 CO) prévoit que, dans ce cas, l'obligation initiale de l'entrepreneur s'éteint. La situation juridique dépend, par ailleurs, essentiellement de la cause de l'impossibilité: si celle-ci repose sur un cas fortuit, l'entrepreneur ne peut ni réclamer le prix de son travail, ni le remboursement de ses dépenses (art. 119 al. 2 CO). Les cas prévus aux art. 376 al. 1, 378 al. 1 et 379 al. 2 CO sont réservés. Par contre, il a droit, avec certaines restrictions, à la totalité du prix de l'ouvrage, si l'impossibilité est

imputable au maître de l'ouvrage (art. 378 al. 2 CO). Si, en revanche, l'entrepreneur est à l'origine de l'impossibilité, il est tenu de verser des dommages-intérêts au maître, conformément aux art. 97 ss CO.

▪ INHALTSÜBERSICHT

I. Zum Thema

II. Die Rechtslage im Überblick

III. Präzisierungen zu Art. 378 OR

IV. Präzisierungen zu Art. 379 OR

I. Zum Thema

Im Folgenden interessiert die Rechtslage in Fällen, in denen dem Unternehmer die Verschaffung des versprochenen Arbeitserfolgs (die Ablieferung des Werks) ganz oder teilweise unmöglich geworden ist, und zwar absolut und dauernd. Ausser Betracht bleiben also die sog. relative Unmöglichkeit sowie die vorübergehende Unmöglichkeit. Sodann wird von den verschiedenen Unterarten der Teilunmöglichkeit nur eine einzige behandelt. Präzisierungen:

- a) *Absolut* unmöglich ist eine Leistung, wenn sie vom Schuldner (hier: Unternehmer) schlechterdings nicht erbracht werden kann. Keine Unmöglichkeit in diesem Sinne ist daher – wie bereits gesagt – die relative Unmöglichkeit (Ausdruck von BGE 45 II 386, 398), welche auch als Unvermögen oder wirtschaftliche Unmöglichkeit bezeichnet wird und deren Kennzeichen darin besteht, dass die Leistung zwar noch erbracht werden kann, jedoch dem Schuldner "nach Treu und Glauben im Verkehr ... billigerweise nicht mehr zumutbar ist" (SJZ 1989, 177¹)².
- b) *Dauernd* ist die Unmöglichkeit, wenn das Leistungshindernis ein dauerndes ist (das zu reparierende Auto ist einem Brand zum Opfer gefallen, BGE 59 II 63) oder, wenn es zwar ein vorübergehendes ist, jedoch nicht damit gerechnet werden kann, dass es während der für die Erfüllung vorgesehenen Zeit wegfällt. Von Bedeutung ist dies für absolute Fixgeschäfte, also Verträge, bei denen nach der vertraglichen Abmachung nur während oder an einem bestimmten Zeitpunkt erfüllt werden kann³. Hat beispielsweise der Taxifahrer U dem B zugesagt, ihn am 10. Sep [1766] tember zum Bahnhof zu fahren⁴ und allerspätestens um 17.45 Uhr dort zu sein, so tritt dauernde Unmöglichkeit ein, wenn U am 9. September schwer verunfallt und für längere Zeit ins Spital muss⁵.
- c) *Ganzunmöglichkeit* liegt vor, wenn der Arbeitserfolg gänzlich nicht verschafft werden kann. Es ist denkbar, dass die (Ganz-)Unmöglichkeit nur die Ablieferung des fertig hergestellten Werks beschränkt (die vertragsgemäss hergestellte Maschine wird staatlich konfisziert und kann daher nicht an den Besteller abgeliefert werden), im Regelfall aber wird auch die Herstellungspflicht betroffen sein (das von U zu streichende Haus brennt – vor oder nach Inangriffnahme der Werkausführung – ab, so dass U die Arbeit nicht ausführen bzw. nicht fortsetzen und das Werk nicht abliefern kann). So oder so liegt Ganzunmöglichkeit, wie sie hier interessiert, vor.
- d) Von *Teilunmöglichkeit* spricht man, wenn der geschuldete Arbeitserfolg nur teilweise verschafft werden kann. Bei der *quantitativen* Teilunmöglichkeit kann das Werk als solches teilweise nicht

verschafft (abgeliefert) werden, bei der *qualitativen* bleibt das Werk als solches ausführbar, jedoch nicht in der geschuldeten Qualität. Im Folgenden interessiert nur die quantitative Teilunmöglichkeit. Ausser Betracht bleibt ferner der Fall, dass vertraglich vorgegebene Ausführungsvorschriften nicht eingehalten werden können bzw. der angestrebte Erfolg nur bei Abgehen von den vereinbarten Ausführungsmodalitäten (betr. Material, Verfahren usw.) erreicht werden kann.

e) Bei der quantitativen Teilunmöglichkeit können zwei hauptsächliche Varianten unterschieden werden. Bei der einen Variante (teilweise *Herstellungsunmöglichkeit*) ist die Herstellung und damit auch die Ablieferung teilweise möglich geblieben bzw. nur teilweise unmöglich geworden (eines von zwei von U zu streichenden Häusern wird zerstört, so dass U nur noch eines streichen und nur mehr einen Teil des versprochenen Werks abliefern kann⁶). Bei der anderen Variante (teilweise *Ablieferungsunmöglichkeit*) ist die Herstellung nach Inangriffnahme der Werkausführung unmöglich geworden, die Ablieferung aber teilweise möglich geblieben (nachdem U das eine von zwei zu streichenden Häusern gestrichen hat, wird das andere zerstört, so dass U nur mehr einen Teil des versprochenen Werks abliefern kann). Bei dieser ist Gegenstand der teilweise unmöglich gewordenen Leistungspflicht des Unternehmers nur noch die Ablieferung des bereits hergestellten Teilwerks, bei jener die Herstellung und Ablieferung eines erst noch herzustellenden Teilwerks. Im Folgenden interessiert nur die teilweise Ablieferungsunmöglichkeit.

II. Die Rechtslage im Überblick

Beruhet die Unmöglichkeit auf dem Untergang des Werks, so ist nebst den einschlägigen Unmöglichkeitsregeln (z.B. [Art. 378 OR](#)) auch [Art. 376 OR](#) zur Anwendung zu bringen⁷. Analog ist diese Bestimmung m.E. auch bei sonstigen Unmöglichkeitstatbeständen heranzuziehen, also etwa dort, wo ein Bauverbot (BGE 26 II 546), ein Einfuhrverbot (vgl. BGHZ 83, 197 ff.) oder die Konfiskation des Werks zur Unmöglichkeit geführt haben.

