Urteilskopf

141 III 106

16. Auszug aus dem Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung i.S. A. S.R.L (Rechtsnachfolgerin der A2. SRL) gegen B. AG (Rechtsnachfolgerin der B2. AG) und vice versa (Beschwerde in Zivilsachen) 4A_232/2014 / 4A_610/2014 vom 30. März 2015

Regeste (de):
Rechte der Bestellerin, wenn ein in einem Werkvertrag vereinbarter Zwischentermin nicht eingehalten wird (Art. 366 Abs. 1 OR).

Darf die Bestellerin, wenn gemäss Werkvertrag mehrere Leistungen geschuldet sind, auch auf diejenigen Leistungen verzichten, mit denen die Unternehmerin sich nicht im Rückstand befindet (E. 16)?

Regeste (fr):
Droits du maître lorsqu'un délai intermédiaire convenu dans un contrat d'entreprise n'est pas tenu (art. 366 al. 1 CO).

Lorsque plusieurs prestations sont dues selon le contrat d'entreprise, le maître est-il en droit de renoncer également aux prestations pour l'exécution desquelles l'entrepreneur n'est pas en retard (consid. 16)?

Regesto (it):
Diritti della committente se un termine intermedio concordato in un contratto d'appalto non viene mantenuto (art. 366 cpv. 1 CO).

Se secondo il contratto di appalto sono dovute più prestazioni, la committente può rinunciare anche a quelle per le quali l'appaltatrice non è in ritardo (consid. 16)?

Erwägungen ab Seite 107

Aus den Erwägungen:

16. Umstritten ist weiter, ob die Klägerin (B. AG, Rechtsnachfolgerin der Bestellerin) berechtigt war, auf sämtliche werkvertraglichen Leistungen zu verzichten oder nur auf den Fassadenteil Holz/Metall.

16.1 Die Vorinstanz nahm an, die Voraussetzungen für einen Gesamtverzicht seien erfüllt. Einerseits handle es sich bei der Holz/Metall-Fassade und der Pfosten/Riegel-Fassade nicht um teilbare Vertragsteile. Dafür spreche die ursprüngliche Absicht der Bestellerin; diese habe von Anfang an für beide Fassadenteile nur einen einzigen Unternehmer beauftragen wollen, weswegen schon die Ausschreibung einheitlich erfolgt sei. Beide Fassadenteile seien dann auch im Werkvertrag unter dem Titel "Fassadenbau" unter BKP 215.2 zusammengefasst worden. Sodann sei auch der Endtermin für beide Fassadenteile - trotz unterschiedlicher Zwischentermine - einheitlich festgelegt und ein Pauschalpreis vereinbart worden. In einer Eventualbegründung war die

Vorinstanz sodann der Auffassung, selbst bei Bejahung der Teilbarkeit wäre der Klägerin eine Weiterführung des Vertragsverhältnisses für die Pfosten/Riegel-Fassade auch nicht zumutbar gewesen. Für die Unzumutbarkeit sprächen die eingetretenen Verzögerungen, die auf der Baustelle fehlenden Ressourcen (Arbeitskräfte, nicht vorhandenes Material) sowie die nicht vorhandenen Ausführungspläne und andererseits die festgestellten massiven Mängel in der Holz/Metall-Fassade, welche auch für die Pfosten/Riegel-Fassade in jenem Zeitpunkt "nichts Gutes ahnen" liessen. Dass auch die Pfosten/Riegel-Fassade mangelhaft war, habe die Klägerin zwar in jenem Zeitpunkt noch nicht gewusst, sei jedoch nachträglich im Rahmen der Arbeiten der E. AG ebenfalls festgestellt worden. Schliesslich hätte ein blosser Teilverzicht bei der Klägerin zu zusätzlichem Koordinationsaufwand mit Kostenfolgen geführt. Diese Interessen überwögen im Vergleich zu den finanziellen

Interessen der Beklagten (A. S.R.L., Rechtsnachfolgerin der Unternehmerin).

