

Die Kündigung von Bauverträgen und die Folgen

Frédéric Krauskopf, Dr. iur., LL.M., Lehrbeauftragter an der Universität Basel, Rechtsanwalt, Zürich und Baden.*

I. Einleitung

II. Die Kündigung des Bauvertrages

- A Der Bauvertrag und seine Qualifikation
- B Kündigung, Vertragsrücktritt und Widerruf

III. Die gesetzlichen Kündigungs- und Rücktrittsbestimmungen

- A Die Rücktrittsbestimmungen des Allgemeinen Teils des OR
- B Die Kündigungs- und Rücktrittsbestimmungen des Werkvertragsrechts
 - 1. Art. 377 OR
 - 2. Art. 366 Abs. 1 OR
 - 3. Art. 366 Abs. 2 OR
 - 4. Art. 375 OR
- C Die Kündigungs- und Rücktrittsbestimmungen des Auftrags

IV. Vertragliche Kündigungs- und Rücktrittsbestimmungen

V. Ausgewählte Fragen

- A Kündigung des Werkvertrages aus wichtigen Gründen
- B Kündigung des Auftrages aus wichtigen Gründen
- C Kündigung des Werkvertrages durch den Unternehmer?
- D Kündigung des Dauer-Werkvertrages
- E Kündigung des Dauerauftrages

* Für die Durchsicht und Korrektur des Textes danke ich Frau lic. iur. Renate BARTOSCH KRAUSKOPF, LL.M., und Herrn lic. phil. Martin Steinmann.

Literatur (Auswahl):

Eugen BUCHER, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht (Berner Kommentar), Bd. I/2/2, Kommentar zu Art. 27 OR, 3. Aufl., Bern 1993; Alfred BÜHLER, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Zürcher Kommentar), Bd. V/2/d, Der Werkvertrag, 3. Aufl., Zürich 1998 ; Ivan CHERPILLOD, La fin des contrats de durée, Lausanne 1988; Bernard CORBOZ, Werkvertrag I-V, in: Schweizerische Juristische Kartothek (SJK) Nr. 458-462, Genf 1981-1985 (zit. CORBOZ, SJK Nr.); François DESSEMONTET, Les contrats de services, in: ZSR 106/1987 II, S. 93 ff.; Walter FELLMANN, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht (Berner Kommentar), Bd. VI/2/4, Der einfache Auftrag, 4. Aufl., Bern 1992; Hans GANTEN/Walter JAGENBURG/Gerd MOTZE, Beck'scher VOB-Kommentar, Verdingungsordnung für Bauleistungen Teil B, München 1997 (zit. Beck'scher Kommentar/[BEARBEITER]); Peter GAUCH, Der Werkvertrag, 4. Aufl., Zürich 1996 (zit. GAUCH, Werkvertrag); Peter GAUCH, System der Beendigung von Dauerverträgen, Diss. Freiburg 1968, (zit. GAUCH, System); ders., Der Rücktritt des Bestellers vom Werkvertrag – Gedanken zu Art. 377 des Schweizerischen Obligationenrechts, in: Peter LÖFFELMANN/Hermann KORBION (Hrsg.), Festschrift für Horst Locher, Düsseldorf 1990, S. 35 ff. (zit. GAUCH, Rücktritt); ders., Art. 404 – Sein Inhalt, seine Rechtfertigung und die Frage seines zwingenden Charakters, in: recht 10/1992, S. 12 ff. (zit. GAUCH, Art. 404); ders., Der Auftrag, der Dauervertrag und Art. 404 OR, in: SJZ 101/2005, S. 520 ff. (zit. Gauch, Auftrag und Dauervertrag); ders., Der Totalunternehmervertrag – Von seiner Rechtsnatur und dem Rücktritt des Bestellers, in: BR/DC 1989, S. 39 ff. (zit. GAUCH, Totalunternehmervertrag); ders., Vom Architekturvertrag, seiner Qualifikation und der SIA-Norm 102, in: Peter GAUCH/Pierre TERCIER (Hrsg.), Das Architektenrecht/Le droit de l'architecte, 3. Aufl., Fribourg 1995, S. 1 ff. (Nr. 1 ff.) (zit. GAUCH, Architekturvertrag); Peter GAUCH (Hrsg.), Kommentar zur SIA-Norm 118, Art. 38-156 Zürich 1992 (zit. SIA-Kommentar/BEARBEITER); ders., Kommentar zur SIA-Norm 118, Art. 157-190, Zürich 1991 (zit. GAUCH, SIA-Kommentar); Peter GAUCH/Walter R. SCHLUEP/Jörg SCHMID/Heinz REY, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2 Bde., 8. Aufl., Zürich 2003 (zit. GAUCH/SCHLUEP/[BEARBEITER]); Georg GAUTSCHI, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht (Berner Kommentar), Bd. VI/2/3, Der Werkvertrag, 2. Aufl., Bern 1967; ders., Kommentar zum schweizerischen Privatrecht (Berner Kommentar), Bd. VI/2/4, Der einfache Auftrag, 3. Aufl., Bern 1971; Stephan HARTMANN, Die Rückabwicklung von Schuldverträgen, Habil. Luzern, Zürich/Basel/Genf 2005; Anton HENNINGER, Bauverzögerung und ihre Folgen, in: Schweizerische Baurechtstagung 2005, Freiburg 2005, S. 237 ff.; Josef HOFSTETTER, Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag, in: SPR Bd. VII/6, Basel/Genf/München 2000; Heinrich HONSELL, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 8. Aufl., Bern 2006; Heinrich HONSELL/Nedim P. VOGT/Wolfgang WIEGAND (Hrsg.), Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 3. Aufl., Basel/Genf/München 2003 (zit. BaKomm/[BEARBEITER]); Alfred KOLLER, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht (Berner Kommentar), Bd. VI/2/3, Der Werkvertrag, 1. Lieferung, Art. 363-366 OR, 4. Aufl., Bern 1998; ders. Rechtsfragen bei vorzeitiger Auflösung eines Architekten- oder Ingenieurvertrages, in: Alfred KOLLER (Hrsg.), Recht der Architekten und Ingenieure, St. Galler Baurechtstagung 2002, St. Gallen 2002, S. 3 ff.; Jürg NIKLAUS, Das Recht auf Ersatzvornahme gemäss Art. 366 Abs. 2 OR, Diss. St. Gallen 1999; Mario PEDRAZZINI, Der Werkvertrag, in: SPR VII/1, Basel/Stuttgart 1977, S. 497 ff.; Jürg PEYER, Der Widerruf im schweizerischen Auftragsrecht, Diss. Zürich 1974; Ingeborg SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Bern 2006; Pierre TERCIER, Le droit des obligations, 3. Aufl., Genf/Zürich/Basel 2004 (zit. TERCIER, Obligations); ders., Les contrats spéciaux, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2003 (zit. TERCIER, Contrats); ders., L'extinction prématurée du contrat, in: Das Architektenrecht/Le droit de l'architecte, 3. Aufl., Fribourg 1995 S. 361 ff. (Nr. 1124 ff.) (zit. TERCIER, L'extinction); Luc THEVENOZ/Franz WERRO (Hrsg.), Commentaire Romand, Code des Obligations I (Code des obligations art.1-529, Loi sur le crédit à la consommation, Loi sur les voyages à forfait, Genf/Basel/München 2003 (zit. CommRomand/[BEARBEITER]); Eveline TRÜMPY-JÄGER, Vorzeitige Beendigung von Bauwerk-



Verträgen, in: Martin LENDI/Urs Ch. NEF/Daniel TRÜMPY (Hrsg.), Das private Baurecht der Schweiz, 2. Aufl., Zürich 1995; S. 137 ff.; Thomas TWERENBOLD, Der unverbindliche Kostenvoranschlag beim Werkvertrag – zur rechtlichen Tragweise von Art. 375 OR, Diss. St. Gallen 2002; Simon ULRICH, Rechtsfragen bei vorzeitiger Auflösung eines Architektur- oder Ingenieurvertrages, in: Alfred KOLLER (Hrsg.), Rechte der Architekten und Ingenieure, St. Galler Baurechtstagung 2002, S. 33 ff.; Franz WERRO, Le Mandat et ses effets, Diss. Freiburg 1993.

I. Einleitung

Werden Verträge abgeschlossen, so enden diese im Idealfall dann, wenn die einander versprochenen Leistungen erbracht worden sind oder die vereinbarte Dauer des Vertrages abläuft. In der Realität kommt es aber immer wieder vor, dass Verträge aufgelöst werden, bevor die vereinbarten Leistungen vollständig erbracht sind oder bevor die vereinbarte Vertragsdauer abgelaufen ist. Folgender Beitrag bemüht sich um Aufklärung in derartigen Fällen und befasst sich im Speziellen mit der Frage, was geschieht, wenn Bauverträge vorzeitig aufgelöst werden, weil sie von einer Partei gekündigt wurden.

II. Die Kündigung des Bauvertrages

A Der Bauvertrag und seine Qualifikation

1. Der Begriff des „Bauvertrages“ ist ein Begriff der Umgangssprache des Bauwesens und kein juristischer Terminus. Er wird hier trotzdem verwendet, weil er sich als Oberbegriff für diejenigen Verträge eignet, welche GAUCH als „Kernverträge des Bauwesens“¹ bezeichnet, nämlich den Bauwerkvertrag, den Architekten- und den Ingenieurvertrag. Diese Unterscheidung ist für die Kündigungsfrage von Bedeutung, da je nach rechtlicher Qualifikation des Bauvertrages andere Kündigungsregeln greifen können.

2. Der **Bauwerkvertrag**, durch welchen sich ein Unternehmer zur Ausführung eines Bauwerks² gegen Vergütung verpflichtet,³ ist ein Werkvertrag im Sinne des Obligationenrechts und untersteht als Erscheinungsform des Werkvertrages dem werkvertraglichen Gesetzesrecht (Art. 363 ff. OR).⁴ Der Bauwerkvertrag kommt hauptsächlich in drei Erscheinungsformen – der „einfache“ Bauwerkvertrag⁵, der Generalunternehmervertrag⁶ und der Totalunternehmervertrag⁷ – vor, die nach gefestigter Rechtsprechung alle unter das Werkvertragsrecht fallen.⁸

3. Der **Architektenvertrag** (oder Architekturvertrag) und der **Ingenieurvertrag** sind rechtlich schwer fassbar. Ihnen liegt lediglich eine Gemeinsamkeit zugrunde: Sie werden jeweils von einem selbstständigen Architekten oder Bauingenieur abgeschlossen.⁹ Die Tätigkeit eines Architekten oder Ingenieurs ist sehr vielfältig; ebenso verschiedenartig sind die Einzelleistungen, die er gewerbmässig erbringt. Damit ist auch gesagt, dass es den typischen Architekten- oder Ingenieurvertrag mit stets gleich bleibendem Inhalt nicht gibt, was aber Lehre und Rechtsprechung nicht gehindert hat, häufig praktizierte Verträge in Gruppen zu unterteilen und zu

¹ Peter GAUCH, Das unerschöpfliche Vertragsrecht, in: Schweizerische Baurechtstagung 1999, Bd. I, Freiburg 1999, S. 25.

² Bauwerke sind bewegliche oder unbewegliche Sachen, welche durch Ausführung von (körperlichen) Bauarbeiten entstehen (vgl. Peter GAUCH, Der Werkvertrag, 4. Aufl., Zürich 1996, Nr. 32 und 209).

³ Vgl. GAUCH, Architekturvertrag, Nr. 25.

⁴ Der Bauwerkvertrag ist sogar eine der wichtigsten Erscheinungsformen des Werkvertrages (Peter GAUCH, Werkvertrag, Nr. 204 f.).

⁵ Der „einfache“ Bauwerkvertrag bezieht sich typischerweise auf die Herstellung eines einzelnen Werkes, z.B. eines Maueranstriches.

⁶ Der Generalunternehmer übernimmt die gesamte Ausführung eines Bauwerkes auf der Grundlage eines Projekts, das ihm vom Bauherrn übergeben wird (BGer 4C.433/2005 vom 20. April 2006, E. 2; BGE 114 II 54, E. 2; GAUCH, Werkvertrag, Nr. 222).

⁷ Der Totalunternehmer übernimmt nicht nur die gesamte Ausführung eines Bauwerkes, sondern leistet auch die Planungsarbeiten, namentlich die Projektierungsarbeiten, für das vom Bauherrn bestellte Bauwerk (BGer 4C.433/2005 vom 20. April 2006, E. 2; BGE 114 II 54, E. 2; GAUCH, Werkvertrag, Nr. 233).

⁸ Generalunternehmervertrag: BGer 4C.433/2005 vom 20. April 2006, E. 2; Totalunternehmervertrag: BGer 4C.396/2001 vom 24. April 2002, E. 1; 4C.93/2003 vom 25. August 2003, E. 4.3.1; GAUCH, Totalunternehmervertrag, S. 41 f.

⁹ Vgl. GAUCH, Werkvertrag, Nr. 47.

unterscheiden. Diese Gruppen beziehen sich primär auf den Architektenvertrag, dürfen sinngemäss aber auch für den mit dem Architekturvertrag verwandten Bauingenieurvertrag gelten.¹⁰ Eine der Konsequenzen der Vielfältigkeit von Architektenverträgen ist, dass eine rechtliche Qualifikation schlechthin nicht in Frage kommt; vielmehr ist der Architektenvertrag nach Massgabe der Leistung, welche die Parteien im konkreten Fall vereinbart haben, bald ein einfacher Auftrag (Art. 394 OR), bald ein Werkvertrag (Art. 363 OR), bald ein gemischtes Vertragsverhältnis, das Elemente von beiden Verträgen umfasst. Als Hauptabgrenzungskriterium zwischen Auftrag und Werkvertrag dient nach gefestigter Rechtsprechung¹¹ der Arbeitserfolg, den der Unternehmer im Gegensatz zum Beauftragten schuldet.¹² Im Einzelnen:¹³

- Bestehen die vereinbarten Leistungen in der Herstellung von Bauplänen durch den Architekten gegen Vergütung, so spricht man von einem **Planungsvertrag**, der als Werkvertrag qualifiziert wird.¹⁴ Mit der Herstellung von Plänen schuldet der Architekt nämlich „einen unkörperlichen Arbeitserfolg, der dauernde Gestalt in einer Sache annimmt und deshalb Gegenstand einer werkvertraglichen Unternehmerleistung ist“.¹⁵
- Als Werkvertrag wird auch die Erstellung eines schriftlichen **Kostenvoranschlages** gegen Vergütung qualifiziert.¹⁶ Etwas anderes gilt nach konstanter Rechtsprechung aber dann, wenn der Kostenvoranschlag im Rahmen eines Gesamtvertrages erstellt wird: Dann untersteht der Architekt, zumindest was die Haftung für die Überschreitung des Kostenvoranschlages anbelangt, dem Auftragsrecht.¹⁷
- Über die rechtliche Natur des **Gutachervertrages** teilen sich im Schrifttum die Meinungen. Ein Teil der Lehre qualifiziert den Vertrag über die Erstellung eines Gutachtens als Werkvertrag,¹⁸ andere Autoren unterstellen den Gutachervertrag mit unterschiedlicher Begründung dem Auftragsrecht.¹⁹ Das Bundesgericht stellt für die rechtliche Qualifikation des Gutachterauftrages darauf ab, ob das in Frage stehende Gutachten zu einem Resultat führt, das nach objektiven Kriterien überprüft und als richtig oder falsch qualifiziert werden kann. Ist das der Fall,²⁰ ist „die Richtigkeit des Gutachtensergebnisses somit objektiv gewährleistungsfähig und kann als Erfolg versprochen werden“.²¹ Umgekehrt kann die objektive Richtigkeit des Resultats eines Gutachtens nicht als Werk versprochen werden, wenn dafür

¹⁰ Der Ingenieurvertrag des Bauwesens hat analoge Leistungen zum Gegenstand (vgl. GAUCH, Architekturvertrag, Nr. 24).

¹¹ Vgl. BGE 127 III 329, E. 2a; ausführlich GAUCH, Werkvertrag, Nr. 21 ff.

¹² Vgl. BGer 4P.65/2004 vom 6. Mai 2004, E. 1.4.

¹³ Vgl. auch die ausführliche Abhandlung bei GAUCH, Architekturvertrag, Nr. 30 ff.

¹⁴ Vgl. BGE 114 II 56 f. E. 2b; 127 III 545, E. 2a; 130 II 365, E. 4.1; BGer 4C.60/2001 vom 28. Juni 2001, E. 2a; 4C.300/2001 vom 27. Februar 2002, E. 2b.

¹⁵ Peter GAUCH, Werkvertrag, Nr. 49.

¹⁶ Vgl. BGE 114 II 56 f. E. 2b; 127 III 545, E. 2a; BGer 4C.60/2001 vom 28. Juni 2001, E. 2a; 4C.300/2001 vom 27. Februar 2002, E. 2b.

¹⁷ Vgl. BGE 114 II 56, E. 2b; 119 II 251 E. 3b; 127 III 545, E.2a; BGer 4C.300/2001 vom 27. Februar 2002, E.2b; 4C.71/2003 vom 27. Mai 2003, E. 3.

¹⁸ Vgl. GAUCH, Werkvertrag, Nr. 330 ff.; KOLLER, N. 233 zu Art. 363 OR; BÜHLER, N 175 zu Art. 363 OR; ZINDEL/PULVER, N 2 Vorbem. zu Art. 363-379 OR; Roland HÜRLIMANN, Der Experte – Schlüsselfigur des Bauprozesses, in: Pierre TERCIER/Roland HÜRLIMANN (Hrsg.), In Sachen Baurecht, Freiburg 1998, S. 136.

¹⁹ Vgl. Walter FELLMANN, N 330 zu Art. 394 OR; GAUTSCHI, N 34a zu Art. 394 OR; KAISER, Die zivilrechtliche Haftung für Rat, Auskunft, Empfehlung und Gutachten, Diss. Bern 1987, S. 53.

²⁰ Das Bundesgericht nennt als Beispiel das technische Gutachten (BGE 127 III 330, E. 2c).

²¹ BGE 127 III 330, E. 2c (Werkvertragscharakter eines Schätzungsgutachtens über den Verkehrswert einer Liegenschaft verneint); vgl. auch BGer 4C.165/2005 vom 22. Juli 2005, E. 3.2.1 und 3.2.3.

objektive Kriterien fehlen und die Richtigkeit des Gutachtensergebnisses weder vom Gutachter gewährleistet noch vom Auftraggeber überprüft werden kann.²²

- Demgegenüber wird der reine **Beratungsvertrag** grundsätzlich nach Auftragsrecht beurteilt.²³
- Der mit der **Vergabe von Arbeiten** betraute Architekt führt keine werkvertraglichen, sondern auftragsrechtliche Leistungen aus, weswegen das Auftragsrecht darauf Anwendung findet.²⁴
- Auch der **Bauleitungsvertrag**, mit welchem sich der Architekt zur Leitung der Bauausführung verpflichtet, wird als einfacher Auftrag qualifiziert.²⁵
- Schliesslich wird die rechtliche Natur des so genannten **Gesamtvertrages** in der Literatur kontrovers diskutiert. Beim Gesamtvertrag übernimmt der Architekt sämtliche Architektenleistungen für die Realisierung eines Bauvorhabens, mindestens aber die Projektierung und Leitung der Bauausführung.²⁶ Gemäss einer mittlerweile gefestigten Rechtsprechung des Bundesgerichts ist der Gesamtvertrag als gemischter Vertrag zu werten, für den je nach den konkreten Umständen eine sachgerechte Lösung nach Massgabe des Auftrags- oder des Werkvertragsrechts zu finden ist, was sich in einer Spaltung der Rechtsfolgen äussern kann.²⁷ Mit anderen Worten: Nichts zwingt dazu, ein komplexes Vertragsverhältnis wie den Architektenvertrag entweder ganz als Auftrag oder ganz als Werkvertrag zu beurteilen.²⁸ Was die Kündigung des Gesamtvertrages anbelangt, hält das Bundesgericht in wiederholt bestätigter Rechtsprechung fest, dass bei einem Projektierung und Bauausführung umfassenden Architektenvertrag dem Vertrauensverhältnis zwischen dem Bauherrn und dem Architekten so grosse Bedeutung zukommt, dass die Auflösungsregel des Auftragsrechts in Art. 404 OR (dazu unten **III.C.**) den Vorzug verdient.²⁹

„Bauunternehmer kann jedermann sein“,³⁰ auch – und wegen ihrer einschlägigen Fachkenntnisse vor allem – Architekten und Ingenieure. Verpflichtet sich ein Architekt oder ein Ingenieur zur Ausführung eines Bauwerks gegen Vergütung, ist er Partei eines Bauwerkvertrages, nämlich Bauunternehmer.

4. Die rechtliche Qualifikation des Bauvertrages ist für die Kündigung von zentraler Bedeutung, da das Gesetz für den Werkvertrag **andere Kündigungsmöglichkeiten und -folgen** vorsieht als für den Auftrag und gesetzliche Kündigungsbestimmungen nur ausnahmsweise zwingend sind, also von den Parteien nicht abgeändert werden können.

²² Vgl. BGE 127 III 330, E. 2c.

²³ Vgl. BGer 4C. 186/1999 vom 18. Juli 2000, E. 2a; ferner BGE 124 III 161, E.b.

²⁴ Vgl. BGE 114 II 56, E. 2b; 127 III 545, E. 2a; BGer 4C.60/2001 vom 28. Juni 2001, E. 2a; 4C.300/2001 vom 27. Februar 2002, E. 2b; 4C.93/2003 vom 25. August 2003, E. 5.2.2; Peter GAUCH, Architektenrecht, Nr. 36 f.; ferner BGE 115 II 61, E. 1c betreffend den „Baubetreuungsvertrag“.

²⁵ Vgl. BGer 4C.60/2001 vom 28. Juni 2001, E. 2a; BGer 4C.300/2001 vom 27. Februar 2002, E. 2b; BGE 127 III 545, E. 2a; BGE 114 II 56; GAUCH, Werkvertrag, Nr. 55 mit zahlreichen Verweisen.

²⁶ Vgl. GAUCH, Werkvertrag, Nr. 57; ders., Architekturvertrag, Nr. 38; BGer 4C.93/2003 vom 25. August 2003, E. 4.3.2.

²⁷ Grundlegend BGE 109 II 465 f. E. 3c und d; bestätigt in BGE 110 II 382 E. 2, 115 II 56, E. 2b; 127 III 545, E. 2a; BGer 4C.70/2000 vom 10. April 2000, E. 3a, 4C.60/2001 vom 28. Juni 2001, E. 2a, 4C.14/2002 vom 5. Juli 2002, E. 4.2, 4C.93/2003 vom 25. August 2003, E. 4.3.2. Mit guten Gründen tritt demgegenüber GAUCH, Werkvertrag, Nr. 58 ff., für eine einheitliche Behandlung des Gesamtvertrages als Auftrag ein. So auch noch BGE 98 II 310 ff., E. 3.

²⁸ Vgl. BGE 109 II 465 f. E. 3c und d.

²⁹ Vgl. statt vieler BGE 127 III 545, E. 2a, mit Verweisen.

³⁰ Peter GAUCH, Werkvertrag, Nr. 240.

5. Eine Besonderheit in Bezug auf die Kündigung gilt für den **Dauervertrag** (oder: „Dauerschuldvertrag“). Der Dauervertrag unterscheidet sich von anderen „einfachen“ Vertragsverhältnissen dadurch, dass zumindest seine typische Hauptleistungspflicht in dem Sinne auf Dauer angelegt ist, als sie nicht durch ihre Erfüllung untergeht, sondern so lange zu erfüllen ist, bis der Vertrag durch Zeitablauf, Kündigung oder aus einem anderen Grunde zu Ende geht.³¹ Für viele Dauerverträge sieht das Gesetz neben einer ordentlichen (frist- und termingebundenen) Kündigung auch eine ausserordentliche Kündigung aus wichtigem Grund vor. Lehre³² und Rechtsprechung³³ gehen davon aus, dass diese Vorschriften Ausdruck eines allgemeinen Prinzips sind, wonach grundsätzlich jeder Dauervertrag – auch der nicht gesetzlich geregelte – aus wichtigen Gründen gekündigt werden kann (dazu unten V.A. und V.B.).