1. *Ganzunmöglichkeit*. Die Rechtslage hängt wesentlich davon ab, welche Ursache die Unmöglichkeit hat.

a) Beruht sie auf *Zufall*, so kann der Unternehmer grundsätzlich weder Lohn für seine Arbeit noch Vergütung seiner Auslagen verlangen ([Art. 376 Abs. 1 OR](#), ebenso [Art. 379 Abs. 2 OR](#) [durch Umkehrschluss]). Das entspricht dem allgemeinen Grundsatz, dass die Preisgefahr beim Schuldner, der durch die Unmöglichkeit von seiner [1767] Leistungspflicht befreit wird, liegt ([Art. 119 Abs. 2 OR](#))⁸. Ausnahmen finden sich in [Art. 376 Abs. 1 a.E. OR](#) und [Art. 378 Abs. 1 OR](#). Nach der ersten Bestimmung hat der Besteller den ganzen Werklohn zu zahlen, wenn er sich bei Eintritt der Unmöglichkeit in Annahmeverzug befunden hat und die Unmöglichkeit durch den Verzug bedingt ist. Nach der zweiten Bestimmung schuldet er nur, aber immerhin die Vergütung der geleisteten Arbeit und der im Preise nicht inbegriffenen Auslagen, wenn ein bei ihm eingetretener Zufall der Unmöglichkeit zugrunde liegt. Beispiele finden sich hinten in III.1a.

[Art. 378 Abs. 1 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. Trifft dies aber einmal zu, so kommt [Art. 378 Abs. 1 OR](#) – über den Wortlaut hinaus – zur Anwendung⁹. Gegebenenfalls hat der Besteller den ganzen

Werkpreis zu bezahlen, weil der Unternehmer bereits die ganze Arbeit geleistet, das ganze Werk hergestellt hat. Befand sich der Besteller bei Eintritt der Unmöglichkeit in Annahmeverzug (**Art. 91 OR**), kommt als zusätzliche Anspruchsgrundlage **Art. 376 Abs. 1 OR** hinzu. Gegebenenfalls besteht Anspruchskonkurrenz.

b) Hat der *Besteller* die Unmöglichkeit *verschuldet* (oder sonstwie zu vertreten, z.B. nach **Art. 101 OR**, hinten III.2a a.E.), so hat der Unternehmer – gleich wie in Fällen, in denen die Unmöglichkeit auf einem beim Besteller eingetretenen Zufall beruht – Anspruch auf Vergütung der geleisteten Arbeit und der im Preis nicht inbegriffenen Auslagen (**Art. 378 Abs. 1 OR**). "Überdies" kann er "Schadenersatz fordern" (**Art. 378 Abs. 2 OR**), nämlich Ersatz des positiven Vertragsinteresses, genauer: des Vergütungsinteresses (s. Näheres hinten in III.2b).

Das ABGB gewährt dem Unternehmer die Ansprüche, welche nach schweizerischem Recht ein Verschulden des Bestellers voraussetzen, schon immer dann, wenn die Unmöglichkeit auf Umständen beruht, "die auf Seite des Bestellers liegen" (§ 1168 Abs. 1), also beim Tatbestand von **Art. 378 Abs. 1 OR**. Eine analoge Regelung findet sich im schweizerischen Recht beim Arbeitsvertrag: "Kann ein Arbeitnehmer aus Gründen, die dem Risikobereich des Arbeitgebers (dessen Betriebsrisiko) zuzurechnen sind, die Arbeit nicht leisten, so hat er – vorbehältlich **Art. 324 Abs. 2 OR** – trotzdem den Lohn zugute (**Art. 324 Abs. 1 OR**). Anders als nach **Art. 378 Abs. 1 OR** beschränkt sich also der Vergütungsanspruch nicht auf die bereits geleistete Arbeit."¹⁰ Zu einer weiteren Schlechterstellung des Unternehmers gegenüber dem Arbeitnehmer s. hinten FN 16.

c) Hat der *Unternehmer* die Unmöglichkeit *verschuldet* (oder sonstwie zu vertreten), so ist er zu Schadenersatz verpflichtet (**Art. 97 OR**). Dem Besteller steht ein dreifaches Wahlrecht zu: Er kann seine eigene Leistung verweigern bzw., falls bereits erbracht, zurückverlangen (vgl. **Art. 109 Abs. 1 OR**) und Ersatz des negativen Vertragsinteresses fordern (vgl. **Art. 109 Abs. 2 OR**) oder er kann seine Leistung erbringen bzw., falls bereits erbracht, beim Unternehmer belassen und Ersatz des positiven Vertragsinteresses verlangen, also nach der Austauschtheorie vorgehen, oder schliesslich seine eigene Leistung verweigern bzw. zurückverlangen und Ersatz des positiven Vertragsinteresses verlangen (Differenztheorie).

Dass das negative Vertragsinteresse ersatzfähig ist, obwohl nach dem Wortlaut von **Art. 97 OR** nur das positive Vertragsinteresse verlangt werden kann, ist die fast einhellige Auffassung¹¹. Generell anerkannt ist sodann, dass der Besteller das positive Vertragsinteresse nach der Austauschtheorie ersetzt verlangen kann. Demgegenüber lehnen ein Teil der Lehre und das Bundesgericht ein Vorgehen nach der Differenztheorie ab¹².

d) Im Falle *beidseits zu vertretender Unmöglichkeit* bestehen zwar die vorstehend in lit. b und c umschriebenen Ansprüche ebenfalls, jedoch nur in reduziertem Umfang (abweichend **BGE 114 II 274**)¹³.

2. *Teilunmöglichkeit*. Mit der Teilunmöglichkeit ist im Folgenden nur die *teilweise Ablieferungsunmöglichkeit* gemeint (s. vorne I. lit. e). Es geht also um Fälle, in denen die Herstellung des Werks nach Inangriffnahme der Arbeiten unmöglich geworden, die Ablieferung aber teilweise möglich geblieben ist (nachdem U das eine von zwei zu streichenden Häusern gestrichen hat, wird das andere zerstört, so dass U nur mehr einen Teil des versprochenen Werks abliefern kann). Die Rechtslage hängt wie im Falle von Ganzunmöglichkeit von der Ursache der (Teil)Unmöglichkeit ab.

a) Beruht sie auf *Zufall*, so ist weiter zu unterscheiden:

- Ist der Zufall eingetreten, als der Besteller in *Annahmeverzug* war, so hat der Unternehmer – nicht anders als im Falle von Ganzunmöglichkeit – den vollen [1768] Werklohn zugute (**Art. 376 Abs. 1 OR¹⁴**, s. vorne II.1a), freilich gegen Herausgabe des angefangenen Werks. Ob es für den Besteller brauchbar ist oder nicht, spielt keine Rolle.