16.2 Das Bundesgericht hat sich bis anhin unter dem Titel von Art. 366 Abs. 1 OR nicht dazu geäussert, ob die Bestellerin allenfalls nur Anspruch auf einen Verzicht der (nicht rechtzeitig ausgeführten) Teilleistung hat, wenn die Unternehmerin mit einem anderen Teil der Leistung nicht in Verzug ist, oder ob sie auch in diesem Fall auf die gesamte Leistung verzichten darf. Zu prüfen ist also, ob die Klägerin insgesamt auf die künftigen Leistungen verzichten konnte, obwohl in Bezug auf die Pfosten/Riegel-Fassade kein Verzug festgestellt wurde. Diese besondere Fallgestaltung ist am ehesten vergleichbar mit der Situation bei Sukzessivlieferungsverträgen bzw. beim Verzug mit Zahlungsraten. Dazu hat das Bundesgericht entschieden, dass der Gläubiger nur für die bereits verfallenen Raten nach Art. 107 OR vorgehen kann. Von diesem Grundsatz dürfe ausnahmsweise abgewichen werden, wenn auch die künftige Vertragserfüllung als gefährdet erscheine oder wenn der Gläubiger aufgrund einer besonderen Vertragsbestimmung auch mit Bezug auf nicht verfallene Raten zur Ausübung der Rechte nach Art. 107/109 OR ermächtigt ist (BGE 119 II 135 E. 3 S. 139 f.). In der Lehre wird dazu zutreffend festgestellt, dass dies nur dann gelten könne, wenn es sich um eine Sukzessivlieferung oder sonstige Teillieferungen handle (WOLFGANG WIEGAND, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht, Bd. l, 5. Aufl. 2011, N. 21 zu Art. 107 OR; GAUCH/SCHLUEP UND ANDERE, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2014, S. 141 f. Rz. 2814; vgl. auch EUGEN BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1988, S. 382 f.; ROLF H. WEBER, Berner Kommentar, 2000, N. 219 zu Art. 107 OR). Eine Leistung ist teilbar, wenn sie ohne Wertverminderung zerlegbar ist. Teilbarkeit im technischen Sinn ist also vorausgesetzt, jedoch nicht hinreichend. Massgeblich sind letztlich Vertragszweck und Interessenlage (BUCHER, a.a.O., S. 382 Fn. 216; vgl. auch BGE 75 II 137 E. 4 S. 140 ff.; Urteil 4C.291/1993 vom 18. März 1994 E. 3a mit Hinweisen). In der Lehre wird die Auffassung vertreten, es könnten analog die Kriterien von Art. 209 OR - Wandelung bei einer Mehrheit von Sachen (die Wandelung ist grundsätzlich nur hinsichtlich der fehlerhaften Stücke zulässig, eine Gesamtwandelung ist ausnahmsweise statthaft, wenn der Gesamtwert der Sachmehrheit höher ist als die Summe der aufaddierten Teilwerte oder wenn der Käufer an den fehlerfreien Stücken der teilweise mangelbehafteten Lieferung

kein Interesse mehr hat, namentlich weil das Aussortieren der fehlerhaften Ware mit einem unzumutbaren Aufwand verbunden wäre; vgl. Urteil des Bundesgerichts 4C.152/2003 vom 29. August 2003 E. 2.2 mit Hinweisen) - angewendet werden (BUCHER, a.a.O., S. 382 Fn. 218 mit Hinweisen; im gleichen Sinn die deutsche Rechtsprechung und Lehre: Urteil des BGH vom 7. März 1990 E. lll.1b/bb, in: Neue Juristische Wochenschrift

[NJW]1990 S. 3011 ff., 3012 f.; WOLFGANG ERNST, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2, Schuldrecht, Allgemeiner Teil: §§ 241-432, 6. Aufl. 2012, N. 201 zu § 323 BGB).

