

ARBEITEN AUS DEM IURISTISCHEN SEMINAR  
DER UNIVERSITÄT FREIBURG

*Begründet von Max Gutzwiller – Fortgesetzt von Felix Wubbe  
Herausgegeben von Peter Gauch*

FREIBURGER DISSERTATION  
bei Professor Hubert Stöckli

ARBEITEN AUS DEM IURISTISCHEN SEMINAR  
DER UNIVERSITÄT FREIBURG SCHWEIZ

*Herausgegeben von Peter Gauch*

400

---

PASCAL REY

# Mitwirkung und Mitwirkungsversäumnis des Bauherrn

Dissertation zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechte, vorgelegt der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg in der Schweiz.

Genehmigt von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg am 17. Juni 2019 auf Antrag von Herrn Professor Dr. Hubert Stöckli (erster Referent) und Herrn Professor Dr. Thomas Probst (zweiter Referent).

Mit der Annahme einer Dissertation beabsichtigt die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Freiburg nicht, zu den darin enthaltenen wissenschaftlichen Meinungen des Verfassers Stellung zu nehmen (Fakultätsratsbeschluss vom 1. Juli 1916).

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2019  
ISBN 978-3-7255-8068-2

[www.schulthess.com](http://www.schulthess.com)

## Vorwort und Dank

Vor einigen Jahren war ich in meiner Tätigkeit als Rechtsanwalt mit einer Baustreitigkeit befasst, die mir auch nach ihrer Beilegung keine Ruhe liess. Dass das Mitwirkungsversäumnis des Bauherrn rechtlich und betriebswirtschaftlich von erheblicher Vielschichtigkeit ist, hatte mir zwar in die Hände gespielt. Gleichzeitig hatte mich der Eindruck beschlichen, dass diese Vielschichtigkeit in der damaligen Literaturlandschaft angesichts der grossen praktischen Tragweite des Problems nicht hinreichend zum Ausdruck kam. Ich nahm mir deshalb vor, das Thema monographisch darzustellen, in einer geeigneten Systematik, mit einer gewissen dogmatischen Strenge und in einer verständlichen Sprache.

Das Vorhaben hat mich stark gefordert, nicht zuletzt, weil sich den rechtlichen Fragestellungen oft nur gerecht werden liess, wenn auch baubetriebswirtschaftliche Aspekte einbezogen wurden. Diese Schrift mag hiermit ihren Abschluss finden, aber der Lernprozess gewiss nicht. Entsprechend würde ich mich über kritische Rückmeldungen aus Rechtslehre, Rechtsanwendung und Bauwirtschaft freuen.

Mein grösster Dank gilt meinem Doktorvater und Erstgutachter Prof. Dr. Hubert Stöckli, der mich als Assistent am Lehrstuhl für Zivil- und Handelsrecht aufgenommen und mir dort die bislang schönste und lehrreichste Zeit im Umgang mit dem Recht beschert hat. Seine Betreuung dieser Dissertation war exemplarisch, seine wohlwollende und beharrliche Person ein Schlüssel für das Gelingen dieser Arbeit. Was ich diesem Lehrer verdanke, lässt sich nicht niederschreiben.

Besonderer Dank gilt sodann Herrn Prof. Dr. Thomas Probst, der das Zweitgutachten unter prekären Zeitverhältnissen übernommen und mir so erlaubt hat, dieses Projekt noch vor der Sommerpause 2019 abzuschliessen.

Danken will ich überdies den Herren Thomas Esslinger und Hanspeter Kaspar, beide Rechtsanwälte in Zürich. Die enge Zusammenarbeit mit ihnen in den Jahren 2012–2015 liess mich noch näher ans Bauvertragsrecht rücken und stärkte meine Vorstellungskraft für die Wendungen und Wirrungen des praktischen Vertragsvollzugs. Von ihrem Coaching profitiere ich bis heute. Immer gelehrt hat mich damals auch die gelegentliche Zusammenarbeit mit Rahel Haefeli und Richard Naef, beide Rechtsanwälte in Zürich.

Meinen heutigen und ehemaligen Kolleginnen und Kollegen am Lehrstuhl für Zivil- und Handelsrecht bzw. am Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht danke ich für spontane Fachgespräche in Freiburg, Bern, Zürich, Leukerbad, Saas-Almagell und anderswo. Sie mündeten ausnahmslos in Erkenntnissen, die allesamt in diese Arbeit eingeflossen sind. Es sind dies Lisa Aeschimann, Roger Andres, Shirin Grünig, Roger König, Qianxiao Ren, Patrick Schurtenberger und Andrin Studer. Dem letzteren schulde ich besonderen Dank für das kritische Lektorat der Kernsätze, als die Zeit drängte und mich die Betriebsblindheit bereits fest im Griff hatte.

Herrn Prof. em. Dr. iur. Dr. Dr. h.c. Peter Gauch danke ich für viele weise Ratschläge, für die Aufnahme meiner Arbeit in die AISUF-Reihe und für die Vermittlung eines mir sehr teuren Anschlussprojekts.

Schliesslich gebührt mein herzlicher Dank jenen Personen, die man am liebsten nicht mit seiner Schaffenslast behelligen möchte, die aber unvermeidlich daran mittragen. Da ist zuerst meine Frau Anna-Lynn, die mich ermutigt hat, meinen Weg zu gehen, und die mir auch dann geglaubt hat, dass ich mein Leben längerfristig mit ihr und nicht mit dieser Arbeit zu verbringen gedachte, wenn es einmal nicht den Anschein machte. Unterstützt haben mich mit guten Worten und Ratschlägen, praktischen Hilfestellungen sowie gedanklicher und sportlicher Ablenkung ausserdem: Jo Balmer, Peter Bernet, Susanne Dübendorfer und Yanis Haribe, Babak Fargahi, Thomas Forster, Patrick Hess, Gertrud Holsinger & The Family, Hans Isch, Melinda Lohmann, Alexander Martius, Dominik Reichlin, Samuel Zurkinden und Waya.

Widmen möchte ich diese Arbeit meinen lieben Eltern Marie-Antoinette und Fredy, deren unerschütterlicher Rückhalt in allen Belangen die Grundlage dafür war und bleibt, dass ich mich heute solchen Dingen zuwenden kann.

Freiburg, im August 2019

Pascal Rey

# Gliederungsübersicht

Gliederungsübersicht .....	VII
Inhaltsverzeichnis .....	IX
Quellenverzeichnis .....	XXI
Abkürzungsverzeichnis.....	XLIX

<b>Einleitung .....</b>	<b>1</b>
-------------------------	----------

<b>Erster Teil: Grundzüge der Gläubigermitwirkung .....</b>	<b>5</b>
---	----------

I. Begriffswesentliche Merkmale .....	6
II. Wesen des Gläubigerbeitrags.....	29
III. Zeit und Ort .....	43
IV. Verbindlichkeitsgrad.....	65
V. Beizug Dritter .....	147
VI. Verhältnis zu vertraglichen Nebenpflichten des Gläubigers .....	154

<b>Zweiter Teil: Besondere Aspekte der Bauherrenmitwirkung.....</b>	<b>185</b>
---	------------

I. Der Mitwirkungsbedarf .....	186
II. Mahngeschäft und Reaktionsfrist .....	244
III. Verbindlichkeitsgrad.....	269
IV. Verhältnis zu anderen Rechten und Pflichten des Bauhern .....	347

<b>Dritter Teil: Kompensation von Mitwirkungsversäumnissen .....</b>	<b>373</b>
--	------------

I. Überblick und Abgrenzungen.....	373
II. Mitwirkungsbedingte Vermögenseinbussen .....	375
III. Kompensation aus Vergütungsregeln .....	492
IV. Kompensation aus Gläubigerverzugsregeln .....	561
V. Kompensation aus Pflichtverletzungsregeln .....	619
VI. Verhältnis der Kompensationsansprüche.....	707
VII. Einzelfragen.....	736

<b>Kernsätze .....</b>	<b>775</b>
------------------------	------------

Sachregister .....	789
--------------------	-----





# Inhaltsverzeichnis

Gliederungsübersicht .....	VII
Inhaltsverzeichnis .....	IX
Quellenverzeichnis .....	XXI
Abkürzungsverzeichnis.....	XLIX

<b>Einleitung .....</b>	<b>1</b>
-------------------------	----------

<b>Erster Teil: Grundzüge der Gläubigermithwirkung .....</b>	<b>5</b>
--	----------

<b>I. Begriffswesentliche Merkmale.....</b>	<b>6</b>
A. Grundlegung .....	6
B. Erfüllungsrelevanz: Das «Nicht-Imstandesein» .....	8
1. Absolute Erfüllungsrelevanz .....	9
2. Relative Erfüllungsrelevanz .....	10
3. Abgrenzung zur willkürlichen Interferenz.....	12
C. Ausgrenzung aus der Schuldpflicht.....	13
1. Ausgehend von der Leistungspflicht .....	13
2. Ausgehend von einer Mitwirkungsvereinbarung.....	14
D. Praktische Durchführung: Gesetzliche Erscheinungsformen.....	18
1. Mitwirkungsnormen des OR AT .....	20
2. Mitwirkungsnormen des OR BT .....	21
3. Mitwirkungsnormen des VVG .....	22
4. Mitwirkungsnormen mit Rechtsverlust/-vorenthalt.....	24
5. Abgrenzung zu «mitwirkungsnahen» Gesetzesnormen.....	26
<b>II. Wesen des Gläubigerbeitrags .....</b>	<b>29</b>
A. Die «Annahme» und die «Vorbereitungshandlungen» .....	29
B. Die Mitwirkungsleistung.....	33
C. Das Mitwirkungsverhalten .....	37
D. Die Risikoverteilung .....	39
<b>III. Zeit und Ort .....</b>	<b>43</b>
A. Zeitraum des Mitwirkungsbedarfs .....	43
B. Zeitpunkt der Mitwirkung.....	45
1. Zum Mahngeschäft im Allgemeinen .....	45
2. Zeitpunkt des Mahngeschäfts .....	50
a. Wirksamkeit ab Erfüllbarkeit .....	50
b. Unwirksamkeit trotz Erfüllbarkeit.....	53

3. Reaktionsfrist.....	56
4. Wegfall des Mahnerfordernisses .....	58
C. Ort der Mitwirkung .....	63
<b>IV. Verbindlichkeitsgrad.....</b>	<b>65</b>
A. Ausgangspunkt.....	65
B. Mitwirkung als Gläubigerrecht .....	66
C. Mitwirkung als Gläubigerobliegenheit.....	69
1. Ausgangspunkt .....	69
2. Zum Wesen der Obliegenheit .....	69
a. Nach der herkömmlichen Definition .....	69
b. Nach der typischen Sanktion der Obliegenheit .....	75
3. Einordnung der Gläubigermitwirkung.....	79
D. Mitwirkung als gesetzliche Gläubigerpflicht? .....	83
1. Wortlaut von OR 91–96 .....	84
2. Historie früherer Schadenersatzansprüche .....	86
3. Teleologie der Schuldnerbehelfe .....	92
4. Gesetzessystematische Verortung .....	96
a. Im Allgemeinen.....	96
b. Im Sanktionensystem der Gläubigermitwirkung.....	98
c. Wertungsfragen .....	104
E. Mitwirkungspflichten aus Vertragsauslegung und Vertragsergänzung .....	110
1. Ausgangspunkt .....	110
2. Mitwirkungspflicht als Gegenstand der Vertragsauslegung .....	110
a. Methode der Vertragsauslegung.....	110
b. Eingrenzung des Streitgegenstands .....	115
c. Besonderheiten bei der Auslegung des Verbindlichkeitsgrads.....	116
i. Zeitpunktgerechte Vertragsauslegung ( <i>ex tunc</i> ).....	116
ii. Vom Umgang mit dem Vertragszweck .....	117
iii. Vom Umgang mit sprachlichem Erklärungsverhalten .....	120
iv. Vom Umgang mit nichtsprachlichem Erklärungsverhalten .....	124
v. Abreden über den Inhalt der Mitwirkung.....	125
vi. Abreden über den Zeitpunkt der Mitwirkung .....	126
vii. Regeln für Zweifelsfälle.....	127
d. Ergebnis des Auslegungsvorgangs .....	130
3. Mitwirkungspflichten als Gegenstand der Vertragsergänzung.....	131
a. Methode der Vertragsergänzung .....	131
b. Eingrenzung des Streitgegenstands .....	133

c. Dispositive Gesetzesregel: Keine Mitwirkungspflicht .....	134
d. Die Ausnahme: Mitwirkungspflicht .....	136
i. Ausgangspunkt.....	136
ii. Gestützt auf den Vertragsinhalt.....	137
iii. Gestützt auf die Parteiinteressen .....	139
e. Ergebnis des Ergänzungsvorgangs .....	145
<b>V. Beizug Dritter.....</b>	<b>147</b>
A. Vertreter und Hilfspersonen .....	147
B. «Auslagerung» der Mitwirkung an Dritte .....	152
<b>VI. Verhältnis zu vertraglichen Nebenpflichten des Gläubigers.....</b>	<b>154</b>
A. Leistungsbezogene Nebenpflichten.....	154
B. Treue- und Sorgfaltspflichten («Treuepflichten»).....	159
1. Grundlegung .....	159
2. Treuepflichten infolge des Mitwirkungsversäumnisses .....	167
C. Tatbestände des Rechtsmissbrauchs.....	173
D. Verbot der treuwidrigen Bedingungsmanipulation .....	177
1. Ausgangspunkt .....	177
2. Analogie der «fingierten Mitwirkung» .....	178
<b>Zweiter Teil: Besondere Aspekte der Bauherrenmitwirkung.....</b>	<b>185</b>
<b>I. Der Mitwirkungsbedarf .....</b>	<b>186</b>
A. Strukturelle Ursachen.....	186
1. Ausgangspunkt .....	187
2. Verschränkungen mit der Bauherrensphäre.....	188
3. Abgrenzungen zu Scheinursachen.....	190
B. Annahme- und Vorbereitungshandlungen des Bauherrn .....	193
C. Typische Mitwirkungsbedürfnisse des Unternehmers .....	196
1. Verschaffung von Sachen.....	196
a. Baugrund .....	197
b. Baustoff .....	202
c. Energie, Wasser, Betriebsstoffe .....	204
d. Körperliche Informationsträger .....	206
2. Verschaffung von Information .....	208
a. Anweisungen betreffend die Konkretisierung des Bauwerks .....	209
b. Anweisungen betreffend die übrigen Leistungsmodalitäten? .....	213
c. Anweisungen betreffend die Koordination.....	215

3. Verschaffung von Rechten .....	218
a. Baubewilligungen.....	218
b. Private Einwilligungen .....	221
4. Gewillkürte Erfüllungsvoraussetzungen.....	225
a. Eintritt der Erfüllbarkeit auf «Abruf».....	225
b. Zustimmung- und Weisungserfordernisse .....	226
c. Tathandlungen.....	228
D. Eliminierung des Mitwirkungsbedarfs .....	231
1. Durch Haftungsreduktion .....	231
2. Durch Substituierung von Mitwirkungsleistungen .....	236
a. Grundlegung.....	236
b. Anwendungsbereich und Durchführung.....	238
c. Rechtsfolgen.....	242
<b>II. Mahngeschäft und Reaktionsfrist .....</b>	<b>244</b>
A. Zeitliche Konformität des Mahngeschäfts .....	244
1. Ohne Aufschub der Erfüllbarkeit .....	244
a. Erfüllbarkeit der Herstellungspflicht .....	244
b. Erfüllbarkeit der Ablieferungspflicht .....	246
c. Unwirksamkeit bei Unzeitigkeit.....	247
d. Wirksamkeit bei fehlender Erfüllbarkeit .....	250
2. Mit Aufschub der Erfüllbarkeit .....	250
a. Aufschub aus Abrede .....	250
b. Aufschub aus Vertragsergänzung .....	254
c. Unwirksamkeit bei Unzeitigkeit.....	259
B. Qualitative und örtliche Konformität des Mahngeschäfts .....	262
C. Reaktionsfrist des Bauherrn .....	264
D. Wegfall des Mahnerfordernisses? .....	266
<b>III. Verbindlichkeitsgrad .....</b>	<b>269</b>
A. Gesetzliche Mitwirkungsobliegenheit des Bestellers .....	269
1. Ausgangspunkt .....	269
2. Analyse werkvertraglicher Gesetzesnormen .....	269
a. Lieferung des Werkstoffs (OR 365 I).....	270
b. Prüfung und Mängelrüge (OR 367 I/370) .....	270
c. Verursachung von Werkmängeln (OR 369).....	271
d. Kündigungsrecht des Bestellers (OR 377) .....	272
e. Zufälliger Untergang des Werks (OR 376 I) .....	276
f. Verursachung des Werkuntergangs (OR 376 III).....	278
g. Verursachung dauerhafter Leistungsunmöglichkeit (OR 378).....	281

h. Annahme des Werks beim Ausfall des Unternehmers (OR 379).....	284
3. Wertungsabgleiche .....	285
a. Abgleich mit der Mitwirkung des Auftraggebers im Agenturvertrag (OR 418f I).....	286
b. Abgleich mit der Beitragspflicht des Gesellschafters (OR 530 I) .....	294
4. Vergleich mit der Bestellermitwirkung gemäss BGB und ABGB .....	299
5. Ergebnis.....	303
B. Mitwirkungspflicht des Bauherrn?.....	304
1. Ausgangspunkt .....	304
2. Kostenminimierungs- und Kompensationsinteresse des Unternehmers .....	306
a. Ansätze .....	306
b. Würdigung.....	309
3. «Kooperationspflicht» im Bauwerkvertrag?.....	317
a. Ansätze .....	317
b. Würdigung.....	322
4. Durchführungsinteresse des Unternehmers .....	329
a. Ansätze .....	329
b. Würdigung.....	333
5. Im Anwendungsbereich der SIA-Norm 118.....	337
a. Ansätze .....	337
b. Würdigung.....	338
6. Ergebnis.....	346
<b>IV. Verhältnis zu anderen Rechten und Pflichten des Bauherrn.....</b>	<b>347</b>
A. Verhältnis zu Treuepflichten insbesondere .....	347
1. Ausgangspunkt .....	347
2. Treuepflichten infolge des Mitwirkungsversäumnisses .....	348
3. Mitwirkungsversäumnis durch Verletzung von Treuepflichten .....	352
4. Exkurs: Treuepflichten anlässlich der Mitwirkung .....	354
5. Abgrenzung zu mitwirkungsfremden Treuepflichten.....	356
B. Verhältnis zu anderen Rechten und Pflichten .....	360
1. Vorvertragliche Sorgfaltspflichten .....	360
2. Verhandlungspflichten .....	361
3. Beantwortung von Aufforderungen.....	365
4. Ersatzvornahmerechte .....	365
5. Überwachungsrechte .....	367