Beispiel: U soll für B, der mit den Jahren an Leibesumfang und Gewicht zugelegt hat, einen Anzug ausweiten. Nach getaner Arbeit will U den Anzug bei B am vereinbarten Termin vorbeibringen. Da B nicht zu Hause ist, zieht U unverrichteter Dinge wieder von dannen. Auf dem Rückweg wird er unverschuldet in einen Unfall verwickelt, bei dem der Kittel zerstört wird. Hier hat B den ganzen Werklohn gegen Herausgabe der Hose zu bezahlen.

- Ist der Zufall *beim Besteller eingetreten*, so hat der Unternehmer für das angefangene Werk die Ansprüche aus **Art. 378 Abs. 1 OR**, der Besteller seinerseits kann wiederum das angefangene Werk herausverlangen. Ob es für ihn brauchbar ist oder nicht, ist erneut ohne Belang.
Beispiel: Malermeister U hat für B zwei Häuser zu streichen. Nachdem er eines gestrichen hat, fällt das zweite in sich zusammen, und zwar wegen eines von B nicht zu verantwortenden Konstruktionsfehlers. Dabei handelt es sich um einen bei B eingetretenen Zufall (vgl. **Art. 376 Abs. 3 OR**). U hat hier die Ansprüche aus **Art. 378 Abs. 1 OR**. Er kann also die Vergütung für das bereits gestrichene Haus sowie Ersatz der in der Vergütung nicht inbegriffenen Auslagen verlangen.

- Beruht die Unmöglichkeit darauf, dass *der Unternehmer ohne seine Schuld zur Vollendung des Werks unfähig geworden ist* (**Art. 379 Abs. 1 OR**), z.B. infolge eines Herzinfarktes, so hat der Besteller das Werk, soweit es "für ihn brauchbar ist, anzunehmen und zu bezahlen" (**Art. 379 Abs. 2 OR**). Ist es nicht brauchbar, so ist keinerlei Vergütung oder Auslagenersatz geschuldet. Der schuldlosen Unfähigkeit, das Werk zu vollenden, ist der *Tod des Unternehmers* gleichgestellt (**Art. 379 Abs. 1 OR**). Ob dieser verschuldet ist oder nicht, spielt keine Rolle¹⁵. Der Tod gilt also von Gesetzes wegen als Zufall¹⁶.

Beispiel: Kunstmaler Pablo P soll für B dessen Zwillingssöhne porträtieren. Nachdem P eines der Porträts fertiggestellt hat, verstirbt er. Der Tod von P bewirkt Unmöglichkeit hinsichtlich des zweiten Porträts, da es sich bei künstlerischen Leistungen – zumindest im Regelfall – um höchstpersönliche Leistungen handelt (**Art. 364 Abs. 2 OR¹⁷**). Ob B für das fertiggestellte Porträt vergütungspflichtig ist, hängt davon ab, ob es für ihn brauchbar ist oder nicht. Das wird man im Allgemeinen annehmen müssen. Immerhin sind Ausnahmen denkbar (man stelle sich vor, dass die beiden Porträts für einen Porträtwettbewerb, bei dem nur Doppelporträts von Zwillingen zugelassen sind, bestimmt waren).

- Alle *anderen* Zufälle (etwa ein Erdbeben) gehen – mit einem gleich noch zu machenden Vorbehalt – in dem Sinne zu Lasten des Unternehmers, als der Besteller auf das angefangene Werk verzichten kann, ohne irgend eine Vergütung oder Auslagenersatz zahlen zu müssen. Vorbehalten sind Fälle, in denen die Rückweisung des angefangenen Werks für den Unternehmer unzumutbare, durch das Bestellerinteresse nicht gerechtfertigte Nachteile mit sich bringen würde (**Art. 2 Abs. 2 ZGB**). Zu denken ist insbesondere an Fälle, in denen das angefangene Werk für den Besteller brauchbar ist und die Rückabwicklung in natura entweder

(wie etwa bei Putzarbeiten) ausgeschlossen ist oder (wie etwa bei Bauarbeiten auf Grund und Boden des Bestellers) zur Zerstörung erheblicher wirtschaftlicher Werte führen würde (vgl. Art. 368 Abs. 1 und 3 sowie 375 Abs. 2 OR). Bei Unbrauchbarkeit des Werks ist eine Vergütung selbst dann nicht geschuldet, wenn die Werkleistung nicht rückgängig gemacht werden kann. Die allenfalls geschuldete Vergütung bestimmt sich nicht nach **Art. 378 Abs. 1 OR**, sondern nach Billigkeit (**Art. 4 ZGB**).

Beispiel: B möchte den Anzug seines Vaters abändern lassen, um ihn, einmal abgeändert, selbst zu tragen. Er beauftragt U, die nötigen Änderungen vorzunehmen. Als U mit der Abänderung der Hose fertig ist, wird der Kittel bei einem Brand im Hause des U zerstört. Hier kann B die beim Brand nicht zerstörte Hose im Allgemeinen herausverlangen, ohne eine Vergütung zahlen zu müssen, denn man wird dem B normalerweise nicht zumuten können, eine Anzugshose ohne den dazu gehörenden Kittel zu tragen. Im Einzelfall kann es freilich sein, dass ihm die Zahlung einer Vergütung aus besonderem Grund (etwa weil er bereits einen zur Hose passenden Kittel hat) nach Treu und Glauben zumutbar ist. Alsdann hat er eine nach Billigkeit zu bemessende Vergütung zu bezahlen.

b) Hat der *Besteller* die Unmöglichkeit *verschuldet* (oder sonstwie zu vertreten), so stehen dem Unternehmer die in **Art. 378 OR** umschriebenen Ansprüche zu. Der Besteller seinerseits kann die Herausgabe des angefangenen Werks verlangen.

c) Hat der *Unternehmer* die Unmöglichkeit *verschuldet* (oder sonstwie zu vertreten), so hat der Besteller keine Pflicht, für das angefangene Werk eine Vergütung zu erbringen, es sei denn, die Rückabwicklung würde für den Unternehmer unzumutbare, durch das Bestellerinteresse nicht gerechtfertigte Nachteile mit sich bringen (**Art. 2 Abs. 2 ZGB**; s. analog vorne II.2a a.E.); alsdann hat der Besteller das angefangene Werk gegen eine Teilvergütung anzunehmen. So oder so hat der Besteller Anspruch auf Ersatz des Schadens, der ihm aus dem (teilweisen) Unmöglichwerden der Leistung entsteht (positives Vertragsinteresse). Wie im Falle von Ganzunmöglichkeit (vorne II.1c) muss dem Besteller – entgegen der Ansicht des Bundesgerichts – ein Vorgehen nach der Differenztheorie offen stehen¹⁸. Statt Ersatz des positiven Vertragsinteresses kann er auch Ersatz des negativen Vertragsinteresses verlangen und unter diesem Titel insbesondere den Ersatz von Aufwendungen, welche durch die Teilunmöglichkeit frustriert wurden (Frustrationsschaden)¹⁹.

d) Zum Fall *beidseits zu vertretender (Teil-)Unmöglichkeit* s. vorne II.1d. Das dort Gesagte gilt mutatis mutandis auch hier.