16.2.1 Technische Teilbarkeit ist vorliegend zu bejahen. Das ergibt sich bereits daraus, dass verschiedene Zwischentermine bestimmt wurden. Das zeigt, dass beide Fassadenteile unabhängig voneinander produziert und montiert werden konnten. Bestätigt wird dies auch durch die von der Klägerin selbst gewählte Vorgehensweise bei der Begutachtung hinsichtlich der Mängel , die sie auf die Holz/Metall-Fassade beschränkte. Beide Fassadenteile hätten auch durch zwei verschiedene Unternehmer geliefert werden können. Auch die Gegenleistung war teilbar, unabhängig davon, dass ein Pauschalpreis vereinbart wurde, zumal die Vorinstanz selbst den Gutachter F. zitiert, wonach der Anteil für die Pfosten/Riegel-Fassade Fr. 1'674'932.86 betragen habe. Im Hinblick auf die Interessenlage und den Vertragszweck kann beispielsweise dann eine Einheit angenommen werden, wenn die Zusammenfassung erfolgte trotz anderweitiger günstigerer Angebote. Dies legt nahe, die Bestellerin verfolge mit der Zusammenfassung einen besonderen Zweck. So schloss der (deutsche) Bundesgerichtshof auf ein einheitliches Geschäft - wobei er die Rechtsnatur (Kauf-, Werk- bzw. Werklieferungsvertrag) offenliess - im Fall einer Lieferung von Soft- und Hardware, weil die Bestellerin/Käuferin trotz anderweitiger günstigerer Angebote allein deshalb bei der gleichen Vertragspartei alle Leistungen bezog, weil sie das Geschäft in eine Hand gelegt wissen wollte und auf diese Motivation im Zuge der Vertragsverhandlungen auch ausdrücklich hinwies (Urteil des BGH vom 23. Januar 1996 E. II.2a, in: Neue Juristische Wochenschrift [NJW]1996 S. 1745 ff., 1747). Andererseits führt die beabsichtigte gemeinschaftliche Verwendung verschiedener Vertragsteile (noch) nicht zur Annahme eines einheitlichen Vertrages (zit. Urteil des BGH vom 7. März 1990, E. lll.1b/bb S. 3012). Nichts Entscheidendes ergibt sich daher entgegen der Vorinstanz daraus, dass beide Fassadenteile in einem

Gesamtvertrag zusammengefasst wurden, unter einem BKP (215.2 "Fassadenbau") und mit einem gleichen Endtermin. Vorliegend hat die Vorinstanz ausgeführt, die Klägerin habe zur Begründung für die massiv höheren Kosten der Ersatzvornahme im Vergleich zum Werkpreis u.a. darauf hingewiesen, die Beklagte sei bei der Offertstellung der preisgünstigste Anbieter gewesen. Das genügt nicht, um einen nicht teilbaren, einheitlichen Vertrag anzunehmen. Fachgebiet der Beklagten waren Pfosten/Riegel-Fassaden (vgl. unten E.16.2.2). Es ist nicht anzunehmen, die Klägerin hätte die Holz/Metall-Fassade selbst dann bei der - hierfür nicht qualifizierten (vgl. unten E. 16.2.2) - Beklagten bestellt, wenn diese nicht billiger gewesen wäre. Ebenso wenig kann ohne Anhaltspunkte zum konkret verfolgten Zweck genügen, dass es bei einem Werkvertrag zur Erstellung einer Baute generell für die Bestellerin einfacher ist, möglichst viele Werkleistungen zusammenzufassen. Der Wille, einen nicht teilbaren Vertrag abzuschliessen, kann daher entgegen der Vorinstanz nicht allein aus der einheitlichen Ausschreibung abgeleitet werden. Es ist daher von einer teilbaren Leistung auszugehen.