6. Das Gesetz versteht den **Werkvertrag** als „einfaches“ Schuldverhältnis, der sich in einem einmaligen Austausch von Leistungen erschöpft – Werk gegen Vergütung. Diese Leistungspflichten sind nach dem Gesetz auf ihr Ende durch Erfüllung angelegt, nicht auf fortwährende oder periodische Erfüllung in der Zeit,³⁴ was nicht bedeutet, dass der Werkvertrag nicht auch ein langfristiger Vertrag sein kann, dessen Erfüllung Monate oder Jahre in Anspruch nehmen kann.³⁵ Doch weder eine lange Erfüllungszeit noch der Umstand, dass ein Werkvertrag Fristen und Termine vorsieht, machen diesen zum Dauervertrag.

Das soeben Gesagte führt aber nicht zum Schluss, dass es „**Dauer-Werkverträge**“ nicht geben kann. Ist die Leistungspflicht des Unternehmers etwa auf ununterbrochene oder periodische Erbringung eines Arbeitserfolges für bestimmte oder unbestimmte Zeit gerichtet,³⁶ liegt eine Dauerschuld vor.³⁷ In diesem Fall endet die Leistungspflicht des Unternehmers ordentlicherweise erst durch Ablauf einer vereinbarten Zeit oder durch Kündigung. Nicht klar ist, ob der Dauer-Werkvertrag trotz seines Charakters als Dauervertrag ein Werkvertrag im Sinne der Art. 363 ff. OR ist oder ein nicht gesetzlich geregelter Vertragstyp (Innominatvertrag).³⁸ Noch weniger geklärt ist, welche Kündigungsregeln auf den Dauer-Werkvertrag anzuwenden sind (dazu unten V.D.).

7. Was den „**Dauer-Auftrag**“ anbelangt, so gilt auch hier, dass es diesen geben kann (und in der Praxis auch gibt), dass aber nicht klar ist, welche Kündigungsregeln auf ihn anwendbar sind (dazu unten V.E.).

B Kündigung, Vertragsrücktritt und Widerruf

1. Erklärt eine Vertragspartei, dass sie den Vertrag kündige, so wird im gemeinen **Sprachgebrauch** darunter die Erklärung dieser Partei verstanden, nicht (mehr) an den Vertrag gebunden zu sein. Denselben Sinn gibt man gemeinhin auch der Erklärung einer Partei, sie trete vom Vertrag zurück. Gleich oder ähnlich verstanden wird häufig auch die Äusserung einer Vertragspartei, sie widerrufe den Vertrag. Dieses scheinbar wenig nuancierte Verständnis der Begriffe „Kündigung“ und „Rücktritt“ ruft nach terminologischer Klärung für das Recht:

³¹ GAUCH, System, S. 2 ff.; GAUCH, Auftrag und Dauervertrag, S. 521 Fn. 3; BGE 128 III 430, E. 3a.

³² Grundlegend GAUCH, System, S. 186 ff.; vgl. auch CHERPILLOD, S. 123 ff.

³³ Vgl. BGE 92 II 300, E. 3b; 122 III 265, E. 2 a/aa; 128 III 429, E. 3.

³⁴ Vgl. BGE 98 II 302, E. 4a; GAUCH, Werkvertrag, Nr. 9; a.M. CHERPILLOZ, S. 13.

³⁵ Vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Nr. 264.

³⁶ GAUCH, Werkvertrag, Nr. 322, nennt als Beispiele die Beleuchtung oder Beheizung einer Sache, den Unterhalt einer Strasse oder die wiederkehrende Herstellung und Ablieferung eines bestimmten Produkts.

³⁷ Kein Dauer-Werkvertrag liegt vor, wenn sich die Leistungspflicht des Unternehmers auf eine im Voraus bestimmte, von der Vertragsdauer unabhängige Gesamtmenge von Gütern richtet, auch wenn diese Güter ratenweise zu liefern sind oder ein Werk in Teilen zu liefern hat (GAUCH, Werkvertrag, Nr. 323) oder wenn die Parteien eine Vielzahl von aufeinander folgenden Werkverträgen mit gleichem oder ähnlichem Inhalt abschliessen (BGer 4C.387/2001 vom 10. September 2002, E. 3.2 und 3.4: Werklieferungsverträge).

³⁸ Für einen Innominatvertrag GAUCH, Werkvertrag, Nr. 323; nun auch BGer 4C.387/2001 vom 10. September 2002, E. 3.1: „Il s'agit ainsi d'un contrat sui generis“; anders noch BGE 93 II 276 f., E. 4.

- In der **Rechtssprache** werden die Wörter „Kündigung“ und „Vertragsrücktritt“ verwendet, um die Erklärung der Vertragsauflösung durch eine Vertragspartei zu bezeichnen,³⁹ nicht mehr und nicht weniger;
- Der Kündigung und dem Vertragsrücktritt steht als **einseitige Erklärung** der Vertragsauflösung die Aufhebungsvereinbarung gegenüber, mit welcher die Parteien übereinstimmend erklären, ihren Vertrag auflösen zu wollen;
- Kündigung und Vertragsrücktritt bezeichnen **nur die Erklärung** ohne Rücksicht darauf, in welcher Form sie abgegeben wird, ob diese Erklärung gültig ist und gerechtfertigt erfolgt und welche Wirkungen sie entfaltet;
- Die Kündigung und der Rücktritt sind **empfangsbedürftige Äusserungen des Willens**, den Vertrag aufzulösen; sie sind nur wirksam, wenn sie gegenüber einer bestimmten anderen Person (Erklärungsempfänger) abgegeben werden und dieser Person zugehen (vgl. Art. 406 OR).⁴⁰ Soweit der Empfänger den wirklichen Willen des Erklärenden tatsächlich nicht verstanden hat, ist durch Auslegung nach Vertrauensprinzip⁴¹ zu entscheiden, ob eine Kündigungs- oder Rücktrittserklärung vorliegt oder nicht;⁴²
- Die wirksame Kündigung und der wirksame Rücktritt sind als einseitige Willenserklärung so genannte (auflösende) **Gestaltungsrechte**, weil durch sie die Rechtsstellung des anderen Vertragspartners ohne dessen Mitwirkung verändert wird;⁴³
- Als Gestaltungsrechte sind Kündigung und Rücktritt grundsätzlich **unwiderruflich und bedingungsfeindlich**.⁴⁴ Weil dieser Grundsatz der Unwiderrufbarkeit und Bedingungsfeindlichkeit seine Rechtfertigung im schutzwürdigen Interesse des betroffenen Erklärungsempfängers an einer klaren Rechtslage findet, gilt er nicht ausnahmslos. Ausnahmen sind dann zulässig, wenn trotz der Bedingung keine Ungewissheit für den Erklärungsempfänger entsteht, was dann der Fall ist, wenn deren Eintritt ausschliesslich vom Willen des Gekündigten abhängt.⁴⁵ Aus demselben Grund muss es ausnahmsweise zulässig sein, eine Kündigung oder einen Rücktritt zu widerrufen, wenn ein schützenswertes Interesse des Erklärungsempfängers an der Unwiderrufbarkeit der Kündigung bzw. des Rücktritts fehlt;⁴⁶
- Kündigung und Rücktritt (aber auch die Aufhebungsvereinbarung) setzen begriffsnotwendig einen **gültigen Vertrag** voraus, auf dessen Auflösung sie sich beziehen. Fehlt es an einem Vertrag, entweder weil ein solcher gar nicht zustande gekommen ist oder weil der zustande gekommene Vertrag (z.B. wegen Formungültigkeit oder Willensmangel einer Partei) ungültig ist, kann dieser auch nicht aufgelöst werden.⁴⁷ Eine Besonderheit gilt freilich für den Vertrag, der zwar ungültig ist, dessen Ungültigkeit aber nur auf entsprechende Anfechtung durch eine Vertragspartei zur Geltung gelangt (so z.B. bei Willens-

³⁹ Vgl. statt vieler Gauch, Rücktritt, S. 35.

⁴⁰ Vgl. BGE 113 II 261, E. 2a; 123 III 248, E. 3; BaKomm/ZINDEL/PULVER, N 8 zu Art. 377 OR; TERCIER, Obligations, Nr. 261; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Nr. 195 ff.

⁴¹ Nach Vertrauensprinzip sind Erklärungen so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten (vgl. BGE 131 III 610, E. 4.1).

⁴² Vgl. GAUCH, Werkvertrag, Nr. 526.

⁴³ Vgl. BGE 113 II 261, E. 2a; 128 III 235, E. 2a; CommRomand/CHAIX, N 5 zu Art. 377 OR; FELLMANN, N 20 f. zu Art. 404 OR; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Nr. 65 und 72; PEYER, S. 124 ff.; BaKomm/WEBER, N 5 zu Art. 404 OR.

⁴⁴ Vgl. BGE 109 II 326, E. 4b; 123 II 22, E. 4b; 128 III 235, E. 2a; TERCIER, Obligations, Nr. 263; BaKomm/ZINDEL/PULVER, N 8 zu Art. 377 OR; BaKomm/WEBER, N 56 zu Art. 404 OR.

⁴⁵ Vgl. 123 III 248, E. 3; BGE 128 III 235, E. 2a.

⁴⁶ Ein schützenswertes Interesse fehlt etwa, wenn der Erklärungsempfänger die Kündigung oder den Rücktritt des Erklärenden oder dessen wirksame Ausübung bestreitet (vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Nr. 157).

⁴⁷ Vgl. GAUCH, Rücktritt, S. 43.

mangel).⁴⁸ Berufet sich keine Vertragspartei auf die Ungültigkeit des Vertrages, ist dieser als gültiger Vertrag zu behandeln (vgl. z.B. Art. 31 OR) und einer Beendigung durch einseitige Auflösungserklärung grundsätzlich zugänglich.

2. Die Begriffe Kündigung und Vertragsrücktritt sind insofern identisch, als sie beide die einseitige Vertragsauflösung meinen, sind aber trotzdem nicht deckungsgleich, weil sie **unterschiedliche Wirkungen** entfalten. Während die Kündigung im (engeren) „juristisch-technischen Sinne“⁴⁹ den Vertrag für die Zukunft auflöst, also *ex nunc* wirkt, erlöschen bei einem wirksamen Rücktritt die ursprünglichen Leistungspflichten; der Rücktritt wirkt auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses zurück, also *ex tunc*.⁵⁰ Das mag in theoretischer Hinsicht Klarheit schaffen, praktisch stellen sich trotzdem erhebliche Abgrenzungsschwierigkeiten. Zunächst ist nämlich nicht immer klar, ob Parteien in ihren Verträgen die verwendeten Wörter „Kündigung“ und „Rücktritt“ so wie hier erklärt verstehen. Sodann kommt es immer wieder vor, dass eine Vertragspartei erklärt, sie trete vom Vertrag zurück, eigentlich aber eine Kündigung des Vertrages beabsichtigt oder umgekehrt den Vertrag zu kündigen erklärt, ihr in Wirklichkeit aber ein Vertragsrücktritt vorschwebt. Schliesslich erweist sich selbst das Gesetz als ungenau, weil es das Wort „Rücktritt“ mitunter auch dann verwendet, wenn es eigentlich eine Kündigung meint (so z.B. in Art. 377 OR, dazu unten **III.B.1.**).⁵¹

3. Die Kündigung im vorstehend definierten, engeren Sinne wird in der Praxis häufig (eher untechnisch) als **Widerruf** bezeichnet. Auch das Gesetz verwendet an einzelnen Stellen das Wort Widerruf und bezeichnet damit die Kündigung (so z.B. in Art. 404 OR, dazu unten **III.C.**). Heute werden die Bezeichnungen „Widerruf“ und „Kündigung“ in der Rechtssprache gemeinhin als Synonyme für denselben Begriff aufgefasst.⁵²

4. Der vorliegende Beitrag steht zwar unter dem Titel „Die Kündigung von Bauverträgen und die Folgen“. Dabei wird „Kündigung“ aber in einem weiteren (untechnischen) Sinne verstanden und bezieht sich sowohl auf die Kündigung im engeren Sinne als auch auf den Rücktritt.

III. Die gesetzlichen Kündigungs- und Rücktrittsbestimmungen

1. Es wurde bereits gesagt, dass die Unterscheidung zwischen Kündigung und Vertragsrücktritt in der Praxis schwer fällt und selbst das Gesetz keine völlig einheitliche Terminologie verwendet. Die folgende kurze Darstellung der Kündigungs- und Rücktrittsbestimmungen des Obligationenrechts soll veranschaulichen, welche Möglichkeiten und Lösungen das Gesetz den Parteien eines **Bauvertrages** bereithält, soweit diese die Kündigung und Rücktrittsbestimmungen nicht abweichend vom Gesetz vertraglich geregelt haben (dazu unten **IV.**). In einem Fall, demjenigen des Art. 404 OR (dazu unten **III.C.**), beansprucht das Gesetz gar unbedingte Befolgung durch die Parteien, da diese Kündigungsbestimmung zwingender Natur ist, abweichende Parteivereinbarung mithin nicht duldet.

2. Folgt man der **Systematik des Gesetzes**, können vier Arten von Kündigungs- und Rücktrittsbestimmungen ausgemacht werden: Die allgemeinen Bestimmungen (nachfolgend A.), die Bestimmungen des Werkvertragsrechts (B.) und die Bestimmungen des Auftragsrechts (C.). Dabei stellt sich jeweils auch die Frage der Verhältnisse dieser Bestimmungen untereinander.

⁴⁸ Sehr ausführlich zur „einseitigen Unverbindlichkeit“ eines Vertrages wegen Willensmangels einer Partei GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Nr. 888 ff.

⁴⁹ GAUCH, Werkvertrag, Nr. 528.

⁵⁰ Vgl. statt vieler GAUCH/SCHLUEP/REY, Nr. 3592 f.

⁵¹ Selbst das Bundesgericht schafft es, im selben Entscheid (4C.433/2005 vom 20. April 2006) für den gleichen rechtlichen Kontext (Art. 366 OR) bald von Kündigung (E. 2.1), bald von Rücktritt (E. 2.2) zu sprechen.

⁵² Vgl. FELLMANN, N 20 f. zu Art. 404 OR; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Nr. 65 und 72; BaKomm/WEBER, N 6 zu Art. 404 OR; SCHWENZER, Obligationenrecht, Nr. 82.02.

A Die Rücktrittsbestimmungen des Allgemeinen Teils des OR

1. Das Obligationenrecht enthält in seinem Allgemeinen Teil (Art. 1-183 OR) Bestimmungen, die einer Partei unter bestimmten Voraussetzungen den Rücktritt vom Vertrag erlaubt:

- Art. 83 OR: Ist bei einem zweiseitigen Vertrag⁵³ eine Partei zahlungsunfähig geworden, etwa weil sie in Konkurs geraten oder fruchtlos gepfändet ist, und wird durch diese Verschlechterung der Vermögenslage der Anspruch der anderen Partei gefährdet, darf diese ihre Leistung so lange zurückhalten, bis ihr die Gegenleistung sichergestellt wird. Wird sie innerhalb einer angemessenen Frist auf ihr Begehren nicht sichergestellt, kann sie vom Verträge *zurücktreten*.
- Art. 95 OR: Gerät bei einem Vertrag der Gläubiger in Verzug, weil er entweder die Annahme der gehörig angebotenen Leistung oder die Vornahme ihm obliegender Vorbereitungshandlungen ungerechtfertigterweise, d.h. ohne objektiven Grund verweigert, kann der Schuldner, soweit er zu einer anderen als einer Sachleistung verpflichtet ist, nach den Bestimmungen über den Verzug des Schuldners vom Verträge (Art. 107-109 OR) *zurücktreten*.⁵⁴
- Art. 107/109 OR: Befindet sich bei zweiseitigen Verträgen⁵⁵ ein Schuldner im Rückstand mit seiner Leistungspflicht, ist der Gläubiger berechtigt, ihm eine angemessene Frist zur nachträglichen Erfüllung anzusetzen oder durch die zuständige Behörde ansetzen zu lassen. Wird auch bis zum Ablaufe dieser Frist nicht erfüllt, kann der Gläubiger immer noch auf Erfüllung nebst Schadenersatz wegen Verspätung klagen, oder, wenn er es unverzüglich erklärt, auf die nachträgliche Leistung verzichten und entweder Ersatz des aus der Nichterfüllung entstandenen Schadens verlangen oder vom Vertrag *zurücktreten*. In diesem Fall darf er die versprochene Gegenleistung verweigern und das bereits Geleistete zurückfordern. Darüber hinaus hat er Anspruch auf Ersatz des aus dem Dahinfallen des Vertrages erwachsenen Schadens, sofern der Schuldner nicht nachweist, dass ihn kein Verschulden an der Verursachung dieses Schadens trifft.

2. Die erwähnten Rücktrittsbestimmungen des Allgemeinen Teils des Obligationenrechts verleihen unter den gegebenen Umständen der berechtigten Partei das Recht, vom Vertrag zurückzutreten. Dieser Rücktritt hat nach Art. 109 Abs. 1 OR zur Folge, dass die zurücktretende Partei „die versprochene Gegenleistung verweigern und das Geleistete zurückfordern“ kann, er wirkt in diesem Sinne auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses zurück (*ex tunc*).⁵⁶ Nach heute kaum mehr bestrittener Auffassung bedeutet die Rückwirkung des Vertragsrücktritts allerdings nicht, dass der Vertrag ersatzlos untergeht; vielmehr wird angenommen, dass er sich in ein **Abwicklungs- oder Liquidationsverhältnis** (dazu weiter unten) umwandelt, das ebenfalls vertraglicher Natur ist.⁵⁷ Die ursprünglichen vertraglichen Leistungspflichten (soweit sie noch be-

⁵³ Bei zweiseitigen Verträgen ist jede Partei zugleich Gläubiger und Schuldner der anderen Partei, weil gegenseitige Leistungspflichten bestehen (BaKomm/LEU, N 2 zu Art. 82 OR).

⁵⁴ Wenn auch die praktische Bedeutung dieser Bestimmung gering ist, mag sie gerade im Bereich der Werkverträge Anwendung finden, wenn der Besteller erforderliche Vorbereitungshandlungen (z.B. erforderliche Vorarbeiten, damit der Unternehmer mit den Anschlussarbeiten beginnen kann, notwendige Weisungen, Zutritt zur Baustelle, Lieferung fehlerhafter Stoffe, etc.) verweigert (vgl. BaKomm/BERNET, N 1 zu Art. 95 OR). Das gilt entgegen dem Wortlaut des Art. 95 OR (analog) sogar dann, wenn Sachleistungen in Frage stehen (so BGE 110 II 148 ff. betreffend die durch den Käufer vorzunehmende Spezifikation beim Spezifikationskauf). In vielen Fällen verletzt der Besteller mit der Unterlassung seiner Mitwirkungsobliegenheit gleichzeitig auch vertragliche Nebenpflichten (vgl. GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1321 und 1341), woraus eine vertragliche Haftung des Bestellers resultieren kann.

⁵⁵ Vgl. oben Fn. 53.

⁵⁶ Dieselbe Rücktrittsfolge gilt auch für Art. 83 und 95 OR (vgl. BaKomm/LEU, N 4 zu Art. 83 OR und BaKomm/BERNET, N 2 zu Art. 95 OR).

⁵⁷ Grundlegend BGE 114 II 152 ff.; bestätigt in BGE 123 II 22, E. 4b; 127 III 426, E. 3c/bb; BGer 4C.286/2005 vom 18. Januar 2006, E. 2.3; BaKomm/WIEGAND, N 4 ff. zu Art. 109 OR; HARTMANN, Nr. 19, mit zahlreichen

stehen) gehen unter,⁵⁸ an ihre Stelle treten die gegenseitigen Pflichten der Parteien, die bereits erbrachten Leistungen *in natura* oder wertmässig zurückzuerstatten. Kurz: Es wird auf vertraglichem Wege der vorvertragliche Zustand wiederhergestellt.⁵⁹

B Die Kündigungs- und Rücktrittsbestimmungen des Werkvertragsrechts

Das gesetzliche Werkvertragsrecht enthält einige besonderen Kündigungs- und Rücktrittsbestimmungen, deren Bedeutung in der Praxis eine ausführliche Auseinandersetzung rechtfertigt:

1. Art. 377 OR

1. Nach Art. 377 OR kann der Besteller, „solange das Werk unvollendet ist, ... gegen Vergütung der bereits geleisteten Arbeit und gegen volle Schadloshaltung des Unternehmers jederzeit vom Vertrag zurücktreten“. Diese Gesetzesbestimmung ist aus zwei Gründen besonders bzw. „ungewöhnlich“:⁶⁰ Indem sie dem Besteller die Befugnis einräumt, aus irgendwelchen Gründen, also nach seinem Belieben,⁶¹ vom Vertrag zurückzutreten, stellt sie eine Ausnahme vom Grundsatz dar, dass Verträge einzuhalten sind (*pacta sunt servanda*) und nur ausnahmsweise, z.B. aus wichtigen Gründen, einseitig aufgelöst werden dürfen. Sie ist aber auch deswegen besonders, weil sie (einseitig) nur dem Besteller, nicht aber dem Unternehmer, dieses „freie Rücktrittsrecht“⁶² gewährt.⁶³ Darüber hinaus wirft sie zahlreiche Fragen auf:

- Zunächst legt das Gesetz fest, innert welcher Zeit der Besteller „vom Vertrag zurücktreten“ kann, zwar **jederzeit**,⁶⁴ auch schon vor Inangriffnahme der Arbeiten durch den Unternehmer und selbst bei bloss vorvertraglicher Bindung, aber nur „solange das Werk **unvollendet** ist“.⁶⁵ Dieses Rücktrittsrecht steht dem Besteller selbst dann zu, wenn er selbst die Vollendung verhindert.⁶⁶ Ist aber das Werk einmal vollendet,⁶⁷ was an sich weder Ablieferung noch Mängelfreiheit erfordert,⁶⁸ kommt ein Rücktritt gemäss Art. 377 OR nicht mehr in Frage.⁶⁹ Ebenfalls nicht möglich ist der Rücktritt nach Art. 377 OR, wenn die Vollendung des Werkes (objektiv) unmöglich geworden ist.⁷⁰ Ein Rücktritt fällt schliess-

Verweisen in Fn. 35; SCHWENZER, Obligationenrecht, Nr. 66.33; TERCIER, Obligations, Nr. 445 und 208 ff.; kritisch Felix R. EHRAT, Der Rücktritt vom Vertrag nach Art. 107 Abs. 2 OR in Verbindung mit Art. 109 OR, Diss. Zürich 1990, Nr. 396 ff. und 463 ff.; Markus KNELLWOLF, Zur Wirkung des Rücktritts, in: ZSR 109/1990 I, 412 f.

⁵⁸ Jede Partei, entgegen dem zu engen Wortlaut des Art. 109 Abs. 1 OR nicht nur die zurücktretende, kann die von ihr versprochene Leistung verweigern (GAUCH/SCHLUEP/REY, Nr. 3118).

⁵⁹ Vgl. BGer 4C.276/2000 vom 8. Februar 2001, E. 3a.

⁶⁰ BGE 117 II 276, E. 4b.

⁶¹ Vgl. BGE 69 II 142, E. 4a: „droit discrétionnaire de révoquer la commande“.

⁶² Peter GAUCH, Werkvertrag, Nr. 523.

⁶³ Vgl. demgegenüber die Kündigungsvorschrift des Auftragsrecht, Art. 404 OR (dazu unten III.C.).

⁶⁴ Vgl. BGE 117 II 276, E. 4a; BaKomm/ZINDEL/PULVER, N 7 zu Art. 377 OR; CommRomand/CHAIX, N 5 zu Art. 377 OR; GAUCH, Rücktritt, S. 36.