III. Präzisierungen zu **Art. 378 OR**

Art. 378 OR behandelt – wie gesehen – zwei Unmöglichkeitstatbestände: In Abs. 1 geht es um die Unmöglichkeit, der ein beim Besteller eingetretener Zufall zugrunde liegt, in Abs. 2 um die vom Besteller verschuldete Unmöglichkeit.

1. Ist Ursache der Unmöglichkeit *ein beim Besteller eingetretener Zufall*, so hat der Unternehmer "Anspruch auf Vergütung der geleisteten Arbeit und der im Preise nicht inbegriffenen Auslagen" (**Art. 378 Abs. 1 OR**).

a) *Beim Besteller eingetreten ist ein Zufall*, wenn ein Umstand aus seiner Risikosphäre die Unmöglichkeit bewirkt hat und dem Unternehmer nicht der Vorwurf gemacht werden kann, er habe

es pflichtwidrig unterlassen, den Besteller rechtzeitig auf den betreffenden Umstand bzw. die damit verbundene Gefährdung für das Werk hinzuweisen (vgl. **Art. 365 Abs. 3 OR**)²⁰. Welche Umstände dem Risikobereich des Bestellers zuzurechnen sind, entzieht sich einer "generell-abstrakten Umschreibung"²¹. Es gehören dazu aber jedenfalls die in **Art. 376 Abs. 3 OR** erwähnten Umstände (mangelhafter Baugrund usw.), ferner die in seiner Person begründete Verwendungsunmöglichkeit, wo diese ausnahmsweise Leistungsunmöglichkeit begründet²² (vgl. BGHZ 60, 14 = NJW 1973, 318). Nach verbreiteter Auffassung fällt auch die Unmöglichkeit durch Zweckverfehlung unter **Art. 378 Abs. 1 OR**, unabhängig davon, auf welcher Ursache sie beruht²³; richtiger dürfte es sein, diesen Unmöglichkeitstatbestand nur dann unter die Bestimmung zu subsumieren, wenn der Umstand, auf dem die Zweckverfehlung beruht, der Bestellersphäre zuzuordnen ist (vgl. BGHZ 78, 352). **Art. 378 Abs. 1 OR** ist daher anzuwenden, wenn das zu überbauende Grundstück mit einem Bauverbot belegt wird (vgl. BGE 26 II 546 und JBI 1989, 650 [Fehlen einer Zufahrtsmöglichkeit zur Baustelle]), nicht aber, wenn es durch einen Erdbeben unbebaubar wird. Beruht die Zweckverfehlung auf positivem *Handeln* des Bestellers, so wird man sie in jedem Fall unter **Art. 378 Abs. 1 OR** subsumieren müssen (anders BGHZ 40, 71 für das deutsche Recht [nur bei besonderem Gefährdungspotential der betreffenden Handlung]²⁴). Die Zweckerreichung ist analog der Zweckverfehlung zu behandeln.

Beispiel 1 (in Anlehnung an BGE 59 II 63): Emil Leutenegger brachte sein Auto zwecks Reparaturarbeiten in die Garage von V. Während einer Probefahrt, welche sich im Verlaufe der Arbeiten als notwendig erwies, fing das Auto Feuer und erlitt Totalschaden. Ein Verschulden konnte dem V nicht zur Last gelegt werden, der Untergang und die dadurch bewirkte Leistungsunmöglichkeit (durch Zweckverfehlung) beruhte also auf Zufall. Demnach ging der Verlust des Autos zu Lasten des Leutenegger (**Art. 376 Abs. 2 OR** analog²⁵; casum sentit dominus). Eine andere Frage war, ob dieser den V für die bereits vorgenommenen Reparaturarbeiten – nach **Art. 376 Abs. 3** bzw. **Art. 378 Abs. 1 OR** – entschädigen musste. Das war zu bejahen, wenn der Brand auf einen Motorschaden zurückzuführen war (denn dieser Umstand ist der Bestellersphäre zuzuordnen), zu verneinen hingegen, wenn V unverschuldet in einen Unfall verwickelt wurde und hierin die Brandursache zu sehen war (denn dieser Umstand ist der Unternehmersphäre zuzuordnen).

Beispiel 2 (in Anlehnung an BGHZ 40, 71): Bauer B beauftragt den Bauunternehmer U, für ihn eine Scheune zu errichten. Vor Fertigstellung der Scheune lagert B Heu ein, das sich ohne Verschulden des B entzündet. Dabei brennt die Scheune ab. U verlangt die Vergütung der bereits geleisteten Arbeit. Der An [1770] spruch ist begründet, nach Ansicht des BGH, weil B das Werk durch die Einlagerung des Heus einer Gefahr ausgesetzt hat, nach meinem Dafürhalten, weil B eine Handlung vorgenommen hat, die kausal zur Unmöglichkeit geführt hat.

Beispiel 3: Angenommen, B hat U damit beauftragt, eines seiner Gemälde zu restaurieren. Noch bevor es zur Vertragsdurchführung kommt, stirbt B. In der Folge lässt Y, der Alleinerbe von B, das Bild durch C restaurieren und verunmöglicht damit dem U die Werkausführung (Unmöglichkeit zufolge Zweckerreichung). Musste Y von dem mit U geschlossenen Vertrag keine Kenntnis haben, so hat er zwar nicht schuldhaft gehandelt, doch fällt die Unmöglichkeit immerhin in seinen Risikobereich. Es trifft ihn daher die Haftung nach **Art. 378 Abs. 1 OR**, d.h. er muss dem U für allfällig bereits vorgenommene Erfüllungshandlungen (Vorbereitungsarbeiten) ein Teilentgelt zahlen.

b) Bei der Bemessung der nach **Art. 378 Abs. 1 OR** geschuldeten Teilvergütung ist von der Vergütung, wie sie bei ordentlichen Vertragsdurchführung geschuldet gewesen wäre (**Art. 373 f. OR**), auszugehen. Diese Vergütung ist im Verhältnis der bisher aufgewendeten Arbeitszeit zu der für die Werkausführung insgesamt veranschlagten Arbeitszeit zu ersetzen²⁶. Nicht massgeblich ist somit der Wert der bisher erbrachten Leistung für den Besteller (vgl. demgegenüber unten IV.3 betr. **Art. 379 OR**)²⁷. Wenn beispielsweise "40% der vorgesehenen Arbeitszeit abgeleistet sind, müssen mithin 40% der Vergütung gezahlt werden, mögen sich die Leistungen des Unternehmers auch in blossen Vorbereitungen erschöpft oder umgekehrt das Werk seinem Wert nach schon im Wesentlichen geschaffen haben"²⁸. An Auslagen sind nach **Art. 378 Abs. 1 OR** nur solche zu ersetzen, die sich bereits im Werk niedergeschlagen haben²⁹. Jeder weitergehende Auslagenersatz setzt ein Verschulden des Bestellers voraus (**Art. 378 Abs. 2 OR**; anders BGHZ 60, 14, hinsichtlich § 645 BGB³⁰).