6. Einseitige Beststellungsänderungsrechte .....	369
7. Zahlungspflichten .....	370
8. Ausgewählte Verhaltensanforderungen der SIA-Norm 118.....	371
<b>Dritter Teil: Kompensation von Mitwirkungsversäumnissen .....</b>	<b>373</b>
<b>I. Überblick und Abgrenzungen.....</b>	<b>373</b>
<b>II. Mitwirkungsbedingte Vermögenseinbussen.....</b>	<b>375</b>
A. Mehraufwand .....	376
1. Begriff des Aufwands.....	377
2. Nutzensausfall durch Produktivitätsverluste .....	381
a. Ökonomie und Symptomatik.....	381
b. Nutzensausfall bei der Arbeitskraft.....	385
c. Nutzensausfall beim Material .....	388
d. Nutzensausfall beim Inventar.....	390
e. Nutzensausfall bei Fremdleistungen? .....	394
3. Kosten ausserordentlicher Erfüllungshandlungen .....	395
a. Schutzmassnahmen .....	396
b. Transitionsmassnahmen .....	397
c. Feststellungsmassnahmen .....	400
d. Fremdleistungen .....	402
e. Verwaltung ausserordentlicher Erfüllungshandlungen.....	402
f. Teuerungseffekte? .....	403
4. Mehrkosten ordentlicher Erfüllungshandlungen .....	403
a. Endogene Kostensteigerungen .....	404
i. Im Allgemeinen .....	404
ii. Beschleunigungsmassnahmen.....	405
b. Exogene Kostensteigerungen (Teuerungseffekte) .....	408
c. Fremdleistungen .....	409
d. Verwaltung verteuerter ordentlicher Erfüllungshandlungen .....	409
5. Mehraufwand bei indirekten Kostenverursachern? .....	410
a. Grundlegung.....	410
b. Baustellengemeinkosten (BGK) .....	411
c. Allgemeine Geschäftskosten (AGK) .....	415
B. Übrige Vermögenseinbussen .....	418
1. Begriff .....	418
2. Haftungsschulden gegenüber Dritten .....	419
3. Mehraufwand in Drittaufträgen .....	420

4. Entgangener Gewinn .....	421
5. Sonstige Einbussen .....	422
C. Querschnitt: Einbussen infolge zeitlicher Neuanordnungen .....	423
1. Einarbeitungseffekte .....	424
2. Suboptimale Zusammensetzung vorgehaltener Kapazitäten .....	425
3. Versetzung in aufwändigere Perioden .....	426
4. Einbussen im Zusammenhang mit Drittaufträgen .....	427
5. Einbussen aus «Bauzeitverlängerung»? .....	428
D. Nachweis der Vermögenseinbussen .....	429
1. Methode: Differenzbetrachtung .....	430
2. Anstösse zur konkreten Umsetzung .....	432
a. Übersicht und Eingrenzungen .....	432
b. Drei Umsetzungsvorschläge in den Grundzügen .....	436
i. Soll'-Methode .....	436
ii. Fenster-Methode ( <i>Snapshot Analysis</i> ) .....	438
iii. Ist'-Methode .....	440
c. Aus den Methoden abgeleitete Anforderungskriterien .....	441
i. Konkretheit .....	441
ii. Blickrichtung und Betrachtungszeitpunkt .....	443
iii. Qualitative Darstellung des Bauablaufs .....	445
iv. Vergleichbarkeit der Ablaufdarstellungen .....	448
v. Anordnungsbeziehungen, Puffer, kritischer Weg .....	449
vi. Ursachenvermischungen .....	453
vii. Fristerstreckungen .....	456
viii. Vorteilsanrechnung .....	461
3. Insbesondere zur Konstruktion des Soll-Ablaufs .....	463
a. Erster Schritt: Grundlage des Soll-Ablaufs .....	463
i. Arbeitsplanung des Unternehmers .....	464
ii. Bauzeitabreden .....	467
iii. Antizipierte Ergänzung der Fristen und Termine .....	469
b. Zweiter Schritt: Korrekturen und Ergänzungen .....	470
i. Gemäss den abgeleiteten Anforderungskriterien .....	470
ii. Empirische Plausibilisierung .....	471
iii. Theoretische Plausibilisierung .....	475
4. Grenzen des Nachweises .....	478
a. Striktes und reduziertes Beweismass im Zivilprozess .....	478
b. Tendenziell strikte darzubringende Tatsachen .....	482
c. Tendenziell erleichterte Beweisthemen .....	485

<b>III. Kompensation aus Vergütungsregeln .....</b>	<b>492</b>
A. Ausgangspunkt .....	492
B. Voraussetzungen der Mehrvergütung nach Aufwand .....	493
1. Erfüllbarkeit.....	495
2. Aufwandbezogene Vergütungsregel.....	495
a. Ausgangspunkt .....	495
b. Reine Aufwandvergütung (OR 374).....	496
c. Kostenansätze («Regiepreise») .....	500
d. Kein vertraglicher Ausschluss .....	504
3. Mehraufwand des Unternehmers .....	507
a. Allgemeines .....	507
b. Vergütungsrechtliche Behandlung «werkfremden» Aufwands .....	510
4. Vergütungsberechtigung.....	514
5. Weitere Voraussetzungen .....	517
6. Beweislast und Beweismass .....	519
C. Mehrvergütung nach Aufwand im Festpreisvertrag .....	521
1. Ausgangspunkt .....	521
2. Ohne Mehrvergütungsabrede .....	523
a. Vertragslücke in der Festpreisabrede (OR 373 I) .....	523
b. Lückenausfüllung .....	526
i. Reine Aufwandvergütung nach OR 374 .....	526
ii. Besondere Mehrvergütung nach OR 373 II .....	529
iii. Zur Preisfortschreibung insbesondere .....	530
iv. Ergebnis .....	534
3. Mehrvergütung gemäss SIA-118 58 II .....	534
a. Ausgangspunkt .....	534
b. Anwendbarkeit auf das Mitwirkungsversäumnis .....	535
i. Auslegung .....	535
ii. Verteidigung .....	539
c. Bemessung .....	546
i. Im Pauschalpreisvertrag.....	547
ii. Im Globalpreisvertrag .....	552
iii. Im Einheitspreisvertrag .....	553
iv. Ermittlung und Nachweis des Mehraufwands .....	557
D. Mehrvergütung nach granularen Festpreisen .....	557



<b>IV. Kompensation aus Gläubigerverzugsregeln .....</b>	<b>561</b>
A. Ausgangspunkt .....	561
B. Grundlage und Tragweite des Anspruchs .....	562
1. Lücke im gesetzlichen Gläubigerverzugsrecht .....	562
2. Lösungsansätze im Schrifttum .....	571
a. Für den Gläubigerverzug im Allgemeinen .....	572
b. Für den Gläubigerverzug des Bestellers im Besonderen .....	574
3. Synthese: Lösungsansatz für die Dienstleistungsschuld .....	576
4. Ersatzanspruch des Bauunternehmers insbesondere .....	585
a. Praktische Durchführung .....	585
b. Vergleich mit BGB § 642 und ABGB § 1168 I .....	589
i. Grundriss von BGB § 642 und ABGB § 1168 I .....	590
ii. Anspruchsnatur .....	593
iii. Erfasste und nicht erfasste Vermögenseinbussen .....	596
iv. Bemessung der Entschädigung .....	604
C. Anspruchsvoraussetzungen im Einzelnen .....	608
1. Gläubigerverzug des Bauherrn .....	608
2. Mehraufwendungen .....	615
3. Ersatzberechtigung .....	616
4. Weitere Voraussetzungen .....	616
5. Beweislast und Beweismass .....	618
<b>V. Kompensation aus Pflichtverletzungsregeln .....</b>	<b>619</b>
A. Ausgangspunkt .....	620
1. Mitwirkungspflicht des Bauherrn .....	620
a. Pflichtgehalt .....	620
b. Anspruchsgrundlage: Regeln des Schuldnerverzugs (OR 102 ff./101 I) .....	621
c. Sekundäranspruch .....	624
2. Treuepflicht der rechtzeitigen Säumnisanzeige .....	625
a. Pflichtgehalt .....	625
b. Anspruchsgrundlage: Regeln der Nichterfüllung (OR 97 I/101 I) .....	625
c. Sekundäranspruch .....	626
B. Anspruch auf Verspätungsschadenersatz aus der Verletzung einer Mitwirkungspflicht .....	627
1. Schuldnerverzug des Bauherrn .....	627
2. Schaden .....	634
a. Grundlegung .....	635

b. Produktivitätsverluste .....	639
i. Problembeschreibung .....	639
ii. Lösungsansätze .....	645
c. Kosten ausserordentlicher Erfüllungshandlungen .....	653
d. Mehrkosten ordentlicher Erfüllungshandlungen .....	654
e. Übrige Vermögenseinbussen .....	655
f. Zuschläge .....	655
i. Für AGK .....	655
ii. Für Risiko .....	656
iii. Nicht für Gewinn .....	657
g. Mehrwertsteuerbetrag .....	658
h. Vorteilsanrechnung .....	659
3. Kausalzusammenhang .....	660
4. Verschulden .....	663
a. Grundlegung .....	663
b. Fahrlässiges Mitwirkungsversäumnis .....	665
c. Vorsätzliches Mitwirkungsversäumnis .....	672
d. Haftung für Hilfspersonen .....	673
e. Haftungsfreizeichnung .....	683
5. Weitere Voraussetzungen .....	686
6. Beweislast und Beweismass .....	687
C. Schadenersatzanspruch aus pflichtwidriger Unterlassung der Säumnisanzeige .....	689
1. Pflichtverletzung (Anzeigesäumnis) .....	690
2. Schaden .....	697
3. Kausalzusammenhang .....	702
4. Verschulden .....	703
5. Weitere Voraussetzungen .....	705
6. Beweislast und Beweismass .....	706
<b>VI. Verhältnis der Kompensationsansprüche .....</b>	<b>707</b>
A. Verhältnis der Ansprüche untereinander .....	707
1. Anspruchskonkurrenz im Umfang der Anspruchskongruenz .....	707
2. Besonderheiten bei Limitierungs- und Entschädigungsabreden .....	711
B. Verhältnis der Ansprüche zu solchen aus vorzeitiger Vertragsbeendigung .....	715
1. In den Fällen von OR 376 und 378 .....	715
2. Vertragsauflösung durch den Bauherrn .....	723
3. Vertragsauflösung durch den Unternehmer .....	730

<b>VII. Einzelfragen .....</b>	<b>736</b>
A. Fälligkeit .....	736
B. Zins .....	740
C. Verjährung .....	743
D. Mitverschulden des Unternehmers .....	746
1. Symptomatik .....	746
2. Rechtsgründe für die Berücksichtigung des Mitverschuldens .....	748
a. Im vertraglichen Haftungsrecht .....	748
b. Im werkvertraglichen Vergütungsrecht .....	754
c. Im gläubigerverzugsrechtlichen Entschädigungsrecht .....	757
3. Zumutbarkeit von Minderungs- und Abwendungsmassnahmen .....	758
E. «Retentionsrecht» des Unternehmers? .....	764
F. Besicherung durch Bauhandwerkerpfandrecht .....	769
<b>Kernsätze .....</b>	<b>775</b>
<b>Sachregister .....</b>	<b>789</b>



## Quellenverzeichnis

Die Quellen sind in der alphabetischen Reihenfolge der Kurzzitate aufgeführt, wie sie in dieser Arbeit verwendet werden. Auf ein Kurzzitat folgt jeweils das Vollzitat. Im Kurzzitat werden, soweit nützlich, auch dann präzisierende Angaben gemacht, wenn von der betreffenden Autoren- bzw. Herausgeberschaft nur ein Werk verwendet ist. Von mehreren Verlagsorten wird jeweils nur einer genannt. Schweizerische Gesetzgebung, Literatur und Rechtsprechung sind bis Ende März 2019 berücksichtigt und auch Internetquellen wurden dann letztmals besucht.

**ABEL/SCHÖNFELD**, BauR 2018. Wolfgang Abel/Thomas Schönfeld, Das Anordnungsrecht des Bestellers nach § 650b BGB – Teil 3, in: BauR 2018, S. 1 ff.

**ADLER/HÖLLER**, KlaGschni-ABGB (§ ... N ...). Emanuel Adler/Robert Höller, Kommentar zu § 1151–1173 ABGB, in: Heinrich Klang/Franz Gschnitzer (Hrsg.), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Aufl., Wien 1954.

**AEBI-MÜLLER**, CHK-OR (Art. ... N ...). Regina E. Aebi-Müller, Kommentar zu Art. 27–30a ZGB, in: Peter Breitschmid/Alexandra Jungo (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht, Partnerschaftsgesetz, 3. Aufl., Zürich 2016.

**ALTHAUS**, NZBau 2015. Stefan Althaus, Die Festsetzung der angemessenen Entschädigung nach § 642 BGB als richterliche Ermessensentscheidung, in: NZBau 2015, S. 67 ff.

**ANDRES**, Diss. Roger Andres, Die Normen der Arbeitssicherheit, System und Kritik am Beispiel des Bauens, Diss. Freiburg i.Ü., Zürich 2016.

**ARMBRÜSTER/BICKERT**, NZBau 2006. Christian Armbrüster/Elmar Bickert, Unzulängliche Mitwirkung des Auftraggebers beim Bau- und Architektenvertrag, in: NZBau 2006, S. 153 ff.

**BARRY**. David Barry, Beware the Dark Arts!, Delay Analysis and the Problems with Reliance on Technology, in: Society of Construction Law International Conference 2008, London 2009 ([www.scl.org.uk](http://www.scl.org.uk)).

**BAUER**, Baubetrieb. Hermann Bauer, Baubetrieb, 3. Aufl., Berlin 2007.

- BAUMANN**, ZK-ZGB (Art. ... N ...). Max Baumann, Kommentar zu Art. 2–3 ZGB, in: Peter Gauch/Jörg Schmid (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Art. 1–7 ZGB, 3. Aufl., Zürich 1998.
- BECKER**, BK-OR ([Vor] Art. ... N ...). Hermann Becker, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Art. 1–183 OR, 2. Aufl., Bern 1945.
- BERGER**, Diss. Bernhard Berger, Verhaltenspflichten und Vertrauenshaftung, dargestellt anhand der Informationspflicht des Effektenhändlers, Diss. Bern, Bern 2000.
- BERGER**, Schuldrecht. Bernhard Berger, Allgemeines Schuldrecht, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil mit Einbezug des Deliktsrechts und Einführung in das Personen- und Sachenrecht, 3. Aufl., Bern 2018.
- BERNET**, BSK-OR ([Vor] Art. ... N ...). Martin Bernet, Kommentar zu Art. 91–96 OR, in: Heinrich Honsell/Nedim P. Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 6. Aufl., Basel 2015.
- BERTI**, ZK-OR (Art. ... N ...). Stephen V. Berti, Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Art. 127–142 OR, 3. Aufl., Zürich 2002.
- BEYELER**, Jusletter (12.12.2016). Martin Beyeler, Rechtsfragen zu BIM in 19 Thesen, in: Jusletter vom 12. Dezember 2016 (<http://jusletter.weblaw.ch>).
- BIBER**, SVIT-Komm-OR (Art. ... N ...). Irene Biber, Kommentar zu Art. 254/255, 256a–257c OR, in: Schweizerischer Verband der Immobilienwirtschaft SVIT (Hrsg.), Das schweizerische Mietrecht, Kommentar, 4. Aufl., Zürich 2018.
- BIDERBOST**, FamKomm-ZGB (Art. ... N ...). Ivo Biderbost, Kommentar zu Art. 415–418 ZGB, in: Andrea Büchler/Christoph Häfeli/Audrey Leuba/Martin Stettler (Hrsg.), Kommentar Erwachsenenschutz, Bern 2013.
- BLICKENSTORFER**, DIKE-Komm-ZPO (Art. ... N ...). Kurt Blickenstorfer, Kommentar zu Art. 308–310, 319/320 ZPO, in: Alexander Brunner/Dominik Gasser/Ivo Schwander (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2016.
- BRAIMAH**. Nuhu Braimah, Construction Delay Analysis Techniques – A Review of Application Issues and Improvement Needs, in: buildings 2013, S. 506 ff. ([www.mdpi.com/journal/buildings](http://www.mdpi.com/journal/buildings)).
- BRANDENBERGER/RUOSCH**. Jürg Brandenberger/Ernst Ruosch, Projektmanagement im Bauwesen, 4. Aufl., Dietikon 1996.
- BREHM**, BK-OR (Art. ... N ...). Roland Brehm, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Art. 41–61 OR, 4. Aufl., Bern 2013.
- BUCHER**, OR AT. Eugen Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Aufl., Zürich 1988.