⁶⁵ BGE 117 II 276, E. 4a; TERCIER, L'extinction, Nr. 1151.

⁶⁶ Vgl. BGer 4C.93/2003 vom 25. August 2003, E. 2 und 6.2.2 (in casu wurde das Verhalten des Bestellers, welcher den Unternehmer daran hinderte, die Baustelle zu betreten, als Rücktrittserklärung nach Art. 377 OR ausgelegt). Selbst ein Rücktritt kurz vor Vollendung des Werks ist in Ermangelung besonderer Umstände nicht rechtsmissbräuchlich (BGE 98 II 116, E. 3c).

⁶⁷ Vollendet ist ein Werk, wenn der Unternehmer sämtliche vereinbarten Arbeiten ausgeführt hat (vgl. GAUCH, Werkvertrag, Nr. 101 f.).

⁶⁸ Dazu GAUCH, Werkvertrag, Nr. 101 ff. und 106.

⁶⁹ Vgl. statt vieler CommRomand/CHAIX, N 5 zu Art. 377 OR, mit Verweisen in Anm. 5.

⁷⁰ Zur nachträglichen Unmöglichkeit (Art. 97, 119 Abs. 1 und 378 OR) vgl. GAUCH, Werkvertrag, Nr. 718 ff.

lich ausser Betracht, wenn der Vertrag bereits aufgelöst wurde, denn ein aufgelöster Vertrag kann schlechterdings nicht mehr (durch Rücktritt) aufgelöst werden.⁷¹

- Der Rücktritt des Bestellers erfolgt durch eine entsprechende Erklärung seinerseits. Diese Erklärung bedarf für ihre Gültigkeit von Gesetzes wegen **keiner besonderen Form**, weswegen der Rücktritt auch durch schlüssiges Verhalten erklärt werden kann.⁷² Das schliesst freilich nicht aus, dass die Parteien die Einhaltung einer bestimmten Form vereinbaren können (Art. 16 OR).⁷³ Der Besteller braucht seine Rücktrittserklärung auch nicht zu begründen.⁷⁴ Umgekehrt tut selbst eine in Wirklichkeit unzutreffende Begründung der Wirksamkeit des Rücktrittes keinen Abbruch,⁷⁵ kann aber dazu führen, dass sich der Rücktritt und seine Folgen nach anderen Gesetzenormen richten als nach Art. 377 OR (zur Kündigung aus wichtigen Gründen vgl. unten **V.A.**).⁷⁶
- Mit Blick auf die gesetzlichen Folgen des Rücktritts nach Art. 377 OR („Vergütung der bereits geleisteten Arbeit und ... volle Schadloshaltung des Unternehmers“) ist festzustellen, dass der Rücktritt eine **Kündigung** im juristisch-technischen Sinne ist, da sie das Vertragsverhältnis für die Vergangenheit unberührt lässt und ex nunc wirkt.⁷⁷ Das bedeutet, dass der Besteller, welcher den Vertrag gemäss Art. 377 OR kündigt, zur „Vergütung der bereits geleisteten Arbeit“ verpflichtet bleibt, umgekehrt aber auch einen Anspruch auf das Ergebnis dieser „geleisteten Arbeit“ hat.⁷⁸ Der Umstand, dass der Werkvertrag kein Dauervertrag ist (dazu unten **V.D.**), stellt nach GAUCH „weder ein ‚dogmatisches‘ noch sonst ein Hindernis dar, das einer Vertragsauflösung ‚ex nunc‘ entgegensteht“.⁷⁹
- Die **Wirkung** des Rücktrittes, die Vertragsauflösung, tritt im Moment ein, da die Rücktrittserklärung der anderen Partei zugeht.⁸⁰ Insofern ist der Rücktritt nach Art. 377 OR eine *fristlose Kündigung*.
- Auch wenn das Gesetz ihn nicht speziell erwähnt, muss auch ein **Teilrücktritt** (bzw. eine Teilkündigung) unter den in Art. 377 OR genannten Voraussetzungen zulässig sein.⁸¹ In diesem Fall treten die Rechtsfolgen des Rücktritts nur für den vom Teilrücktritt betroffenen Teil ein; im Übrigen besteht der Werkvertrag weiter.⁸² Hingegen besteht kein Recht des Bestellers auf **Sistierung** (oder „Retardierung“)⁸³ des Vertrags.⁸⁴

2. Die gesetzlichen Folgen des Art. 377 OR bestehen darin, dass der Werkvertrag aufgelöst wird und dass der Besteller dem Unternehmer eine „Vergütung der bereits geleisteten Arbeit“

⁷¹ Vgl. CORBOZ, SJK 462, S. 9; GAUCH, Rücktritt, S. 43.

⁷² Vgl. BGE 129 III 748, E. 7.2; BGer 4C.93/2003 vom 25. August 2003, E. 6.2.2; Tribunal Cantonal Jura in RJJ 1991, 169; GAUCH, Rücktritt, S. 36.

⁷³ Vgl. GAUCH, Werkvertrag, Nr. 526.

⁷⁴ Vgl. BGer 4C.93/2003 vom 25. August 2003, E. 6.2.2.

⁷⁵ Vgl. CORBOZ, SJK Nr. 462, S. 8.

⁷⁶ Vgl. BGer 387/2001 vom 10. September 2002, E. 6.2.

⁷⁷ Vgl. BGE 117 II 276, 4a; 129 III 748, E. 7.3; 130 III 366, E. 4.2; BGer 4C.120/1999 vom 25. April 2000, E., 5a; GAUCH, Werkvertrag, Nr. 528 ff.; ders., Rücktritt, S. 35 f.; BÜHLER, N 7 zu Art. 377 OR; BaKomm/ZINDEL/PULVER, N 11 zu Art. 377 OR; CommRomand/CHAIX, N 9 zu Art. 377 OR; TERCIER, Obligations, Nr. 446; ders., Contrats, Nr. 4411.

⁷⁸ Vgl. GAUCH, Werkvertrag, Nr. 530.

⁷⁹ GAUCH, Werkvertrag, Nr. 534.

⁸⁰ Vgl. GAUCH, Werkvertrag, Nr. 528.

⁸¹ So GAUCH, Werkvertrag, Nr. 592 ff.; BaKomm/ZINDEL/PULVER, N 10 zu Art. 377 OR.

⁸² Einzelheiten bei GAUCH, Werkvertrag, Nr. 593 ff.

⁸³ GAUCH, Werkvertrag, Nr. 596.

⁸⁴ Vgl. BaKomm/ZINDEL/PULVER, N 12 zu Art. 377 OR.

zu leisten hat.⁸⁵ Darüber hinaus wird er für eine „volle Schadloshaltung“ des Unternehmers verpflichtet.⁸⁶ Mit Letzterem ist gemeint, dass der Unternehmer so zu stellen ist, wie wenn der Vertrag erfüllt worden wäre,⁸⁷ er also gegen Vollendung des Werks auch den Rest der Vergütung erhalten hätte.⁸⁸ Die gestützt auf Art. 377 OR vom Besteller zu leistende Entschädigung kann auf zwei Arten berechnet werden: Nach der *Additionsmethode* ist die bereits geleistete Arbeit zu vergüten und das Erfüllungsinteresse inklusive des entgangenen Gewinns zu ersetzen.⁸⁹ Freilich hat der Unternehmer sich anrechnen zu lassen, was er durch anderweitige Verwendung seiner freigewordenen Kapazitäten erworben und was zu erwerben er treuwidrig unterlassen hat.⁹⁰ Demgegenüber gehen nach der *Abzugsmethode* der Vergütungs- und Schadenersatzanspruch in einem einzigen Entschädigungsanspruch auf. In diesem Fall hat der Besteller die volle, für das ganze Werk geschuldete Vergütung zu entrichten. Dabei sind Ersparnisse und ein sonst erlangter oder absichtlich unterlassener Erwerb in Abzug zu bringen.⁹¹ Während das Schrifttum die Anspruchsberechnung nach der Abzugsmethode überwiegend ablehnt,⁹² hat das Bundesgericht die Frage, ob Art. 377 OR die Anwendung der Abzugsmethode ausschliesst oder nicht, explizit offen gelassen mit der Begründung, in beiden Fällen müsste der Besteller sämtliche Vertragsleistungen vergüten, die der Unternehmer bis zum Zeitpunkt der Vertragsauflösung erbracht hat; soweit aber die beiden Methoden auf denselben Sachverhaltsfeststellungen beruhen, würden sie zu praktisch identischen Resultaten führen.⁹³ Fraglich ist, wie bei der Abzugsmethode das Bauhandwerkerpfandrecht zu regeln ist. Denn das Bauhandwerkerpfandrecht kann bei gekündigtem Vertrag nur für die Sicherung der „Vergütung der bereits geleisteten Arbeit“ bestellt werden, nicht aber für den Entschädigungsanspruch für „volle Schadloshaltung“,⁹⁴ was (besonders bei Drittpfandverhältnissen) angemessen ist. Werden aber die Ansprüche des Unternehmers, die das Gesetz in Vergütung für geleistete Arbeit und Entschädigung für die Kündigung unterteilt, zu einem Gesamtanspruch zusammengefasst, wie das bei der Abzugsmethode passiert,⁹⁵ wird eine Grenzziehung zwischen einem der Sicherung durch Bauhandwerkerpfandrecht zugänglichen Betrag und einem diesem Pfandrecht nicht zugänglichen Betrag unmöglich. Schliesslich kann der Unternehmer neben der Entschädigung unter besonderen Umständen auch eine Genugtuungsleistung fordern.⁹⁶

3. Die Berechnung der „Vergütung der bereits geleisteten Arbeit“ dürfte häufig erhebliche Probleme bereiten. In Fällen, in denen die Parteien einen Festpreis vereinbart hatten, muss im Falle der Vertragskündigung der Teilbetrag berechnet werden, welcher sich aus dem Verhältnis der erbrachten Teilleistung zum Wert der gesamten Leistung ergibt.⁹⁷ Mit anderen Worten muss von einem Gesamtaufwand für die gesamte Leistung ausgegangen werden, um daraus den tatsächlichen Aufwand für die erbrachte Teilleistung festzustellen. Steht der tatsächliche

⁸⁵ Hat der Besteller im Zeitpunkt der Kündigung schon eine höhere Vergütung gezahlt als er nach Massgabe der bereits geleisteten Arbeit schuldet, steht ihm ein Rückforderungsanspruch zu, der – wie ein Rückerstattungsanspruch aus Art. 109 Abs. 1 OR – vertraglicher Natur ist (vgl. GAUCH, Werkvertrag, Nr. 541).

⁸⁶ Zur dogmatischen Grundlage dieser Entschädigungspflicht TERCIER, L’extinction, Nr. 1160 ff.

⁸⁷ Vgl. BGE 117 II 277, E. 4b; 4C.120/1999 vom 25. April 2000, E. 5a.

⁸⁸ GAUCH, Rücktritt, S. 38.

⁸⁹ Vgl. BGE 96 II 196 f., E. 4; GAUCH, Werkvertrag, Nr. 547; PEDRAZZINI, S. 550.

⁹⁰ Vgl. CORBOZ, SJK Nr. 462, S. 11; GAUCH, Werkvertrag, Nr. 549; TERCIER, L’extinction, Nr. 1162.

⁹¹ BGer 4C.120/1999 vom 25. April 2000, E. 5a. Eine Darstellung der Additions- und Abzugsmethode mit eingehender Auseinandersetzung findet sich bei GAUCH, Werkvertrag, Nr. 546 ff.

⁹² Vgl. BaKomm/ZINDEL/PULVER, N 17 zu Art. 377 OR; GAUCH, Werkvertrag, Nr. 552 f.; PEDRAZZINI, S. 549; TERCIER, Contrats, Nr. 4414; anderer Meinung BÜHLER, N 40 zu Art. 377 OR; GAUTSCHI, N 15d zu Art. 377 OR.

⁹³ BGer 4C.120/1999 vom 25. April 2000, E. 5a; vgl. auch BGE 96 II 197, E. 5.

⁹⁴ Vgl. Obergericht Zürich in ZR 1980, 154, E. 3c.

⁹⁵ Deutlich BÜHLER, N 39 zu Art. 377 OR.

⁹⁶ BGer in SemJud 1953, 257, E. 3.

⁹⁷ Vgl. GAUCH, Werkvertrag, Nr. 538.

Aufwand einmal fest, entspricht dessen Verhältnis zum Gesamtaufwand dem Verhältnis der zu errechnenden Vergütung zum vereinbarten Festpreis.⁹⁸ Das tönt einfach, wirft aber zahlreiche Probleme der praktischen Anwendung auf. Eines dieser Probleme ist, dass sich der Gesamtaufwand gerade bei vereinbarten Festpreisen zum Voraus oft, wenn überhaupt, nur abschätzen lässt. Das erschwert oder verunmöglicht die Berechnung des Aufwandes, welches der Unternehmer noch gehabt hätte, wenn der Vertrag bis zur Werkablieferung fortgeführt worden wäre. Würde ein Leistungsverzeichnis erstellt, mag dieses durchaus eine taugliche Grundlage für die Berechnung des Gesamtaufwands sein.⁹⁹ Weil aber Unternehmer erfahrungsgemäss bei ihrer Preisbildung für ihre Offerten die Gesamtvergütung im Auge haben, innerhalb des Leistungsverzeichnisses aber (etwa aus spekulativen Gründen) bei gewissen Positionen oft höhere Preise (z.B. Baustelleneinrichtungspauschale), bei anderen dafür tiefere Preise einsetzen, als nach ihrer Beurteilung eigentlich erforderlich wäre,¹⁰⁰ ist das Abstellen auf das Leistungsverzeichnis als Berechnungsgrundlage für den Aufwand nicht unbedingt sachgerecht.

Ähnliche Probleme existieren auch dort, wo die Parteien Einheitspreise, d.h. Preisansätze für Leistungseinheiten,¹⁰¹ vereinbart haben. Erstens lässt sich vor allem bei umfassenderen Werkarbeiten zum Voraus häufig nicht abschätzen (geschweige denn genau bestimmen), wie viele Einheiten es zur Vollendung des Werks brauchen wird. Zweitens werden in der Praxis die Einheitspreise mit Blick auf eine (geschätzte) Gesamtvergütung festgelegt, ohne dass die einzelnen Einheitspreise exakt die Kosten enthalten, welche bei der Werkausführung bei der Erbringung der im Einheitspreis enthaltenen Leistung anfallen, sondern zum Teil auch Kosten berücksichtigen, die erst später und jedenfalls dann entstehen, wenn das Werk bis zur Vollendung ausgeführt wird.¹⁰² Diese (interne) Kostenverteilung auf die verschiedenen Einheitspreise ist dem Besteller in aller Regel nicht bekannt.

Enthält der Werkpreis einen „Regieanteil“, so dass er zum Teil eine Aufwandsvergütung darstellt, stellt sich die Frage, ob die in der Aufwandsvergütung vereinbarten Preissätze (z.B. CHF 70.- für die Arbeitsstunde eines Maurers oder CHF 50.- für die Stunde Einsatz einer bestimmten Maschine) auch für den Teil der Leistungen gilt, für welchen die Parteien einen Festpreis vereinbart haben.

4. Es wurde bereits gesagt, dass im Falle einer Kündigung nach Art. 377 OR der Unternehmer vollständig zu entschädigen ist, er umgekehrt aber dem Besteller das **Ergebnis seiner geleisteten Arbeit**, d.h. den ausgeführten Teil des Werkes, zu liefern hat.¹⁰³ Weil der Grundsatz gilt, dass Ablieferung und Abnahme die Vollendung des Werks voraussetzen,¹⁰⁴ ist bei Kündigung vor Vollendung des Werkes das unvollendete Werk dem vollendeten gleichzusetzen, namentlich was die Mängelrechte anbelangt.¹⁰⁵ Der Umstand der Unvollendung des Werks stellt

⁹⁸ Zum Begriff und zu den Arten des Festpreises GAUCH, Werkvertrag, Nr. 899 ff.

⁹⁹ Beck'scher Kommentar/MOTZKE, N 28 zu § 8 Nr. 6 VOB Teil B.

¹⁰⁰ Vgl. GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1060.

¹⁰¹ Zum Begriff des Einheitspreises GAUCH, Werkvertrag, Nr. 915 ff.

¹⁰² Gauch, Werkvertrag, Nr. 538, fordert eine Anpassung der vertraglichen Einheitspreise. Zu diesem Zweck müssen die verschiedenen Kostenfaktoren, die zusammen den Einheitspreis bilden, ermittelt werden können, was sich sehr schwierig gestalten kann. Dazu kommt, dass bestimmte Einheitspreise regelmässig aus einem Durchschnitt der Kosten bestehen, die im Zuge der Werkherstellung nicht gleichmässig, sondern schwankend anwachsen.

¹⁰³ Vgl. BGE 116 II 452, E. 2a; Cour de Justice Genf in SemJud 109/1987, S. 77, E. 3; GAUCH, Rücktritt, S. 38. Anders verhält es sich nach GAUCH, Werkvertrag, Nr. 530, mit dem Werkstoff, welchen der Unternehmer selbst für die Werkherstellung besorgt hat, aber noch nicht verwendet hat. Dafür hat der Unternehmer keinen Anspruch auf Verfügung, weswegen er den Werkstoff auch behalten darf (anders BGH, Urteil vom 9. März 1995 – VII ZR 23/05 = BauR 1995, S. 545; Rolf KNIFFKA, Die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zur Abrechnung nach Kündigung des Bauvertrages, in: Baurecht 2000, S. 5).

¹⁰⁴ Vgl. BGE 98 II 116, E. 3; 113 II 267, E. 2b; 115 II 458, E. 4; 118 II 149, E. 4; BGer 4C.469/2004 vom 17. März 2003, E. 3.3.

¹⁰⁵ BGE 116 II 450, E. 2a/aa und 2b/aa; 130 III 366, E. 4.2; CommRomand/CHAIX, N 11 zu Art. 377 OR; Ba-Komm/ZINDEL/PULVER, N 14 zu Art. 377 OR; GAUCH, Werkvertrag, Nr. 2434; TERCIER, L'extinction, Nr. 1221.

im Kündigungsfall für sich also keinen Mangel dar; trotzdem kann das (unvollendete) Werk mangelhaft sein, wenn eine Eigenschaft fehlt, die es auch unter Berücksichtigung seines unvollendeten Zustands haben sollte.¹⁰⁶ Ob die Verjährungsfrist der Mängelrechte im Zeitpunkt der Wirksamkeit des Rücktritts beginnt oder wenn das unvollendete Werk dem Besteller übergeben wird, hat das Bundesgericht bisher offen gelassen.¹⁰⁷

5. Was die Fälligkeit und die Verjährung der Ansprüche des Unternehmers aus dem gekündigten Werkvertrag nach Art. 377 OR angeht, so gilt:

- Der **Anspruch des Unternehmers auf Vergütung** der bisher geleisteten Arbeit wird im Zeitpunkt der Vertragsauflösung fällig.¹⁰⁸ Die Verjährung beginnt mit der Fälligkeit zu laufen (Art. 130 Abs. 1 OR). Für ihre Dauer sieht Art. 377 OR selbst keine besondere Bestimmung vor. Wendet man die Verjährungsfrist an, die auch sonst für den Vergütungsanspruch gilt, so verjährt dieser Anspruch in zehn Jahren (127 OR) oder, soweit es um Vergütung für „Handwerksarbeiten“ geht, in fünf Jahren (Art. 128 Ziff. 3 OR).¹⁰⁹ Handwerksarbeiten sind gekennzeichnet durch das Vorherrschen der manuellen Tätigkeit über Serienproduktion, intellektuelle oder wissenschaftliche, organisatorische oder administrative Leistung.¹¹⁰ Gemeint sind also nur solche Arbeiten, für welche einerseits eine besondere Technologie nicht notwendig ist, und die andererseits keine besonderen organisatorischen Massnahmen (z.B. Personal- und Terminplanung oder Koordination mit anderen Unternehmen) erfordern.¹¹¹ Massgebend ist einzig der Charakter der Arbeiten, zu der sich der Unternehmer nach dem Inhalt des konkreten Werkvertrages verpflichtet hat, wobei es keine Rolle spielt, ob die Arbeiten von einem Handwerker im herkömmlichen Sinn erbracht werden.¹¹² Im Zweifelsfalle ist der Handwerkscharakter von Arbeiten zu verneinen, wenn diese nicht bloss laufende Arbeiten oder Routinearbeiten darstellen.¹¹³ Unbeachtlich ist schliesslich, ob der Unternehmer die Arbeiten allein oder mit Hilfspersonen ausführt oder gar durch Subunternehmer ausführen lässt.¹¹⁴
- Der **Anspruch des Unternehmers auf volle Schadloshaltung** wird ebenfalls im Zeitpunkt der Vertragsauflösung fällig.¹¹⁵ Betreffend die Verjährung dieses Anspruchs enthält das Gesetz keine spezielle Bestimmung. Soweit überblickbar, schweigen sich Lehre und Rechtsprechung darüber aus. Da der Anspruch auf Schadloshaltung kein Ersatzanspruch für Vertragsverletzung darstellt, sondern an die Stelle des Vergütungsanspruches tritt,¹¹⁶ könnte sich zwar eine (analoge) Anwendung der Verjährungsfrist des Art. 127 OR (zehn Jahre) oder – soweit Handwerksarbeiten in Frage stehen – des Art. 128 Ziff. 3 OR (fünf Jahre) rechtfertigen. Weil aber die Rechtsfolge der Vertragskündigung darin liegt, dass

¹⁰⁶ GAUCH, Rücktritt, S. 47. Zur Mängelhaftung eines infolge Kündigung unvollendet abgelieferten Werkes BGer 4C.241/2003 vom 11. November 2003, E. 3.3.

¹⁰⁷ Vgl. BGE 130 III 366, E. 4.2, mit Verweis auf GAUCH, Werkvertrag, Nr. 2434.

¹⁰⁸ Vgl. statt vieler GAUCH, Werkvertrag, Nr. 540.

¹⁰⁹ Weil Art. 128 Ziff. 3 OR eine Ausnahme zur ordentlichen Verjährungsfrist des Art. 127 OR darstellt, ist er restriktiv auszulegen (BGer 4C.32/2006 vom 4. Mai 2006, E. 4.1).

¹¹⁰ Vgl. 109 II 115 f. E. 2c.

¹¹¹ Handwerksarbeiten verneint: BGer 4C.32/2006 vom 4. Mai 2006, E. 4.2 (umfassende Renovationsarbeiten in einer Wohnung); BGE 123 III 123, E. 2b (Verlegung von Fliesen in hundert Nasszellen); BGE 116 II 429 f. E. 1a (Lieferung und Montage von Normtüren).

¹¹² BGer 4C.32/2006 vom 4. Mai 2006, E. 4.1.

¹¹³ Vgl. BGer 4C.32/2006 vom 4. Mai 2006, E. 4.1. Setzt sich die erbrachte Leistung aus mehreren Teilarbeiten unterschiedlicher Natur zusammen, ist auf den Gesamtwert dieser Arbeiten abzustellen und nicht auf den Wert der einzelnen Teilarbeiten (BGer 4C.416/1995 vom 20. Mai 1996, E. 2a).

¹¹⁴ Vgl. BGE 116 II 429 f. E. 1a.

¹¹⁵ Vgl. GAUCH, Werkvertrag, Nr. 557; BGE 129 III 749, E. 7.3; anders noch BGE 117 II 278, E. 4c.

¹¹⁶ Vgl. BGE 69 II 142 ff., E. 4; GAUCH, Werkvertrag, Nr. 533; BaKomm/ZINDEL/PULVER, N 11 zu Art. 377 OR, mit weiteren Verweisen.

sich der aufgelöste Werkvertrag in ein *vertragliches* Liquidationsverhältnis¹¹⁷ mit eben den erwähnten Ansprüchen der Parteien umwandelt und das Gesetz für dieses Verhältnis keine besonderen Verjährungsfristen vorsieht, ist eine uneingeschränkte Anwendung der ordentlichen Verjährungsfrist des Art. 127 OR auf den Entschädigungsanspruch sachgerecht, auch wenn dieser Anspruch an die Stelle eines Vergütungsanspruches für Handwerksarbeiten tritt, die infolge der Kündigung nicht mehr ausgeführt wurden.