16.2.2 Ob eine unzumutbare Gefährdung vorliegt, ist nach den Umständen zu beurteilen, namentlich im Hinblick auf die Gründe der erfolgten Pflichtverletzung (WEBER, a.a.O., N. 219 zu Art.107 OR; OTTO/SCHWARZE, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch [...], 2009, N. B157 zu § 323 BGB). Die Vorinstanz stellte unter Bezug auf die Zeugen P. und L. sowie das Gutachten J. fest, die Beklagte sei Stahlbauer; ihr Fachgebiet seien Pfosten/Riegel; sie habe keine Erfahrungen betreffend Holz/Metall-Fassaden gehabt und habe diese zugestandenermassen durch ein Drittunternehmen produzieren lassen. Die Beklagte kam mit jenem Fassadenteil in Verzug, wo sie keine Erfahrung besass und wo sie auf ihren Drittlieferanten angewiesen war. Der Zeuge L., auf den sich die Vorinstanz bezog, gab denn auch an, im Zeitpunkt der Lieferung der Holz/Metall-Elemente habe der Rückstand (bereits) ca. ein bis zwei Wochen betragen. Es ist daher entgegen der Vorinstanz nicht zulässig, aufgrund des Verzugs und der Mängel bei der Holz/Metall-Fassade telquel auf eine Gefährdung auch in Bezug auf die Pfosten/ Riegel-Fassade zu schliessen, die das Fachgebiet der Beklagten betraf und wo

sie die Fassadenelemente selber herstellte. Namentlich hatte die Klägerin im Zeitpunkt des Leistungsverzichts keinen Grund zur Annahme, auch die Pfosten/Riegel-Fassade würde erhebliche, innert der Restvertragszeit nicht mehr behebbare Mängel aufweisen.

Und davon ging sie auch tatsächlich nicht aus, ansonsten sie auch diesbezüglich eine vorsorgliche Beweisaufnahme verlangt hätte. Die Begründung der Vorinstanz ist im Übrigen widersprüchlich. Hätte aufgrund der Verzögerungen bzw. des Verzugs mit der Holz/Metall- Fassade auch mit einem (künftigen) Verzug bei der Pfosten/Riegel-Fassade gerechnet werden müssen, hätte die Vorinstanz konsequenterweise auch diesbezüglich die Voraussetzungen von Art. 366 Abs. 1 OR bejahen müssen, nämlich im Sinn der dritten Tatbestandsvariante dieser Bestimmung - dass die rechtzeitige Beendigung nicht mehr voraussehbar war.

16.2.3 Im Werkvertragsrecht besteht insofern eine besondere Interessenlage, als der Unternehmer das Werk typischerweise nach den individuellen Wünschen des Bestellers fertigt und es daher nur eine beschränkte Verkehrstauglichkeit aufweist. Ein Gesamtverzicht ist daher für den Unternehmer regelmässig mit erheblichen Nachteilen verbunden. Mit Blick auf Art. 368 Abs. 1 OR, der die Wandelung beim Werkvertrag gegenüber dem Kauf (Art. 205 Abs. 1 OR) erschwert, wird in der Lehre (vgl. ALFRED KOLLER, Berner Kommentar, 1998, N. 369 zu Art. 366 OR, auf den sich die Vorinstanz selbst bezieht) daher geschlossen, ein Gesamtverzicht dürfe dem Unternehmer im Rahmen einer Interessenabwägung nicht ohne Weiteres aufgebürdet werden.

16.2.4 Im zu beurteilenden Fall überwiegen die mit einem Gesamtverzicht verbundenen Nachteile gegenüber dem von der Vorinstanz ebenfalls erwähnten zusätzlichen Koordinationsaufwand der Klägerin, zumal dieser nicht weiter substanziiert wurde. Die Klägerin war demzufolge nicht berechtigt, auch hinsichtlich der Pfosten/Riegel-Fassade auf die künftige Leistung gemäss Art. 366 Abs. 1 zu verzichten. Sind die Voraussetzungen von Art. 366 Abs. 1 OR nicht gegeben, gilt die Erklärung des Bestellers als Rücktrittserklärung gemäss Art. 377 OR, sofern der Besteller den Vertrag auf jeden Fall beenden wollte (BGE 98 II 113 E. 2 S. 115; KOLLER, a.a.O., N. 239 und 323 zu Art. 366 OR mit weiteren Hinweisen; PETER GAUCH, Der Werkvertrag, 5. Aufl. 2011, S. 266 Rz. 667). Die Sache ist demnach an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit sie hinsichtlich der Pfosten/Riegel-Fassade die Ansprüche gestützt auf Art. 377 OR prüft.