- BUCHER**, OR BT. Eugen Bucher, Obligationenrecht Besonderer Teil, 3. Aufl., Zürich 1988.
- BUCHER/HENNINGER**, BRT 2007. Jörg Bucher/Anton Henninger, Kalkulation und Teuerungsabrechnung nach der SIA-Norm 118, in: Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht, Universität Freiburg i.Ü. (Hrsg.), Schweizerische Baurechtstagung 2007, S. 161 ff.
- BÜHLER**, Werkvertrag. Theodor Bühler, Der Werkvertrag, in: Peter Gauch/Jörg Schmid (Hrsg.), Die Rechtsentwicklung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert, Symposium zum Schweizerischen Privatrecht, Zürich 2001, S. 407 ff.
- BÜHLER**, ZK-OR ([Vorbem.] Art. ... N ...). Theodor Bühler, Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Art. 418a–418v OR, Zürich 2000.
- BÜHLER**, ZK-OR (Art. ... N ...). Theodor Bühler, Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Art. 363–379 OR, 3. Aufl., Zürich 1998.
- BUOL**, Diss. Martina Buol, Beschränkung der Vertragshaftung durch Vereinbarung, Diss. Freiburg i.Ü., Zürich 1996.
- BUSCHE**, MüKo-BGB (§ ... N ...). Ernst Busche, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, §§ 631–651 BGB, 7. Aufl., München 2018.
- BYDLINSKI**, KBB-ABGB (§ ... N ...). Michael Bydliniski, Kommentar zu §§ 1165–1173 ABGB, in: Helmut Koziol/Peter Bydliniski/Raimund Bollenberger (Hrsg.), ABGB Kurzkommentar, 4. Aufl., Wien 2014.
- CHAIX**, CR-CO (Art. ... N ...). François Chaix, Kommentar zu Art. 363–379 OR, in: Luc Thévenoz/Franz Werro (Hrsg.), Commentaire romand, Code des obligations I, Art. 1–529 CO, 2. Aufl., Basel 2012.
- CHAPUIS**, AJP 2005. Olivier Chapuis, Die Haftung wegen Ausbleibens der Erfüllung im Sinne von Art. 97 Abs. 1 OR: ein Begriff im Wandel?, in: AJP 2005, S. 653 ff.
- DANTHE**, SHK-OR (Art. ... N ...). Marie-Gisèle Danthe, Kommentar zu Art. 322–323b, 326–327c OR, in: Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon (Hrsg.), Commentaire Stämpfli, Commentaire du contrat de travail, Bern 2013.
- DÄPPEN**, BSK-OR (Art. ... N ...). Robert K. Däppen, Kommentar zu Art. 60, 127–142 OR, in: Heinrich Honsell/Nedim P. Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 6. Aufl., Basel 2015.
- DENZLER/HOCHSTRASSER**, Planerverträge § 9. Beat Denzler/Michael Hochstrasser, § 9 Die Haftung für die Planung, in: Hubert Stöckli/Thomas Siegenthaler (Hrsg.), Planerverträge, Verträge mit Architekten und Ingenieuren, 2. Aufl., Zürich 2019, S. 367 ff.

- DORER**, Diss. Max Dorer, Die Elemente des Gläubigerverzugs, insbesondere das Requisit der Culpa nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich, Grenchen 1906.
- DÖRING**, IngKor-VOB/B (§ ... N ...). Christian Döring, Kommentar zu §§ 3, 5, 6, 11 VOB/B, in: Stefan Leupert/Mark von Wietersheim (Hrsg.), Ingenstau/Korbion VOB Teile A und B, Kommentar, 20. Aufl., Köln 2017.
- DUBS/ROTH PELLANDA**, CHK-OR (Art. ... N ...). Dieter Dubs/Katja Roth Pellanda, Kommentar zu Art. 151–163 OR, in: Andreas Furrer/Anton K. Schnyder (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen, 3. Aufl., Zürich 2016.
- DUDEN**. Bibliographisches Institut GmbH, Dudenverlag, Duden Onlinewörterbuch ([www.duden.de](http://www.duden.de)).
- EBERT**, HaKo-BGB (§ ... N ...). Ina Ebert, Kommentar zu §§ 535–609, 631–651, 652–655 BGB, in: Heinrich Dörner *et al.*, Nomos Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, 9. Aufl., Baden-Baden 2017.
- EGLI**, Komm-SIA-118 ([Vorbem.] Art. ... N ...). Anton Egli, Kommentar zu Art. 3–6, 8–14, 18–20, 22, 84–91 SIA-Norm 118, in: Peter Gauch/Hubert Stöckli (Hrsg.), Kommentar zur SIA-Norm 118, 2. Aufl., Zürich 2017.
- EGLI/STÖCKLI H.**, Planerverträge § 8 (N ...). Anton Egli/Hubert Stöckli, § 8 Das Planerhonorar, in: Hubert Stöckli/Thomas Siegenthaler (Hrsg.), Planerverträge, Verträge mit Architekten und Ingenieuren, 2. Aufl., Zürich 2019, S. 289 ff.
- EHRAT/WIDMER**, BSK-OR ([Vor] Art. ... N ...). Felix R. Ehrat/Markus Widmer, Kommentar zu Art. 151–163 OR, in: Heinrich Honsell/Nedim P. Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 6. Aufl., Basel 2015.
- EHRENSPERGER**, Diss. Thomas Ehrensperger, Strukturen und Verletzungen von Obliegenheiten im Schweizerischen Privatrecht (unter Ausschluss des Versicherungsrechts), Diss. Zürich, Zürich 2004.
- EMMENEGGER/TSCHENTSCHER**, BK-ZGB (Art. ... N ...). Susan Emmenegger/Axel Tschentscher, Kommentar zu Art. 1 ZGB, in: Heinz Hausheer/Hans P. Walter (Hrsg.), Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Art. 1–9 ZGB, Bern 2012.
- EMMERICH**. Volker Emmerich, Das Recht der Leistungsstörungen, 6. Aufl., München 2005.
- ERDIN**, Diss. Reto Erdin, Unvorhergesehenes beim Werkvertrag mit Festpreis, Zur Tragweite von Art. 373 Abs. 2 OR, Diss. St. Gallen, Bern 1997.
- ERNST**, MüKo-BGB (§ ... N ...). Wolfgang Ernst, Kommentar zu §§ 275, 280, 281–284, 286–304 BGB, in: Franz J. Sack/Roland Rixecker/Hartmut Oet-



- ker/Bettina Limperg (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, §§ 241–310 BGB, 8. Aufl., München 2019.
- ESSER/SCHMIDT.** Josef Esser/Eike Schmidt, Schuldrecht Band I Allgemeiner Teil, Teilband 1, Entstehung, Inhalt und Beendigung von Schuldverhältnissen, ein Lehrbuch, 8. Aufl., Heidelberg 1995.
- FASEL.** Urs Fasel, Handels- und obligationenrechtliche Materialien, Bern 2000.
- FELDMANN,** Staudinger-BGB (§ ... N ...). Cornelia Feldmann, Kommentar zu §§ 293–304 BGB, in: Claudia Bittner *et al.*, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, §§ 255–304 BGB, Berlin 2014.
- FELLMANN,** BK-OR (Art. ... N ...). Walter Fellmann, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Art. 394–406 OR, Bern 1992.
- FELLMANN/KOTTMANN.** Walter Fellmann/Andrea Kottmann, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I: Allgemeiner Teil sowie Haftung aus Verschulden und Persönlichkeitsverletzung, gewöhnliche Kausalhaftungen des OR, ZGB und PrHG, Bern 2012.
- FELLMANN/MÜLLER,** BK-OR (Art. ... N ...). Walter Fellmann/Karin Müller, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Art. 530–544 OR, Bern 2006.
- FIKENTSCHER/HEINEMANN,** Schuldrecht. Wolfgang Fikentscher/Andreas Heinemann, Schuldrecht, 10. Aufl., Berlin 2006.
- FREY,** Diss. Tom Frey, Die Ermittlung des Schadens und anderer quantifizierbarer Werte im Anwendungsbereich von Art. 42 Abs. 2 OR, Diss. Zürich, Zürich 2017.
- FUCHS,** Diss. Heiko Fuchs, Kooperationspflichten der Bauvertragsparteien, Diss. Köln, München 2004.
- FUCHS,** NZBau 2014. Heiko Fuchs, Grossversagen der Auftraggeber?, in: NZBau 2014, S. 409 ff.
- FUCHS,** NZBau 2004. Heiko Fuchs, Der Schürmannbau-Beschluss: Der Anfang vom Ende der Kooperationspflichten der Bauvertragsparteien?, in: NZBau 2004, S. 65 ff.
- FUHRER,** Privatversicherungsrecht. Stephan Fuhrer, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, Zürich 2011.
- FUNK,** HaKo-OR (Art. ... N ...). Fritz Funk, Handkommentar des Obligationenrechtes, Art. 1–529 OR, Aarau 1928.

- FURRER/WEY**, CHK-OR (Art. ... N ...). Andreas Furrer/Rainer Wey, Kommentar zu Art. 97–109 OR, in: Andreas Furrer/Anton K. Schnyder (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen, 3. Aufl., Zürich 2016.
- GABLER**. Gabler Wirtschaftslexikon (<https://wirtschaftslexikon.gabler.de>).
- GARTZ**, NickWeick-VOB/B (§ ... N ...). Benjamin Gartz, Kommentar zu § 4 VOB/B («Ausführung»), in: Fritz Nicklisch/Günter Weick/Arnold Jansen/Mark Seibel (Hrsg.), VOB Teil B, Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen, Kommentar, 4. Aufl., München 2016.
- GAUCH**, Auslegung. Peter Gauch, Auslegung, Ergänzung und Anpassung schuldrechtlicher Verträge, in: Peter Gauch/Jörg Schmid (Hrsg.), Die Rechtsentwicklung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert, Symposium zum Schweizerischen Privatrecht, Zürich 2001, S. 209 ff.
- GAUCH**, BRT 1999. Peter Gauch, Das unerschöpfliche Vertragsrecht, in: Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht, Universität Freiburg i.Ü. (Hrsg.), Schweizerische Baurechtstagung 1999, Bd. I, S. 1 ff.
- GAUCH**, BRT 1995. Peter Gauch, Fristen und Termine – Die Bauzeit im Werkvertrag, in: Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht, Universität Freiburg i.Ü. (Hrsg.), Schweizerische Baurechtstagung 1999, Bd. I, S. 1 ff.
- GAUCH**, Diss. Peter Gauch, System der Beendigung von Dauerverträgen, Diss. Freiburg i.Ü., Freiburg i.Ü. 1968.
- GAUCH**, FS Jagenburg. Peter Gauch, Das Bauvertragsrecht, in: Klaus Brüggmann/Peter M. Oppler/Christian Wenner (Hrsg.), Festschrift für Walter Jagenburg zum 65. Geburtstag, München 2002, S. 227 ff.
- GAUCH**, Werkvertrag. Peter Gauch, Der Werkvertrag, 5. Aufl., Zürich 2011.
- GAUCH/MIDDENDORF**, Planerverträge § 1. Peter Gauch/Patrick Middendorf, § 1 Von den Planerverträgen, von ihrer Qualifikation und dem SIA-Normenwerk für Planerleistungen, in: Hubert Stöckli/Thomas Siegenthaler (Hrsg.), Die Planerverträge, Verträge mit Architekten und Ingenieuren, 2. Aufl., Zürich 2019, S. 1 ff.
- GAUCH/PRADER/SCHWERY**, Komm-SIA-118 (Art. ... N ...). Peter Gauch/Duri Prader/Nadja Schwery, Kommentar zu Art. 114–140 SIA-Norm 118, in: Peter Gauch/Hubert Stöckli (Hrsg.), Kommentar zur SIA-Norm 118, 2. Aufl., Zürich 2017.
- GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER**. Peter Gauch/Walter R. Schluep/Susan Emmenegger, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bd. II, 10. Aufl., Zürich 2014.

- GAUCH/SCHLUEP/SCHMID.** Peter Gauch/Walter R. Schluep/Jörg Schmid, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, 10. Aufl., Zürich 2014.
- GAUCH/STÖCKLI H.,** Komm-SIA-118 ([Vorbem.] Art. ... N ...). Peter Gauch/Hubert Stöckli, Kommentar zu Art. 38–61, 157–190 SIA-Norm 118, in: Peter Gauch/Hubert Stöckli (Hrsg.), Kommentar zur SIA-Norm 118, 2. Aufl., Zürich 2017.
- GAUTSCHI, BK-OR** ([Vorb] Art. ... N ...). Georg Gautschi, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Art. 363–379 OR, 2. Aufl., Bern 1967; Art. 394–406 OR, 3. Aufl., Bern 1971; Art. 407–424 OR, 2. Aufl., Bern 1964; Art. 425–491 OR, 2. Aufl., Bern 1962.
- GEHRER.** Leo R. Gehrер, Vom Recht des Unternehmers, den Werkvertrag aufzulösen, in: Touring Club Suisse et Assista SA (Hrsg.), *Mélanges Assista*, Genf 1989, S. 167 ff.
- GEHRER/GIGER, CHK-OR** (Art. ... N ...). Carole Gehrер Cordey/Gion Giger, Kommentar zu Art. 394–406 OR, in: Claire Huguenin/Markus Müller-Chen (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft, 3. Aufl., Zürich 2016.
- GENSCHOW/STELTER.** Claus Genschow/Oliver Stelter, Störungen im Bauablauf, Problemlösungen – Schritt für Schritt – an einem Praxisbeispiel dargestellt, 3. Aufl., Köln 2013.
- GIGER, BK-OR** (Art. ... N ...). Hans Giger, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Art. 184–215 OR, 2. Aufl., Bern 1980.
- GIGER, FS Keller.** Hans Giger, Analyse der Adäquanzproblematik im Haftpflichtrecht, in: Peter Forstmoser/Hans Giger/Anton Heini/Walter R. Schluep (Hrsg.), Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag, Zürich 1989, S. 141 ff.
- GIRSBERGER, BSK-OR** (Art. ... N ...). Daniel Girsberger, Kommentar zu Art. 164–174 OR, in: Heinrich Honsell/Nedim P. Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 6. Aufl., Basel 2015.
- GLANZMANN, RGRK-BGB** (§ ... N ...). Roderich Glanzmann, Kommentar zu §§ 631–651 BGB, in: Walter Dehner *et al.*, Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar, §§ 631–811 BGB, 12. Aufl., Berlin 1978.
- GLÖCKNER, BauR 2014.** Jochen Glöckner, § 642 BGB – Tatbestand und Rechtsfolgen im System des Leistungsstörungenrechts, in: BauR 2014, S. 368 ff.

- GLÖCKNER**, FA-Komm-BGB (§ ... N ...). Jochen Glöckner, Kommentar zu §§ 275, 280–304, 311a, 313–326, 420–426, 634, 636, 638, 651 BGB, § 8 Abs. 3–5 VOB/B, in: Jochen Glöckner/Henning von Berg (Hrsg.), Bau- und Architektenrecht, Kommentar, 2. Aufl., Köln 2015.
- GRÜNEBERG**, Palandt-BGB (§ ... N ...). Christian Grüneberg, Kommentar zu §§ 241–432 BGB, in: Gerd Brudermüller *et al.*, Beck'sche Kurzkommentare, Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 77. Aufl., München 2018.
- GSCHNITZER**, KlaGschni-ABGB (§ ... N ...). Franz Gschnitzer, Kommentar zu §§ 1411–1430, 1438–1443 ABGB, in: Heinrich Klang (Hrsg.), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 6, §§ 1293–1502 ABGB, 2. Aufl., Wien 1951.
- GUHL/KOLLER A.** (§ ... N ...). Alfred Koller, §§ 1–47, in: Theo Guhl/Alfred Koller/Anton K. Schnyder/Jean N. Druey, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl., Zürich 2000.
- GUHL/SCHNYDER** (§ ... N ...). Anton K. Schnyder, §§ 48–58, in: Theo Guhl/Alfred Koller/Anton K. Schnyder/Jean N. Druey, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl., Zürich 2000.
- HAHN**, CHK-OR (Art. ... N ...). Anne-Catherine Hahn, Kommentar zu Art. 62–67 OR, in: Andreas Furrer/Anton K. Schnyder (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen, 3. Aufl., Zürich 2016.
- HANDSCHIN**, BSK-OR (Art. ... N ...). Lukas Handschin, Kommentar zu Art. 530–542, 557–561, 598–601 OR, in: Heinrich Honsell/Nedim P. Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, Art. 530–954 OR inkl. Schlussbestimmungen, 5. Aufl., Basel 2016.
- HANDSCHIN/VONZUN**, ZK-OR (Art. ... N ...). Lukas Handschin/Reto Vonzun, Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Art. 530–551 OR, 4. Aufl., Zürich 2009.
- HARTMANN**. Christian Hartmann, Die unterlassene Mitwirkung des Gläubigers, Ein Beitrag zum Recht der Leistungsstörungen, Berlin 1997.
- HAUCK/REBMANN**, AJP 2018. Bernd Hauck/Tobias Rebmann, Auswirkungen von Bauablaufstörungen auf den werkvertraglichen Vergütungsanspruch, AJP 2018, S. 424 ff.
- HAUSHEER/AEBI-MÜLLER**, BK-ZGB (Art. ... N ...). Heinz Hausheer/Regina E. Aebi-Müller, Kommentar zu Art. 2 ZGB, in: Heinz Hausheer/Hans P. Walter (Hrsg.), Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Art. 1–9 ZGB, Bern 2012.