6. Nach herrschender Lehrauffassung ist Art. 377 OR **dispositiver Natur** und lässt abweichende (auch sich stillschweigend aus einem Einzelvertrag ergebende)¹¹⁸ Vertragsabreden zu.¹¹⁹ So können die Parteien entweder das Kündigungsrecht des Bestellers wegbedingen oder (etwa durch Vereinbarung einer Konventionalstrafe im Kündigungsfall) erschweren, an besondere Voraussetzungen knüpfen oder am Prinzip der jederzeitigen Kündbarkeit des Werkvertrages durch den Besteller festhalten, jedoch die Folgen, insbesondere die Entschädigungsfolgen, abweichend vom Gesetz festlegen.¹²⁰ Freilich darf die Einschränkung oder der Ausschluss des Kündigungsrechts des Bestellers nicht gegen dessen Persönlichkeitsrechte verstossen (Art. 19 Abs. 2 OR und Art. 27 Abs. 2 ZGB), was dann der Fall ist, wenn auch das Recht, den Vertrag aus wichtigem Grund zu kündigen, tangiert wird (dazu unten V.D.).¹²¹

Zwar hat das Bundesgericht die Frage, ob Art. 377 OR zwingend oder dispositiver Natur ist, mehrmals explizit offen gelassen;¹²² in einem älteren Entscheid¹²³ scheint es dennoch Farbe bekannt zu haben: Im konkret zu beurteilenden Fall ging es um einen Besteller, welcher vor Ausführung eines Bauprojektes vom vereinbarten Totalunternehmervertrag zurückgetreten war, weil er sich ausserstande sah, die Bauausführung zu finanzieren. Das Bundesgericht hatte die Frage der Schadenersatzpflicht des Bestellers zu beurteilen. Es bestätigte zunächst, dass Totalunternehmerverträge Werkverträge sind, auf die Art. 377 OR Anwendung findet.¹²⁴ In einer weiteren, allerdings nicht publizierten Erwägung (!), ergänzte das Gericht den Totalunternehmervertrag, der sich in diesem Punkt offenbar als lückenhaft erwies, um die Regel, wonach der Besteller gegen Vergütung der bereits erbrachten Arbeit ohne Schadenersatzpflicht vom Vertrag zurücktreten kann.¹²⁵ Diese (richterliche) Vertragsergänzung, welche die Umstände, die besondere Vertragsgestaltung und die Interessenlage beider Parteien berücksichtigen sollte,¹²⁶ bedeutete klarerweise eine Abweichung von den Rechtsfolgen des Art. 377 OR, was das Bundesgericht jedoch nicht störte, da von Art. 377 OR „abweichende Vereinbarungen der Parteien über die Regelung der Schadenersatzpflicht“ ... „nach überwiegender und zutreffender Lehrmeinung“ zulässig seien.¹²⁷

¹¹⁷ Vgl. CommRomand/CHAIX, N 10 zu Art. 377 OR; GAUCH, Werkvertrag, Nr. 528; TERCIER, L'extinction, Nr. 1220.

¹¹⁸ Vgl. GAUCH, Werkvertrag, Nr. 590 f.; ders., Rücktritt, S. 49 ff.

¹¹⁹ Vgl. die Nachweise bei BaKomm/ZINDEL/PULVER, N 20 zu Art. 377 OR; bei „persönlichen“ Werkverträgen differenzierend DESSEMONTET, S. 196 f. Auseinandersetzung mit der Mindermeinung, wonach das Rücktrittsrecht des Bestellers unverzichtbar und uneingeschränkt sei (z.B. GAUTSCHI, N 10 zu 377 OR; vgl. auch CORBOZ, SJK Nr. 462, S. 9), bei GAUCH, Rücktritt, S. 44 f.

¹²⁰ Parteien können etwa vereinbaren, dass sich die Entschädigung des Unternehmers nach der so genannten Abzugsmethode bemisst, die auch in Art. 184 SIA-Norm 118 vorgesehen ist (dazu GAUCH, SIA-Kommentar, N 10 f. zu Art. 184).

¹²¹ Vgl. BGE 89 II 35 f., E. 5a; BÜHLER, N 11 zu Art. 377 OR; GAUCH, Werkvertrag, Nr. 583; ders., Rücktritt, S. 45; TERCIER, L'extinction, Nr. 1198 und 1326.

¹²² So etwa in BGE 117 II 276, E. 4a; zuletzt in BGer 4C.387/2001 vom 10. September 2002, E. 6.2.

¹²³ BGE 114 II 53 ff.

¹²⁴ BGE 114 II 55 ff., E. 2b.

¹²⁵ Wortlaut der entsprechenden Erwägung bei GAUCH, Totalunternehmervertrag, S. 40 Anm. 19.

¹²⁶ Vgl. GAUCH, Totalunternehmervertrag, S. 40.

¹²⁷ Zitierte Stellen bei GAUCH, Totalunternehmervertrag, S. 40 Anm. 18. Ausführlich zur Frage der Schadenersatzfolge der Kündigung von Totalunternehmerverträgen GAUCH, Rücktritt, S. 49 ff.

7. Das Verhältnis von Art. 377 OR zu **anderen Bestimmungen** der (vorzeitigen) einseitigen Vertragsauflösung gestaltet sich wie folgt: Bei Vorliegen besonderer Voraussetzungen, welche nach dem Gesetz die Vertragsauflösung durch eine Partei erlauben (z.B. Art. 83, 95, 107 ff. oder 366 OR), geht die betreffende Gesetzesbestimmung als speziellere Bestimmung Art. 377 OR vor, der insofern allgemeinen Charakter hat.¹²⁸ Fraglich ist, was gelten soll, wenn eine Partei den Werkvertrag nach Art. 377 OR kündigt, wenn gleichzeitig die Voraussetzungen für die Anwendung einer besonderen Auflösungsregel erfüllt sind. Die Rechtsprechung neigt in solchen Fällen dazu, die Kündigung den gesetzlichen Folgen des Art. 377 OR zu unterwerfen.¹²⁹ Fehlen die besonderen Voraussetzungen für eine einseitige Vertragsauflösung nach einer speziellen Gesetzesbestimmung, spricht umgekehrt aber wohl nichts dagegen, die Auflösungserklärung eines Bestellers als Kündigung nach Art. 377 OR auszulegen.¹³⁰ Anders verhält es sich freilich, wenn die Parteien das Kündigungsrecht des Art. 377 OR beschränkt oder ausgeschlossen haben; in diesem Fall vermag eine vertragswidrige Kündigung bzw. ein vertragswidriger Rücktritt den Vertrag nicht aufzulösen.

2. Art. 366 Abs. 1 OR

1. Art. 366 Abs. 1 OR bestimmt, dass der Besteller vom Verträge **zurücktreten** kann, *ohne den Lieferungsstermin* abzuwarten, wenn der Unternehmer das Werk nicht rechtzeitig beginnt, die Ausführung in vertragswidriger Weise verzögert oder damit ohne Schuld des Bestellers so sehr im Rückstande ist, dass die rechtzeitige Vollendung nicht mehr vorauszusehen ist. Art. 366 Abs. 1 OR regelt also den Tatbestand des Verzuges in der Bauausführung.¹³¹

Die Anwendung des Art. 366 Abs. 1 OR setzt voraus, dass der Ablieferungstermin *noch nicht* eingetreten ist und sich der Unternehmer mit der Ausführung des Werks „**im Rückstand**“ befindet. Ob dieser Rückstand auf einen verspäteten Beginn der Werkherstellung oder auf eine Verzögerung in der Werkherstellung zurückzuführen ist, macht für den Umstand der Verspätung an sich keinen Unterschied. Wesentlich ist aber, dass die Verspätung vertragswidrig ist. Im Einzelnen:

- Der Zeitpunkt, in welchem der Unternehmer mit der Ausführung des Werks beginnen muss, bestimmt sich zunächst nach Vertrag. Das kann auch dadurch geschehen, dass der Termin für die Werkablieferung vertraglich geregelt ist. In diesem Fall hat der Unternehmer mit dem Arbeitsbeginn spätestens dann zu beginnen, dass ihm genügend Zeit bleibt, um das Werk termingerecht herzustellen.¹³² Ist der Zeitpunkt des Arbeitsbeginns weder durch den Vertrag noch durch die Natur des Rechtsverhältnisses bestimmt, muss der Unternehmer grundsätzlich unverzüglich, d.h. unter Berücksichtigung einer erforderlichen Vorbereitungszeit gleich nach Vertragsabschluss, beginnen (Art. 75 OR).¹³³ **Vertragswidrig verspäteter Arbeitsbeginn** liegt also vor, wenn der Unternehmer nicht auf den vereinbarten Arbeitsbeginn mit der Ausführung des Werks beginnt, sondern derart spät beginnt, dass eine Werkvollendung bis zum vereinbarten Ablieferungstermin nicht mehr möglich ist oder wenn er mit dem Beginn der Arbeiten zuwartet, obwohl er verpflichtet ist, sofort nach Vertragsschluss damit zu beginnen.

¹²⁸ Vgl. GAUCH, Werkvertrag, Nr. 578 f.

¹²⁹ Vgl. z.B. BGE 98 II 115, E. 2; ebenso GAUCH, Rücktritt, S. 43; ferner BGer 4C.255/1996 vom 28. März 2000, E. 6d.

¹³⁰ Vgl. BGE 98 II 115, E. 2; BÜHLER, N 24 zu Art. 377 OR; CommRomand/CHAIX, N 5 zu Art. 377 OR; Corboz, SJK Nr. 462, S. 8; GAUCH, Werkvertrag, Nr. 578 f.

¹³¹ Vgl. BGE 115 II 55, E. 2a; 116 II 452 f., E. 2a/aa.

¹³² Vgl. TRÜMPY-JÄGER, S. 143.

¹³³ Vgl. GAUCH, Werkvertrag, Nr. 674; BaKomm/ZINDEL/PULVER, N 9 zu Art. 366 OR.

- Eine **vertragswidrige Verzögerung der Werkausführung** ist gegeben, wenn der Unternehmer vereinbarte Zwischentermine¹³⁴ oder ein vereinbartes verbindliches Bauprogramm¹³⁵ nicht einhält oder sich sonst derart verspätet, dass der Ablieferungstermin offenbar nicht eingehalten werden kann.¹³⁶

3. Sodann verlangt der Tatbestand des Art. 366 Abs. 1 OR **kein Verschulden** des Unternehmers an der Verspätung.¹³⁷ Das geht zwar nicht klar aus dieser Gesetzesbestimmung hervor; dass dies aber so sein muss, ergibt sich aus einer systematischen Auslegung des Art. 366 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 109 OR, welcher in allgemeiner Weise dem Gläubiger das Vertragsrücktrittsrecht bei (verschuldetem oder unverschuldetem) Leistungsverzug des Schuldners gewährt. Umgekehrt darf den Besteller freilich keine Schuld am „Rückstand“ des Unternehmers treffen.¹³⁸

4. Ebenfalls aus systemkonformer Auslegung mit **Art. 102 ff. OR** ergibt sich schliesslich, dass auch im Anwendungsbereich des Art. 366 Abs. 1 OR¹³⁹ vor Ausübung des Rücktrittsrechts gemahnt werden muss (Art. 102 Abs. 1 OR), sofern sich eine Mahnung nicht deswegen erübrigt, weil sie sich von vornherein als nutzlos erweist (z.B. bei so antizipiertem Vertragsbruch)¹⁴⁰ oder der Unternehmer mit dem Beginn der Arbeiten über einen vertraglich vereinbarten „Verfalltag“ (Art. 102 Abs. 2 OR) säumig ist. Unter Vorbehalt des Art. 108 OR kann der Besteller überdies nur dann vom Vertrag zurücktreten, nachdem er dem Unternehmer eine angemessene Nachfrist¹⁴¹ angesetzt hat (Art. 107 Abs. 1 OR) und nach fruchtlosem Ablauf dieser Nachfrist den Rücktritt unverzüglich erklärt (Art. 107 Abs. 2 OR), soweit er ihn nicht schon mit der Fristansetzung angedroht hat.¹⁴² Statt vom Rücktrittsrecht Gebrauch zu machen kann der Besteller aber auch das in Art. 107 Abs. 2 OR vorgesehene Wahlrecht ausüben, auf die nachträgliche Leistung verzichten und „Ersatz des aus der Nichterfüllung entstandenen Schadens verlangen“.¹⁴³ Er kann selbstverständlich auch weiterhin auf Erfüllung nebst Schadenersatz wegen Verspätung klagen (Art. 103 Abs. 1 und Art. 107 Abs. 2, zweiter Satz OR).

5. Dass der Schuldnerverzug nach Art. 366 Abs. 1 OR kein Verschulden des Unternehmers voraussetzt, wurde bereits gesagt. Immerhin muss aber der „Rückstand“ **objektiv pflichtwidrig** sein, was nicht der Fall ist, wenn die Leistung des Unternehmers (objektiv unmöglich geworden ist, ein besonderer Grund vorliegt, welcher die Verspätung oder Verzögerung rechtfertigt, wie etwa eine wirksame Einrede oder der Verzug des Bestellers (Art. 91 OR), oder andere Umstände für den Rückstand verantwortlich sind, für die der Besteller das Risiko trägt.¹⁴⁴ Ist eine Verzögerung im Einzelfall **gerechtfertigt**, sind die Voraussetzungen für einen Rücktritt nach Art. 366 Abs. 1 OR nicht gegeben. Der Unternehmer bleibt zwar zur Werkherstellung verpflichtet; die gerechtfertigte Verspätung muss aber angemessen berücksichtigt werden, so dass

¹³⁴ Die häufig praktizierte Vereinbarung von Zwischenterminen erlaubt dem Besteller eine regelmässige Kontrolle über die Arbeitsfortschritte, die Koordination mit verschiedenen Nebenunternehmern und die Einhaltung des Ablieferungstermins (vgl. GAUCH, Werkvertrag, Nr. 653).

¹³⁵ Dazu GAUCH, Werkvertrag, Nr. 655 ff.

¹³⁶ Vgl. GAUCH, Werkvertrag, 670.

¹³⁷ Vgl. statt vieler GAUCH, Werkvertrag, Nr. 675; anders Art. 96 Abs. 1 und 2 SIA-Norm 118.

¹³⁸ Vgl. BGer 4C.433/2005 vom 20. April 2006, E. 2.1.

¹³⁹ Dass Art. 366 Abs. 1 OR seinen Zusammenhang mit Art. 102 ff. OR nicht zum Ausdruck bringt, bezeichnet GAUCH, Werkvertrag, Nr. 675, als „Mangel des Gesetzes“.

¹⁴⁰ Antizipierter Vertragsbruch liegt vor, wenn der Unternehmer sich noch vor Eintritt der Verspätung ernsthaft und endgültig weigert, mit der Werkherstellung zu beginnen oder diese weiterzuführen. In diesem Fall braucht der Besteller nicht einmal abzuwarten, dass der Unternehmer in „Rückstand“ (Art. 366 Abs. 1 OR) gerät, um vom Vertrag zurückzutreten (vgl. BGE 110 II 143, E. 1b; auch BGE 117 II 277, E. 4b).

¹⁴¹ Die Ansetzung der Nachfrist kann bereits mit der Mahnung verbunden werden (BGE 103 II 105, E. 1a).

¹⁴² Vgl. BGer 4C.255/1996 vom 28. März 2000, E. 6c/aa; GAUCH, Werkvertrag, Nr. 675.

¹⁴³ Vgl. GAUCH, Werkvertrag, Nr. 675, mit weiteren Literaturverweisen.

¹⁴⁴ Im Einzelnen dazu GAUCH, Werkvertrag, Nr. 677 ff.

sich der Ablieferungstermin und allfällige Zwischentermine mindestens um den eingetretenen Rückstand nach hinten verschieben.¹⁴⁵

6. Ist der Tatbestand des Art. 366 Abs. 1 OR erfüllt, ist der Besteller **berechtig** (nicht verpflichtet), vom Vertrag zurückzutreten, ohne den Unternehmer entschädigen zu müssen.¹⁴⁶ Trifft den Unternehmer am „Rückstand“ gar ein Verschulden, kann er nach Massgabe des Art. 109 Abs. 2 OR dem Besteller schadenersatzpflichtig werden. Im Einzelnen:

- Der Vertragsrücktritt des Art. 366 Abs. 1 OR ist ein **Rücktritt** im juristisch-technischen Sinne. Der Vertrag wird mit Wirkung *ex tunc* aufgelöst. Das bedeutet nach heute vorherrschender „Umwandlungstheorie“¹⁴⁷, dass die vertraglichen Leistungspflichten der Parteien erlöschen und der Werkvertrag in ein (vertragliches) Rückabwicklungs- oder Liquidationsverhältnis übergeht,¹⁴⁸ welches Rückleistungspflichten beider Parteien zum Gegenstand hat und auf die Rückgängigmachung des Werkvertrages gerichtet ist, worin sich eben die Wirkung *ex tunc* des Rücktritts äussert.¹⁴⁹ Die Ansprüche aus diesem Rückabwicklungsverhältnis entstehen im Zeitpunkt der Vertragsauflösung und werden sogleich fällig (Art. 75 OR).¹⁵⁰ Sie verjähren nach Art. 127 OR in zehn Jahren,¹⁵¹ und zwar auch dann, wenn der vertragliche Erfüllungsanspruch einer kürzeren Verjährungsfrist – z.B. derjenigen nach Art. 128 Ziff. 3 OR – unterlag.¹⁵² Nach einer anderen denkbaren Auffassung könnte angenommen werden, der Anspruch des Bestellers auf Rückerstattung des bereits geleisteten Werkpreises verjähre analog dem Rückerstattungsanspruch bei gewandeltem Vertrag (Art. 368 Abs. 1 OR) in einem, fünf oder zehn Jahren (Art. 371 Abs. 1 i.V.m. Art. 210 Abs. 1 OR). Diese Auffassung wird hier abgelehnt, denn der Anspruch des Bestellers auf Rückerstattung des Werkpreises beruht nicht auf einem ausgeübten Mängelrecht (zur Frage der Verjährung des Rückerstattungsanspruchs bei Wandelung gemäss Art. 368 Abs. 1 OR), sondern auf dem vertraglichen Rückabwicklungsverhältnis.
- Hat der Unternehmer im Zeitpunkt des Rücktritts mit der Ausführung des Werks bereits begonnen, steht es dem Besteller allerdings frei, den Vertrag zu **kündigen**, das heisst gegen Vergütung der bereits geleisteten Arbeit¹⁵³ *ex nunc* aufzulösen und das Werk, soweit es ausgeführt ist, zu beanspruchen.¹⁵⁴ Führt aber die Kündigung des Werkvertrages im Vergleich zum Vertragsrücktritt zu einer klaren Benachteiligung des Unternehmers, muss sie dem Besteller verwehrt bleiben.¹⁵⁵ Anders verhält es sich freilich, wenn die Voraussetzungen für eine Kündigung aus „wichtigen Gründen“ (dazu unten V.D.) gegeben sind. Umgekehrt soll dem Besteller ausnahmsweise ausschliesslich ein Kündigungsrecht, und kein Rücktrittsrecht zustehen, wenn die Vertragsaufhebung *ex tunc* den Unternehmer mit

¹⁴⁵ Vgl. im Einzelnen GAUCH, Werkvertrag, Nr. 682.

¹⁴⁶ Vgl. BGE 115 II 55 ff., E. 2.3.

¹⁴⁷ Vgl. GAUCH, System, S. 207 ff.; Nachweise bei BaKomm/WEBER, N 47 zu Art. 109 OR; BÜHLER, N 42 ff. zu Art. 366 OR; HARTMANN, Nr. 861 ff.; GAUCH, Werkvertrag, Nr. 684.

¹⁴⁸ SCHWENZER, Nr. 66.33, spricht von einem „vertraglichen Rückabwicklungsverhältnis mit umdirigiertem Pflichtenprogramm“.

¹⁴⁹ Vgl. BGer 4C.286/2005 vom 18. Januar 2006, E. 2.3; ferner BGE 114 II 152 ff.; 123 III 22, E. 4b; 126 III 122, E. 3c.

¹⁵⁰ Peter GAUCH, Wirkung des Rücktritts und Verjährung des Rückforderungsanspruches bei Schuldnerverzug, Urteilsanmerkung zu BGE 114 II 152 ff., in: recht 7/1989, S. 128; HARTMANN, Nr. 867.

¹⁵¹ So auch BÜHLER, N 46 zu Art. 366 OR und (bei Rücktritt nach Art. 109 OR) BGE 114 II 158, E. 2c/bb; 130 III 512, E. 6.4; HARTMANN, Nr. 859 ff.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Nr. 1572.

¹⁵² Anderer Meinung HARTMANN, Nr. 866.

¹⁵³ Die Vergütungspflicht reicht aber nur soweit, als die Vertragsleistungen des Unternehmers in den ausgeführten Werkteil tatsächlich eingeflossen sind oder sonstwie für den Besteller verwertbar sind (GAUCH, Werkvertrag, Nr. 687).

¹⁵⁴ BGE 116 II 452, E. 2a. Einzelheiten dazu bei GAUCH, Werkvertrag, Nr. 686 ff.

¹⁵⁵ BaKomm/ZINDEL/PULVER, N 23 zu Art. 366 OR.

unverhältnismässigen Nachteilen belasten würde.¹⁵⁶ Im Falle einer zulässigen Kündigung nach Art. 366 Abs. 1 OR versteht sich von selbst, dass der Besteller (im Gegensatz zur Konstellation des Art. 377 OR) den Unternehmer nicht schadlos halten muss, sondern dass vielmehr der Unternehmer dem Besteller Schadenersatz leisten muss (Art. 109 Abs. 2 OR analog).

7. Tritt der Besteller vom Vertrag zurück, obwohl die Voraussetzungen für einen Rücktritt nach Art. 366 Abs. 1 OR nicht gegeben sind, wird der Rücktritt als Kündigung nach **Art. 377 OR** behandelt.¹⁵⁷

8. Die Rücktrittsregel des Art. 366 Abs. 1 OR ist **dispositives Recht** und lässt in den Schranken der Rechtsordnung abweichende Vereinbarungen der Parteien zu. So können die Parteien statt des Rücktrittsrechts des Bestellers eine Konventionalstrafe oder einen pauschalierten Schadenersatz des säumigen Unternehmers vorsehen.¹⁵⁸

9. Gerät der Unternehmer mit der **Ablieferung des Werkes in Verzug**, weil im Zeitpunkt des Ablieferungstermins entweder das Werk noch nicht vollendet ist oder der Unternehmer das vollendete Werk nicht abgeliefert, beurteilt sich die Rechtsfolge dieses Verzugs nicht nach Art. 366 Abs. 1 OR, sondern nach den allgemeinen Verzugsregeln der Art. 103-109 OR.¹⁵⁹ Der Vertragsrücktritt nach Art. 102 ff. OR setzt voraus, dass der Unternehmer trotz Eintritt des Ablieferungstermins das Werk in objektiv pflichtwidriger Weise nicht abgeliefert, der Besteller ihn gemahnt und eine Nachfrist zur Werkablieferung gesetzt hat.¹⁶⁰ Bei verschuldetem Verzug trägt der Unternehmer das Risiko für den zufälligen Untergang des Werkes und wird dem Besteller für den Verspätungsschaden haftbar (Art. 103 Abs. 1, Art. 107 Abs. 2 und 109 Abs. 2 OR).