2. Hat der *Besteller* die Unmöglichkeit *verschuldet*, so steht dem Unternehmer "überdies", d.h. zusätzlich zu der nach **Art. 378 Abs. 1 OR** geschuldeten Teilvergütung, Schadenersatz zu.

a) **Art. 378 Abs. 2 OR** schützt nur das Vergütungsinteresse, d.h. das Interesse des Unternehmers, den ganzen Lohn – auch für die unmöglich gewordene Leistung – zu erlangen. Weitergehender Schadenersatz ist nur auf der Grundlage von **Art. 97 OR** ersatzfähig. **Art. 97 OR** setzt voraus, dass dem Besteller der Vorwurf zu machen ist, er habe die Unmöglichkeit durch ein pflichtwidriges Verhalten im engen juristischen Sinne herbeigeführt. Demgegenüber lässt **Art. 378 Abs. 2 OR** eine blosser *Obliegenheitsverletzung* genügen. Die Abgrenzung zwischen Pflicht und Obliegenheit folgt den allgemeinen Grundsätzen³¹. Es kommt somit darauf an, ob sich das Vertragsinteresse des Unternehmers auf den Erhalt des Werklohns beschränkt oder ob er mit dem Vertragsabschluss – für den Besteller erkennbar – noch ein davon verschiedenes Interesse verfolgt, z.B. den Erhalt von Arbeitsplätzen, und daher an der Werkausführung als solcher, nicht nur am Erhalt der Vergütung interessiert ist³². Wie das eigentliche Verschulden setzt das Verschulden i.S.v. **Art. 378 Abs. 2 OR** Urteilsfähigkeit (**Art. 16 ZGB**) des Bestellers voraus. Fehlt ihm diese, kann er nur nach Massgabe von **Art. 378 Abs. 1 OR** haftbar gemacht werden.

Da sich das Verschulden i.S.v. **Art. 378 Abs. 2 OR** auf eine blosser Obliegenheitsverletzung bezieht, ist es nicht im üblichen technischen (eigentlichen) Sinne zu verstehen. Die Kriterien zur Feststellung eines Verschuldens sind jedoch im Wesentlichen dieselben, ob es nun um ein eigentliches oder uneigentliches Verschulden geht. Dem Besteller muss somit ein Verhaltensvorwurf gemacht werden können: der Vorwurf, er habe sich nicht so verhalten, wie es von ihm unter den gegebenen Umständen zu erwarten gewesen wäre³³.

Dem Verschulden des Bestellers sind gewisse weitere, in **Art. 378 Abs. 2 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.

b) Unter das *Vergütungsinteresse* fällt vorab der nach **Art. 378 Abs. 1 OR** nicht ersatzfähige Werklohn ("Restlohn"), sodann im Werklohn nicht inbegriffene, nach [1771] **Art. 378 Abs. 1 OR**

nicht zu ersetzende Auslagen. In Abzug zu bringen ist alles, was der Unternehmer zufolge der unterbliebenen Erfüllung erspart oder durch anderweitige Tätigkeit erworben oder zu erwerben absichtlich unterlassen hat (**Art. 324 Abs. 2 OR** analog; vgl. § 1168 Abs. 2 ABGB)³⁴. Damit soll eine ungerechtfertigte Bereicherung des Unternehmers verhindert werden. Aus dem gleichen Gesichtspunkt hat der Unternehmer Gegenstände, für deren Anschaffung ihm nach **Art. 378 Abs. 2 OR** Ersatz geschuldet ist, an den Besteller herauszugeben. Im Einzelfall kann er freilich nach Treu und Glauben gehalten sein, die Gegenstände zu behalten und sich deren Wert auf den Ersatzanspruch anrechnen zu lassen³⁵.

Beispiel: Malermeister U hat mit B abgemacht, am 3. und 4. April die Küche in dessen Haus für 700 Franken neu zu streichen. U kann die Arbeit am 3. April planmässig aufnehmen. Als er jedoch am 4. April zur Arbeit erscheint, ist das Haus von B durch dessen Verschulden abgebrannt (Unmöglichkeit zufolge Zweckverfehlung). Hier hat U für die am 3. April geleistete Arbeit – nach **Art. 378 Abs. 1 OR** – das entsprechende Teilentgelt (z.B. 350 Franken) und für die unmöglich gewordene Restleistung – nach **Art. 378 Abs. 2 OR** – das Vergütungsinteresse zugute. Dieses entspricht dem Restentgelt (350 Franken) abzüglich dessen, was U wegen der unterbliebenen Leistung erspart. Kann U wegen der Leistungsbefreiung einen Auftrag annehmen und ausführen, den er sonst nicht hätte ausführen können, so hat er sich das damit verdiente Entgelt ebenfalls anrechnen zu lassen. Dasselbe gilt, wenn er einen Auftrag absichtlich abgelehnt hat.

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. Daraus folgt jedoch nicht, dass der Unternehmer für sein Vergütungsinteresse beweispflichtig ist. Vielmehr obliegt ihm lediglich der Beweis für die Höhe der Vergütung, die er im Erfüllungsfalle zugute gehabt hätte; es ist dann Aufgabe des Bestellers, Abzüge i.S.v. **Art. 324 Abs. 2 OR** zu behaupten und zu beweisen³⁶. Der Unternehmer kann sich im Weiteren darauf beschränken, den ganzen Werklohn – teils als Entgelt für die geleistete Arbeit, teils als Schadenersatz für die verunmöglichte Arbeitsleistung – einzufordern, und es im Übrigen dem Besteller überlassen, den ihm nach **Art. 324 Abs. 2 OR** obliegenden Beweis zu führen. Der Unternehmer braucht mit anderen Worten die beiden Ansprüche von Abs. 1 bzw. 2 des **Art. 378 OR** nicht separat geltend zu machen. Freilich steht ihm auch diese Möglichkeit offen.