- HAUSHEER/JAUN.** Heinz Hausheer/Michael Jaun, Die Einleitungsartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Nachdruck unter Anpassung an die neue BV und die jüngsten Änderungen des ZGB, 2. Aufl., Bern 2001.
- HEIDINGER,** SchwiKo-ABGB (§ ... N ...). Albert Heidinger, Kommentar zu §§ 1375–1403, 1409/1409a, 1411–1420, 1425–1430, 1438–1450 ABGB, in: Michael Schwimann/Georg Kodek (Hrsg.), ABGB Praxiskommentar, Bd. 6, §§ 1293–1503 ABGB, 4. Aufl., Wien 2016.
- HENNINGER,** BRT 2005. Anton Henninger, Bauverzögerung und ihre Folgen, in: Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht, Universität Freiburg i.Ü. (Hrsg.), Schweizerische Baurechtstagung 2005, S. 237 ff.
- HIGI/BÜHLMANN,** ZK-OR (Art. ... N ...). Peter Higi/Anton Bühlmann, Kommentar zu Art. 253–257h OR, in: Peter Higi/Anton Bühlmann/Christoph Wildisen, Zürcher Kommentar Obligationenrecht, Art. 253–265 OR, 5. Aufl., Zürich 2019.
- HOFSTADLER/KUMMER,** GBB 2017. Christian Hofstadler/Markus Kummer, Ermittlung und Bedeutung der normalen Bauzeit für Bauprojekte, in: Institut für Baubetrieb und Bauwirtschaft (Hrsg.), 15. Grazer Baubetriebs- und Bauwirtschaftssymposium, Bauzeitermittlung im SOLL, SOLLTE und IST, Tagungsband 2017, Graz 2017, S. 53 ff.
- HÖNGER/SÜSSKIND,** BSK-VVG (Art. ... N ...). Andreas Hönger/Marcel Süsskind, Kommentar zu Art. 14/15, 61, 67/68, 70 VVG, in: Heinrich Honsell/Nedim P. Vogt/Anton K. Schnyder, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG), Basel 2001.
- HONSELL,** BSK-ZGB (Art. ... N ...). Heinrich Honsell, Kommentar zu Art. 1–4 ZGB, in: Thomas Geiser/Christiana Fountoulakis (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 6. Aufl., Basel 2018.
- HONSELL,** OR BT. Heinrich Honsell, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 10. Aufl., Bern 2017.
- HONSELL/ISENRING/KESSLER.** Heinrich Honsell/Bernhard Isenring/Martin A. Kessler, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 5. Aufl., Zürich 2013.
- HRUBESCH-MILLAUER,** CHK-OR (Art. ... N ...). Stephanie Hrubesch-Millauer, Kommentar zu Art. 184–196a, 211–215 OR, in: Markus Müller-Chen/Claire Huguenin (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 1: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe, 3. Aufl., Zürich 2016.
- HÜFFER,** Habil. Uwe Hüffer, Leistungsstörungen durch Gläubigerhandeln, eine rechtsvergleichende Untersuchung der Mitwirkung des Gläubigers bei der Ver-

- tragserfüllung unter besonderer Berücksichtigung der gegenseitigen Verträge, Habil. Heidelberg, Berlin 1976.
- HUGUENIN**, Claire Huguenin, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 3. Aufl., Zürich 2019.
- HULLIGER/HEINRICH**, CHK-OR (Art. ... N ...). Urban Hulliger/Peter Heinrich, Kommentar zu Art. 253–274g OR, in: Markus Müller-Chen/Claire Huguenin (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 1: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe, 3. Aufl., Zürich 2016.
- HUMMEL/HÜRTER**, NZBau 2008. Philipp Hummel/Daniel Hürter, Umsatzsteuerrecht versus materielles Zivilrecht, in: NZBau 2008, S. 304 ff.
- HÜRLIMANN**, BRT 2019. Roland Hürlimann, Zivilprozesse in Bausachen: die wunden Punkte, in: Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht, Universität Freiburg i.Ü. (Hrsg.), Schweizerische Baurechtstagung 2019, S. 51 ff.
- HÜRLIMANN**, FS Gauch. Roland Hürlimann, Ansprüche des Unternehmers aus Bauablaufstörungen des Bauherrn, in: Pierre Tercier *et al.* (Hrsg.), Gauchs Welt, Recht, Vertragsrecht und Baurecht, Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag, Zürich 2004, S. 815 ff.
- HÜRLIMANN**, Jusletter (04.07.2016). Roland Hürlimann, Bauablaufstörung – Anspruch des Unternehmers auf Mehrvergütung (Verletzung von Mitwirkungspflichten), in: Jusletter vom 4. Juli 2016 ([www.jusletter.weblaw.ch](http://www.jusletter.weblaw.ch)).
- HÜRLIMANN**, Komm-SIA-118 (Art. ... N ...). Roland Hürlimann, Kommentar zu Art. 1–2, 15–17, 23–37 SIA-Norm 118, in: Peter Gauch/Hubert Stöckli (Hrsg.), Kommentar zur SIA-Norm 118, 2. Aufl., Zürich 2017.
- HÜRLIMANN/SIEGENTHALER**, CHK-OR (Art. ... N ...). Roland Hürlimann/Thomas Siegenthaler, Kommentar zu Art. 363–379 OR, in: Claire Huguenin/Markus Müller-Chen (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft, 3. Aufl., Zürich 2016.
- HÜRLIMANN-KAUP/NYFFELER**, BR/DC 2015. Bettina Hürlimann-Kaup/Fabia Nyffeler, Übermässige Immissionen als Folge rechtmässiger Bautätigkeit (Teil 2), in: BR/DC 2015, S. 129 ff.
- JÄGGI/GAUCH**, ZK-OR (Art. ... N ...). Peter Jäggi/Peter Gauch, Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Art. 18 OR, 3. Aufl., Zürich 1980.

- JÄGGI/GAUCH/HARTMANN**, ZK-OR (Art. ... N ...). Peter Jäggi/Peter Gauch/Stephan Hartmann, Zürcher Kommentar Obligationenrecht, Art. 18 OR, Auslegung, Ergänzung und Anpassung der Verträge; Simulation, 4. Aufl., Zürich 2014.
- JAKOBS/SCHUBERT**. Horst H. Jakobs/Werner Schubert (Hrsg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Recht der Schuldverhältnisse I, §§ 241–432 BGB, Berlin 1978.
- JENNY/MAISSEN/HUGUENIN**, CHK-OR (Art. ... N ...). Reto M. Jenny/Eva Maissen/Claire Huguenin, Kommentar zu Art. 419–424 OR, in: Claire Huguenin/Markus Müller-Chen (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft, 3. Aufl., Zürich 2016.
- JOUSSEN/VYGEN**, IngKor-VOB/B (§ ... N ...). Edgar Joussen/Klaus Vygen, Kommentar zu §§ 8 Abs. 1, Abs. 3–7, 9 VOB/B, in: Stefan Leupertz/Mark von Wietersheim (Hrsg.), Ingenstau/Korbion VOB Teile A und B, Kommentar, 20. Aufl., Köln 2017.
- JUNG**, CHK-OR (Art. ... N ...). Peter Jung, Kommentar zu Art. 530–551 OR, in: Vito Roberto/Hans Rudolf Trüb (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personengesellschaften und Aktiengesellschaft, Vergütungsverordnung, 3. Aufl., Zürich 2016.
- JUNGO**, ZK-ZGB (Art. ... N ...). Alexandra Jungo, Zürcher Kommentar Zivilgesetzbuch, Art. 8 ZGB, 3. Aufl., Zürich 2018.
- KAPELLMANN**, KuKo-VOB/B. Klaus Kapellmann, Kommentar zu §§ 2, 6 VOB/B, in: Klaus Kapellmann/Burkhard Messerschmidt (Hrsg.), Beck'sche Kurzkommentare, VOB Teile A und B, 4. Aufl., München 2013.
- KAPELLMANN/SCHIFFERS/MARKUS**, Bd. 1. Klaus D. Kapellmann/Karl-Heinz Schiffers/Jochen Markus, Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag, Band 1: Einheitspreisvertrag, 7. Aufl., Köln 2017.
- KARASEK**, Komm-ÖNORM, ([Vor] Pkt. ... N ...). Georg Karasek, ÖNORM B 2110, Allgemeine Vertragsbestimmungen für Bauleistungen – Werkvertragsnorm, Kommentar, 3. Aufl., Wien 2016.
- KBOB**, Leitfaden. Koordinationskonferenz der Bau- und Liegenschaftsorgane der öffentlichen Bauherren KBOB, Leitfaden zum Nachtragsmanagement bei Bau- und Baudienstleistungen, mit Faktenblatt zu Bauablaufstörungen, Bern 2012 ([www.kbob.admin.ch](http://www.kbob.admin.ch)).

- KELDUNGS**, IngKor-VOB/B (§ ... N ...). Karl-Heinz Keldungs, Kommentar zu §§ 1, 2, 15 VOB/B, in: Stefan Leupertz/Mark von Wietersheim (Hrsg.), Ingenstau/Korbion VOB Teile A und B, Kommentar, 20. Aufl., Köln 2017.
- KELLER A.** Alfred Keller, Haftpflicht im Privatrecht, Bd. I, 6. Aufl., Bern 2002.
- KELLER M./GABI.** Max Keller/Sonja Gabi-Bolliger, Das Schweizerische Schuldrecht Bd. II, Haftpflichtrecht, 2. Aufl., Basel 1988.
- KELLER M./SCHÖBI.** Max Keller/Christian Schöbi, Das Schweizerische Schuldrecht Bd. I, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, 3. Aufl., Basel 1988.
- KESSLER**, BSK-OR (Art. ... N ...). Martin A. Kessler, Kommentar zu Art. 41–49, 52–59a, 61 OR, in: Heinrich Honsell/Nedim P. Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 6. Aufl., Basel 2015.
- KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN.** Regina Kiener/Bernhard Rütsche/Mathias Kuhn, Öffentliches Verfahrensrecht, 2. Aufl., Zürich 2015.
- KLEINE-MÖLLER**, NZBau 2000. Nils Kleine-Möller, Die Haftung des Auftraggebers gegenüber einem behinderten Nachfolgeunternehmer, in: NZBau 2000, S. 401 ff.
- KNIFFKA**, JhrB BauR 2001. Rolf Kniffka, Die Kooperationspflichten der Bauvertragspartner im Bauvertrag, in: Klaus D. Kapellmann/Klaus Vygen (Hrsg.), Jahrbuch Baurecht 2001, Aktuelles – Grundsätzliches – Zukünftiges, Düsseldorf 2001, S. 1 ff.
- KNIFFKA/KOEBLE**, Kompendium. Rolf Kniffka/Wolfgang Koebler, Kompendium des Baurechts, Privates Baurecht und Bauprozess, 4. Aufl., München 2014.
- KOHLER**. Joseph Kohler, Annahme und Annahmeverzug, in: Rudolf von Jhering (Hrsg.), Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, Jena 1879, S. 261 ff.
- KOLLER A.**, AJP 2014. Alfred Koller, Durchbrechung des Festpreischarakters von Pauschalpreisverträgen, in: AJP 2014, S. 764 ff.
- KOLLER A.**, AJP 1992. Alfred Koller, Grundzüge der Haftung für positive Vertragsverletzungen, in: AJP 1992, S. 1483 ff.
- KOLLER A.**, BK-OR (Art. ... N ...). Alfred Koller, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Art. 363–366 OR, Bern 1998.
- KOLLER A.**, BSK-OR (Art. ... N ...). Alfred Koller, Kommentar zu Art. 184–191, 211–215, 220–221 OR, in: Heinrich Honsell/Nedim P. Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 6. Aufl., Basel 2015.



- KOLLER A.**, Diss. Alfred Koller, Die Haftung für den Erfüllungsgehilfen nach Art. 101 OR, Diss. Freiburg i.Ü., Zürich 1980.
- KOLLER A.**, Nachbesserungsrecht. Alfred Koller, Das Nachbesserungsrecht im Werkvertrag, 2. Aufl., Zürich 1995.
- KOLLER A.**, OR AT. Alfred Koller, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Bern 2017.
- KOLLER A.**, Werkvertragsrecht. Alfred Koller, Schweizerisches Werkvertragsrecht, Zürich 2015.
- KOLLER J.**, Diss. Jo Koller, Der «Untergang des Werkes» nach Art. 376 OR, Diss. Freiburg i.Ü., Winterthur 1983.
- KOZIOL**, KBB-ABGB (§ ... N ...). Helmut Koziol, Kommentar zu §§ 1035–1044, 1074, 1411–1437 ABGB, in: Helmut Koziol/Peter Bydlinski/Raimund Bollenberger (Hrsg.), ABGB Kurzkommentar, 4. Aufl., Wien 2014.
- KRAMER**, BK-OR (Einf. N .../Art. ... N ...). Ernst A. Kramer, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1 f., 18 OR, in: Arthur Meier-Hayoz (Hrsg.), Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Art. 1–18 OR, Bern 1986.
- KRAMER**, Methodenlehre. Ernst A. Kramer, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl., Bern 2016.
- KRAUSKOPF**, OFK-OR (Art. ... N ...). Frédéric Krauskopf, Kommentar zu Art. 492–512 OR, in: Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser (Hrsg.), OR Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, 3. Aufl., Zürich 2016.
- KRAUSKOPF**, Planerverträge § 17. Frédéric Krauskopf, § 17 Die Planer und die Haftung mehrerer, in: Hubert Stöckli/Thomas Siegenthaler (Hrsg.), Planerverträge, Verträge mit Architekten und Ingenieuren, 2. Aufl., Zürich 2019, S. 767 ff.
- KREJCI**, Rummel-ABGB (§ ... N ...). Heinz Krejci, Kommentar zu §§ 879, 1151–1166, 1168–1173, 1267–1277, 1284–1292 ABGB, in: Peter Rummel (Hrsg.), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Aufl., Wien 2000.
- KREN KOSTKIEWICZ**, OFK-OR (Art. ... N ...). Jolanta Kren Kostkiewicz, Kommentar zu Art. 1–18, 68–109, 184–215 OR, in: Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser (Hrsg.), OR Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, 3. Aufl., Zürich 2016.
- LACHMANN**, BauR 1990. Ulrike Lachmann, Die Rechtsfolgen unterlassener Mitwirkungshandlungen des Werkbestellers, in: BauR 1990, S. 409 ff.

- LAMMICH.** Klaus Lammich, Gläubiger- und Schuldnerverzug, Systematische Darstellung der Anspruchsgrundlagen, Berlin 2003.
- LENZ/VON PLANTA,** BSK-OR (Art. ... N ...). Christian Lenz/Andreas von Planta, Kommentar zu Art. 425–438 OR, in: Heinrich Honsell/Nedim P. Vogt/Wolfgang Wiegand, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 6. Aufl., Basel 2015.
- LEU CHR.,** DIKE-Komm-ZPO (Art. ... N ...). Christian Leu, Kommentar zu Art. 150–157, 159 ZPO, in: Alexander Brunner/Dominik Gasser/Ivo Schwander (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2016.
- LEU U.,** BSK-OR (Art. ... N ...). Urs Leu, Kommentar zu Art. 68–90 OR, in: Heinrich Honsell/Nedim P. Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 6. Aufl., Basel 2015.
- LEUPERTZ,** BauR 2014. Stefan Leupert, § 642 BGB – Tatbestand und dogmatische Grundlagen, in: BauR 2014, S. 381 ff.
- LEUPERTZ,** BauR 2010. Stefan Leupert, Mitwirkung und Obliegenheit im Bauvertragsrecht, in: BauR 2010, S. 1999 ff.
- LEUPERTZ/HALFMEIER,** PWW-BGB (§ ... N ...). Stefan Leupert/Claus Halfmeier, Kommentar zu §§ 631–651 BGB, in: Hanns Prütting/Gerhard Wegen/Gerd Weinreich (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 12. Aufl., Köln 2017.
- LEUPERTZ/VON WIETERSHEIM,** IngKor-VOB (Einl N ...). Stefan Leupert/Mark von Wietersheim, Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB), Einleitung, in: Stefan Leupert/Mark von Wietersheim (Hrsg.), Ingenieur/Korbion VOB Teile A und B, Kommentar, 20. Aufl., Köln 2017.
- LOCHER,** Planerverträge § 10. Christoph Locher, § 10 Die Bauleitung, in: Hubert Stöckli/Thomas Siegenthaler (Hrsg.), Planerverträge, Verträge mit Architekten und Ingenieuren, 2. Aufl., Zürich 2019, S. 431 ff.
- LORENZ,** BeckOK-BGB (§ ... N ...). Stephan Lorenz, Kommentar zu §§ 254–304 BGB, in: Heinz G. Bamberger/Herbert Roth/Wolfgang Hau/Roman Poseck (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar BeckOK BGB, 49. Aufl., München 2019 ([www.beck-online.beck.de](http://www.beck-online.beck.de)).
- LORENZ,** NJW 2004. Stephan Lorenz, Schadensersatz statt der Leistung, Rentabilitätsvermutung und Aufwendungsersatz im Gewährleistungsrecht, in: NJW 2004, S. 26 ff.