10. Vom Schuldnerverzug des Unternehmers, welcher das Rücktrittsrecht des Bestellers (Art. 366 Abs. 1 / Art. 103 ff. OR) begründen kann, ist der Fall zu unterscheiden, da die Ausführung des bestellten Werks nach Vertragsschluss ganz oder teilweise objektiv unmöglich wird.¹⁶¹ Das Gesetz normiert die so genannte **objektive nachträgliche Unmöglichkeit** in verschiedenen Bestimmungen (Art. 97 Abs. 1, Art. 119 und 378 OR). In diesen Fällen sieht das Gesetz vor, dass der Werkvertrag von Gesetzes wegen für die Zukunft aufgelöst wird. Es bedarf also keiner Auflösungserklärung durch eine oder beide Parteien.¹⁶² Ebenfalls keine Kündigungsbestimmung ist die spezielle Regel des Art. 379 OR, wonach der Werkvertrag erlischt, wenn der Unternehmer stirbt oder ohne Schuld unfähig wird, das Werk zu erstellen und der Werkvertrag mit Rücksicht auf die persönlichen Eigenschaften des Unternehmers eingegangen worden war.

3. Art. 366 Abs. 2 OR

1. Einen anderen Tatbestand als Art. 366 Abs. 1 OR, der den Schuldnerverzug des Unternehmers vor Werkablieferung regelt, normiert Art. 366 Abs. 2 OR. Nach dieser Gesetzesbestimmung ist der Besteller zur Ersatzvornahme berechtigt, wenn sich während der Ausführung des Werkes eine **mangelhafte oder sonst vertragswidrige Erstellung** durch Verschulden des Unternehmers bestimmt voraussehen lässt und der Unternehmer trotz angesetzter Frist nicht

¹⁵⁶ Vgl. GAUCH, Werkvertrag, Nr. 688.

¹⁵⁷ Vgl. BGE 98 II 115, E. 2; ferner BGER 4C.255/1996 vom 28. März 2000, E. 6d; BGER C. 4C.281/2005 vom 15. Dezember 2005, E. 3.6; GAUCH, Werkvertrag, Nr. 690.

¹⁵⁸ Zur Konventionalstrafe für Nichteinhaltung der Erfüllungszeit vgl. GAUCH, Werkvertrag, Nr. 692 ff.

¹⁵⁹ Vgl. GAUCH, Werkvertrag, Nr. 659 ff.; HENNINGER, S. 246.

¹⁶⁰ Zu den Ausnahmen dazu GAUCH, Werkvertrag, Nr. 659 ff.

¹⁶¹ Objektive Unmöglichkeit liegt vor, wenn die Werkerstellung, unabhängig von der Person des konkreten Unternehmers, auch von einem beliebigen Unternehmer nicht erbracht werden kann (GAUCH/SCHLUEP/REY, Nr. 2589).

¹⁶² Vgl. GAUCH, Werkvertrag, Nr. 732 f.; anderer Meinung für Art. 378 OR GAUTSCHI, N 4 ff. zu Art. 378/379 OR.

für Abhilfe gesorgt hat. Nach dem Wortlaut des Gesetzes bezieht sich die Möglichkeit der Ersatzvornahme auf den Fall der mangelhaften oder sonst vertragswidrigen Erstellung des Werkes.

2. Nach gängiger Rechtsprechung steht das Recht auf Ersatzvornahme dem Besteller nach Art. 366 Abs. 2 OR unter drei Voraussetzungen zu:¹⁶³

- Zunächst ist erforderlich, dass sich eine mangelhafte oder sonst vertragswidrige Erstellung des Werkes **während der Ausführung**, d.h. *nach* Beginn und *vor* Vollendung der Werkarbeiten,¹⁶⁴ bestimmt voraussehen lässt.¹⁶⁵ Eine mangelhafte Erstellung ist voraussehbar, wenn das einst vollendete Werk bei seiner Ablieferung voraussichtlich einen Werkmangel aufweisen wird.¹⁶⁶ Bestimmt voraussehen lässt sich eine mangelhafte oder sonst vertragswidrige Erstellung des Werkes, wenn aufgrund der konkreten Umstände bei objektiv-vernünftiger Betrachtung damit zu rechnen ist.¹⁶⁷ Ob der Mangel bereits während der Ausführung des Werks zutage tritt oder nicht, spielt an sich keine Rolle.¹⁶⁸ Vielmehr ist auch möglich, dass die Mangelhaftigkeit des Werks bei Ablieferung sich bereits zu einem (frühen) Zeitpunkt bestimmt voraussehen lässt, bevor der Mangel zutage tritt oder überhaupt bestimmte Arbeiten ausgeführt wurden – etwa wenn der Unternehmer seine allgemeine Sorgfaltspflichten verletzt,¹⁶⁹ wodurch eine erhebliche Gefahr für die mängelfreie Erstellung des Werkes entsteht.¹⁷⁰ Berufet sich der Besteller auf einen völlig geringfügigen Mangel, um nach Massgabe des Art. 366 Abs. 2 OR vorzugehen, verhält er sich möglicherweise treuwidrig.¹⁷¹ Unklar ist, was das Gesetz mit „sonst vertragswidriger Erstellung des Werkes“ meint. Für das Bundesgericht hat die gesetzgeberische Unterscheidung zwischen „mangelhafte“ und „vertragswidrige“ keine praktische Tragweite.¹⁷² Das darf bezweifelt werden. So kann der unbefugte Beizug eines Subunternehmers durchaus eine Vertragswidrigkeit darstellen, auch wenn dadurch keine (erhöhte) Gefahr entsteht, dass das bestellte Werk mangelhaft erstellt wird. Richtigerweise ist an der vom Gesetzgeber getroffenen Unterscheidung festzuhalten, wobei nur solche vertragswidrige Verhalten des Unternehmers in Frage kommen, welche die Werkerstellung selbst betreffen.¹⁷³
- Sodann wird verlangt, dass die mangelhafte oder sonst vertragswidrige Erstellung des Werkes auf einem „**Verschulden des Unternehmers**“ beruht.¹⁷⁴ Damit kein Widerspruch zur werkvertraglichen Mängelhaftung, die eine Kausalhaftung des Unternehmers für Mängel des abgelieferten Werkes vorsieht (Art. 368 f. OR), entsteht, muss auch bei Art. 366 Abs. 2 OR gelten, dass bei „mangelhafter Erstellung des Werkes“ kein Verschulden

¹⁶³ Ausführlich NIKLAUS, S. 51 ff.

¹⁶⁴ GAUCH, Werkvertrag, Nr. 874, plädiert für eine Anwendung von Art. 366 Abs. 2 OR über seinen Wortlaut hinaus auch auf Fälle, da sich eine mangelhafte oder sonst vertragswidrige Erstellung des Werkes bereits vor Beginn der Ausführung bestimmt voraussehen lässt.

¹⁶⁵ Vgl. BGer 4C.433/2005 vom 20. April 2006, E. 2.2.1.

¹⁶⁶ Vgl. BaKomm/ZINDEL/PULVER, N 32 zu Art. 366 OR.

¹⁶⁷ „Gewissheit ist nicht gefordert, schon deshalb nicht, weil es über die Zukunft keine Gewissheit gibt“ (GAUCH, Werkvertrag, Nr. 878).

¹⁶⁸ Vgl. GAUCH, Werkvertrag, Nr. 875 f.

¹⁶⁹ Z.B. ungeeignete Werkstoffe auf der Baustelle lagert (vgl. Art. 136 Abs. 1 SIA-Norm 118, welcher den Unternehmer verpflichtet, ungeeigneten Baustoff vom Bauplatz zu entfernen).

¹⁷⁰ Vgl. GAUCH, Werkvertrag, Nr. 876.

¹⁷¹ Vgl. BGer 4C.433/2005 vom 20. April 2006, E. 6a/bb.

¹⁷² BGer 4C.433/2005 vom 20. April 2006, E. 6a: „Cette distinction n'a pas de portée pratique. En effet, tant l'exécution défectueuse que celle contraire à la convention sont couvertes par la notion de défaut au sens juridique“.

¹⁷³ So GAUCH, Werkvertrag, Nr. 877; anders wohl GAUTSCHI, 8a zu Art. 366 OR.

¹⁷⁴ Vgl. BGer 4C.433/2005 vom 20. April 2006, E. 2.2.3.

des Unternehmers im eigentlichen Sinne gefordert wird, sondern (nur) dass den Besteller kein Selbstverschulden im Sinne des Art. 369 OR trifft.¹⁷⁵

- Für die Berechtigung zur Ersatzvornahme ist schliesslich erforderlich, dass dem Unternehmer eine **angemessene Frist zur Abhilfe** angesetzt worden ist, und zwar verbunden mit der Androhung der Ersatzvornahme.¹⁷⁶ Diese Androhung kann entfallen, wenn der Unternehmer nicht in der Lage erscheint, die erforderlichen Verbesserungen zu bewerkstelligen, oder wenn er zu erkennen gibt, dass er den Zustand nicht ändern wird.¹⁷⁷ Die Ansetzung einer Frist zur Abhilfe kann unterbleiben, wenn sie sich von vornherein als nutzlos erweist (Art. 108 Ziff. 1 OR), etwa weil der Unternehmer dem Besteller in ernsthafter und endgültiger Weise zu verstehen gegeben hat, dass er an seinem Verhalten nichts ändern wird.¹⁷⁸ Erst nach fruchtlosem Ablauf der angesetzten (angemessenen)¹⁷⁹ Frist darf der Besteller zur Ersatzvornahme schreiten.

3. Ist der Tatbestand des Art. 366 Abs. 2 OR erfüllt, ist der Besteller zur **Ersatzvornahme** berechtigt.¹⁸⁰

4. Was das **Verhältnis zu Art. 366 Abs. 1 OR** anbelangt, so hat das Bundesgericht entschieden¹⁸¹ und bestätigt,¹⁸² dass das Recht auf Ersatzvornahme weitere Rechtsbehelfe nicht ausschliesst; vielmehr steht dem Besteller auch die Möglichkeit zum **Vertragsrücktritt** gemäss Art. 366 Abs. 1 OR offen, wenn die Voraussetzungen für die Anwendung von Art. 366 Abs. 2 OR gegeben sind.¹⁸³ Denn: „Il n'y a pas de raison de penser que le législateur fédéral ait voulu traiter le maître moins favorablement en cas de défaut qu'en cas de retard“.¹⁸⁴ Sind also die oben behandelten Voraussetzungen für eine Ersatzvornahme nach Art. 366 Abs. 2 OR erfüllt, eröffnet das dem Besteller die Möglichkeit, gestützt auf Art. 366 Abs. 1 OR entschädigungsfrei vom Vertrag zurückzutreten.¹⁸⁵ Umgekehrt stellt aber die rechtzeitige Ausführung des Werks durch den Unternehmer (Art. 366 Abs. 1 OR) *kein* Tatbestand dar, der unter Art. 366 Abs. 2 OR fällt und den Besteller zur Ersatzvornahme berechtigt.¹⁸⁶

5. Vom Vertragsrücktritt nach Art. 366 Abs. 2 OR zu unterscheiden ist der Rücktritt infolge von **Wandelung** gemäss Art. 368 Abs. 1 OR. Danach darf der Besteller das Werk „verweigern“, wenn dieses an so erheblichen Mängeln leidet oder sonst so sehr vom Vertrag abweicht, dass es für den Besteller unbrauchbar ist oder ihm die Annahme billigerweise nicht zugemutet werden kann“. Dieses Recht, die Annahme des abgelieferten Werkes zu verweigern, ist ein Mängelrecht und setzt voraus, dass das Werk vollendet ist und abgeliefert wurde (Art. 367 Abs. 1 OR).¹⁸⁷ Das Annahmeverweigerungsrecht des Art. 368 Abs. 1 OR ist in Wirklichkeit ein

¹⁷⁵ GAUCH, Werkvertrag, Nr. 880 f.; BaKomm/ZINDEL/PULVER, N 35 zu Art. 366 OR; TERCIER, Contrats, Nr. 4074; anderer Meinung KOLLER, N 542 zu Art. 366 OR; HONSELL, S. 277; NIKLAUS, S. 101; differenzierend BÜHLER, N 65 zu Art. 366 OR; offen gelassen in BGer 4C.255/1996 vom 28. März 2000, E. 6b.

¹⁷⁶ Vgl. BGer 4C.433/2005 vom 20. April 2006, E. 2.2.2.

¹⁷⁷ Vgl. BGer 4C.77/2005 vom 20. April 2005, E. 4.

¹⁷⁸ Vgl. BGer 4C.255/1996 vom 28. März 2000, E. 6c/aa; GAUCH, Werkvertrag, Nr. 885; KOLLER, N 27 zu Art. 366 OR; NIKLAUS, S. 74 ff.; BaKomm/ZINDEL/PULVER, N 36 zu Art. 366 OR.

¹⁷⁹ Zur Frage der Angemessenheit der Frist vgl. GAUCH, Werkvertrag, Nr. 884 f.

¹⁸⁰ Zur Ersatzvornahme im Einzelnen GAUCH, Werkvertrag, Nr. 887 ff.; BaKomm/ZINDEL/PULVER, N 41 zu Art. 366 OR.

¹⁸¹ Erstmals in BGE 126 III 234 f., E. 7a/bb.

¹⁸² Vgl. z.B. BGer 4C.433/2005 vom 20. April 2006, E. 2.1. Vgl. auch CORBOZ, SJK Nr. 460, S. 12; GAUTSCHI, N 7d zu Art. 366 OR; HONSELL, S. 277; KOLLER, N 477 ff. zu Art. 366 CO; NIKLAUS, S. 42.

¹⁸³ Zurückhaltender GAUCH, Werkvertrag, Nr. 893.

¹⁸⁴ BGE 126 III 234 f., E. 7a/bb.

¹⁸⁵ BGer C.433/2005 vom 20. April 2006, E. 2.3.

¹⁸⁶ Vgl. GAUCH, Werkvertrag, Nr. 867 und 877; GAUTSCHI, N 7a zu Art. 366 OR.

¹⁸⁷ Vgl. statt vieler BaKomm/ZINDEL/PULVER, N 2 zu Art. 368 OR; ausführlich PEDRAZZINI, S. 522 ff.

Wandelungsrecht, „das darauf gerichtet ist, den Werkvertrag ‚rückgängig‘ zu machen“.¹⁸⁸ Es ist, mit anderen Worten, ein Rücktrittsrecht im juristisch-technischen Sinne (mit Wirkung *ex tunc*),¹⁸⁹ dessen Ausübung den Werkvertrag in ein vertragliches Abwicklungsverhältnis (dazu schon weiter oben) umwandelt.¹⁹⁰

4. Art. 375 OR

1. Gemäss Art. 375 Abs. 1 OR ist der Besteller berechtigt, vom Werkvertrag zurückzutreten, wenn „ein mit dem Unternehmer verabredeter ungefährender Ansatz ohne Zutun des Bestellers unverhältnismässig überschritten wird“. Dieses **Rücktrittsrecht** steht dem Besteller offen „sowohl während als auch nach Ausführung des Werkes“. Bevor auf den Tatbestand und die Rechtsfolge des Art. 375 Abs. 1 OR eingegangen wird, bedarf es vorab folgender Klärungen:

- Art. 375 Abs. 1 OR findet im Werkvertragsrecht nur beschränkt Anwendung, nämlich auf Fälle, in denen die Parteien bezüglich der Höhe der Vergütung des Unternehmers überhaupt **keine Vereinbarung** getroffen haben.¹⁹¹ Besteht nämlich eine Preisvereinbarung, und sei es auch nur im Sinne eines „Circa-Preises“¹⁹², liegt eine verbindliche Preisabrede vor, an die sich die Parteien halten müssen. Das Problem der Überschreitung eines „ungefährenden Ansatzes“ kann in diesen Fällen erst gar nicht entstehen.
- Sodann erweist sich der Wortlaut des Art. 375 Abs. 1 OR als ungenau (und irreführend), wenn er von einem „verabredeten ungefährenden Ansatz“ spricht. Wird nach praktisch einhelliger Auffassung unter einem „**ungefährenden Ansatz**“ im Sinne des Art. 375 Abs. 1 OR der „unverbindliche Kostenvoranschlag des Unternehmers“ verstanden, „der als Prognose Auskunft gibt über den mutmasslichen Preis, den sein Werk den Besteller kosten wird“, ¹⁹³ geht es nämlich nicht um den Fall, da eine verbindliche (ungefähre) Preisfestlegung verabredet wird, sondern darum, dass der Unternehmer den Besteller im Hinblick auf einen Vertragsschluss über die zu erwartenden Kosten orientiert. Der unverbindliche Kostenvoranschlag ist also keine verbindliche (ungefähre) Preisangabe, weswegen der Unternehmer nicht verpflichtet ist, das Werk zum geschätzten Preis zu erstellen; massgebend ist und bleibt der tatsächliche Aufwand (Art. 374 OR), der zu einem höheren oder tieferen Preis als die geschätzten Kosten führen kann.¹⁹⁴
- Schliesslich ist der unverbindliche Kostenvoranschlag vom **Kostenvoranschlag des Architekten** (oder Ingenieurs) zu unterscheiden. Dieser ist keine unverbindliche Prognose über den ungefährenden Preis der eigenen Werkarbeit, sondern eine vertraglich geschuldete Auskunft über die mutmasslichen Kosten fremder Bauleistungen.¹⁹⁵ Darauf findet Art. 375 OR nicht (einmal analog) Anwendung. Für die Richtigkeit des Kostenvoranschlags haftet der Architekt nach Vertragsrecht, wobei ihm grundsätzlich eine Toleranz von 10 % zugebilligt wird.¹⁹⁶

2. Damit Art. 375 Abs. 1 OR Platz greift, müssen drei Voraussetzungen gegeben sein, die kumulativ erfüllt sein müssen:

¹⁸⁸ GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1530.

¹⁸⁹ Vgl. BGE 98 II 122, E. 3a; GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1531; BaKomm/ZINDEL/PULVER, N 24 zu Art. 368 OR; BÜHLER, N 51 zu Art. 368 OR; CommRomand/CHAIX, N 23 zu Art. 368 OR; PEDRAZZINI, S. 517.

¹⁹⁰ Dazu ausführlich Gauch, Werkvertrag, Nr. 1533 ff.; BÜHLER, N 50 ff. zu Art. 368 OR.

¹⁹¹ Richtig GAUCH, Werkvertrag, Nr. 973; wohl auch BaKomm/ZINDEL/PULVER, N 5 zu Art. 374 OR.

¹⁹² In Anlehnung an GAUCH, Werkvertrag, Nr. 940 ff., wird der „Circa-Preis“ als Vereinbarung verstanden, wonach der Preis ungefährend, nämlich durch Festlegung einer oberen und unteren Grenze bestimmt wird. Innerhalb der vereinbarten Bandbreite wird die Vergütung „nach Massgabe des Wertes der Arbeit und der Aufwendungen des Unternehmers“ (Art. 374 OR) bemessen.

¹⁹³ GAUCH, Werkvertrag, Nr. 937. Vgl. BaKomm/ZINDEL/PULVER, N 4 f. zu Art. 375 OR, mit Nachweisen.

¹⁹⁴ Vgl. BaKomm/ZINDEL/PULVER, N 5 zu Art. 375 OR, mit Verweisen.

¹⁹⁵ Vgl. Gauch, Werkvertrag, Nr. 1001 f., mit Literaturhinweisen.

¹⁹⁶ BGE 119 II 253 f., E. 3c; 122 III 64, E. 2c/aa; BGER 4C.424/2004 vom 15. März 2005, E. 3.2, 3.3 und 4.

- Erstens liegt ein **unverbindlicher Kostenvoranschlag des Unternehmers** vor. Der Kostenvoranschlag ist eine Wissenserklärung des Unternehmers über die zu erwartenden Kosten.¹⁹⁷ Das schliesst allerdings nicht aus, dass der Kostenvoranschlag auf Kalkulationen des Bestellers oder eines Dritten beruht; massgeblich ist aber, dass der Kostenvoranschlag vom Unternehmer abgegeben wird und dieser den Willen hat, dem Besteller seine Erwartungen über die zu erwartenden Kosten mitzuteilen.¹⁹⁸
- Zweitens wird dieser unverbindliche Kostenvoranschlag **unverhältnismässig überschritten**. Eine Überschreitung des Kostenvoranschlages liegt vor, wenn der Preis für diejenigen Arbeiten, auf die sich der Kostenvoranschlag bezieht, höher ist als im Kostenvoranschlag angegeben.¹⁹⁹ Art. 375 OR gelangt nur bei „unverhältnismässigen“ Kostenüberschreitungen zur Anwendung, was umgekehrt bedeutet, dass eine „mässige“, d.h. sich in gewissen Grenzen haltende Überschreitung, vom Besteller hinzunehmen ist.²⁰⁰ Kriterium für die Beurteilung der (Un-)Verhältnismässigkeit der Kostenüberschreitung sind „Treu und Glauben im Geschäftsverkehr“ (entsprechend Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR). Entscheidend ist, mit welcher Überschreitung des Kostenvoranschlages der Besteller nach diesem Kriterium rechnen musste, was nur einzelfallbezogen entschieden werden kann.²⁰¹ Fraglich ist, ob der mutmassliche Umstand, dass der Besteller das Werk nicht bestellt hätte, wenn er bei Vertragsschluss gewusst hätte, wieviel ihm das Werk tatsächlich kosten würde, ein taugliches Kriterium für die Beurteilung der Unverhältnismässigkeit ist.²⁰² Als „Faustregel“ – die allerdings nicht absolut gilt – hat sich eine Toleranzgrenze von 10 % etabliert, so dass eine höhere Überschreitung grundsätzlich als unverhältnismässig zu qualifizieren ist.²⁰³
- Drittens ist die unverhältnismässige Überschreitung des unverbindlichen Kostenvoranschlages des Unternehmers **ohne Zutun des Bestellers** eingetreten; sie ist mithin nicht vom Besteller verursacht worden. Hat der Besteller die Überschreitung des Kostenvoranschlages (z.B. durch Änderungswünsche) veranlasst – wofür es keines Verschuldens bedarf –, der Kostenüberschreitung zugestimmt oder sie genehmigt,²⁰⁴ kommt eine Anwendung des Art. 375 OR nicht in Betracht.²⁰⁵ Umgekehrt ist für die Anwendung des Art. 375 OR kein Verschulden des Unternehmers an der Kostenüberschreitung erforderlich.²⁰⁶ Hat der Unternehmer allerdings absichtlich oder aus mangelnder Sorgfalt einen zu tiefen Kostenvoranschlag abgegeben, wird er allenfalls aus „culpa in contrahendo“ (Haftung bei Vertragsverhandlungen) schadenersatzpflichtig,²⁰⁷ was aber mit dem Rücktrittsrecht aus Art. 375 OR sachlich nicht zusammenhängt. Immerhin spielt ein Verschulden des Unternehmers im Rahmen des Art. 375 Abs. 2 OR eine Rolle, soweit der Besteller sein Herabsetzungsrecht beansprucht.²⁰⁸

¹⁹⁷ Vgl. TWERENBOLD, Nr. 102.

¹⁹⁸ Die Festlegung der Höhe einer Akontozahlung durch den Unternehmer bedeutet nicht generell die Angabe eines ungefähren Kostenansatzes (4C.177/2005 vom 31. August 2005, E.5.1.2).

¹⁹⁹ Vgl. statt vieler TWERENBOLD, Nr. 135 und 198 ff.

²⁰⁰ Vgl. GAUCH, Werkvertrag, Nr. 984, mit Rechtsprechungshinweisen.

²⁰¹ Vgl. GAUCH, Werkvertrag, Nr. 985.

²⁰² Darüber BaKomm/ZINDEL/PULVER, N 11 zu Art. 375 OR.

²⁰³ Vgl. die zahlreichen Rechtsprechungs- und Literaturhinweise bei BaKomm/ZINDEL/PULVER, N 12 zu Art. 375 OR.

²⁰⁴ Dazu im Einzelnen GAUCH, Werkvertrag, Nr. 990 f.

²⁰⁵ Vgl. BaKomm/ZINDEL/PULVER, N 15 f. zu Art. 375.

²⁰⁶ So BÜHLER, N 24 zu Art. 375 OR; GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1009; TERCIER, Contrats, Nr. 4349; anderer Meinung TWERENBOLD, N 78 f.

²⁰⁷ Vgl. GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1009; TWERENBOLD, Nr. 275.