IV. Präzisierungen zu **Art. 379 OR**

Im Falle einer zufälligen Unmöglichkeit hat der Unternehmer grundsätzlich weder Werklohn noch Ersatz von Auslagen zugute (**Art. 376 Abs. 1 und 119 Abs. 2 OR**, vorne II.1a). Eine Einschränkung erfährt der Grundsatz in Fällen, in denen Unmöglichkeit i.S.v. **Art. 379 Abs. 1 OR** eingetreten ist, ohne dass den Unternehmer ein Verschulden trifft (**Art. 379 Abs. 2 OR**). Gegebenenfalls hat der Besteller – nach **Art. 379 Abs. 2 OR** – "den bereits ausgeführten Teil des Werkes, soweit dieser für ihn brauchbar ist, anzunehmen und zu bezahlen".

1. *Unmöglichkeit i.S.v. Art. 379 Abs. 1 OR* liegt vor, wenn der Unternehmer zu persönlicher Mitwirkung bei der Werkherstellung verpflichtet ist (**Art. 364 Abs. 2 OR**) und aus persönlichen Gründen (Tod, Unfall, Krankheit, Alter usw.) die Fähigkeit zu der geschuldeten persönlichen Mitwirkung – dauerhaft – verliert. Ob den Unternehmer ein Verschulden trifft oder nicht, ist für die Feststellung der Unmöglichkeit unerheblich. Nur die Vergütungspflicht nach **Art. 379 Abs. 2 OR** setzt Schuldlosigkeit des Unternehmers voraus. Das in **Art. 379 Abs. 1 OR** erwähnte

Verschuldenserfordernis bezieht sich also in Wirklichkeit nur auf Abs. 2 der Bestimmung (BGE 103 II 52 E. 5d S. 58). Nach dem Gesagten ist die Leistungsunmöglichkeit i.S.v. Art. 379 Abs. 1 OR in den persönlichen Verhältnissen des Unternehmers begründet. Sie ist mithin eine subjektive, gleichzeitig aber auch immer objektive Unmöglichkeit, weil Dritte bei Obligationen, deren Erfüllung eine persönliche Mitwirkung des Unternehmers voraussetzt, von vornherein nicht vertragsgemäss erfüllen können³⁷.

Wo der Tod des Unternehmers – wie regelmässig – nicht den Dahinfall der Leistungspflicht begründet, geht diese auf dessen Erben über (Art. 560 ZGB).

Der Konkurs des Unternehmers begründet keine Unmöglichkeit, hingegen fällt seine Erfüllungspflicht nach Art. 211 Abs. 1 SchKG dahin, sofern nicht die Konkursverwaltung erklärt, den Vertrag erfüllen zu wollen (Art. 211 Abs. 2 SchKG). Tut sie dies, so kann der Besteller Sicherheit verlangen und bei [1772] nicht rechtzeitiger Sicherstellung den Vertrag nach Massgabe von Art. 83 OR auflösen³⁸. Fällt der Vertrag nach Art. 211 Abs. 1 SchKG dahin, so kann die Konkursverwaltung keinen Anspruch aus Art. 379 Abs. 2 OR geltend machen (die Bestimmung findet keine analoge Anwendung)³⁹.

2. Die Vergütungspflicht i.S.v. Art. 379 Abs. 2 OR setzt voraus, dass der Unternehmer die Leistungsunmöglichkeit (i.S.v. Art. 379 Abs. 1 OR) *nicht verschuldet* hat. Trifft ihn ein Verschulden, so ist nicht der Besteller – bei Brauchbarkeit des Teilwerks – zu einer Teilvergütung verpflichtet, vielmehr hat umgekehrt der Unternehmer den Besteller schadlos zu halten (Art. 97 OR; vorne II.1c). Verschuldet ist z.B. die Arbeitsunfähigkeit zufolge absichtlicher Selbstverstümmelung oder zufolge einer durch eine Straftat ausgelösten Verhaftung. Auch die durch Krankheit oder Unfall verursachte Erfüllungsunfähigkeit kann schuldhaft sein, doch wird man insoweit nur ein grobes Fehlverhalten als Verschulden qualifizieren dürfen, denn der Unternehmer soll nicht unter Anspannung aller Kräfte auf die Erhaltung der Arbeitsfähigkeit bedacht sein müssen⁴⁰. In jedem Fall unverschuldet ist – von Gesetzes wegen – der Tod, auch der Freitod: Die Erben, welche schon den Tod des Unternehmers zu beklagen haben, sollen wenigstens die Teilvergütung i.S.v. Art. 379 Abs. 2 OR erhalten und nicht noch durch eine Schadenersatzpflicht (Art. 97 OR) belastet werden.

Die hier vertretene Auslegung dürfte die herrschende sein⁴¹. Sie ist jedoch nicht unbestritten. GAUCH⁴² vertritt die – unternehmerfreundliche – Ansicht, jede, auch die vom Unternehmer verschuldete Unmöglichkeit verpflichte den Besteller, das Werk, soweit brauchbar, anzunehmen und zu bezahlen. ZINDEL/PULVER⁴³ vertreten die – bestellerfreundliche – Auffassung, auch der Tod könne verschuldet sein und daher eine Annahme- und Bezahlungspflicht des Bestellers i.S.v. Art. 379 Abs. 2 OR ausschliessen. Beide Auffassungen sind mit dem Gesetzeswortlaut nicht zu vereinbaren (die Wendung "ohne Schuld" bezieht sich nicht auf die Unmöglichkeit zufolge Todes, sondern nur auf jene zufolge sonstiger Unmöglichkeit) und treffen m.E. den Gesetzessinn nicht (GAUCH will auch einen *nicht schutzwürdigen* Unternehmer *schützen*, ZINDEL/PULVER einen *schutzwürdigen* Unternehmer [bzw. dessen Erben] *nicht schützen*).

3. Bei gegebenen Voraussetzungen ist der Besteller "verpflichtet, den bereits ausgeführten Teil des Werks, soweit dieser für ihn brauchbar ist, anzunehmen und zu bezahlen" (Art. 379 Abs. 2 OR). Freilich ist lediglich die Zahlungspflicht eine eigentliche Rechtspflicht, wogegen es sich bei der Annahmepflicht, von Ausnahmen abgesehen, um eine blosser Annahmeobliegenheit handelt⁴⁴. Die Teilvergütung i.S.v. 379 Abs. 2 OR bemisst sich nach der Auffassung von GAUCH⁴⁵ "nach den

gleichen Kriterien wie die Teilvergütung, die der Besteller auch nach **Art. 378 Abs. 1 OR** leisten müsste". Gegen diese Auffassung spricht vorab der Gesetzestext (die beiden Bestimmungen sind ganz unterschiedlich formuliert), vor allem aber der Umstand, dass es im einen Fall (**Art. 378 Abs. 1 OR**) ein dem Besteller, im anderen Fall (**Art. 379 Abs. 2 OR**) ein dem Unternehmer zurechenbar Zufall ist, der die Entschädigungspflicht auslöst. Im Falle von **Art. 378 Abs. 1 OR** rechtfertigt sich daher eine weiter gehende Entschädigungspflicht. M.E. bemisst sich die Entschädigung gemäss **Art. 379 Abs. 2 OR** nach dem Wert, den das Werk bei Eintritt der Unmöglichkeit für den Besteller hat (**Art. 374 OR**)⁴⁶. Daher entfällt jede Entschädigungspflicht, wenn das Werk für ihn wertlos ("unbrauchbar", wie **Art. 379 Abs. 2 OR** sagt) ist.