- LUBOJANSKI**, FA-Komm-BGB (§ ... N ...). Volker Lubojanski, Kommentar zu §§ 642/643, 649 BGB, in: Jochen Glöckner/Henning von Berg (Hrsg.), Bau- und Architektenrecht, Kommentar, 2. Aufl., Köln 2015.
- LUCESCHI**, Diss. Marco Lucheschi, Rechtsprobleme bei Verträgen über Grossprojekte, Insbesondere unter Berücksichtigung von Industrieanlageverträgen, Diss. Zürich, Zürich 1996.
- LÜCHINGER**, Diss. Niklaus Lüchinger, Schadenersatz im Vertragsrecht, Diss. Freiburg i.Ü., Freiburg i.Ü. 1999.
- MANSEL**, Jauernig-BGB. Heinz-Peter Mansel, Kommentar zu §§ 1–242, 516–534, 598–651, 652–675b, 677–704 BGB, in: Rolf Stürner (Hrsg.), Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 17. Aufl., München 2018.
- MASTRANDREA**, ICLR 2014. Franco Mastrandrea, Concurrent Delay in Construction – Principles and Challenges, in: ICLR 2014, S. 83 ff.
- MATHYS**, CHK-OR (Art. ... N ...). Beat Mathys, Kommentar zu Art. 418a–418v OR, in: Claire Huguenin/Markus Müller-Chen (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft, 3. Aufl., Zürich 2016.
- MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE**. Arthur Meier-Hayoz/Peter Forstmoser/Rolf Sethe, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 12. Aufl., Bern 2018.
- MERCIER**, CHK-OR (Art. ... N ...). Gregor Mercier, Kommentar zu Art. 84–96 OR, in: Andreas Furrer/Anton K. Schnyder (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen, 3. Aufl., Zürich 2016.
- MERZ**, BK-OR (Art. ... N ...). Hans Merz, Kommentar zu Art. 2 ZGB, in: Arthur Meier-Hayoz (Hrsg.), Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Einleitung und Art. 1–10 ZGB, Bern 1966.
- MERZ**, SPR VI/1. Hans Merz, Einleitung §§ 1–3, Entstehung, allgemeine Charakterisierung, Die Obligation §§ 4–20, in: Christoph von Greyerz *et al.*, Schweizerisches Privatrecht, Bd. VI/1, Basel 1984.
- MIDDENDORF**, Diss. Patrick Middendorf, Nachwirkende Vertragspflichten, Diss. Freiburg i.Ü., Zürich 2002.
- MIDDENDORF/GROB**, CHK-ZGB (Art. ... N ...). Patrick Middendorf/Beatrice Grob, Kommentar zu Art. 1–4 ZGB, in: Peter Breitschmid/Alexandra Jungo (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht, Partnerschaftsgesetz, 3. Aufl., Zürich 2016.

- MIRFAKHRAEI**, Diss. Kaveh Mirfakhraei, Les indemnités de fin de contrat dans le contrat d'agence et le contrat de distribution exclusive, Diss. Genf, Genf 2013.
- MÖHRING**, Diss. Felix Möhring, Ablaufbezogenes Dokumentationsverfahren zum Nachweis der adäquaten Kausalität bei Bauablaufstörungen mit Schwerpunkt Haftungsgrund im Leistungsbereich Landschaftsbau, Diss. Kassel, Kassel 2012.
- MOMMSEN**, Friedrich Mommsen, Die Lehre von der Mora, nebst Beiträgen zur Lehre von der Culpä, Braunschweig 1855 (<http://dlib-pr.mpij.mpg.de>).
- MONN**, Diss. Valentin Monn, Die Verhandlungsabrede, Begründung, Inhalt und Durchsetzung von Verhandlungspflichten, Diss. Freiburg i.Ü., Zürich 2010.
- MORIN**, Komm-OR2020 (Art. ... N ...). Ariane Morin, Kommentar zu Art. 85–92, 111–117 OR2020, in: Claire Huguenin/Reto M. Hilty (Hrsg.), Schweizer Obligationenrecht 2020, Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil, Zürich 2013.
- MOSKRIC**, OFK-OR (Art. ... N ...). Elisabeth Moskriz, Kommentar zu Art. 425–438, 827 OR, in: Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser (Hrsg.), OR Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, 3. Aufl., Zürich 2016.
- MÜLLER**, BK-OR ([Einl] Art. ... N ...). Christoph Müller, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Art. 1–18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht, Bern 2018.
- MÜLLER**, CHK-OR (Art. ... N ...). Christoph Müller, Kommentar zu Art. 41–49, 52–61 OR, in: Andreas Furrer/Anton K. Schnyder, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen, 3. Aufl., Zürich 2016.
- MÜLLER-CHEN**, CHK-OR (Art. ... N ...). Markus Müller-Chen, Kommentar zu Art. 197–210, 222–225 OR, in: Markus Müller-Chen/Claire Huguenin (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 1: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe, 3. Aufl., Zürich 2016.
- MÜLLER-CHEN/GIRSBERGER/DROESE**. Markus Müller-Chen/Daniel Girsberger/Lorenz Droese, Obligationenrecht Besonderer Teil, 2. Aufl., Zürich 2017.
- MÜLLER-FOELL**, Diss. Christoph Müller-Foell, Die Mitwirkung des Bestellers beim Werkvertrag, Diss. Heidelberg, Berlin 1982.
- NEF**, BSK-VVG (Art. ... N ...). Jürg Nef, Kommentar zu Art. 38–45 VVG, in: Heinrich Honsell/Nedim P. Vogt/Anton K. Schnyder (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG), Basel 2001.

- NEUHAUS/GERBER**, BSK-OR (Art. ... N ...). Markus R. Neuhaus/Rodolfo Gerber, Kommentar zu Art. 959, 959a–c OR, in: Heinrich Honsell/Nedim P. Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, Art. 530–964 OR, 5. Aufl., Basel 2016.
- NICKLISCH**, BB 1979. Fritz Nicklisch, Mitwirkungspflichten des Bestellers beim Werksvertrag, insbesondere beim Bau- und Industriebauvertrag, in: BB 1979, S. 533 ff.
- NICKLISCH**, NJW 1985. Fritz Nicklisch, Rechtsfragen des Subunternehmervertrags bei Bau- und Anlageprojekten im In- und Auslandsgeschäft, in: NJW 1985, S. 2361 ff.
- OFTINGER/STARK**, Bd. I. Karl Oftinger/Emil W. Stark, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Erster Band: Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Zürich 1995.
- OSER/SCHÖNENBERGER**, ZK-OR (Art. ... N ...). Hugo Oser/Wilhelm Schönenberger, Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Art. 1–183 OR, 2. Aufl., Zürich 1929; Art. 419–529 OR, 2. Aufl., Zürich 1945.
- PASQUIER**, Diss. Bruno Pasquier, Die Schätzung nach gerichtlichem Ermessen – unmittelbare und sinngemässe Anwendung des Art. 42 Abs. 2 OR, Diss. Freiburg i.Ü., Zürich 2014.
- PEDRAZZINI**, SPR VII/1. Mario M. Pedrazzini, Werkvertrag, Verlagsvertrag, Lizenzvertrag, in: Frank Vischer (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht Bd. VII/1, Obligationenrecht – Besondere Vertragsverhältnisse, Basel 1977, S. 495 ff.
- PETERMANN**, OFK-ZGB (Art. ... N ...). Frank Th. Petermann, Kommentar zu Art. 16–19d ZGB, in: Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser (Hrsg.), ZGB Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 3. Aufl., Zürich 2016.
- PETERS/JACOBY**, Staudinger-BGB (§ ... N ...). Frank Peters/Florian Jacoby, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, §§ 631–651 BGB, Berlin 2014.
- PFENNINGER**, CHK-OR (Art. ... N ...). Markus Pfenninger, Kommentar zu Art. 425–439 OR, in: Claire Huguenin/Markus Müller-Chen (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft, 3. Aufl., Zürich 2016.
- PICHONNAZ**. Pascal Pichonnaz, Le devoir du lésé de diminuer son dommage, in: Franz Werro (Hrsg.), Colloque du droit de la responsabilité civile 2003, Université de Fribourg, La fixation de l'indemnité, Bern 2004, S. 109 ff.
- PORTMANN/RUDOLPH**, BSK-OR (Art. ... N ...). Wolfgang Portmann/Roger Rudolph, Kommentar zu Art. 319–362 OR, in: Heinrich Honsell/Nedim P. Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 6. Aufl., Basel 2015.

- PROBST**, BSK-SVG (Art. ... N ...). Thomas Probst, Kommentar zu Art. 58–62, 75, 83–88 OR, in: Marcel A. Niggli/Thomas Probst/Bernhard Waldmann (Hrsg.), Basler Kommentar, Strassenverkehrsgesetz, Basel 2014.
- PROBST**, SVG-Tagung 2010. Thomas Probst, Der Ersatz «immateriellen Schadens» im schweizerischen Haftpflicht- und Strassenverkehrsrecht, in: Thomas Probst/Franz Werro (Hrsg.), Strassenverkehrsrechtstagung 10./11. Juni 2010, Bern 2010, S. 1 ff.
- RAAB**, DLL-BGB (§ ... N ...). Thomas Raab, Kommentar zu §§ 631–651 BGB, in: Barbara Dauner-Lieb/Werner Langen (Hrsg.), Nomos Kommentar, BGB Schuldrecht, §§ 241–610, 2. Aufl., Baden-Baden 2012.
- RAABER**. Norbert Raaber, Ermittlung von neuen Preisen infolge Leistungsänderungen, Institut für Baubetrieb und Bauwirtschaft, Projektentwicklung und Projektmanagement (Hrsg.), Graz 2010.
- REBHAHN/KIETAIBL**, SchwiKo-ABGB (§ ... N ...). Robert Rebhahn/Christoph Kietaihl, Kommentar zu §§ 1165–1174 ABGB, in: Michael Schwimann/Georg Kodek (Hrsg.), ABGB Praxiskommentar, Bd. 5, §§ 1090–1292 ABGB, 4. Aufl., Wien 2016.
- REETZ**, BRT 2013. Peter Reetz, Schneller, schneller! – Baubeschleunigung und ihre Kosten, Ansprüche des Unternehmers und des Bauherrn, in: Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht, Universität Freiburg i.Ü. (Hrsg.), Schweizerische Baurechtstagung 2013, S. 33 ff.
- REETZ**, BRT 2009. Peter Reetz, Der Bauprozess: er steht und fällt mit dem Beweis, in: Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht, Universität Freiburg i.Ü. (Hrsg.), Schweizerische Baurechtstagung 2009, S. 119 ff.
- REETZ**, Komm-SIA-118 (Art. ... N ...). Peter Reetz, Kommentar zu Art. 92–98 SIA-Norm 118, in: Peter Gauch/Hubert Stöckli (Hrsg.), Kommentar zur SIA-Norm 118, 2. Aufl., Zürich 2017.
- REHBINDER/STÖCKLI J.-F.**, BK-OR (Art. ... N ...). Manfred Rehbinder/Jean-Fritz Stöckli, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Art. 319–330b OR, Bern 2010.
- REISCHAUER**, Rummel-ABGB (§ ... N ...). Rudolf Reischauer, Kommentar zu §§ 19, 902–913, 917–937, 1167, 1293–1341, 1411–1430, 1445–1450 ABGB, in: Peter Rummel (Hrsg.), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Aufl., Wien 2002.
- REUDT**, SVIT-Komm-OR (Art. ... N ...). Daniel Reudt, Kommentar zu Art. 257d–257h OR, in: Schweizerischer Verband der Immobilienwirtschaft SVIT (Hrsg.), Das schweizerische Mietrecht, Kommentar, 4. Aufl., Zürich 2018.
- REY H./WILDHABER**. Heinz Rey/Isabelle Wildhaber, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 5. Aufl., Zürich 2018.

- RIEDL/MANSFELD**, HaKo-VOB/B (§ ... N ...). Richard Riedl/Lutz Mansfeld, Kommentar zu §§ 3, 5, 12/13 VOB/B, in: Wolfgang Heiermann/Richard Riedl/Martin Rusam (Hrsg.), Handkommentar zur VOB, VOB Teile A und B, Sekt-Vo, VSVgV, Rechtsschutz im Vergabeverfahren, 13. Aufl., Wiesbaden 2013.
- RIEMER**, Hans M. Riemer, Die Einleitungsartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Art. 1–10 ZGB), Eine Einführung, 2. Aufl., Bern 2003.
- ROBERTO**, Habil. Vito Roberto, Schadensrecht, Habil. Zürich, Basel 1997.
- ROBERTO**, Haftpflichtrecht. Vito Roberto, Haftpflichtrecht, 2. Aufl., Bern 2018.
- ROBERTO**, ZSR 2009. Vito Roberto, Die auftragsrechtliche Herausgabepflicht des «Erlangten», in: ZSR 2009, S. 15 ff.
- RÜTTEN**, Diss. Thomas Rütten, Die Bestellermitwirkung zwischen Obliegenheit und Pflicht, Eine dogmatische Analyse praxisrelevanter Probleme unter besonderer Berücksichtigung des Bauvertragsrechts nach BGB und VOB, Diss. Trier, Frankfurt am Main 2009.
- SBV**, Vorkalkulation 2018. Schweizerischer Baumeisterverband, Grundlagen der Vorkalkulation, Auflage 2018, Zürich 2018.
- SBV**, Vorkalkulation 2015. Schweizerischer Baumeisterverband, Grundlagen der Vorkalkulation, Auflage 2015, Zürich 2015.
- SCHAUFELBERGER/KELLER**, OFK-OR (Art. ... N ...). Peter Schaufelberger/Katrin Keller, Kommentar zu Art. 164–183 OR, in: Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser (Hrsg.), OR Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, 3. Aufl., Zürich 2016.
- SCHENKER**, Diss. Franz Schenker, Die Voraussetzungen und die Folgen des Schuldnerverzugs im schweizerischen Obligationenrecht, Diss. Freiburg i.Ü., Freiburg i.Ü. 1988.
- SCHEUBE**, Diss. Jan Scheube, Die Auftraggebermitwirkung im VOB/B-Bauvertrag – Obliegenheit oder Pflicht?, Diss. Jena, Berlin 2003.
- SCHILDER**, BauR 2007. Hendrik Schilder, Die Liquidation von «Behinderungsschäden» über § 642 BGB, in: BauR 2007, S. 450 ff.
- SCHMID**, BRT 2011. Jörg Schmid, Die lieben Nachbarn – Komplikationen aus Immissionen, in: Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht, Universität Freiburg i.Ü. (Hrsg.), Schweizerische Baurechtstagung 2011, S. 83 ff.
- SCHMID**, Habil. Jörg Schmid, Die Geschäftsführung ohne Auftrag, Habil. Freiburg i.Ü., Zürich 1992.
- SCHMID**, ZK-OR (Art. ... N ...). Jörg Schmid, Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Art. 419–424 OR, 3. Aufl., Zürich 1993.
- SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP**. Jörg Schmid/Bettina Hürlimann-Kaup, Sachenrecht, 5. Aufl., Zürich 2017.

- SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF.** Jörg Schmid/Hubert Stöckli/Frédéric Krauskopf, OR BT, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, 2. Aufl., Zürich 2016.
- SCHNEIDER,** BauR 2019. Marco Schneider, § 642 vs. 304 BGB – Zeit für ein Umdenken?, in: BauR 2019, S. 347 ff.
- SCHNEIDER,** Diss. Marco Schneider, Der finanzielle Ausgleich unterlassener Gläubigermitwirkung im Werkvertragsrecht, Diss. Marburg, Baden-Baden 2018.
- SCHÖBI,** Diss. Christian Schöbi, Die Akzessorietät der Nebenrechte von Forderungen unter besonderer Berücksichtigung des Rechtsinstituts der Verjährung, Diss. Zürich, Zürich 1990.
- SCHÖNENBERGER/JÄGGI,** ZK-OR (Art. ... N ...). Wilhelm Schönenberger/Peter Jäggi, Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Art. 1–17 OR, 3. Aufl., Zürich 1973.
- SCHÖNLE/HIGI,** ZK-OR (Art. ... N ...). Herbert Schönle/Peter Higi, Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Art. 192–204 OR, 3. Aufl., Zürich 2005.
- SCHRANER,** ZK-OR ([Vorb.] Art. ... N ...). Marius Schraner, Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Art. 68–96 OR, 3. Aufl., Zürich 2000.
- SCHUBEL,** Soergel-BGB (§ ... N ...). Christian Schubel, Kommentar zu §§ 293–304 BGB, in: Wolfgang Siebert (Hrsg.), Soergel BGB, Bürgerliches Gesetzbuch, Schuldrecht 1/2, §§ 243–304 BGB, 13. Aufl., Stuttgart 2014.
- SCHULZE,** HaKo-BGB (§ ... N ...). Reiner Schulze, Kommentar zu §§ 241–304, 311–311c, 313–432, 657–661a, 677–700, 783–811 BGB, in: Heinrich Dörner *et al.*, Nomos Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, 9. Aufl., Baden-Baden 2017.
- SCHUMACHER,** aKomm-SIA-118 (Art. ... N ...). Rainer Schumacher, Kommentar zu Art. 92–113, 141–156 SIA-Norm 118, in: Peter Gauch (Hrsg.), Kommentar zur SIA-Norm 118 Artikel 38–156 (Ausgabe 1977/1991), Zürich 1992.
- SCHUMACHER,** Bauhandwerkerpfandrecht. Rainer Schumacher, Das Bauhandwerkerpfandrecht, Systematischer Aufbau, 3. Aufl., Zürich 2008.
- SCHUMACHER,** ErgB Bauhandwerkerpfandrecht. Rainer Schumacher, Das Bauhandwerkerpfandrecht, Ergänzungsband zur 3. Auflage, Zürich 2011.
- SCHUMACHER,** FS Eichenberger. Rainer Schumacher, Beweisprobleme im Bauprozess, in: Aargauischer Juristenverein (Hrsg.), Festschrift für Dr. Kurt Eichenberger, Aarau 1990, S. 157 ff.
- SCHUMACHER,** FS Jagenburg. Rainer Schumacher, Vertrauenshaftung im Bauwerkvertrag, Reflexionen nach Schweizer Recht und der SIA-Norm 118, in:



- Klaus Brüggmann/Peter M. Oppler/Christian Wenner, Festschrift für Walter Jagenburg zum 65. Geburtstag, München 2002, S. 827 ff.
- SCHUMACHER/KÖNIG.** Rainer Schumacher/Roger König, Die Vergütung im Bauwerkvertrag, Grundvergütung – Mehrvergütung, 2. Aufl., Zürich 2017.
- SCHUMACHER/MIDDENDORF,** Komm-SIA-118 (Art. ... N ...). Rainer Schumacher/Patrick Middendorf, Kommentar zu Art. 99–113 SIA-Norm 118, in: Peter Gauch/Hubert Stöckli (Hrsg.), Kommentar zur SIA-Norm 118, 2. Aufl., Zürich 2017.
- SCHUMACHER/MONN,** Komm-SIA-118 (Art. ... N ...). Rainer Schumacher/Valentin Monn, Kommentar zu Art. 141–156 SIA-Norm 118, in: Peter Gauch/Hubert Stöckli (Hrsg.), Kommentar zur SIA-Norm 118, 2. Aufl., Zürich 2017.
- SCHWARZE,** Diss. Torsten Schwarze, Das Kooperationsprinzip des Bauvertragsrechts, Diss. Leipzig, Berlin 2003.
- SCHWENKER/RODEMANN,** Erman-BGB (§ ... N ...). Hans Christian Schwenker/Tobias Rodemann, Kommentar zu §§ 631–651 BGB, in: Harm P. Westermann/Barbara Grunewald/Georg Maier-Reimer (Hrsg.), Erman Bürgerliches Gesetzbuch, 15. Aufl., Köln 2017.
- SCHWENZER.** Ingeborg Schwenzer, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl., Bern 2016.
- SCHWERDTNER/KUMLEHN,** GBB 2017. Patrick Schwerdtner/Frank Kumlehn, Anforderungen an baubetriebliche Bewertungen in Deutschland – Empfehlen sich Regelungsstandards für die Nachweisführung gestörter Bauabläufe?, in: Institut für Baubetrieb und Bauwirtschaft (Hrsg.), 15. Grazer Baubetriebs- und Bauwirtschaftssymposium, Bauzeitermittlung im SOLL, SOLLTE und IST, Tagungsband 2017, Graz 2017, S. 129 ff.
- SCHWERY,** Diss. Nadja Schwery, Die Korrelation von Nutzen und Haftung im Vertragsrecht, Diss. Freiburg i.Ü., Zürich 2013.
- SIEGENTHALER,** BR/DC 2016. Thomas Siegenthaler, Der Suchmaschinenoptimierungsvertrag und die Unschärfen bei der Abgrenzung des Werkvertrags vom Auftrag, in: BR/DC 2016, S. 328 f.
- SIEGENTHALER,** BR/DC 2015. Thomas Siegenthaler, Bestellungsänderung bei Pauschalpreisen – die Tücke der Lücke, in: BR/DC 2015, S. 148 ff.
- SIEGENTHALER,** BR/DC 2014. Thomas Siegenthaler, Ein bestrittenes Ausmass und eine Bauablaufstörung, in: BR/DC 2014, S. 129 f.
- SIEGENTHALER,** BRT 2013. Thomas Siegenthaler, Planlieferungsverzug – Grund vieler Bauablaufstörungen, in: Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht, Universität Freiburg i.Ü. (Hrsg.), Schweizerische Baurechtstagung 2013, S. 21 ff.