²⁰⁸ Vgl. GAUCH, Werkvertrag, Nr. 981.

3. Sind die Voraussetzungen des Art. 375 Abs. 1 OR erfüllt, darf der Besteller den Werkvertrag auflösen.²⁰⁹ Dieses einseitige Recht, den Vertrag aufzulösen, ist ein **Rücktrittsrecht**, durch dessen Ausübung der Werkvertrag *ex tunc* aufgehoben wird.²¹⁰ Nach der auch hier anzuwendenden „Umwandlungstheorie“ sind die Parteien vertraglich zur Rückerstattung der bereits erhaltenen Leistungen (inklusive des vom Besteller gelieferten Werkstoffes) verpflichtet.²¹¹ Diese Rückerstattungsansprüche werden im Zeitpunkt der Werkvertragsauflösung fällig und verjähren in zehn Jahren (Art. 127 OR) ab Vertragsauflösung (Art. 130 Abs. 1 OR).²¹² Wird die Kostenüberschreitung dem Besteller erst bekannt, nachdem der Unternehmer mit der Ausführung des Werkes begonnen hat, scheint es nicht sachgerecht, den Besteller vor die Alternative zu stellen, entweder das Werk trotz übermässiger Kostenüberschreitung gegen volle Bezahlung zu übernehmen oder vollständig darauf zu verzichten. Deswegen plädiert GAUCH mit guten Gründen dafür, dass dem Besteller statt des Vertragsrücktrittes in analoger Anwendung zu Art. 375 Abs. 2 OR die Möglichkeit offen stehen muss, „gegen billigen Ersatz der bereits ausgeführten Arbeiten“ dem Unternehmer *nur* „die Fortführung [der Arbeiten] zu entziehen“ und die Übergabe des bereits erstellten Werkteiles zu verlangen, das heisst den Vertrag mit Wirkung *ex nunc* **zu kündigen**.²¹³

4. Für „Bauten, die auf Grund und Boden des Bestellers errichtet werden“²¹⁴ sieht **Art. 375 Abs. 2 OR** besondere Rechtsfolgen vor: Danach kann der Besteller im Falle einer nicht von ihm zu verantwortenden unverhältnismässigen Überschreitung des Kostenvoranschlages „eine angemessene Herabsetzung des Lohnes verlangen oder, wenn die Baute noch nicht vollendet ist, gegen billigen Ersatz der bereits ausgeführten Arbeiten dem Unternehmer die Fortführung entziehen und vom Vertrage zurücktreten“. Solange das Werk nicht vollendet ist,²¹⁵ hat der Besteller also die Wahl zwischen der Herabsetzung des Werkpreises und der Auflösung des Vertrages. Entgegen dem Wortlaut handelt es sich beim Auflösungsrecht des Art. 375 Abs. 2 OR nicht um ein Rücktrittsrecht, sondern um ein **Kündigungsrecht**, denn es gestattet dem Besteller die Vertragsauflösung nur „gegen billigen Ersatz der bereits ausgeführten Arbeiten“, also *ex nunc*.²¹⁶ Mit „billigem Ersatz“ meint das Gesetz die volle Vergütung der Arbeiten und Aufwendungen (Art. 374 OR), die der Unternehmer in Erfüllung des Werkvertrages bis zur Vertragsauflösung erbracht hat.²¹⁷ Diesem Vergütungsanspruch kann – wie im Anwendungsbereich des Art. 375 Abs. 1 OR – allerdings ein Schadenersatzanspruch des Bestellers gegenüberstehen, soweit der Unternehmer den Kostenvoranschlag aus Absicht oder aus Unsorgfalt zu tief angesetzt hat. Schliesslich kann ein Vergütungsanspruch entfallen, wenn der errichtete Werkteil für den Besteller völlig wertlos ist.²¹⁸

5. Dem Gesagten bleiben noch **folgende Punkte** anzufügen:

- Löst der Besteller den Werkvertrag nach Massgabe des Art. 375 Abs. 1 oder 2 OR auf, trifft ihn keine Pflicht, den Unternehmer für die wirtschaftlichen Folgen der Vertragsauf-

²⁰⁹ Art. 375 OR enthält eine besondere Ausgestaltung der Irrtumsanfechtung, die Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR vorgeht (vgl. BGE 109 II 335 f., E. 2b; 115 II 461, E. 3).

²¹⁰ Vgl. BGE 98 II 303 ff., E. 4c und 5.

²¹¹ Vgl. statt vieler CommRomand/CHAIX, N 22 zu Art. 375 OR.

²¹² So BÜHLER, N 30 zu Art. 375; GAUCH, Werkvertrag, 976; BaKomm/ZINDEL/PULVER, N 32 zu Art. 375; anders noch BGE 98 II 303 f.; 114 II 141 ff.; anderer Meinung TWERENBOLD, Nr. 216 ff.

²¹³ GAUCH, Werkvertrag, Nr. 994; zustimmend TRÜMPY-JÄGER, S. 140; BaKomm/ZINDEL/PULVER, N 33 zu Art. 375; CommRomand/CHAIX, N 23 zu Art. 375 OR.

²¹⁴ Nach dem sachenrechtlichen Prinzip „superficies solo cedit“ (Art. 642, 667 und 671 ZGB) fallen Bauwerke, die auf dem Grundstück des Bestellers errichtet werden, in dessen Eigentum (vgl. BGE 98 II 303, E. 4c).

²¹⁵ Zum Begriff des vollendeten Werks vgl. oben Fn. 67.

²¹⁶ Vgl. statt vieler BaKomm/ZINDEL/PULVER, N 28 zu Art. 375 OR; anderer Meinung TWERENBOLD, Nr. 236.

²¹⁷ Vgl. GAUCH, Werkvertrag, Nr. 977 f., der auch die Möglichkeit einer partiellen Vertragsauflösung für zulässig hält.

²¹⁸ Vgl. BaKomm/ZINDEL/PULVER, N 28 in fine zu Art. 375 OR.

lösung schadlos halten zu müssen.²¹⁹ Anders verhält es sich, wenn die Voraussetzungen für eine Vertragsauflösung nach Art. 375 OR nicht erfüllt sind. Alsdann beurteilen sich die Rechtsfolgen der einseitigen Vertragsauflösung durch den Besteller nach **Art. 377 OR** (dazu schon oben **III.B.I.**), sofern nicht der Tatbestand einer anderen (spezielleren) Auflösungsbestimmung (z.B. Art. 366 Abs. 2 OR) erfüllt ist.

- Die zulässige Ausübung des Auflösungsrechts nach Art. 375 OR setzt nicht voraus, dass der Besteller dem Unternehmer eine Frist – etwa Bedenkzeit – einräumt, bevor er den Vertrag auflöst. Erklärt aber der Unternehmer, dass er auf den Teil der Vergütung **verzicht**et, welcher die vom Besteller hinzunehmende Toleranzgrenze überschreitet, verliert der Besteller das Recht, den Werkvertrag nach Art. 375 Abs. 1 oder 2 OR aufzulösen.²²⁰ Hat der Besteller den Werkvertrag bereits aufgelöst, so bewirkt der Verzicht des Unternehmers auf den die Toleranzgrenze überschreitenden Kostenteil, dass die Voraussetzungen für eine Kündigung nach Art. 375 OR dahinfallen und der Besteller entweder den Vertrag trotz ausgesprochener Kündigung weiter gelten lassen muss, die Kündigung mit hin ohne Folgen bleibt,²²¹ oder – falls er auf die Kündigung beharrt – den Unternehmer nach Art. 377 OR zu entschädigen hat.
- Art. 375 OR enthält **dispositives Recht**.²²² Das erlaubt den Parteien, abweichende Vereinbarungen zu treffen – etwa andere Rechtsfolgen zu vereinbaren, die vom Besteller zu dulden de Marge zu bestimmen oder einen Verteilschlüssel für die Mehrkosten festzulegen.²²³ Von dieser Möglichkeit wird in der Praxis reger Gebrauch gemacht.
- Im Übrigen dispensieren die Rechtsbehelfe des Art. 375 OR den Unternehmer von seiner **Anzeigepflicht** bezüglich ihm erkennbarer, bereits eingetretener oder bestimmt voraussehbarer übermässiger Kostenüberschreitungen nicht.²²⁴ Eine Verletzung dieser Pflicht kann eine Schadenersatzforderung des Bestellers begründen, soweit der Schaden bei rechtzeitiger Anzeige der Kosten hätte vermieden werden können. Fraglich ist, ob den Unternehmer eine Pflicht trifft, dem Besteller auch nur mässige, sich im Rahmen der Toleranzgrenze haltende Kostenüberschreitungen anzuzeigen. Mit ZINDEL/PULVER²²⁵ ist diese Frage (wohl mit Vorbehalt geringfügiger Überschreitungen) zu bejahen, denn die Anzeigepflicht leitet sich aus der allgemeinen Sorgfaltspflicht des Unternehmers (Art. 364 Abs. 1 OR) ab, welche ihrerseits keiner Toleranzgrenze unterliegt.²²⁶ Freilich gilt es bei der Bestimmung der Rechtsfolgen verspäteter Anzeige einer mässigen Kostenüberschreitung zu berücksichtigen, dass der Besteller selbst bei rechtzeitiger Anzeige nicht zu den Rechtsbehelfen des Art. 375 OR hätte greifen können.
- Schliesslich stellt sich die Frage, zu welchem **Zeitpunkt** und bis spätestens wann der Besteller die Vertragsauflösung erklären muss, damit sie als Auflösungserklärung gemäss Art. 375 Abs. 1 oder 2 OR gilt. Sicherlich kann sich der Besteller auf sein Auflösungsrecht berufen, sobald eine übermässige Kostenüberschreitung mit hinreichender Sicherheit voraussehbar ist.²²⁷ Zu beachten ist auch, dass eine Vertragskündigung nach Art. 375 Abs. 2 OR nicht mehr in Frage kommt, wenn das Werk einmal vollendet ist. Auch wenn

²¹⁹ Vgl. BaKomm/ZINDEL/PULVER, N 28 und 32 zu Art. 375 OR, je mit weiteren Verweisen.

²²⁰ Vgl. BÜHLER, N 46 zu Art. 366 OR; GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1006; GAUTSCHI, N 5a zu Art. 375.

²²¹ Das mag dogmatisch „unsauber“ sein, ist aber vom Ergebnis her gerechtfertigt und kann mit dem Fall einer „bedingten“ Kündigung verglichen werden, die zulässig ist, wenn der Eintritt oder Nichteintritt der Bedingung allein vom Willen des Unternehmers abhängt.

²²² Vgl. statt vieler CommRomand/CHAIX, N 34 zu Art. 375 OR.

²²³ Vgl. BaKomm/ZINDEL/PULVER, N 28 und 36 zu Art. 375 OR.

²²⁴ Vgl. GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1007 f.

²²⁵ Vgl. BaKomm/ZINDEL/PULVER, N 35 zu Art. 375 OR.

²²⁶ Anderer Meinung GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1008.

²²⁷ Vgl. BÜHLER, N 31 zu Art. 375 OR; GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1004; BaKomm/ZINDEL/PULVER, N 18 zu Art. 375 OR TWERENBOLD, Nr. 245.

die Rechtsbehelfe des Art. 375 OR als Gestaltungsrecht an sich keiner Verjährung unterliegen, rechtfertigt der sachliche Zusammenhang dieser Bestimmung mit Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR (Grundlagenirrtum) die analoge Anwendung des Art. 31 OR dergestalt, dass das Auflösungsrecht des Bestellers in einem Jahr ab Kenntnis von Bestand und Umfang der Kostenüberschreitung verwirkt, sofern der Besteller die Kostenüberschreitung nicht schon vorher genehmigt hat.²²⁸

C Die Kündigungs- und Rücktrittsbestimmungen des Auftrags

1. Was die gesetzlichen Kündigungs- und Rücktrittsbestimmungen des Auftragsrechts angeht, so sind diese im Vergleich zum Werkvertragsrecht sehr einfach ausgestaltet: Sie beschränken sich auf einen Gesetzesartikel, den viel diskutierten **Art. 404 OR**. Dessen Absatz 1 lautet: „Der Auftrag kann von jedem Teil jederzeit widerrufen oder gekündigt werden“. Dieser Satz verdient es, dass man sich genauer mit ihm beschäftigt:

2. Zunächst fällt an Art. 404 Abs. 1 OR auf, dass der (entgeltliche)²²⁹ Auftrag nicht nur „widerrufen“ (révoqué; revocato), sondern auch „gekündigt“ (répudié; disdetto) werden kann. Das heute praktisch einhellige Verständnis des **Begriffspaares „Widerruf“ und „Kündigung“** geht dahin, dass beide Begriffe dasselbe meinen, nämlich „einseitige, empfangsbedürftige Erklärungen an die Gegenpartei, die den Willen zum Ausdruck bringen, den Vertrag aufzulösen“.²³⁰ Eine Berechtigung hat das Begriffspaar nur insofern, als nach verbreiteter Auffassung „Widerruf“ die Kündigung durch den Auftraggeber und „Kündigung“ die Ausübung des Auflösungsrechts durch den Beauftragten bezeichnet.²³¹ Da aber das Recht zur einseitigen Vertragsauflösung für beide Parteien gemäss Art. 404 Abs. 1 OR das gleiche ist,²³² erübrigt sich diesbezüglich eine differenzierte Betrachtungsweise.

3. Auch wenn das Gesetz sie nicht erwähnt, schliessen Widerruf und Kündigung die **Aufhebungsvereinbarung**, mit welcher die Parteien übereinstimmend erklären, den Auftrag aufzulösen, selbstverständlich nicht aus.²³³

4. Hinsichtlich der Möglichkeit, den Auftrag zu kündigen bzw. zu widerrufen, sind folgende Erklärungen anzubringen:

- Gekündigt oder Widerruf werden kann nur **ein bestehender Auftrag**. Ist der Auftrag infolge vollständiger Erfüllung oder von Zeitablauf bereits beendet oder besteht er aus einem anderen Grund nicht mehr, kann er auch nicht mehr durch Kündigung oder Widerruf aufgelöst werden.²³⁴
- Die Kündigung und der Widerruf unterstehen **keiner besonderen Formerfordernis**. Sie können mündlich erklärt werden oder sich gar aus den Umständen ergeben.²³⁵ Das gilt auch dann, wenn der Auftrag selbst in einer bestimmten Form erteilt wurde. Immerhin können aber die Parteien die Gültigkeit einer Kündigung oder eines Widerrufs von der Einhaltung einer bestimmen Form abhängig machen.²³⁶

²²⁸ Grundlegend GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1005.

²²⁹ Die Ausnahmeerscheinung des unentgeltlichen Auftrags wird hier ausser Acht gelassen.

²³⁰ FELLMANN, N 20 zu Art. 404 OR.

²³¹ Vgl. BaKomm/WEBER, N 2 zu Art. 404 OR; FELLMANN, N 16 zu Art. 404 OR; GAUTSCHI, N 14a zu Art. 404 OR; HOFSTETTER, S. 57 f.

²³² Vgl. BGE 98 II 308 f., E. 2a: „... das Kündigungsrecht des Beauftragten [ist] das logische Gegenstück zum Widerrufsrecht des Auftraggebers“. Kritisch WERRO, Nr. 274 ff.

²³³ Vgl. FELLMANN, N 18 zu Art. 404 OR und N 11 zu Art. 405 OR.

²³⁴ Vgl. FELLMANN, N 29 zu Art. 404 OR.

²³⁵ Vgl. FELLMANN, N 33 ff. zu Art. 404 OR; TERCIER, Nr. 4806.

²³⁶ Vgl. FELLMANN, N 34 zu Art. 404 OR.

- Kündigung und Widerruf können **jederzeit** und ohne Einhaltung von Fristen oder Terminen, also **fristlos**, von jeder Partei erklärt werden.²³⁷ Allerdings kann die Ausübung des Kündigungs- bzw. Widerrufsrechts in bestimmten Fällen zu einer Schadenersatzpflicht des Kündigenden bzw. Widerrufenden führen (Art. 404 Abs. 2 OR, dazu weiter unten).
- Die Ausübung des Kündigungs- und Widerrufsrecht des Art. 404 Abs. 1 OR verlangt nicht das Vorliegen von besonderen Gründen; vielmehr kann jede Vertragspartei ohne Angabe eines Grundes, sogar (objektiv betrachtet) **grundlos**, kündigen.²³⁸
- Haben mehrere zusammen dem Beauftragten den Auftrag erteilt, so können sie nur durch **gemeinsame Erklärung** den Auftrag widerrufen. Das gilt unabhängig davon, welches Verhältnis die Auftraggeber untereinander verbindet (sie brauchen insbesondere keine Gesamthandschaft wie z.B. Erbgemeinschaft zu sein), und auch dann, wenn wichtige Gründe für die Auftragsauflösung angeführt werden.²³⁹

5. Was die **Rechtsfolge** der Kündigung und des Widerrufs anbelangt, so besteht und erschöpft sich diese in der Auflösung des Auftrags mit Wirkung *ex nunc*.²⁴⁰ Die einseitige Vertragsauflösung ist von der Gegenpartei grundsätzlich entschädigungslos hinzunehmen, und zwar auch dann, wenn sie ohne vorgängige Androhung und Fristansetzung erklärt wird und unabhängig davon, ob und allenfalls wie sie vom Kündigenden bzw. Widerrufenden begründet wird.²⁴¹ Darin liegt ein wesentlicher Unterschied zum Kündigungsrecht des Bestellers nach Art. 377 OR (dazu oben **III.B.1.**). Im Übrigen sei auf folgende Einzelpunkte hingewiesen:

- Mit der Kündigung oder dem Widerruf des Auftrages erlöschen die gegenseitigen Hauptleistungspflichten der Parteien für die **Zukunft**.²⁴² Nichtsdestotrotz kann den Beauftragten, welcher den Auftrag gekündigt hat, im Einzelfall in analoger Anwendung des Art. 405 Abs. 2 OR die Pflicht treffen, für eine beschränkte Zeit „die Fortführung des Geschäftes zu besorgen, bis der Beauftragte ... in der Lage ist, es selbst zu tun“.²⁴³
- Die Kündigung und der Widerruf lassen den Auftrag für die **Vergangenheit** unberührt. Die bis dahin erwachsenen gegenseitigen Ansprüche der Parteien bleiben bestehen. Für die Tätigkeit des Beauftragten bis zum Zeitpunkt der Kündigung schuldet der Auftraggeber ihm eine Vergütung.²⁴⁴ Diese Vergütung bestimmt sich nach Massgabe des Vereinbarten. Besteht keine Vereinbarung bezüglich der Vergütung, so schuldet der Auftraggeber dem Beauftragten eine Vergütung, wie sie üblich ist (Art. 394 Abs. 3 OR).²⁴⁵ Gewisse Nebenpflichten bleiben trotz Vertragsauflösung weiter bestehen, manche konkretisieren sich sogar erst im Zeitpunkt der Vertragsauflösung,²⁴⁶ bis die Parteien vollständig auseinandergesetzt sind.²⁴⁷

6. Der Grundsatz, dass die Kündigung oder der Widerruf des Auftrages keine Entschädigungsfolgen auslöst, erleidet eine wichtige Ausnahme. Gemäss **Art. 404 Abs. 2 OR** ist diejeni-

²³⁷ Vgl. CommRomand/WERRO, N 6 zu Art. 404 OR; TERCIER, Contrats, Nr. 4795; WERRO, Nr. 371 ff.

²³⁸ Vgl. BGE 106 II 160, E. 2c.

²³⁹ BGer 4C.315/2002 vom 23. April 2003, E. 4.

²⁴⁰ Vgl. statt vieler BaKomm/WEBER, N 8 zu Art. 404 OR.

²⁴¹ TERCIER, Contrats, Nr. 4808 f.

²⁴² Zur Diskussion um die Anwendung des Art. 406 OR für die Bestimmung des massgebenden Zeitpunkts für die Beendigungswirkung bei Kündigung oder Widerruf vgl. FELLMANN, N 33 ff. zu Art. 406 OR.

²⁴³ Art. 405 OR bezieht sich zwar auf die Beendigungsgründe Tod, Handlungsunfähigkeit und Konkurs einer Vertragspartei. Sie muss auch für den Fall der Kündigung durch den Beauftragten gelten (vgl. die einleuchtende Begründung bei HOFSTETTER, S. 71 in fine; ferner GAUCH, Art. 404, S. 19).

²⁴⁴ Vgl. BGE 124 II 427, E. 4a; TERCIER, L'extinction, Nr. 1155.

²⁴⁵ Dabei gilt zu beachten, dass die Berechnungsmethoden der SIA-Ordnungen 102 und 103 nicht als Branchenübung („expression des moeurs“) gelten (vgl. BGer 4C.347/2003, E. 3.1.2).

²⁴⁶ Vgl. CommRomand/WERRO, N 5 zu Art. 404 OR, mit Beispielen.

²⁴⁷ Dazu FELLMANN, N 30 zu Art. 404 OR.

ge Vertragspartei, die den Vertrag nach Art. 404 Abs. 1 OR auflöst, „zum Ersatze des dem anderen verursachten Schadens verpflichtet, wenn die Vertragsauflösung „zur Unzeit“ erfolgte. Im Einzelnen:

- Das Gesetz spricht vom „**zurücktretenden Teil**“ und meint damit diejenige Vertragspartei, welche den Auftrag nach Art. 404 Abs. 1 OR kündigt oder widerruft. Diese Wendung ist juristisch-technisch betrachtet unrichtig, da nach einhelliger Ansicht die Kündigung und der Widerruf zur Beendigung des Vertrages *ex nunc* führen.²⁴⁸
- Art. 404 Abs. 2 OR setzt für einen Schadenersatzanspruch der Gegenpartei voraus, dass die beendigungswillige Vertragspartei den Vertrag „**zur Unzeit**“ auflöst. Eine Vertragsauflösung „zur Unzeit“ liegt vor, wenn die Kündigungs- oder Widerrufserklärung ohne sachliche Rechtfertigung – vor allem ohne dass die Gegenpartei dazu begründeten Anlass gegeben hätte²⁴⁹ – in einem ungünstigen Zeitpunkt erfolgt und der anderen Partei besondere Nachteile verursacht.²⁵⁰ Ungünstig ist der Zeitpunkt dann, wenn „der Gegenpartei nicht genügend Zeit zur Verfügung gestellt wird, um sich auf das Ende des Vertrages vorzubereiten“.²⁵¹ Das bedeutet umgekehrt, dass keine Vertragsauflösung „zur Unzeit“ vorliegt, wenn der kündigenden oder widerrufenden Partei dafür besonderen Anlass gegeben wurde und oder die Kündigung bzw. der Widerruf in einem günstigen Moment erklärt wurde.²⁵² Allerdings trifft die Kritik HOFSTETTERS zu, gewisse einschlägige Entscheide des Bundesgerichts nähren den Verdacht, dass „jeder grundlose Widerruf“ eine Schadenersatzpflicht auslösen kann.²⁵³

7. Die **Rechtsfolge** des Art. 404 Abs. 2 OR besteht nicht etwa darin, dass die Vertragsauflösung zur Unzeit unwirksam oder gar nichtig ist,²⁵⁴ sondern dass die kündigende oder widerrufende Vertragspartei der anderen, falls diese durch die Vertragsauflösung zu Schaden kommt, schadenersatzpflichtig wird. Ob man die dogmatische Grundlage für diese Schadenersatzpflicht in einer Vertragsverletzung²⁵⁵ – z.B. Verletzung der vertraglichen Treuepflicht oder Interessenwahrungspflicht²⁵⁶ – oder schlicht in der „gesetzgeberischen Gerechtigkeitsentscheidung, die Folgen eines jederzeitigen Widerrufs/Rücktritts zu lindern“,²⁵⁷ erblickt, macht vom Ergebnis her keinen Unterschied. Die entscheidende Frage geht vielmehr dahin, was unter dem Titel Schadenersatz nach Art. 404 Abs. 2 OR gefordert werden kann. Was den Widerruf des Auftrags durch den Auftraggeber angeht, hat das Bundesgericht in einem älteren, bis heute unwidersprochen gebliebenen Entscheid festgehalten, dass Art. 404 Abs. 2 OR dem Beauftragten „keinen Anspruch auf Ersatz des entgangenen Gewinns [gibt], sondern nur auf Ausgleich der besonderen Nachteile als Folge des unzeitigen Widerrufs“.²⁵⁸ Damit wollte es nach meinem Verständnis zum Ausdruck bringen, dass (im Gegensatz zu Art. 377 OR) nicht das Erfüllungsinteresse zu ersetzen ist, sondern (nur) das, was die Gegenseite gehabt hätte, wenn die Kündigung nicht ge-

²⁴⁸ Vgl. statt aller FELLMANN, N 17 zu Art. 404 OR.