Beispiel: Der Kunstmaler A verpflichtet sich, den B zu porträtieren. Nachdem A alle für die Porträtierung erforderlichen Vorbereitungen getroffen hat, stirbt er an einem Herzinfarkt. Damit tritt Unmöglichkeit ein, da es sich bei der Pflicht zur Porträtierung – jedenfalls im Regelfall – um eine höchstpersönliche Pflicht handelt. B trifft nach **Art. 379 Abs. 2 OR** m.E. keine Zahlungspflicht, da A mit der Werkausführung noch gar nicht begonnen und daher keine für den B brauchbare Leistung erbracht hat. GAUCH müsste hingegen eine Vergütungspflicht bejahen, da sich die Vergütung nach **Art. 378 Abs. 1 OR** nicht nach dem Wert der bisher erbrachten Leistung, sondern nach dem Anteil der geleisteten Arbeit an der für die gesamte Werkherstellung nötigen Zeit bemisst (vorne III.1b). Das ist nicht sachgerecht, weil der zur Unmöglichkeit führende Umstand nicht aus der Bestellersphäre stammt.

Fussnoten:

- * ALFRED KOLLER, Prof. Dr. iur., Universität St. Gallen.
Meinen Assistenten PETER LOHER, BLaw, und FABIAN MÖRTL, MLaw, danke ich für die formale Bereinigung des Textes. Herrn Mörtl danke ich zudem für die kritische Durchsicht des Manuskripts. Dazu war er in besonderem Masse befähigt, weil ein Ausschnitt aus der hier behandelten Unmöglichkeitsproblematik (die *zufällige* Unmöglichkeit der Werkleistung) Gegenstand seines Dissertationsprojekts bildet.
- 1 In diesem Entscheid wurde Unzumutbarkeit bejaht; verneint wurde sie in ZR 1994, 59 ff.
 - 2 Zur rechtlichen Behandlung der relativen (Ganz-)Unmöglichkeit s. ALFRED KOLLER, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bern 2009, § 53 Rn. 6 f., § 54 Rn. 191 ff.
 - 3 KOLLER, OR AT (FN 2), § 53 Rn. 4, mit Beispiel; PASCAL PICHONNAZ, Impossibilité et exorbitance, Diss. Freiburg 1997, Rn. 1060. Näheres zum Begriff des absoluten Fixgeschäfts bei KOLLER (FN 2), § 39 Rn. 66.
 - 4 Das Beispiel passt nur in den vorliegenden Kontext, wenn man den Personentransportvertrag als Werkvertrag auffasst (so z.B. ZR 1952, 134). Die wohl herrschende Lehre (z.B. PIERRE TERCIER/PASCAL G. FAVRE/GASPARD COUCHEPIN, Les contrats spéciaux, 4. A., Genf 2009, Rn. 6453) geht freilich von einem einfachen Auftrag aus, m.E. handelt es sich um einen Innominatvertrag (anders noch im Berner Kommentar, N 11 und 233 zu **Art. 363 OR** [atypischer Werkvertrag]).
 - 5 Zur rechtlichen Behandlung der nicht dauernden (Ganz-)Unmöglichkeit s. KOLLER, OR AT (FN 2), § 54 Rn. 187 ff.
 - 6 Teilunmöglichkeit liegt freilich nur vor, wenn das Streichen beider Häuser insgesamt den geschuldeten Arbeitserfolg ausmacht, also nur ein Werk versprochen ist, nicht zwei.

- 7 Wo sich also die Tatbestände von Art. 376 und 378 OR überschneiden, sind beide Bestimmungen alternativ anwendbar. Das ist freilich nicht unbestritten, insbesondere hinsichtlich Abs. 3 von [Art. 376 OR](#). Einzelne Autoren befürworten die exklusive Geltung von [Art. 376 Abs. 3 OR](#) (z.B. PETER GAUCH, Der Werkvertrag, 5. A., Zürich 2011, Rn. 741 f.), andere die exklusive Geltung von [Art. 378 OR](#) (z.B. THEODOR BÜHLER, Der Werkvertrag, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht, Teilbd. V 2d, 3. A., Zürich 1998, N 8 zu [Art. 378 OR](#)). Welcher Auffassung man folgt, ist ohne Belang, sofern man davon ausgeht, dass beide Bestimmungen insofern deckungsgleich sind, als [Art. 376 Abs. 3 OR](#) gleich wie [Art. 378 Abs. 1 OR](#) jeden beliebigen beim Besteller eingetretenen Zufall erfasst (so z.B. ALFRED KOLLER, Die Vergütungsgefahr beim Werkvertrag, Festschrift für Heinrich Honsell, Besonderes Vertragsrecht – aktuelle Probleme, Zürich 2002, 401 ff., 407 = ALFRED KOLLER, Ausgewählte Schriften [AS], Zürich 2013, 457 ff., 463.; a.A. z.B. GAUCH, a.a.O., Rn. 1197). Siehe zum Ganzen GAUDENZ G. ZINDEL/URS PULVER, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 5. A., Basel 2011, N 5 f. zu [Art. 378 OR](#).
- 8 S. dazu KOLLER, OR AT (FN 2), § 54 Rn. 19 ff.; PICHONNAZ (FN 3), Rn. 1109.
- 9 KOLLER, Festschrift Heinrich Honsell (FN 7), S. 411 = AS (FN 7), S. 467, mit weiteren Ausführungen; FRANÇOIS CHAIX, in: Luc Thévenoz/Franz Werro (Hrsg.), Commentaire romand, Code des obligations I, 2. A., Basel 2012, N 6 ff. zu [Art. 378 OR](#).
- 10 KOLLER, OR AT (FN 2), § 54 Rn. 49.
- 11 A.A. insb. ANDREAS VON TUHR/ARNOLD ESCHER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. II, Zürich 1974, 105 Fn. 79.
- 12 Nw. und Kritik bei ALFRED KOLLER, Obligationenrecht, Besonderer Teil, Bern 2012, § 4 Rn. 38–41; DERS.OR AT (FN 2), § 46 Rn. 27 f., § 55 Rn. 149–151.
- 13 Für Einzelheiten sei auf das im OR AT (FN 2) Gesagte verwiesen (§ 54 Rn 172 ff.).
- 14 Die Bestimmung ist unmittelbar anwendbar, falls die Unmöglichkeit auf dem Untergang des Werks beruht, sonst analog.
- 15 Das ist freilich umstritten, s. hinten IV.2.
- 16 Risiken aus der Unternehmersphäre gehen also nur in sehr beschränktem Rahmen zu Lasten des Bestellers. Vgl. demgegenüber [Art. 324a OR](#), wonach der Arbeitnehmer bei jeder in seiner Person begründeten Arbeitsverhinderung einen beschränkten Lohnanspruch hat, sofern ihn nur kein Verschulden trifft.
- 17 KOLLER, OR AT (FN 2), § 36 Rn. 5.
- 18 S. Genaueres bei KOLLER, OR AT (FN 2), § 57 Rn. 30 f., mit einem Berechnungsbeispiel.
- 19 S. Näheres bei KOLLER, OR AT (FN 2), § 57 Rn. 32 f., mit einem Berechnungsbeispiel; zum Frustrationsschaden im Allgemeinen s. KOLLER, (FN 2), § 46 Rn. 12.
- 20 CHAIX (FN 9), N 3 zu [Art. 378 OR](#).
- 21 GAUCH (FN 7), Rn. 724.
- 22 KOLLER, OR AT (FN 2), § 53 Rn. 14 f., dort auch zu den im Folgenden erwähnten Unmöglichkeitstatbeständen der Zweckerreichung und Zweckverfehlung.
- 23 GAUCH (FN 7), Rn. 725; KOLLER, OR AT (FN 2), § 54 Rn. 43 (anders nun im Text); KARL LARENZ, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II, Besonderer Teil, Halbband 1, 13. A., München 1986, S. 368, Kleindruck, mit Bezug auf die Parallelbestimmung von § 645 BGB; MICHAEL BYDLINSKI, in:

Helmut Koziol/Peter Bydlinski/Raimund Bollenberger (Hrsg.), Kurzkomentar zum ABGB, 3. A., Wien 2010, N 3 zu § 1168 ABGB; HANS CHRISTIAN SCHWENKER, in: Erman, Bürgerliches Gesetzbuch, 13. A., Köln 2011, N 10 zu § 645 BGB; a.A. VOLKER BEUTHIEN, Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhältnis, Habil. Tübingen 1969, 129.

- 24 Wie der BGH auch DIRK LOOSCHELDERS, Schuldrecht, Besonderer Teil, 8. A., München 2013, Rn. 658.
- 25 Unmittelbar betrifft die Bestimmung nur den Untergang von Werkstoff i.S.v. **Art. 365 OR**, analog kommt sie jedoch auch auf Fälle zur Anwendung, in denen der Gegenstand, an dem das Werk auszuführen ist ("Leistungssubstrat"), untergeht.
- 26 KOLLER, FS Honsell (FN 7), 402 Fn. 5 = AS (FN 7), Fn. 458 Fn. 5; Erman/SCHWENKER (FN 23), N 6 zu § 645 BGB. A.A. GAUCH (FN 7), Rn. 1200 i.V.m. Rn. 730.
- 27 CHAIX (FN 9), N 11 zu **Art. 378 OR**.
- 28 FRANK PETERS/FLORIAN JACOBY, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, §§ 631–651 (Werkvertragsrecht), Berlin 2008, N 24 zu § 645 BGB; ähnlich JO KOLLER, Der "Untergang des Werkes" nach **Art. 376 OR**, Diss. Freiburg, Winterthur 1983, S. 37 ff.
- 29 GAUCH (FN 7), Rn. 531 i.V.m. Rn. 727.
- 30 Wie der BGH auch PETERS/JACOBY (FN 28), N 26 zu § 645 BGB.
- 31 S. dazu KOLLER, OR BT (FN 12), § 2 Rn. 89 ff.
- 32 S. ALFRED KOLLER, Der Werkvertrag, Berner Kommentar, Bern 1998, N 330 und 772 ff. zu **Art. 366 OR**; GAUCH (FN 7), Rn. 550, und in verwandtem Zusammenhang KOLLER, OR BT (FN 12), § 3 Rn. 41 ff., sowie neustens **BGE 137 III 303 = Pra 2011 Nr. 127**.
- 33 Vgl. KOLLER, OR AT (FN 2), § 47 Rn. 12, 17 und passim.
- 34 Vgl. GAUCH (FN 7), Rn. 584.
- 35 Zu § 1168 ABGB wird die Ansicht vertreten, die Anschaffungen seien von vornherein im Wege wertmässiger Anrechnung zu berücksichtigen (BYDLINSKI [FN 23], N 4 zu § 1168 ABGB).
- 36 GEORG GAUTSCHI, Der Werkvertrag, Berner Kommentar, Bern 1967, N 15d zu **Art. 377 OR**, mit Bezug auf die Parallelproblematik bei **Art. 377 OR**. A.M. MARIO M. PEDRAZZINI, Werkvertrag, Verlagsvertrag, Lizenzvertrag, in: Frank Vischer (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII/1, 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". Unentschieden **BGE 96 II 196**.
- 37 KOLLER, OR AT (FN 2), § 53 Rn. 13.
- 38 Vgl. ZINDEL/PULVER (FN 7), N 18 zu **Art. 379 OR**.
- 39 A.A. ZINDEL/PULVER (FN 7), N 18 zu **Art. 379 OR**, m.w.Nw.
- 40 So MANFRED REHBINDER/JEAN-FRITZ STÖCKLI, Berner Kommentar, **Art. 319–330b OR**, Bern 2010, N 16 zu **Art. 324a OR**, mit Bezug auf diese Bestimmung; ähnlich auch GAUCH (FN 7), Rn. 767.
- 41 Z.B. BÜHLER (FN 7), N 19 zu **Art. 379 OR**; CHAIX (FN 9), N 8 zu **Art. 379 OR**.
- 42 GAUCH (FN 7), Rn. 763.
- 43 ZINDEL/PULVER (FN 34), N 17 zu **Art. 379 OR**.
- 44 TERCIER/FAVRE/CARRON (FN 4), Rn. 4410; vgl. auch KOLLER, OR BT (FN 12), § 3 Rn. 41 ff., betr. die Annahmepflicht des Käufers i.S.v. **Art. 211 OR**.

45 GAUCH (FN 7), Rn. 764.

46 Ähnlich PEDRAZZINI (FN 36), 551, und für das österreichische Recht BYDLINSKI (FN 23), N 2 zu § 1171 ABGB. A.A. nebst GAUCH (wie FN 45) z.B. ZINDEL/PULVER (FN 7), N 14 zu **Art. 379 OR**, m. w.Nw.