- SIENZ**, BauR 2014. Christian Sienz, Die Anwendung des § 642 BGB in der Praxis, in: BauR 2014, S. 390 ff.
- SPIESS**, BR/DC 2018. Hans Rudolf Spiess, Fiktive Beststellungsänderung und Abrechnungs-Bauzeit im Untertagbau, in: BR/DC 2018, S. 11 ff.
- SPIESS**, recht 2012. Hans Rudolf Spiess, Bauablaufstörungen im schweizerischen Werkvertragsrecht, in: recht 2012, S. 116 ff.
- SPIESS/HUSER**, SHK-SIA-118 (Art. ... N ...). Hans Rudolf Spiess/Marie-Theres Huser, Norm SIA 118, Stämpflis Handkommentar, Bern 2014.
- SPINELLI/ZACK**. Philip M. Spinelli/James G. Zack, Pacing Delays – The Practical Effect on Construction Projects & Delay Claims, New York 2000, in: Navigant Consulting, Inc. (Hrsg.), Navigant Construction Forum, New York 2014, S. 4 ([www.researchgate.net/publication](http://www.researchgate.net/publication)).
- SPITZ**, SHK-UWG (Art. ... N ...). Philippe Spitz, Kommentar zu Art. 3 lit. a/f, 4, 4a, 9, 13, 13a, 26–29 UWG, in: Peter Jung/Philippe Spitz (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), 2. Aufl., Bern 2016.
- SPOERRI**, OFK-OR (Art. ... N ...). Thomas Spoerri, Kommentar zu Art. 418a–418v OR, in: Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser (Hrsg.), OR Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, 3. Aufl., Zürich 2016.
- SPRAU**, Palandt-BGB (§ ... N ...). Hartwig Sprau, Kommentar zu §§ 631–853 BGB, in: Gerd Brudermüller *et al.*, Beck'sche Kurzkommentare, Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 77. Aufl., München 2018.
- STADLER**, Jauernig-BGB (§ ... N ...). Astrid Stadler, Kommentar zu §§ 256–361, 759–822 BGB, in: Rolf Stürner (Hrsg.), Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 17. Aufl., München 2018.
- STAEHELIN A.**, ZK-OR (Art. ... N ...). Adrian Staehelin, Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Art. 319–330 OR, 4. Aufl., Zürich 2006.
- STAEHELIN E.**, BSK-OR (Art. ... N ...). Ernst Staehelin, Kommentar zu Art. 439–457 OR, in: Heinrich Honsell/Nedim P. Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 6. Aufl., Basel 2015.
- STARK/LINDENMANN**, BK-ZGB (Art. ... N ...). Emil W. Stark/Barbara Lindenmann, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Art. 919–941 ZGB, 4. Aufl., Bern 2016.
- STAUBER**, Diss. Demian Stauber, Die Rechtsfolgen des Gläubigerverzugs, Diss. Zürich, Bern 2009.
- STICKLER**, MessVoit-BGB (§ ... N ...). Thomas Stickler, Kommentar zu §§ 642/ 643 BGB, in: Burkhard Messerschmidt/Wolfgang Voit (Hrsg.), Priva-

- tes Baurecht, 3. Aufl. 2018, München.
- STÖCKLI H.**, BRT 2019. Hubert Stöckli, Vom Recht der technischen Normen, in: Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht, Universität Freiburg i.Ü. (Hrsg.), Schweizerische Baurechtstagung 2019, S. 1 ff.
- STÖCKLI H.**, BRT 2017. Hubert Stöckli, Zur SIA-118: Merk-Würdiges und Merkwürdiges, in: Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht, Universität Freiburg i.Ü. (Hrsg.), Schweizerische Baurechtstagung 2017, S. 1 ff.
- STÖCKLI H.**, BRT 2015. Hubert Stöckli, Was ist mit der Vergütung los – ein Arbeitspapier, in: Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht, Universität Freiburg i.Ü. (Hrsg.), Schweizerische Baurechtstagung 2015, S. 1 ff.
- STÖCKLI H.**, BRT 2003. Hubert Stöckli, Schaden und Schadenersatz beim Bauen, in: Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht, Universität Freiburg i.Ü. (Hrsg.), Schweizerische Baurechtstagung 2003, S. 6 ff.
- STÖCKLI H.**, Gutachten. Hubert Stöckli, Bauherrschaft und Baumängel, Gutachten zuhanden des Bundesamtes für Justiz, Dezember 2013 ([www.unifr.ch/ius/stoeckli/de/forschung/publikationen/profstoeckli.html](http://www.unifr.ch/ius/stoeckli/de/forschung/publikationen/profstoeckli.html)).
- STÖCKLI H.**, Habil. Hubert Stöckli, Das Synallagma im Vertragsrecht, Begründung | Abwicklung | Störung, Habil. Freiburg i.Ü., Zürich 2008.
- STÖCKLI H.**, Komm-SIA-118 (Einl N...). Hubert Stöckli, Einleitung und Kommentar zur Präambel und Art. 7, 21 SIA-Norm 118, in: Peter Gauch/Hubert Stöckli (Hrsg.), Kommentar zur SIA-Norm 118, 2. Aufl., Zürich 2017.
- STÖCKLI H.**, Planerverträge § 2. Hubert Stöckli, § 2 Abschluss und Beendigung von Planerverträgen, in: Hubert Stöckli/Thomas Siegenthaler (Hrsg.), Planerverträge, Verträge mit Architekten und Ingenieuren, 2. Aufl., Zürich 2019, S. 53 ff.
- STÖCKLI H./REY P.**, BR/DC 2016. Hubert Stöckli/Pascal Rey, Mehrvergütung wegen Mitwirkungsverzug des Bestellers, in: BR/DC 2016, S. 332 ff.
- STRAUB.** Wolfgang Straub, Informatikrecht, Einführung in Softwareschutz, Projektverträge und Haftung, Bern 2004.
- STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH**, ArbV-Komm-OR (Art. ... N...). Ullin Streiff/Adrian von Kaenel/Roger Rudolph, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Aufl., Zürich 2012.
- STRUNK**, Diss. Marcus D. Strunk, Die Mitwirkung des Bestellers und ihre Auswirkungen auf den Vollzug des Werkvertrages, Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Annahmeverzug und ihrer historischen Entwicklung, Diss. Bonn, Hamburg 2008.
- SUMMERMATTER, HAVE** 2018. Daniel Summermatter, Solidarität und Kausali-

- tät, HAVE 2018, S. 76 ff.
- TEICHMANN**, Soergel-BGB (§ ... N ...). Arndt Teichmann, Kommentar zu §§ 631–651 BGB, in: Wolfgang Siebert *et al.* (Hrsg.), Soergel Bürgerliches Gesetzbuch, Kohlhammer-Kommentar, 12. Aufl., Stuttgart 1998.
- TERCIER/BIERI/CARRON**. Pierre Tercier/Laurent Bieri/Blaise Carron, Les contrats spéciaux, 5. Aufl., Genf 2016.
- TERCIER/PICHONNAZ**. Pierre Tercier/Pascal Pichonnaz, Le droit des obligations, 5. Aufl., Zürich 2012.
- THÉVENOZ**, CR-CO (Art. ... N ...). Luc Thévenoz, Kommentar zu Art. 97–109, 119 OR, in: Luc Thévenoz/Franz Werro (Hrsg.), Commentaire romand, Code des obligations I, Art. 1–529 CO, 2. Aufl., Basel 2012.
- TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO**. Peter Tuor/Bernhard Schnyder/Jörg Schmid/Alexandra Jungo, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 14. Aufl., Zürich 2015.
- VIONNET**, FS von der Crone. Guillaume Vionnet, Pflichten aus dem Äther – Gedanken zur Rolle von Treu und Glauben im Obligationenrecht, in: Vertrauen – Vertrag – Verantwortung, Festschrift für Hans Caspar von der Crone zum 50. Geburtstag, Zürich 2007, S. 59 ff.
- VISCHER**, CHK-OR (Art. ... N ...). Markus Vischer, Kommentar zu Art. 492–512 OR, in: Claire Huguenin/Markus Müller-Chen (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft, 3. Aufl., Zürich 2016.
- VOGEL**, BSK-ZGB (Art. ... N ...). Urs Vogel, Kommentar zu Art. 415–418, 421–425, 440–442 ZGB, in: Thomas Geiser/Christiana Fountoulakis (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 6. Aufl., Basel 2018.
- VOIT**, BeckOK-BGB (§ ... N ...). Wolfgang Voit, Kommentar zu §§ 631–651 BGB, in: Heinz G. Bamberger/Herbert Roth/Wolfgang Hau/Roman Poseck (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar BeckOK BGB, 49. Aufl., München 2019 (<http://beck-online.beck.de>).
- VON BÜREN**. Bruno von Büren, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1964.
- VON FISCHER LEHMANN**, OFK-ZGB (Art. ... N ...). Marie von Fischer Lehmann, Kommentar zu Art. 680–703 ZGB, in: Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser (Hrsg.), ZGB Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 3. Aufl., Zürich 2016.
- VON HAYN-HABERMANN**, NickWeick-VOB/B (§ ... N ...). Bastian von Hayn-Habermann, Kommentar zu § 9 VOB/B, in: Fritz Nicklisch/Günter Weick/Arnold Jansen/Mark Seibel (Hrsg.), VOB Teil B, Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen, Kommentar, 4. Aufl., München 2016.
- VON KÜBEL**. Franz Ph. von Kübel, Recht der Schuldverhältnisse, Teil 2, Beson-

- derer Teil, in: Werner Schubert (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, Berlin 1980.
- VON THUR/ESCHER.** Andreas von Thur/Arnold Escher, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. II, 3. Aufl., Zürich 1974.
- VON THUR/PETER.** Andreas von Thur/Hans Peter, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I, 3. Aufl., Zürich 1979.
- VYGEN/JOUSSEN.** Klaus Vygen/Edgar Joussem, Bauvertragsrecht nach VOB und BGB, Handbuch des privaten Baurechts, 4. Aufl., Köln 2008.
- VYGEN/JOUSSEN/LANG/RASCH.** Klaus Vygen/Edgar Joussem/Andreas Lang/Dirk Rasch, Bauverzögerung und Leistungsänderung, Rechtliche und baubetriebliche Probleme und ihre Lösungen, 7. Aufl., Köln 2015.
- WACHTER.** Robert M. Wachter, Der Einarbeitungseffekt bei mechanischen Tunnel-Vortrieben, Datenerfassung, Datenauswertung und Modellierung des Einarbeitungseffekts, Diss. Innsbruck, Innsbruck 2003.
- WALTER,** Jusletter (13.06.2005). Max Walter, Erscheinungsbild von Bauablaufstörungen, in: Jusletter vom 13. Juni 2005 ([www.jusletter.weblaw.ch](http://www.jusletter.weblaw.ch)).
- WATTER,** BSK-OR (Art. ... N ...). Rolf Watter, Kommentar zu 32–40, 458–465 OR, in: Heinrich Honsell/Nedim P. Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 6. Aufl., Basel 2015.
- WATZLAWICK/BEAVIN/JACKSON.** Paul Watzlawick/Janet H. Beavin/Don D. Jackson, Menschliche Kommunikation, Formen, Störungen, Paradoxien, 13. Aufl., Bern 2017.
- WEBER,** BK-OR ([Vorb.] Art. ... N ...). Rolf H. Weber, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Art. 68–96 OR, 2. Aufl., Bern 2005; Art. 97–109 OR, Bern 2000.
- WEBER,** BSK-OR (Art. ... N ...). Rolf H. Weber, Kommentar zu Art. 394–406, 407–411, 419–424 OR, in: Heinrich Honsell/Nedim P. Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 6. Aufl., Basel 2015.
- WELLER,** Habil. Marc-Philippe Weller, Die Vertragstreue, Vertragsbindung, Naturalerfüllungsgrundsatz, Leistungstreue, Habil. Köln, Tübingen 2009.
- WELSER/ZÖCHLING-JUD.** Rudolf Welser/Brigitta Zöchling-Jud, Grundriss des bürgerlichen Rechts, Schuldrecht Allgemeiner Teil, Schuldrecht Besonderer Teil, Erbrecht, Bd. II, 14. Aufl., Wien 2015.
- WENUSCH,** Komm-ÖNORM (Pkt. ... N ...). Hermann Wenusch, ÖNORM B 2110, Bauwerkvertragsrecht, Kommentar, Wien 2009.
- WERKL/KAHRER/HECK,** GBB 2017. Michael Werkl/Stefan Kahrer/Detlef Heck, Bauzeitnachträge «richtig gemacht», in: Institut für Baubetrieb und Bauwirt-

- schaft (Hrsg.), 15. Grazer Baubetriebs- und Bauwirtschaftssymposium, Bauzeitermittlung im SOLL, SOLLTE und IST, Tagungsband 2017, Graz 2017, S. 107 ff.
- WERNER/PASTOR.** Ulrich Werner/Walter Pastor, Der Bauprozess, Prozessuale und materielle Probleme des zivilen Bauprozesses, 16. Aufl., Köln 2018.
- WERRO, BR/DC 1991.** Franz Werro, La distinction entre le pouvoir et le droit de résilier: la clé de l'interprétation de l'art. 404 CO, in: BR/DC 1991, S. 55 ff.
- WERRO, Responsabilité.** Franz Werro, La responsabilité civile, 3. Aufl., Bern 2017.
- WERZ, Diss.** Jean-Claude Werz, Delay in construction contracts, a comparative study of legal issues under Swiss and Anglo-American law, Diss. Freiburg i.Ü., Freiburg i.Ü. 1994.
- WETTENSCHWILER, BSK-OR ([Vor] Art. ... N ...).** Suzanne Wettenschwiler, Kommentar zu Art. 418a–418v OR, in: Heinrich Honsell/Nedim P. Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 6. Aufl., Basel 2015.
- WIEDEMANN, Soergel-BGB (§ ... N ...).** Herbert Wiedemann, Kommentar zu §§ 275, 279–304, 320–327 BGB, in: Wolfgang Siebert *et al.* (Hrsg.), Soergel Bürgerliches Gesetzbuch, Kohlhammer-Kommentar, 12. Aufl., Stuttgart 1998.
- WIEDEMANN/MÜLLER, JZ 1992.** Herbert Wiedemann/Georg Müller, Besprechung von BGH V ZR 22/90 (19.04.1991), in: JZ 1992, S. 464 ff.
- WIEGAND, BSK-OR (Art. ... N ...).** Wolfgang Wiegand, Kommentar zu Art. 18, 97–109, 119 OR, in: Heinrich Honsell/Nedim P. Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 6. Aufl., Basel 2015.
- WIEGAND, recht 1997.** Wolfgang Wiegand, Von der Obligation zum Schuldverhältnis, Zur Entwicklung des schweizerischen Schuldrechts, Teil 1, in: recht 1997, S. 85 ff.
- WULLSCHLEGER, CHK-OR (Art. ... N ...).** Paola Wullschleger, Kommentar zu Art. 68–83 OR, in: Andreas Furrer/Anton K. Schnyder, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen, 3. Aufl., 2016.
- WÜRFELE/GRALLA/SUNDERMEIER.** Falk Würfele/Mike Gralla/Matthias Sundermeier, Nachtragsmanagement, Leistungsbeschreibung – Leistungsabweichung – Bauzeitverzögerung, 2. Aufl., Köln 2011.
- ZELLER.** Ernst Zeller, Auslegung von Gesetz und Vertrag, Methodenlehre für die juristische Praxis, Zürich 1989.
- ZELTNER, Diss.** Urs Zeltner, Die Mitwirkung des Bauherrn bei der Erstellung des Bauwerks, Diss. Freiburg i.Ü., Freiburg i.Ü. 1993.

**ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, BSK-OR (Art. ... N ...). Gaudenz G. Zindel/Urs Pulver/Bertrand G. Schott, Kommentar zu Art. 363–379 OR, in: Heinrich Honsell/Nedim P. Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 6. Aufl., Basel 2015.

**ZOBL**, BK-ZGB (Art. ... N ...). Dieter Zobl, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Art. 888–915 ZGB, Bern 1996.

**ZÖCHLING-JUD**, PWW-BGB (§ ... N ...). Brigitta Zöchling-Jud, Kommentar zu § 256–274, 293–304 BGB, in: Hanns Prütting/Gerhard Wegen/Gerd Weinreich (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 12. Aufl., Köln 2017.





# Abkürzungsverzeichnis

a.a.O.	am angegebenen Ort
a.E.	am Ende
a.M.	anderer Meinung
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch vom 1. Juni 1811 (Österreich)
Abs.	Absatz
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGK	Allgemeine Geschäftskosten
AIG	Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration vom 16. Dezember 2005
AJP	Aktuelle Juristische Praxis (Zürich)
aOR	Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 14. Juni 1881
ArG	Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel vom 13. März 1964 (SR 822.11)
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BauR	Zeitschrift für das gesamte öffentliche und private Baurecht (Düsseldorf)
BB	Betriebs-Berater (Frankfurt am Main)
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896 (Deutschland)
BGE	Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts (in der amtlichen Sammlung publiziert)
BGer	Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts (in der amtlichen Sammlung nicht publiziert)
BGH	Bundesgerichtshof (Deutschland)
BGHZ	Urteil des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (Deutschland)
BGK	Baustellengemeinkosten
BIM	<i>Building Information Modeling</i>
BK	Berner Kommentar
BR/DC	Zeitschrift für Baurecht und Vergabewesen/Revue du droit de la construction et des marchés publics (Zürich)
BRT	Schweizerische Baurechtstagung
BSK	Basler Kommentar
Bsp.	Beispiel(e)
bspw.	beispielsweise
bzw.	beziehungsweise
CHF	Schweizer Franken

CHK	Handkommentar zum Schweizer Privatrecht
CISG	Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf vom 11. April 1980 (SR 0.221.211.1)
CO	Code des obligations (= OR)
CPM	<i>Critical Path Method</i>
d.h.	das heisst
dens.	denselben
ders.	derselbe
dies.	dieselbe
Diss.	Dissertation
E.	Erwägung(en)
E-OR	Entwurf des OR
EIPB 118	Ergänzungen und Änderungen der IPB-Mitglieder zur SIA-Norm 118/2013 (Ausgabe 2013)
<i>et al.</i>	und andere
ev.	eventuell
f./ff.	folgende/fortfolgende
Fn	Fussnote
GAV	Gesamtarbeitsvertrag
ggf.	gegebenenfalls
gl.M.	gleicher Meinung
GoA	Geschäftsführung ohne Auftrag
H.e.	Hervorhebung entfernt
H.h.	Hervorhebung hinzugefügt
Habil.	Habilitationsschrift
HAVE	Haftung und Versicherung (Zürich)
HGB	Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 (Deutschland)
HGer	Urteil eines Handelsgerichts
Hrsg.	Herausgeber
i.d.R.	in der Regel
i.e.S.	im engeren Sinne
i.S.d.	im Sinne der/des
i.S.e.	im Sinne einer/eines
i.S.v.	im Sinne von
i.Ü.	im Üechtland
i.V.m.	in Verbindung mit
i.w.S.	im weiteren Sinne
i.Z.m.	in/im Zusammenhang mit
ICLR	The International Construction Law Review (London)
inkl.	inklusive
IPB	Interessengemeinschaft privater professioneller Bauherren
Jusletter	juristische Online-Zeitschrift ( <a href="http://www.jusletter.ch">www.jusletter.ch</a> )

JZ	JuristenZeitung (Tübingen)
KBOB	Koordinationskonferenz der Bau- und Liegenschaftsorgane der öffentlichen Bauherren
KGer	Urteil eines Kantonsgerichts
Komm	Kommentar
lit.	litera
LU	Kanton Luzern
m.E.	meines Erachtens
m.V.	mit Verweisen
m.V.a.	mit Verweis auf
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
MWSTG	Bundesgesetz vom 12. Juni 2009 über die Mehrwertsteuer (SR 641.20)
N	Note(n)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (München)
NZBau	Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht (München)
OFK	Orell Füssli Kommentar
ÖNORM	ÖNORM B 2110, Allgemeine Vertragsbestimmungen für Bauleistungen (Österreich)
OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (SR 220)
OR AT	Allgemeiner Teil des OR, Art. 1–183
OR BT	Besonderer Teil des OR, Art. 184–551
<i>p.a.</i>	<i>per annum</i>
Pkt.	Punkt
Pra	Die Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts (Basel)
recht	Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis (Bern)
resp.	respektive
RPG	Bundesgesetz vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung (SR 700)
RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs (Bern)
Rz	Randziffer(n)
S.	Seite(n)
SBV	Schweizerischer Baumeisterverband
SchKG	Bundesgesetz vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs (SR 281.1)
SG	Kanton St. Gallen
SHK	Stämpfli Handkommentar
SIA	Schweizerischer Ingenieur- und Architektenverein
SIA-102	Ordnung SIA 102 für Leistungen und Honorare der Architektinnen und Architekten, Ausgabe 2014

SIA-118	SIA-Norm 118, Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten, Ausgabe 2013
sog.	sogenannte/r/n
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)
u.	und
u.a.	unter anderem, und andere/s
u.U.	unter Umständen
UGB	Unternehmensgesetzbuch vom 24. Dezember 1938 (Österreich)
URG	Bundesgesetz vom 9. Oktober 1992 über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (SR 231.1)
usw.	und so weiter
UVG	Bundesgesetz über die Unfallversicherung vom 20. März 1981 (SR 832.20)
vgl.	vergleiche
VOB	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (Deutschland)
VOB/A	VOB Teil A, Allgemeine Bestimmungen für die Vergabe von Bauleistungen
VOB/B	VOB Teil B, Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen
VOB/C	VOB Teil C, Allgemeine Technische Vertragsbedingungen für Bauleistungen (ATV) – Allgemeine Regelungen für Bauarbeiten jeder Art
VUV	Verordnung über die Verhütung von Unfällen und Berufskrankheiten vom 19. Dezember 1983
VVG	Bundesgesetz vom 2. April 1908 über den Versicherungsvertrag (SR 221.229.1)
z.B.	zum Beispiel
z.G.	zum Ganzen
ZG	Kanton Zug
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
ZH	Kanton Zürich
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZK	Zürcher Kommentar
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (SR 272)
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Basel)

# Einleitung

1. Ob dem Bauunternehmer bei der Erfüllung seiner Werkleistungspflicht Erfolg beschieden ist, hängt nicht nur von seinen Fähigkeiten und vom Zufall ab, sondern auch vom Bauherrn, soweit es diesem obliegt oder dieser verpflichtet ist, an der Erfüllung mitzuwirken. Versäumt der Bauherr die Mitwirkung, führt das regelmässig zur Störung des Herstellungs- und/oder Ablieferungsprozesses und, damit verbunden, zu einer **Vermögenseinbusse des Unternehmers**: Die Produktivität seiner Einsatzmittel wird vermindert oder eliminiert, währenddem zeitabhängige Faktorkosten weiterlaufen. Gleichzeitig muss er in der Zeit des Mitwirkungsverzugs besondere Massnahmen treffen, um die spätere Erfüllung des Vertrags zu sichern, aber auch um seiner Kostenminderungsobliegenheit nachzukommen. Wirkt der Bauherr später wieder mit, muss der Unternehmer solche Massnahmen teilweise rückgängig machen, schlechtere (namentlich teurere) Baubedingungen gewärtigen oder unter Umständen die verlorene Bauzeit durch Beschleunigung wieder wettmachen. Bei alledem entstehen ihm häufig Nachteile noch an anderer Front, zum Beispiel, wenn er sich wegen der eingetretenen Verzögerung in Drittaufträgen verspätet und dadurch haftbar macht, oder indem ihm Gewinn entgeht, den er bei rechtzeitiger Vollendung des Bauvorhabens aus Anschlussaufträgen hätte ziehen können.
2. Fehlt es, wie häufig, an einer abschliessenden vertraglichen Abrede über die Rechtsfolgen des Mitwirkungsversäumnisses, stellt sich für den Unternehmer die Frage, aus welchem Rechtsgrund und in welchem Umfang er vom Bauherrn für solche Vermögenseinbussen **finanzielle Kompensation** fordern kann. Dies ist das Thema der vorliegenden Arbeit: Tatbestand und Kompensationsfolgen der noch möglichen, aber verspäteten bzw. ausbleibenden Mitwirkung des Bauherrn und der daraus resultierenden Behinderung des Unternehmerwirkens. Weitgehend ausgeklammert wird demgegenüber der Fall, da der Bauherr zwar mitwirkt, aber in qualitativ unzureichender Weise; die so verstandene *Schlechtmitwirkung* wird im Folgenden nur insoweit aufgegriffen, als sie mit der versäumten Mitwirkung zusammenhängt<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Die Unterscheidung der beiden Störungstypen ist derart strikte freilich nicht durchzuhalten, wenn die Schlechtmitwirkung einem vollständigen oder zumindest einem graduellen Mitwirkungsversäumnis (Rz 89) gleichkommt.

- 3 **3. Treibend für die vorliegende Arbeit ist ein zweifaches Untersuchungsinteresse:**
- 4 **a.** Zu nennen ist erstens ein *praktischer Aspekt des Bauvertragsalltags*. Der Bauwerkvertrag verlangt dem Unternehmer normalerweise zahlreiche Erfüllungshandlungen ab, die in irgendeiner Weise mitwirkungsbedürftig sind. Die für den Werkerfolg faktisch gesteigerte Bedeutung des Bauherrenverhaltens macht diesen Werkvertragstypus für mitwirkungsbezogene Streitigkeiten besonders anfällig. Wenn Bauunternehmer – nicht zuletzt vor dem Hintergrund eines unerbittlichen Preiskampfs – unter dem Titel der «Bauablaufstörung»<sup>2</sup> beim Bauherrn Nachforderungen stellen, so berufen sie sich häufig (wissentlich oder nicht) gerade auf die hier interessierende Leistungsstörung<sup>3</sup>, wenn auch nicht immer. Für die Fälle jedenfalls, in denen damit das Mitwirkungsversäumnis des Bauherrn gemeint ist, will diese Arbeit mit Blick auf die Kompensationsfolgen Klarheit schaffen. Denn die bei Bauleuten mit diesem besonderen Problem verbundene Unsicherheit schlägt auf beiden Seiten des Bauwerkvertrags negativ durch: Zuweilen gelangt ein forschender Unternehmer unter diesem Titel zu grundlosen Kompensationszahlungen. Zuweilen verleitet die unsichere Rechtslage den Bauherrn dazu, seine Mitwirkungsobliegenheit nicht allzu ernst zu nehmen, in der Meinung, der Unternehmer habe nicht den Mut, die undurchsichtige Kompensationsfrage

---

<sup>2</sup> Der Begriff der «Bauablaufstörung» hat sich mittlerweile unter Rechts- und Baufachleuten gleichermassen etabliert, sodass er in neuerer Zeit sowohl den ersteren Anlass zur Auseinandersetzung gegeben hat (z.B. HÜRLIMANN, BRT 2019, S. 62; HAUCK/REBMAN, AJP 2018, S. 425; SPIESS/HUSER, recht 2012, *passim*; STÖCKLI H., BRT 2015, S. 7 f.; WALTER, Jusletter (13.06.2005), *passim*; HÜRLIMANN, FS Gauch, *passim*), als auch den letzteren (z.B. EIPB 118/2013 Ziff. 1 35 Abs. 1<sup>bis</sup>, KBOB, Leitfaden, S. 14 ff.; SBV Merkblatt Bauablaufstörungen vom Juni 2014). Der Terminus ist freilich kein rechtlicher und in sprachlicher Hinsicht unscharf. Kurzum meint die Bauablaufstörung, dass der Bauvorgang anders abgelaufen wäre, wäre ein bestimmtes planwidriges Ereignis ausgeblieben. Damit aber erklärt sich der Begriff weder zur Störungsursache noch zu deren Rechtsfolgen. Er wird deshalb in der vorliegenden Arbeit nicht zur Umschreibung des Mitwirkungsverzugs verwendet, wohl aber zuweilen im Zusammenhang mit baubetrieblichen Säumnisfolgen.

<sup>3</sup> Dass das Mitwirkungsversäumnis des Bauherrn eine häufig auftretende Störungsursache ist, widerspiegelt sich etwa in Art. 1 Abs. 1 lit. d des Anhangs «Verfahren der dringlichen Feststellung» zur SIA-Norm 150 («Bestimmungen für das Verfahren vor einem Schiedsgericht»). Unter den in Abs. 1 genannten Voraussetzungen kann jede Vertragspartei einen dringlichen Feststellungsentscheid u.a. zur Frage verlangen, «ob der Besteller eine Mitwirkungsobliegenheit verletzt hat [...]».

auf einen gerichtlichen Streit hinauslaufen zu lassen. Die vorliegende Arbeit möchte dazu beitragen, dass solche Streitigkeiten «näher am Recht» aufgelöst werden.

**b.** Die Untersuchung ist aber auch *dogmatisch* geboten, weil die Rechtsfolgen der versäumten Gläubigermitwirkung im Allgemeinen bzw. der versäumten Besteller- und Bauherrenmitwirkung im Besonderen seit Langem umstritten sind, und zwar über die Landesgrenzen hinaus<sup>4</sup>. In der schweizerischen Lehre finden sich viele, in ihren praktischen Implikationen unterschiedliche Beurteilungen. In der hiesigen Rechtsprechung setzt man sich nur marginal mit ihnen auseinander und lässt – auch in den wenigen höchstgerichtlich beurteilten Mitwirkungsversäumnissen – dogmatisch überzeugende Analysen vermissen. Immer wieder mal schielt man auf ausländische Konzepte, weil namentlich das deutsche und das österreichische Werkvertragsrecht dem Unternehmer im Mitwirkungsverzug des Bestellers einen besonderen Kompensationsanspruch gewähren. Die vorliegende Untersuchung macht sich diese Quellen zum Ausgangspunkt und versucht, sie mit weiterführenden Ideen zu einem dogmatisch überzeugenden Nebeneinander dreier verschiedener Kompensationsansprüche zu verbinden, die beim Unternehmer in Ermangelung anderslautender Vertragsabreden in Frage kommen: dem vergütungsrechtlichen Mehrvergütungsanspruch, dem gläubigerverzugsrechtlichen Mehraufwendungsersatzanspruch und dem Schadenersatzanspruch aus der Verletzung einer vertraglichen Mitwirkungspflicht. Daneben wird der Schadenersatzanspruch untersucht, der dem Unternehmer entsteht, wenn der Bauherr es pflichtwidrig unterlässt, ihn vor einem drohenden oder eingetretenen Mitwirkungsversäumnis zu warnen.

**4.** Für die hier verfolgten Zwecke genügt es nicht, das Feld der Untersuchung auf den Bauwerkvertrag zu beschränken. Schliesslich sind Gläubigermitwirkung und deren Versäumnis ein Thema des allgemeinen Schuldrechts, was dazu zwingt, einen **ersten Teil** den hier interessierenden Aspekten der Gläubigermitwirkung im Allgemeinen zu widmen. Darauf aufbauend wird im **zweiten Teil** auf die Besonderheiten der Bauherrenmitwirkung eingegangen, bevor dann im **dritten Teil** die einzelnen Kompensationsansprüche des Unternehmers untersucht werden.

<sup>4</sup> Dazu schon GAUCH, BRT 1999, S. 14 f. mit zahlreichen Nachweisen.





# Erster Teil: Grundzüge der Gläubigermitwirkung

1. Die hier untersuchte Leistungsstörung<sup>5</sup> ist die vorübergehende Hemmung der Leistungsbewirkung, die darauf zurückzuführen ist, dass ein für die Erfüllung erforderlicher Verhaltensbeitrag des Gläubigers (im Werkvertrag: des Bestellers; im Bauwerkvertrag: des Bauherrn) ausbleibt. Die praktische Relevanz dieses Leistungshindernisses ergibt sich daraus, dass für den Schuldner die Pflicht, soweit sie mitwirkungsbedürftig ist, ohne die Gläubigermitwirkung unerfüllbar bleibt<sup>6</sup>. Die rechtliche Relevanz ergibt sich daraus, dass das Gesetz Rechtsfolgen an das Ausbleiben der Gläubigermitwirkung knüpft. Damit beschlägt das Leistungshindernis die **versäumte Gläubigermitwirkung** im Schuldverhältnis. 7

2. Auf eine positive Definition der Gläubigermitwirkung hat der Gesetzgeber verzichtet. Sprachlich-grammatikalisch verwendet das OR den Begriff der «Mitwirkung» zwar mehrfach, aber an keiner Stelle als ein vom Gläubiger ausgehender Beitrag an die Leistungsbewirkung des Schuldners<sup>7</sup>. Im Besonderen Teil des OR wird die Gläubigermitwirkung nur punktuell normiert, indem dem Gläubiger innerhalb bestimmter Vertragstypen spezifische Mitwirkungspflichten und -obliegenheiten auferlegt werden (Rz 38 ff.). In allgemeiner Weise knüpft im OR nur die Bestimmung von OR 91 an die Gläu- 8

---

<sup>5</sup> Vgl. etwa LAMMICH, Rz 165, der den Mitwirkungsverzug zu den «Leistungsstörungen» zählt.