²⁴⁹ Anlass zur vorzeitigen Vertragsauflösung gibt etwa der Architekt, der seine vertraglichen Verpflichtungen verletzt oder sonst einen „sachlich vertretbaren Grund“ für den Widerruf des Auftrags setzt (vgl. BGE 104 II 330, E. 5b).

²⁵⁰ Vgl. BGE 110 II 383, E. 3b; ferner BGE 109 II 469, E. 4d.

²⁵¹ PEYER, S. 128.

²⁵² Vgl. BGer in SemJud 122/2000, S. 487, E. 1a.

²⁵³ HOFSTETTER, S. 65.

²⁵⁴ Demgegenüber z.B. Art. 336c OR.

²⁵⁵ Vgl. WERRO, Nr. 271 ff., 310 und 357.

²⁵⁶ Vgl. FELLMANN, N 49 f. zu Art. 404 OR.

²⁵⁷ BaKomm/WEBER, N 16 zu Art. 404 OR, mit Verweisen.

²⁵⁸ Vgl. BGE 110 II 386, E. 4b; ebenso BGE 109 II 470, E. 4d; vgl. die Begründung in BGE 106 II 160, E. 2c.

rade zur Unzeit erfolgt wäre.²⁵⁹ Faktisch bedeutet das, dass nach Art. 404 Abs. 2 OR nur der Ersatz für Umtriebe, die sich aus der unzeitigen Vertragsauflösung ergeben, geschuldet ist.²⁶⁰

8. Art. 404 OR stösst im Schrifttum seit langem sauer auf.²⁶¹ Seinetwegen wird der Auftrag als „brüchiges Vertragsverhältnis“²⁶² verschmäht und seine Anwendung durch den extensiven Gebrauch anderer (insbesondere vertraglich nicht geregelter) Vertragstypen umgangen.²⁶³ Unter Dauerbeschuss eines gewichtigen Teils der Lehre²⁶⁴ steht Art. 404 OR aber vor allem deswegen, weil das Bundesgericht ihm **zwingenden Charakter** zuspricht.²⁶⁵ Das hat zur Folge, dass das freie Kündigungs- bzw. Widerrufsrecht nicht eingeschränkt oder wegbedungen werden darf. Auch eine faktische Einschränkung – etwa durch Vereinbarung einer Konventionalstrafe oder sonstiger Nachteile für den Kündigungs- oder Widerrufsfall – lässt das Bundesgericht nicht gelten.²⁶⁶ Immerhin lässt das Bundesgericht Vereinbarungen einer Konventionalstrafe oder eines pauschalierten Schadenersatzes im Voraus zu, soweit diese nur für den Fall einer Kündigung zur Unzeit geschuldet sein sollen und nicht einen entgangenen Gewinn ersetzen.²⁶⁷

9. Schliesslich bedarf es der Klärung, was das **Verhältnis des Art. 404 OR zu anderen Kündigungs- und Rücktrittsvorschriften** angeht. Dass der Auftrag nach Art. 404 Abs. 1 OR jederzeit, ohne besonderen Grund und (grundsätzlich) ohne Entschädigungsfolge gekündigt oder widerrufen werden kann, bedeutet nicht, dass die Parteien eines Auftrags nicht auch zu anderen Rechtsbehelfen greifen dürfen. Sind die Voraussetzungen für eine einseitige Vertragsauflösung nach anderen Bestimmungen gegeben, zum Beispiel nach Art. 107/109 OR (Schuldnerverzug), dürfen sowohl der Auftraggeber als auch der Beauftragte nach Massgabe dieser Bestimmungen vorgehen, was ihnen (im Anwendungsbereich des Art. 107 OR) namentlich erlaubt, auf die Vertragserfüllung zu verzichten und stattdessen Ersatz des aus der Nichterfüllung entstandenen Schadens zu verlangen.²⁶⁸

IV. Vertragliche Kündigungs- und Rücktrittsbestimmungen

1. Mit Ausnahme des Art. 404 OR haben alle oben behandelten gesetzlichen Kündigungs- und Rücktrittsbestimmungen die Gemeinsamkeit, dass sie dispositiv sind und anders lautenden Parteivereinbarungen weichen. Vertragliche Abreden, welche die gesetzlichen Kündigungs- und Rücktrittsbestimmungen abändern oder aufheben, ergeben sich in aller Regel aus schriftlichen Vertragsurkunden. Sie können aber auch aufgrund einer mündlichen oder gar stillschweigenden Vereinbarung zustande gekommen sein. Kündigungs- und Rücktrittsbestimmungen können schliesslich auch in vorformulierten **Allgemeinen Vertragsbedingungen** enthalten sein. Werden diese Allgemeinen Vertragsbedingungen in einem konkreten Vertrag übernommen, was bei Bauverträgen durchaus Praxis ist, so werden die in ihnen enthaltenen Kündigungs- und Rücktrittsbedingungen für die Parteien verbindlich, sofern sie nicht zwingendem Recht oder indivi-

²⁵⁹ So Hermann BECKER, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht (Berner Kommentar), Bd. VI/2, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Art. 184-551 OR, Bern 1934, N 5 ff. zu Art. 404 OR.

²⁶⁰ Vgl. ULRICH, S. 48 f.; mit berechtigter Kritik FELLMANN, N 68 ff. zu Art. 404 OR.

²⁶¹ Vgl. GAUCH, Art. 404, S. 15 ff., insb. S. 19.

²⁶² HOFSTETTER, S. 58.

²⁶³ BaKomm/WEBER, N 10 zu Art. 404 OR, spricht von einer „Flucht aus dem Auftragsrecht“.

²⁶⁴ Nachweise bei FELLMANN, N 109 zu Art. 404 OR; für eine auf den „reinen Auftrag“ beschränkte Anwendung des Art. 404 Abs. 1 OR PEYER, S. 183 ff.

²⁶⁵ Vgl. BGE 98 II 305, E. 2a; 103 II 130, E. 1; 104 II 115 f., E. 4; 106 II 159, E. 2b; 115 II 465 ff., E. 2; 117 II 478, E. 5; BGer 4C.447/2004 vom 31. März 2005, E. 5.4; dazu auch Marlis KOLLER-TUMLER, Jederzeitiger Widerruf im Auftragsrecht? Entwicklungen in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, recht 2/1984, S. 49 ff.

²⁶⁶ Vgl. BGE 104 II 116, E. 4; 109 II 467 ff., E. 4; freizügiger WERRO, Nr. 358 ff.

²⁶⁷ Vgl. BGE 109 II 468 f., E. 4b und d; 110 II 383, E. 3a, und 386, E. 4b.

²⁶⁸ So auch BGer 4C.18/2005 vom 30. Mai 2005, E. 2.1, mit Bezug auf Art. 107-109 OR.

duellen Vertragsabreden der Parteien widersprechen oder aus einem bestimmten Grund ungültig oder nichtig sind.²⁶⁹

2. Die für Bauwerkverträge weitaus am häufigsten verwendeten Allgemeinen Vertragsbedingungen sind diejenigen der **SIA-Norm 118** („Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten“, Ausgabe 1977/1991). Die SIA-Norm 118 spielt eine derart überragende Rolle in der Praxis der Bauwerkverträge, dass sie von Rechtsgelehrten ausführlich kommentiert wurde.²⁷⁰ Was die Kündigung und den Rücktritt vom Werkvertrag angeht, finden sich in der SIA-Norm 118 folgende Bestimmungen, die zum Teil von den gesetzlichen Bestimmungen abweichen:

- Bei **Gläubigerverzug des Bestellers** verleiht Art. 94 Abs. 2 SIA-Norm 118 dem Unternehmer unter bestimmten, umschriebenen Voraussetzungen das Recht, nach Massgabe des Art. 95 OR vom Vertrag zurückzutreten.²⁷¹
- Für die **vorzeitige Beendigung des Werkvertrages** verweist Art. 183 SIA-Norm 118 auf die gesetzlichen Bestimmungen, namentlich Art. 97, Art. 107, Art. 119 und Art. 366 OR.²⁷² Auch was die Möglichkeit des Rücktritts mit Schadloshaltung anbelangt verweist die Norm auf die gesetzliche Regelung von Art. 377 OR (Art. 184 Abs. 1 SIA-Norm 118). Eine Besonderheit enthält Art. 184 Abs. 2 SIA-Norm 118, der für die Berechnung der Entschädigung an den Unternehmer die Abzugsmethode vorschreibt.²⁷³
- Bei **Überschreitung vertraglich festgelegter Fristen** vor dem Ablieferungstermin durch den Unternehmer ist der Besteller gemäss Art. 96 Abs. 4 erster Satz SIA-Norm 118 berechtigt, nach Massgabe des Art. 366 Abs. 1 OR vom Vertrag zurückzutreten. Für die Nachfrist und den Anspruch des Unternehmers auf Schadenersatz gelten Art. 107-109 OR (Art. 96 Abs. 4 zweiter Satz SIA-Norm 118). Vorbehalten bleiben die Fälle, in denen der Unternehmer Recht auf Fristerstreckung hat (Art. 90, Art. 94 Abs. 2 und Art. 96 Abs. 1 i.V.m. Art. 96 Abs. 3 SIA-Norm 118). Keinen Anspruch auf Fristerstreckung hat der Unternehmer dann, wenn er die Verspätung verschuldet hat (vgl. Art. 96 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 SIA-Norm 118). Gerät der Unternehmer mit der Ablieferung des Werkes in Verzug, beurteilt sich die Rechtsfolge dieses Verzugs nicht nach Art. 96 Abs. 4 SIA-Norm 118, sondern nach den allgemeinen Verzugsregeln der Art. 103-109 OR.²⁷⁴
- Die SIA-Norm 118 enthält keine Spezialbestimmungen in Bezug auf die Auflösung des Werkvertrages vor Ablieferung des Werkes aufgrund einer **mangelhaften Erfüllung** des Unternehmers.²⁷⁵ Dieser Tatbestand beurteilt sich folglich unter dem Gesichtspunkt des Art. 366 Abs. 2 OR. Für den Vertragsrücktritt wegen Mängel nach Werkablieferung verweist Art. 169 Abs. 1 Ziff. 3 SIA-Norm 118 auf das Wandelungsrecht nach Art. 368 Abs. 1 OR.²⁷⁶ Im Gegensatz zu dem, was von Gesetzes wegen gilt,²⁷⁷ muss der Bauherr bei Wandelung dem Unternehmer eine angemessene Frist zur Entfernung des Werkes ansetzen, bevor er das Werk auf dessen Kosten entfernen darf (Art. 169 Abs. 1 Ziff. 3 letzter Satz SIA-Norm 118).

²⁶⁹ Vgl. GAUCH, Werkvertrag, Nr. 190 ff.

²⁷⁰ Vgl. Peter GAUCH (Hrsg.), Kommentar zur SIA-Norm 118, Art. 38-156 Zürich 1992; ders., Kommentar zur SIA-Norm 118, Art. 157-190, Zürich 1991.

²⁷¹ Vgl. SCHUMACHER, N 11 ff. zu Art. 94 SIA-Norm 118.

²⁷² Vgl. BGer 4C.433/2005 vom 20. April 2006, E. 2.

²⁷³ Dazu GAUCH, SIA-Kommentar, N 11 zu Art. 184 SIA-Norm 118.

²⁷⁴ Vgl. HENNINGER, S. 247.

²⁷⁵ Vgl. BGer 4C.255/1996 vom 28. März 2000, E. 5; 4C.433/2005 vom 20. April 2006, E. 2.

²⁷⁶ Einzelheiten dazu bei GAUCH, SIA-Kommentar, N 21-29 zu Art. 169 SIA-Norm 118.

²⁷⁷ Von Gesetzes wegen gilt, dass der Bauherr das Werk, welches sich auf seinem Grund und Boden befindet, selbst oder durch einen Dritten entfernen lassen kann, ohne dem Unternehmer zuvor eine Frist zur Entfernung angesetzt zu haben (vgl. GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1544, mit Verweis auf BGE 98 II 123).

- „Werden die angegebenen Gesamtkosten **unverhältnismässig überschritten**“, so gewährt Art. 56 Abs. 2 SIA-Norm 118 dem Bauherrn „die Rechte gemäss Art. 375 Abs. 2 OR“. Mit „angegebenen Gesamtkosten“ ist der unverbindliche Kostenvoranschlag des Unternehmers gemeint, den Art. 375 Abs. 1 OR als „ungefähren Ansatz“ bezeichnet.²⁷⁸
- Gerät der Bauherr in **Zahlungsverzug**, kann der Unternehmer ihn durch Mahnung (Art. 102 Abs. 1 OR) in Verzug setzen, ihm eine Nachfrist ansetzen (Art. 107 Abs. 1 OR) und nach fruchtlosem Ablauf der Nachfrist vom Vertrag zurücktreten, wenn er das „unverzüglich“ tut (Art. 190 Abs. 2 SIA-Norm 118).²⁷⁹ Die Vertragsauflösung des Art. 190 Abs. 2 SIA-Norm 118 entspricht dem Rücktritt nach Art. 107 Abs. 2 und Art. 109 OR. Allerdings wirkt sie nicht *ex tunc*, sondern *ex nunc*, also wie eine Kündigung im juristisch-technischen Sinne, weswegen der Unternehmer weiterhin „Anspruch auf Vergütung der erbrachten Leistung gemäss Werkvertrag“ hat und dem Besteller den bereits erstellten Werkteil auf dessen Verlangen hin überlassen muss.²⁸⁰
- Schliesslich enthält die SIA-Norm 118 Auflösungs Vorschriften, die das Obligationenrecht selbst nicht vorsieht. So kann etwa der Bauherr den Vertrag kündigen, wenn der Unternehmer z.B. infolge von Tod oder Invalidität ausser Stande ist, die übernommenen Arbeiten weiterzuführen und die vertragsgemässe Weiterführung auch nicht durch Rechtsnachfolger oder Hilfspersonen gesichert ist (Art. 186 Abs. 1 SIA-Norm 118; demgegenüber Art. 379 Abs. 1 OR).

3. Die für „**Verträge über Architekturleistungen**“ geltende **SIA-Ordnung 102** (2001) enthält in ihren „Allgemeinen Vertragsbedingungen“ in Art. 1.12 eine Bestimmung über die „Vorzeitige Beendigung des Vertrages“ auf. Nach Art. 1.12.1 SIA-Ordnung 102 richten sich die Rechtsfolgen einer vorzeitigen Beendigung des Vertrages nach den Bestimmungen des Schweizerischen Obligationenrechts. Diese Bestimmung ist unproblematisch, weil sie keine Qualifikation der Verträge über Architekturleistungen vorwegnimmt; sie ist aber auch unspektakulär, weil sie sich in einem Verweis auf das Gesetz erschöpft. Demgegenüber weist Art. 1.12.2 SIA-Ordnung 102 einen Regelungsinhalt auf, der durchaus von Interesse ist: „Erfolgt die Kündigung durch den Auftraggeber zur Unzeit“, so bestimmt Art. 1.12.2, dass „der Architekt berechtigt [ist], nebst seinem Honorar für die vertragsgemäss geleistete Arbeit, einen Zuschlag zu fordern. Der Zuschlag beträgt 10 % des vereinbarten Honorars für den entzogenen Arbeitsteil oder mehr, wenn der nachgewiesene Schaden grösser ist“. Diese Entschädigungsklausel ist, je nach dem, ob der zu beurteilende Architektenvertrag im Einzelfall ein Werkvertrag (z.B. ein Planungsvertrag) oder ein Auftrag (z.B. Gesamtvertrag) ist,²⁸¹ unter einem unterschiedlichen Gesichtspunkt auf ihre Gesetzmässigkeit hin zu prüfen. Dass die „Allgemeinen Vertragsbedingungen“ der SIA-Ordnung 102 auch auf Architektenverträge mit Werkvertragscharakter Anwendung finden können, liegt auf der Hand²⁸² und ersieht sich schon daran, dass Art. 1.4 („Rechte des Architekten“) die Urheberrechte des Architekten an seinem Werk regelt:

- Ist der Architektenvertrag in einem konkreten Fall ein **Werkvertrag**, stellt die Anwendung des Art. 1.12.2 SIA-Ordnung 102 keine besonderen Probleme, da das betroffene (verdrängte) Werkvertragsrecht (Art. 377 OR) dispositiv ist und abweichende Regelungen zulässt. Von praktischem Interesse für den Architekten ist freilich die Frage, ob ihn die Entschädigungsklausel des Art. 1.12.2 SIA-Norm 102, die eine (kreative) Kombina-

²⁷⁸ Vgl. SIA-Kommentar/GAUCH, N 4 zu Art. 56 SIA-Norm 118.

²⁷⁹ Erklärt der Unternehmer die Vertragsauflösung nicht „unverzüglich“ nach Ablauf der Nachfrist, so kann er den Vertrag erst auflösen, nachdem er dem Besteller eine weitere Nachfrist angesetzt hat und diese wiederum ergebnislos abgelaufen ist (GAUCH, SIA-Kommentar, N 18 zu Art. 190 SIA-Norm 118).

²⁸⁰ Vgl. GAUCH, SIA-Kommentar, N 20 zu Art. 190 SIA-Norm 118.

²⁸¹ Zur Qualifikation des Architektenvertrages oben II.A.; zur Qualifikation der nach den Teilphasen der SIA-Ordnung 102 eingeteilten Einzelleistungen des Architekten vgl. die schematische Übersicht von ULRICH, S. 42.

²⁸² Vgl. auch ULRICH, S. 41 f.

tion aus Art. 404 OR und der einschlägigen Rechtsprechung darstellt,²⁸³ nicht schlechter stellt als das gesetzliche Werkvertragsrecht. Nach Art. 377 OR hat der Architekt nämlich Anspruch auf volle Schadloshaltung, ohne dass der Besteller „zur Unzeit“ gemäss Art. 404 Abs. 2 OR gekündigt haben muss. Zudem schliesst das Bundesgericht den Ersatz des entgangenen Gewinns vom Entschädigungsanspruch des Art. 404 Abs. 2 OR ausdrücklich aus²⁸⁴ und reduziert den Anspruch des Architekten damit auf den Ersatz für Umtriebe, die sich aus der vor- und unzeitigen Vertragsauflösung ergeben.²⁸⁵

- Muss ein Architektenvertrag hingegen als **Auftrag** qualifiziert werden, was den praktisch häufigeren Fall darstellen sollte, fragt sich, ob sich Art. 1.12.2 SIA-Ordnung 102 mit Art. 404 OR verträgt, dem nach konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung zwingender Charakter zukommt. Diese Frage ist zu bejahen, denn das Bundesgericht schliesst – wie weiter oben erklärt – die Vereinbarung einer Entschädigung im Sinne eines pauschalierten Schadenersatzes oder einer Konventionalstrafe für den Fall unzeitiger Vertragsauflösung nicht aus. Allerdings darf eine pauschalierte Entschädigung kein Ersatz für einen entgangenen Gewinn sein,²⁸⁶ da Art. 404 Abs. 2 OR nicht das Erfüllungsinteresse schützt, sondern nur „den Ausgleich der besonderen Nachteil als Folge des unzeitigen Widerrufs“.²⁸⁷

4. In der für „**Verträge über Leistungen von Bauingenieuren**“ geltenden **SIA-Ordnung 103** („Ordnung für Leistungen und Honorare der Bauingenieure und Bauingenieurinnen“, 2001) ist in den „Allgemeinen Vertragsbedingungen“ der praktisch identische Art. 1.12 („Vorzeitige Beendigung des Vertrages“) zu finden. Deswegen, und weil auch der Ingenieur – ähnlich wie der Architekt – „Aufgaben der Beratung, Planung, Projektierung, Bauleitung und der Bewirtschaftung sowie der Gesamtleitung und Koordination in seinem Fachgebiet“ erfüllt (Art. 2.1 SIA-Ordnung 103), kann auf das zu Art. 1.12 SIA-Ordnung 102 hiervoor Gesagte verwiesen werden.²⁸⁸

V. Ausgewählte Fragen

A Kündigung des Werkvertrages aus wichtigen Gründen

1. Es wurde gesagt, dass der Besteller das (einseitige) Recht hat, den Werkvertrag vor Vollendung des Werks jederzeit zu kündigen. Macht er von diesem Recht Gebrauch, schuldet er dem Unternehmer „volle Schadloshaltung“. Es stellt sich nun die Frage, ob die Kündigung des Bestellers auch dann die Rechtsfolgen des Art. 377 OR auslöst, wenn die Kündigung aus wichtigen Gründen erfolgt. Die Frage, wann wichtige Gründe für eine Vertragskündigung vorliegen, hat das Bundesgericht neuerdings²⁸⁹ im Zusammenhang mit Art. 266g OR (Ausserordentliche

²⁸³ Eingehend dazu ULRICH, S. 51 ff.

²⁸⁴ Vgl. die Nachweise in Fn. 266.

²⁸⁵ Vgl. ULRICH, S. 48 ff.

²⁸⁶ Pauschalierte Urheberrechtsentschädigungen, mit denen „der Architekt einen Gegenwert erhalten [solle] für die ihm entgangene wirtschaftliche Verwertung eines urheberrechtlich geschützten Werkes“, stellen in der Regel einen Ersatz für entgangenen Gewinn dar, weswegen ihnen das Bundesgericht die Gültigkeit versagt (vgl. BGE 104 II 320 f., E. 5b; 110 II 386, E. 4b; 117 II 478, E. 5d). Die Frage der Entschädigung für Nutzungsrechte an urheberrechtlich geschützten Werken löst nun Art. 1.6.4 SIA-Ordnung 102. Danach erhält der Auftraggeber mit der Bezahlung des Honorars das Recht, die Arbeitsergebnisse des Architekten für den vereinbarten Zweck zu verwenden. Entsprechende Bestimmungen findet sich auch in anderen SIA-Ordnungen (vgl. Art. 1.6.4 SIA-Ordnung 103; Art. 1.6.4 SIA-Ordnung 108; Art. 6.4 der Allgemeinen Vertragsbedingungen der SIA-Ordnung 112).

²⁸⁷ BGE 110 II 386 f., E. 4d.

²⁸⁸ Dasselbe gilt auch für die SIA-Ordnung 108 („Ordnung für Leistungen und Honorare der Maschinen- und der Elektroingenieure sowie der Fachingenieure für Gebäudeinstallationen“), deren Art. 1.12 mit Art. 1.12 SIA-Norm 103 identisch ist.

²⁸⁹ Vgl. BGer 4C.345/2005 vom 9. Januar 2006, E. 2; 4C.35/2006 vom 30. Mai 2006, E. 2.1.

Kündigung des Mietvertrages aus wichtigen Gründen) wie folgt beantwortet: Die „**wichtigen Gründe**“ müssen inhaltlich so beschaffen sein, dass der kündigenden Partei nach objektiver Beurteilung die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden kann, was gemäss Art. 4 ZGB aufgrund der Würdigung der Umstände im Einzelfall zu entscheiden ist. Dabei können nicht nur objektive Gründe, sondern auch persönliche Gründe insbesondere der kündigenden Partei die Unzumutbarkeit begründen. Die Unzumutbarkeit der Erfüllung eines Vertrages ist allerdings nur dann anzunehmen, wenn die angerufenen Umstände bei Vertragsabschluss weder bekannt noch voraussehbar waren und nicht auf ein Verschulden der kündigenden Partei zurückzuführen sind.

2. Weil das Gesetz – abgesehen von den Spezialbestimmungen der Art. 366 und 375 OR – für den Fall der Vertragsauflösung aus wichtigen Gründen keine besondere Regelung vorsieht, die Art. 377 OR vorgehen oder einschränken würde, ist zunächst davon auszugehen, dass auch die Kündigung aus wichtigen Gründen von **Art. 377 OR** erfasst wird.²⁹⁰ Nun kann aber die Rechtsfolge des Art. 377 OR unbillige Ergebnisse hervorrufen, wenn der Besteller, der aus einem wichtigen Grund den Werkvertrag kündigt, den für den wichtigen Grund verantwortlichen Unternehmer in jedem Fall vollständig schadlos halten müsste.²⁹¹

3. Während die Lehre seit geraumer Zeit dafür postuliert, die Schadenersatzpflicht des Bestellers bei einer Kündigung aus „wichtigen Gründen“ entfallen zu lassen oder zu beschränken,²⁹² hat das Bundesgericht die Frage lange offen gelassen.²⁹³ In einem jüngeren Entscheid²⁹⁴ aus dem Jahre 2001 hat sich das Bundesgericht erneut zur Frage geäußert und – in zum Teil wörtlicher Anlehnung an GAUCH²⁹⁵ – folgende **Entscheidlinien** festgehalten:

- Wichtige Kündigungsgründe, welche Auswirkungen auf die Pflicht zur vollen Schadloshaltung des Unternehmers gemäss Art. 377 OR haben, dürfen nicht leichthin angenommen werden.²⁹⁶ Der Verlust des Vertrauens in den Unternehmer („perte de confiance“) reicht für sich allein nicht aus, um den Vertrag kündigen zu dürfen, ohne den Unternehmer entschädigen zu müssen,²⁹⁷
- Gründe, die zwar eine Vertragsfortsetzung für den Besteller unzumutbar machen, aber nicht dem Unternehmer anzulasten sind, rechtfertigen keine Befreiung des Bestellers von der Pflicht, den Unternehmer zu entschädigen;²⁹⁸
- Ebenfalls keine Abweichung von den Rechtsfolgen des Art. 377 OR erlaubt der Fall, da der Besteller deswegen vom Vertrag zurücktritt, weil er für das bestellte Werk keine Verwendung mehr hat.²⁹⁹

²⁹⁰ Vgl. BGE 69 II 143; 117 II 276; so auch die praktisch einhellige Lehre (vgl. die Nachweise bei GAUCH, Werkvertrag, Nr. 567).

²⁹¹ So auch erkannt in BGE 69 II 144: „... la condamnation du maître aux prestations légales serait manifestement d'une rigueur excessive“.

²⁹² Vgl. BaKomm/ZINDEL/PULVER, N 18 zu Art. 377 OR; BÜHLER, N 42 zu Art. 377 OR; DESSEMONTET, ZSR 106 (1987) II, S. 172 und 196; GAUCH, Werkvertrag, Nr. 569 ff.; Daniel G. GLASL, Die Rückabwicklung im Obligationenrecht, Diss. Zürich 1992, S. 225 f.; Christoph LEUENBERGER, Dienstleistungsverträge, in: ZSR 106/1987 II, S. 70 f.; TERCIER, Contrats, Nr. 4416; ders., L'extinction, Nr. 1325.

²⁹³ Vgl. BGE 117 II 276, E. 4a, mit weiteren Verweisen; anders aber schon das Handelsgericht SG in SJZ 79/1977, S. 111 f.

²⁹⁴ BGer 4C.387/2001 vom 10. September 2002, E. 6.

²⁹⁵ GAUCH, Werkvertrag, Nr. 569 ff.

²⁹⁶ Vgl. BGer 387/2001 vom 10. September 2002, E. 6.2; GAUCH, Werkvertrag, Nr. 574.

²⁹⁷ Vgl. auch BGer 4C.281/2005 vom 15. Dezember 2005, E. 3.6: „... la perte de confiance ne saurait de toute manière à elle seule constituer un motif suffisant pour permettre à la défenderesse de se départir du contrat sans devoir indemniser l'entrepreneur conformément à l'art. 377 CO“.

²⁹⁸ Vgl. BGer 387/2001 vom 10. September 2002, E. 6.2; GAUCH, Werkvertrag, Nr. 576.

²⁹⁹ Vgl. BGer 387/2001 vom 10. September 2002, E. 6.2; GAUCH, Werkvertrag, Nr. 576.

4. Obwohl das Bundesgericht damit die Frage nach der Befreiung des Bestellers von der Entschädigungspflicht bei Kündigung aus wichtigem Grund nicht positiv beantwortet,³⁰⁰ lassen die vorerwähnten Entscheidungslinien den Umkehrschluss zu, dass auch nach bundesgerichtlicher Ansicht die Schadenersatzpflicht des Bestellers bei Kündigung aus wichtigem Grund entfallen kann, soweit der Kündigungsgrund in einem **vorwerfbaren Verhalten des Unternehmers** liegt,³⁰¹ welcher die Vertragsfortsetzung für den Besteller (auch bei objektiver Betrachtung) **unzumutbar** macht.³⁰² Weswegen das Bundesgericht in einem Entscheid aus dem Jahre 2005 von einer „question laissée indécise par la jurisprudence“³⁰³ spricht, ist nicht nachvollziehbar.

5. Das Bundesgericht erörtert nicht die Frage, wie sich eine Kündigung aus wichtigem Grund, die von Art. 377 OR abweichende Rechtsfolgen rechtfertigt, gesetzlich abstützen lässt.³⁰⁴ In der Lehre finden sich dazu zwei verschiedene Erklärungen: Anwendung der Art. 43 f. OR (Herabsetzung der Ersatzpflicht u.a. bei Mitverschulden des Geschädigten) für die Herabsetzung oder den Wegfall des Schadenersatzanspruchs des Unternehmers oder Ergänzung von Art. 377 OR um eine entsprechende Regelung *modo legislatoris* (Art. 1 Abs. 2 ZGB).³⁰⁵ Diese Erklärungen mögen sich dogmatisch voneinander unterscheiden; im Ergebnis wollen sie beide das gleiche Ziel erreichen.³⁰⁶

B Kündigung des Auftrages aus wichtigen Gründen

1. Weil nach (dem zwingenden) Art. 404 Abs. 1 OR jede Vertragspartei den Auftrag jederzeit und ohne Angabe von Gründen kündigen (widerrufen) kann, ohne dass die Vertragsauflösung eine Entschädigungspflicht der kündigenden Partei zur Folge hätte, ist die Frage eines Rechts auf Kündigung aus wichtigen Gründen ohne praktisches Interesse.³⁰⁷ Von Bedeutung wird diese Frage aber im Bereich des Art. 404 Abs. 2 OR soweit es um die Schadenersatzpflicht der kündigenden oder widerrufenden Partei geht. Ähnlich wie im Anwendungsbereich des Art. 377 OR erhebt sich auch hier die Frage, ob diejenige Partei, welche aus wichtigen Gründen den Auftrag in Ausübung ihres Kündigungs- bzw. Widerrufsrechts nach Art. 404 Abs. 1 OR auflöst, der anderen schadenersatzpflichtig wird, wenn die Vertragsauflösung zur Unzeit (dazu oben III.C.) erfolgt.

2. Nach richtiger Ansicht des Bundesgerichts wird der Auftraggeber, welcher den Auftrag aus einem wichtigen, vom Beauftragten zu vertretenden Grund („faute qui détruit le rapport de confiance“³⁰⁸) kündigt, diesem **nicht schadenersatzpflichtig**, selbst wenn der Widerruf „zur Unzeit“ (Art. 404 Abs. 2 OR) erfolgen.³⁰⁹

³⁰⁰ *In casu* hat das Bundesgericht das Vorliegen wichtiger Gründe verneint, welche auf die Entschädigungspflicht Auswirkungen haben könnten (vgl. BGer 387/2001 vom 10. September 2002, E. 6.6).

³⁰¹ GAUCH, Werkvertrag, Nr. 572, nennt als Beispiele die grobe Vertragsgefährdung, die Kollusion mit Vertretern des Bestellers, die betrügerische Abrechnung und die Verleumdung.

³⁰² *In casu* befand das Bundesgericht, dass das gehäufte Auftreten von kleineren Mängeln kein wichtiger Grund ist, welcher eine Ausnahme von der Rechtsfolge des Art. 377 OR rechtfertigt (BGer 387/2001 vom 10. September 2002, E. 6.3).

³⁰³ BGer 4C.281/2005 vom 15. Dezember 2005, E. 3.6., allerdings ohne Bezugnahme auf BGer 387/2001 vom 10. September 2002.

³⁰⁴ Eine Anwendung der Art. 43 f. OR bei der Bemessung des Schadenersatzes nach Art. 377 OR ablehnend noch BGer in Pra 77/1988, Nr. 173, S. 629 f.

³⁰⁵ Vgl. dazu BÜHLER, N 42 zu Art. 377 OR; GAUCH, Werkvertrag, Nr. 570 ff.

³⁰⁶ GAUCH, Werkvertrag, Nr. 570.

³⁰⁷ Vgl. auch TERCIER, Contrats, Nr. 4821.

³⁰⁸ BGer in SemJud 120/1998, S. 620, E. 2.

³⁰⁹ Vgl. BGer in SemJud 122/2000, S. 487, E. 1a/bb; BGer in SemJud 120/1998, S. 620, E. 2; HOFSTETTER, S. 66 f.; WERRO, Nr. 311 und 333.

C Kündigung des Werkvertrages durch den Unternehmer?

1. Art. 377 OR räumt explizite **nur dem Besteller** das jederzeitige Rücktrittsrecht ein, versagt es aber dem Unternehmer.³¹⁰ Eine extensive Auslegung des Art. 377 OR, dergestalt, dass sie auch auf den Unternehmer Anwendung findet, fällt in Anbetracht seines klaren Wortlautes ausser Betracht.³¹¹ Weil aber derselbe Art. 377 OR dispositiver Natur ist und von anders lautenden Abreden verdrängt wird, bleibt es den Parteien eines Werkvertrages unbenommen, ein (jederzeitiges oder sonst wie geartetes) Kündigungsrecht des Unternehmers zu vereinbaren. Im Übrigen bleiben dem Unternehmer die anderen Kündigungsmöglichkeiten, welche das Gesetz beiden Vertragsparteien, Besteller und Unternehmer, zugesteht (z.B. 107 ff. OR).

2. Weiter oben wurde gesagt, dass Art. 377 OR zwar durch Parteiabrede abgeändert oder vollständig aufgehoben werden kann, gegen das Persönlichkeitsrecht des Unternehmers verstossende Abreden indessen ungültig sind. Ebenfalls wurde gesagt, dass eine Parteivereinbarung, welche das Recht des Bestellers, den Werkvertrag aus einem „wichtigen Grund“ zu kündigen, einschränkt oder ausschliesst, gegen dessen Persönlichkeitsrecht verstösst.³¹² Das gilt selbstverständlich auch umgekehrt: Auch dem Unternehmer muss im Grundsatz das Recht zugestanden werden, den Werkvertrag aus einem **wichtigen Grund** aufzulösen.³¹³ Das muss insbesondere dann gelten, wenn der wichtige Grund in einem vorwerfbareren Verhalten des Bestellers liegt.³¹⁴ GAUCH schlägt für diesen Fall vor, die Rechtsfolgen (Vergütungs- und Schadenersatzpflicht) des Art. 377 OR eintreten zu lassen, als hätte der Besteller, und nicht der Unternehmer, den Vertrag aufgelöst.³¹⁵ In den anderen Fällen, da den Besteller keine Verantwortung für die Kündigung aus wichtigem Grund trifft, soll sich die Pflicht des Bestellers zur Vergütung der bereits geleisteten Arbeit nach dem analog anwendbaren Art. 379 Abs. 2 OR (Vergütung bei unverschuldeter Unmöglichkeit der Vertragserfüllung aus Verhältnissen des Unternehmers) richten und der Unternehmer (in „spiegelbildlicher“ Anwendung des Art. 377 OR) dem Besteller für den Schaden aus der Vertragskündigung haftbar sein – sofern nicht besondere Umstände eine teilweise oder gänzliche Befreiung von der Schadenersatzpflicht rechtfertigen.³¹⁶

D Kündigung des Dauer-Werkvertrages

1. Der Dauer-Werkvertrag wurde weiter oben als Vertrag definiert, der sich vom Werkvertrag dadurch unterscheidet, dass die vom Unternehmer geschuldete Werkherstellungspflicht als Dauerschuld ausgestaltet ist. Dieser Unterschied macht den Dauer-Werkvertrag – zumindest in den Augen des Bundesgerichts³¹⁷ und der herrschenden Lehre³¹⁸ – zu einem **Innominatvertrag**. Damit scheidet eine unmittelbare Anwendung des Art. 377 OR aus und fraglich bleibt, ob eine analoge Anwendung dieses Gesetzesartikels in Frage kommt.³¹⁹ Diese Frage ist zunächst im (grösseren) Kontext der Kündigung von Dauerverträgen im Allgemeinen zu beantworten:

³¹⁰ Vgl. GAUCH, Werkvertrag, Nr. 598; BÜHLER, N 6 zu Art. 377 OR.

³¹¹ So auch GAUCH, Werkvertrag, Nr. 598.

³¹² Vgl. die Nachweise in Fn. 121.

³¹³ So auch GAUCH, Werkvertrag, Nr. 598, der dafür die für Dauerverträge anerkannten Grundsätze „sinngemäss“ anwenden will; TERCIER in BR/DC 1989, S. 70, Anm. zu Nr. 101; offen gelassen BGer in Pra 77/1988, Nr. 173, S. 630; BGer in SemJud 111/1989, S. 337, E. 5.

³¹⁴ Vgl. GAUCH, Werkvertrag, Nr. 598; ders., Rücktritt, S. 45.

³¹⁵ GAUCH, Rücktritt, S. 45 f., tritt sogar dafür ein, den vertragsbrüchigen Besteller auch diejenigen Nachteile ersetzen zu lassen, welche aus der „schlichten Tatsache entstehen, dass er [der Unternehmer] um die tatsächliche Werkausführung gebracht wird“.

³¹⁶ Vgl. GAUCH, Werkvertrag, Nr. 599.

³¹⁷ Vgl. BGer 4C.387/2001 vom 10. September 2002, E. 3.1.

³¹⁸ Vgl. GAUCH, Werkvertrag, Nr. 323.

³¹⁹ Vgl. GAUCH, Werkvertrag, Nr. 597; für eine unmittelbare Anwendung des Art. 377 OR auf den Dauer-Werkvertrag (in casu: Wartungsvertrag) Tribunal Cantonal VD in SJZ 92/1996, S. 244 f., kritisiert von Pierre TERCIER in BR/DC 1997, S. 53, Anm. 2 zu Nr. 132.

2. Für **Dauerverträge** (zum Begriff oben **II.A.**) gilt, wie oben bereits angesprochen, der Grundsatz, dass diese aus wichtigen Gründen gekündigt werden können und zwar auch dann, wenn das Gesetz³²⁰ für den in Frage stehenden Dauervertrag keine Kündigungsbestimmung vorsieht, wie das vor allem bei Innominatverträgen der Fall ist.³²¹ Dieses Kündigungsrecht, das grundsätzlich beiden Parteien des Vertrages offen steht,³²² gestaltet sich wie folgt:

- Als Recht, das *jederzeit* ausgeübt werden kann, erlaubt es eine **ausserordentliche Kündigung**, also vorzeitige und *fristlose Auflösung* des Vertrages;³²³
- Als **Rechtfertigung** einer ausserordentlichen Kündigung kommen nur wichtige Gründe in Frage, die bei Vertragsschluss weder bekannt noch voraussehbar waren und nicht auf ein Verschulden der kündigenden Partei zurückzuführen sind.³²⁴

3. Nach heute vorherrschendem Verständnis lässt sich das Recht, einen Dauervertrag aus wichtigem Grund ausserordentlich kündigen zu können, aus dem Schutz des **Persönlichkeitsrechts** im Sinne des Art. 27 ZGB ableiten.³²⁵ Deswegen bedeutet eine vertragliche Beschränkung oder ein vertraglicher Ausschluss dieses Rechts eine unzumutbare Einschränkung der Persönlichkeitsrechte der Parteien.³²⁶ Umgekehrt aber hindert die Parteien grundsätzlich nichts daran, die Möglichkeit einer ordentlichen (frist- und termingebundenen) Vertragskündigung oder eine ausserordentliche Kündigung auch ohne wichtigen Grund zu vereinbaren.³²⁷

4. Weswegen das soeben Gesagte nicht auch für den **Dauer-Werkvertrag** gelten sollte, ist nicht ersichtlich. Vielmehr gilt auch für diesen Vertrag, dass er aus wichtigem Grund ausserordentlich gekündigt werden kann.³²⁸ Nicht so einfach zu beantworten ist die Frage, ob das freie Kündigungsrechts des Bestellers nach Art. 377 OR analog anwendbar ist, wenn ein Besteller den Dauer-Werkvertrag entweder ohne Angabe eines wichtigen Grundes oder aber mit Angabe eines wichtigen Grundes, der in Wirklichkeit nicht vorliegt, kündigt. Mit Rücksicht auf den Dauercharakter des Vertrages will GAUCH diese Frage verneinen.³²⁹ Für eine **analoge Anwendung des Art. 377 OR** gibt es aber gute Gründe: Häufig macht es wenig Sinn, einer Partei die Fortsetzung eines Dauervertrages aufzuzwingen, wenn sie das nicht will. Weil das Gesetz für solche Fälle keine ordentliche Kündigungsregel vorsieht – wie das etwa für den Einzelarbeitsvertrag oder für die Miete der Fall ist –, bietet sich ein analog angewendeter Art. 377 OR als sachdienliche Lösung an: Das Interesse des Unternehmers an der Aufrechterhaltung des Dauer-Werkvertrages wird hinreichend geschützt, wenn die Pflicht des Bestellers zur „vollen Schadloshaltung“ unter Berücksichtigung des Dauercharakters konkretisiert wird.

E Kündigung des Dauerauftrages

1. Nach Art. 404 Abs. 1 OR kann der Auftrag von jeder Partei jederzeit widerrufen oder gekündigt werden. Fraglich ist, ob diese Gesetzesbestimmung (uneingeschränkt)

³²⁰ Vgl. die Darstellung bei BUCHER, N 203 ff. zu Art. 27 ZGB.

³²¹ Vgl. BUCHER, N 200 ff. zu Art. 27 ZGB; CHERPILLOD, S. 123 ff.; GAUCH, System, 186 ff.; SCHWENZER, Nr. 3.27; BGE 92 II 300, E. 3b; 99 II 310, E. 5a; 122 III 265, E. 2 a/aa; 128 III 429, E. 3.

³²² Vgl. GAUCH, System, S. 199.

³²³ Vgl. GAUCH, System, S. 191 und 199; die Einhaltung einer (kurzen) Frist oder die Androhung der Kündigung als „Verwarnung“ vor Ausübung dieses Rechts können sich allerdings aus dem Gesetz ergeben oder nach dem Grundsatz von Treu und Glauben aufdrängen.

³²⁴ Vgl. BGE 122 III 266, E. 2a/aa.

³²⁵ Vgl. BGE 128 III 431 f., E. 3c; BUCHER, N 200 zu Art. 27 ZGB.

³²⁶ Dazu Hartmut OETKER, Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung, Tübingen 1994, S. 268 f.

³²⁷ Diese Vertragsgestaltungsfreiheit kann allerdings insofern eingeschränkt sein, als schützenswerte Interessen der Parteien eine paritätische Kündigungsregelung verlangen.

³²⁸ So auch GAUCH, Werkvertrag, Nr. 597 in fine.

³²⁹ Vgl. GAUCH, Werkvertrag, Nr. 597: „Für den Regelfall wird die Frage mit Rücksicht auf den gewollten Dauercharakter des Vertrages zu verneinen sein“.

auch auf den Dauerauftrag Anwendung findet. Auf diese Frage gibt das Gesetz selbst keine Antwort. Zwar stehen Art. 394-406 OR unter dem Abschnittstitel „der einfache Auftrag“; allerdings ist nicht sicher, ob „der einfache Auftrag“ als Gegenstück zum „Dauerauftrag“ zu verstehen ist. Die bisherige **Rechtsprechung des Bundesgerichts** hat keine Abhilfe schaffen können, sondern die Unsicherheit vielmehr genährt: In manchen Urteilen erklärt das Bundesgericht, Art. 404 OR sei auf Dauerverträge wegen ihres Dauerschuldcharakters nicht anwendbar: „Les principes qui régissent la révocation du mandat (art. 404 CO) ne sauraient s'appliquer à un contrat qui [...] est conclu à temps“.³³⁰ Dass es *Daueraufträge* geben kann, bestreitet das Bundesgericht aber nicht,³³¹ sondern hält im Gegenteil fest, dass „das Dauerelement [...] einem Auftrag durchaus eigen sein“ kann³³² und der Auftrag „als einfaches oder als Dauerschuldverhältnis“ vorkommt.³³³ Daraus könnte geschlossen werden, dass das Gesetz in Art. 394 ff. OR den einfachen Auftrag unter Einschluss von Dauerverträgen erfasst, Letztere aber vom Anwendungsbereich des Art. 404 OR ausklammert. Das ist (paradoxiertweise) aber nicht die Meinung des Bundesgerichts: „Art. 404 OR ist in die Gesamtordnung des Auftragsrechtes integriert; diese aber regelt sowohl entgeltliche wie unentgeltliche (Art. 394 Abs. 3 OR), höchstpersönliche wie andere (Art. 399 OR) Auftragsverhältnisse und unterstellt sie alle einem einheitlichen Beendigungssystem (Art. 404 ff. OR). Der klare Wortlaut des Gesetzes lässt eine Differenzierung nicht zu.“³³⁴ Das Bundesgericht hat Art. 404 OR denn auch wiederholt auf Dauerverträge angewendet,³³⁵ was die Verwirrung perfekt macht.

2. Eine unmissverständliche, **dogmatisch haltbare Beantwortung** der Frage, ob Art. 404 OR auf Daueraufträge anwendbar ist, wäre der Rechtssicherheit zuliebe wünschenswert, ist bislang aber noch ausgeblieben. In diesem Zusammenhang äussert GAUCH „die berechtigte Hoffnung, dass zumindest eine spätere Generation von Bundesrichtern und Bundesrichterrinnen sich eines Tages in der Lage sieht, die Rechtsprechung und die Vertragspraxis vom Zwang eines zwingenden Art. 404 Abs. 1 OR zu befreien. Damit würde auch die Frage, ob eine Anwendung des Art. 404 OR auf Dauerverträge in Betracht kommt oder nicht, viel von ihrer praktischen Bedeutung verlieren. Und allen wäre gedient“.³³⁶

³³⁰ Vgl. BGE 83 II 530, E. 1; auch BGer 4C.228/2000 vom 11. Oktober 2000, E 4, wo die vorinstanzliche Erwägung, der Franchisevertrag sei als Dauerschuldverhältnis einer analogen Anwendung des Art. 404 OR, nicht zugänglich, als zutreffend bestätigt wurde.

³³¹ Vgl. die Nachweise bei GAUCH, Auftrag und Dauervertrag, S. 522, Fn. 9.

³³² BGer 4C.316/2001 vom 7. Februar 2002, E. 1b.

³³³ BGer 4C.125/2002 vom 27. September 2002, E 2.1; vgl. auch BGer 4P.28/2002 vom 10. April 2002, E. 3c/bb; BGer 4C.447/2004 vom 31. März 2005, E. 5.2

³³⁴ Vgl. die Nachweise bei GAUCH, Auftrag und Dauervertrag, S. 522, Fn. 9.

³³⁵ Vgl. die Nachweise bei GAUCH, Auftrag und Dauervertrag, S. 522, Fn. 10.

³³⁶ Vgl. GAUCH, Auftrag und Dauervertrag, S. 524 f.