<sup>6</sup> Vgl. KOLLER A., OR AT, Rz 56.02; SCHRANER, ZK-OR, Art. 91 N 9; WEBER, BK-OR, Art. 91 N 14, 17; FIKENTSCHE/HEINEMANN, Schuldrecht, Rz 489.

<sup>7</sup> Bsp.: OR 332 I, «Mitwirkung» des Arbeitnehmers an Erfindungen und Designs als Teil der Hauptleistungspflicht des Arbeitnehmers, d.h. der Arbeitsleistung; OR 418g I, «Mitwirkung» des Agenten als Umschreibung für dessen Hauptleistungspflicht als Schuldner, d.h. die Vermittlungs- und Abschlussleistung; OR 535 II, «Mitwirkung» als Synonym für die Geschäftsführungstätigkeit; OR 685c II, «Mitwirkungsrechte» als Umschreibung der Mitgliedschaftsrechte des Aktionärs; OR 967 III, «Mitwirkung» des Wertpapierschuldners durch Abgeben seiner Zustimmung zur Übertragung, wobei der Wertpapierschuldner ausserhalb des Übertragungsvertrags steht (dieser besteht nur zwischen dem Übertragenden und dem Empfänger) und demnach nicht an einer an ihn gerichteten Leistung mitwirkt.

bigermitwirkung, wo der Tatbestand des Mitwirkungsversäumnisses verankert ist. Die OR 92–95 regeln sodann dessen Rechtsfolgen<sup>8</sup>. Für die Erforschung der Gläubigermitwirkung sind daher in diesem ersten Teil die **OR 91–95 primärer Anknüpfungspunkt**. Gestützt auf diese Bestimmungen werden im Folgenden ausgewählte Aspekte der Gläubigermitwirkung beleuchtet, nämlich deren begriffswesentlichen Merkmale (**I.**), das Wesen des Gläubigerbeitrags (**II.**), Zeit und Ort der Mitwirkung (**III.**), ihr Verbindlichkeitsgrad (**IV.**), der Beizug Dritter (**V.**) und ihr Verhältnis zu vertraglichen Nebenpflichten des Gläubigers (**VI.**).

## I. Begriffswesentliche Merkmale

### A. Grundlegung

- 9 1. OR 91 lautet: «Der Gläubiger kommt in Verzug, wenn er die Annahme der gehörig angebotenen Leistung oder die Vornahme der ihm obliegenden Vorbereitungshandlungen, ohne die der Schuldner zu erfüllen nicht imstande ist, ungerechtfertigterweise verweigert.» Auf die zwei unterschiedlichen Mitwirkungstypen – die Annahme und die Vorbereitungshandlung – wird an anderer Stelle eingetreten (Rz 66 ff.). Jedenfalls setzt der Tatbestand nicht nur bei der Vorbereitungshandlung voraus, dass der Schuldner ohne sie nicht zu erfüllen imstande ist, sondern auch bei der Annahme; die beiden Mitwirkungstypen sind für die Leistungsbewirkung gleichermassen bedingend<sup>9</sup>. Aus der gesetzlichen Umschreibung des Tatbestands lässt sich einerseits ableiten, dass das ausbleibende Gläubigerverhalten den Schuldner zur Leistungsbewirkung befähigt, weil es **faktische und/oder rechtliche Voraussetzung** für die Leistung ist. Andererseits muss der mit der Mitwirkung bezweckte Erfolg **nicht vom Schuldner selbst** geschuldet sein, ansonsten die Störung nicht daher rühren kann, dass der Gläubiger einen wie auch immer gearteten Beitrag verweigert. Unter diesen Prämissen entsteht beim Gläubiger die Last, mitzuwirken, sozusagen sein *Mitwirkungspensum* (Rz 74).

---

<sup>8</sup> Vgl. zu OR 96, der genau genommen nicht das Mitwirkungsversäumnis regelt, sondern die Unmöglichkeit, das Mahngeschäft vorzunehmen: Rz 124 ff.

<sup>9</sup> Vgl. KOLLER A., OR AT, Rz 56.03 f. Auch der vergleichsweise rudimentäre BGB § 293 («Der Gläubiger kommt in Verzug, wenn er die ihm angebotene Leistung nicht annimmt») setzt unabhängig vom Typ des Mitwirkungsbeitrags voraus, dass dieser «erforderlich» sei (GRÜNEBERG, Palandt-BGB, § 293 N 2).

2. Zum ersten Merkmal, eine positive Voraussetzung der Gläubigermitwirkung: Rechtsgrundlage der Mitwirkung ist die Obligation. Ohne Obligation gäbe es weder Schuldner noch Gläubiger und es bestünde kein rechtlicher Zwang, zu erfüllen oder an der Erfüllung mitzuwirken. Die mit der Obligation begründete Schuldpflicht ist aber nicht nur Ursache, sondern auch Zweckrichtung der Mitwirkung: Es ist ein zwingendes Merkmal der Mitwirkungsleistung, dass sie dem Schuldner nicht irgendein Verhalten, sondern (nur) eine aus der relativen Schuldpflicht heraus geschuldete Erfüllungshandlung erlaubt und erlauben soll. Mitwirkung ist ihrer Natur nach also für eine bestimmte Schuldpflicht **erfüllungsrelevant** («Erfüllungsrelevanz», Rz 13 ff.), weil sie mit dem Obligationsinhalt in einer besonderen inhaltlichen Beziehung, einer leistungsspezifisch ermöglichenden Funktion steht<sup>10</sup>. 10

3. Zum zweiten Merkmal, eine negative Voraussetzung der Gläubigermitwirkung: Grundsätzlich schuldet der Schuldner alle für die Erfüllung erforderlichen Verhaltensweisen; was er verspricht zu leisten, oder was er von Gesetzes wegen verpflichtet ist zu leisten, das soll er grundsätzlich ohne Beihilfe des Gläubigers zu erfüllen imstande sein. Rechnet nun der Tatbestand von OR 91 die Tatsache, dass der erfüllungswillige und erfüllungsfähige Schuldner nicht gehörig zu leisten imstande ist, dem Gläubiger zu, so allein deshalb, weil die Leistungspflicht des Schuldners sich nicht auch auf den mit dem Gläubigerbeitrag bezweckten Erfolg erstreckt: Die Schuldpflicht umfasst zwar die mitwirkungsbedürftige Erfüllungshandlung, sie verpflichtet den Schuldner aber gerade nicht, die Erfüllungshandlung ohne die erfüllungsrelevante Mitwirkung zu verwirklichen. «Nicht imstande» im Sinne von OR 91 bedeutet zwar *nicht*, dass der Schuldner den Erfolg, auf den die Mitwirkung abzielt, überhaupt nicht, also nötigenfalls auch allein nicht herbeiführen könnte; das kann im Einzelfall zwar zutreffen, muss aber nicht<sup>11</sup>. Mindestens aber bedeutet es, dass der Schuldner den Erfolg aus seiner Leistungspflicht heraus **nicht selbst verwirklichen muss** (vgl. zu dieser negativen Abgrenzung von der Leistungspflicht Rz 21 ff.). Aus dieser *Nicht-* 11

---

<sup>10</sup> Vgl. mit Bezug auf das deutsche Werkvertragsrecht PETERS/JACOBY, Staudinger-BGB, § 642 N 7: Mitwirkung seien alle Verhaltensweisen, «von denen nach dem Inhalt des Vertrages der Beginn oder die Durchführung der Arbeiten des Unternehmers abhängig ist».

<sup>11</sup> Ähnlich, zwar mit Bezug auf die Mitwirkung des Bestellers im BGB-Werkvertrag, jedoch ohne weiteres für die Gläubigermitwirkung verallgemeinerbar: LUBOJANSKI, FA-Komm-BGB, § 642 N 6; PETERS/JACOBY, Staudinger-BGB, § 642 N 8; RAAB, DLL-BGB, § 642 N 7.

*pflicht* des Schuldners heraus werden erfüllungsrelevante Erfolge automatisch zur Sache – zur Obliegenheit – des Gläubigers, will er denn die Leistung bewirkt wissen.

- 12 **4.** Erfüllungsrelevanz allein macht einen Gläubigerbeitrag nicht zur Mitwirkung; negativ und **kumulativ** ist vorausgesetzt, dass der damit angestrebte Erfolg nicht vom Schuldner selbst zu erwirken ist. Sind beide Voraussetzungen gegeben, ist der fragliche Gläubigerbeitrag als Mitwirkungsleistung zu qualifizieren. Erfüllungsrelevante Verhalten *allein* sind demgegenüber keine Mitwirkung, wenn der Schuldner den damit angestrebten Erfolg gemäss seiner Leistungspflicht selbst erreichen muss, wobei es dem Gläubiger aber freistehen kann, dem Schuldner auch ohne entsprechende Obliegenheit bei der Erfüllung zu «helfen». Nicht erfüllungsrelevante Gläubigerverhalten sind ebenfalls keine Mitwirkung, was freilich nichts daran ändert, dass sie bei entsprechender Abrede vom Gläubiger (in dieser Hinsicht also: vom Schuldner) geschuldet sein können.

## B. Erfüllungsrelevanz: Das «Nicht-Imstandesein»

- 13 **1.** Mitwirkungsleistungen sind erfüllungsrelevant (Rz 9 f.). Erfüllungsrelevanz besagt, dass eine Mitwirkungsleistung nicht irgendein Schuldnerverhalten, sondern eine Erfüllungshandlung des Schuldners ermöglicht. Zu **welchem Grade** aber die Erfüllungshandlung **von der Mitwirkung abhängen** muss, ist damit nicht geklärt. Der Wortlaut der Norm spricht primär von der absoluten Erfüllungsrelevanz, doch erfasst der Tatbestand zugleich auch die blosse Unzumutbarkeit für den Schuldner. Darauf ist nachfolgend einzugehen.
- 14 **2.** Der Umstand *an sich*, dass bestimmte Gläubigerverhalten in einem gegebenen Schuldverhältnis erfüllungsrelevant sind, *lässt sich nicht durch Parteiabrede modifizieren*. Erfüllungsrelevanz ist stets nur eine rechtstatsächliche Konsequenz der Obligation. Die Obligation nämlich legt die Leistung des Schuldners fest, und diese wiederum umschreibt zunächst abstrakt und im Verlaufe des Vertragsvollzugs auch konkret, was vonseiten des Gläubigers erforderlich wird, weil es erfüllungsrelevant und vom Schuldner nicht geschuldet ist. Was sich demgegenüber rechtsgeschäftlich modifizieren lässt, ist der *Inhalt der Obligation*. Wird die Leistungspflicht des Schuldners verändert, zum Beispiel durch Übereinkunft oder durch Ausübung eines einseitigen Gestaltungsrechts (vgl. Rz 80, 433 ff.), verändert sich infolgedessen

häufig auch der Bestand an erfüllungsrelevanten Mitwirkungsleistungen (Mitwirkungspensum; Rz 9, 74)<sup>12</sup>.

### 1. Absolute Erfüllungsrelevanz

Zur Erfüllung «nicht imstande» sein (OR 91) bedeutet wörtlich, nicht dazu in der Lage zu sein, die Kraft dazu nicht zu besitzen<sup>13</sup>. In diesem Sinne verstanden meint OR 91 eine dem Gläubiger zugerechnete Leistungsschwäche des Schuldners, die er unter seiner Leistungspflicht nicht aus eigener Kraft ausräumen muss, aber auch nicht ausräumen *kann*, und die im Übrigen auch ein beliebiger Dritter in derselben Situation nicht ausräumen könnte. Das Nicht-imstande-sein, das in OR 91 umschrieben ist, meint also aus Sicht des Schuldners eine **nachträgliche, objektive, aber nicht dauerhafte Leistungsunmöglichkeit**<sup>14</sup>. In diesen Fällen erweist sich die Mitwirkungsleistung des Gläubigers als absolut erfüllungsrelevant, weil sie weder vom Schuldner noch von einem beliebigen Dritten in derselben Position umgangen oder substituiert werden kann. Bei *faktischen* Mitwirkungsleistungen (Rz 76) ist absolute Erfüllungsrelevanz gegeben, wenn sie eine naturwissenschaftliche *condicio sine qua non*, eine sachlogische Vorbedingung für eine bestimmte Erfüllungshandlung sind<sup>15</sup>. *Rechtliche* Mitwirkungsleistungen (Rz 77) sind demgegenüber absolut erfüllungsrelevant, wenn ohne sie die Erfüllung rechtlich unmöglich ist, zum Beispiel, wenn sie als gewillkürte Erfüllungsvoraussetzungen (Rz 461 ff.) vereinbart sind<sup>16</sup>.

---

<sup>12</sup> Bspw. können die Parteien eines Werkvertrags eine Beststellungsänderung vereinbaren (dazu GAUCH, Werkvertrag, Rz 770 f.). Mit der inhaltlichen Modifikation der Leistungspflicht verändert sich häufig – wenn auch nicht zwingend – das Mitwirkungspensum des Bestellers.

<sup>13</sup> DUDEN, zu «imstande».

<sup>14</sup> Dauerhafte Leistungsunmöglichkeit lässt demgegenüber die Leistungspflicht dahinfallen (siehe OR 119), mithin auch den Mitwirkungsbedarf (vgl. Rz 85).

<sup>15</sup> Vgl. auch STAUBER, Diss., Rz 170. Zuweilen aber kann die Unterlassung faktischer Mitwirkungsleistungen (z.B. das Erstellen einer Absturzsicherung am Arbeitsplatz) auch nur die *Unzumutbarkeit* begründen, die Erfüllung (hier: die Arbeitsleistung) an die Hand zu nehmen.

<sup>16</sup> Bsp.: Der Bauherr versäumt es, an der gemeinsamen Prüfung teilzunehmen, obwohl diese Teilnahme vertraglich zur Voraussetzung der Abnahme gemacht wurde (dazu Rz 461 ff.).

## 2. Relative Erfüllungsrelevanz

- 16 1. Keine absolute, sondern lediglich relative Erfüllungsrelevanz liegt vor, wenn das Ausbleiben der Mitwirkungsleistung die Erfüllung zwar nicht objektiv unmöglich macht, für den Schuldner aber eine **unzumutbare Last** begründet würde, müsste er die Erfüllungshandlung in Ermangelung der Mitwirkungsleistung vornehmen<sup>17</sup>. Fasst man auch diese Fälle unter OR 91, so bedeutet das, dass die Leistungsschwäche des Schuldners diesem auch dann nicht zugerechnet wird, wenn er *faktisch* in der Lage wäre, dem Mitwirkungsversäumnis zum Trotz zu erfüllen, ihm solches aber nicht zumutbar ist. Dass auch diese Fälle unter OR 91 zu subsumieren sind, ergibt sich nicht ohne weiteres aus dem Wortlaut von OR 91, ist aber trotzdem richtig:
- 17 2. So subsumiert die Lehre praktisch einhellig gesetzliche **Begleithandlungen** (Rz 35) unter die Mitwirkungsleistungen des Gläubigers. Begleithandlungen sind zumindest ihrer gesetzlichen Ausgestaltung nach nicht absolut erfüllungsrelevant<sup>18</sup>. In der Sache geht es vielmehr um Gläubigerverhalten, das dem Schuldner den Beweis ermöglichen soll, dass er gehörig erfüllt habe<sup>19</sup>. Dessen Unterlassung zieht keine faktische oder rechtliche Vollzugshemmung nach sich, doch sei es dem Schuldner dennoch unzumutbar zu erfüllen, wenn er dabei nicht in den Stand versetzt werde, im Fall eines späteren Streits die Erfüllung beweisen zu können<sup>20</sup>. Dies ist sinnvoll, denn der Schutzzweck der gesetzlichen Begleithandlungen liegt im Schutz des Schuldners vor einer *Beweisschwäche* im Zivilprozess und ultimativ im Schutz vor einer mehrfachen Verwertung seiner Leistungspflicht durch den Gläubiger. Es wäre inkohärent, diese gesetzlichen Begleithandlungen zugunsten des Schuldners vorzusehen, sie dann aber auszuhöhlen, indem deren Verweigerung durch den Gläubiger sanktionslos bliebe. Dass die Unterlassung von Begleithandlungen zum Gläubigerverzug führen und mithin auch relativ erfüllungsrelevante Mitwirkungsleistungen unter OR 91 erfasst sein sollen, überzeugt daher.

---

<sup>17</sup> Vgl. etwa FUCHS, Diss., S. 76: «Ohne die vorherige oder gleichzeitige Erledigung der Mitwirkungshandlungen beim Bauvertrag ist dem Auftragnehmer die Erfüllung seiner Leistungspflicht entweder nicht möglich oder jedenfalls *wesentlich und unzumutbar erschwert*» (m.w.N.; H.h.).

<sup>18</sup> Bspw. ist die Ausstellung einer Quittung (OR 88 I) für die Erfüllung streng genommen keine Voraussetzung.

<sup>19</sup> SCHRANER, ZK-OR, Art. 91 N 18.

<sup>20</sup> SCHRANER, ZK-OR, Art. 91 N 123; STAUBER, Diss., Rz 68 f. m.V.

3. Übertragbar ist dieser Gedanke sodann auf (*vornehmlich faktische*, Rz 76) 18  
*Mitwirkungsleistungen*, deren Ausbleiben die Erfüllung zwar nicht verunmöglicht, wohl aber, müsste der Schuldner die Erfüllung trotzdem an die Hand nehmen, eine **Gefährdung seiner Rechtsgüter**, namentlich seiner körperlichen Integrität oder seines Eigentums bewirken<sup>21</sup>. Soweit diese Gefährdung nicht mitverständener Gegenstand der Schuldpflicht bildet, lässt es sich weder mit den Schutzzwecken der Rechtsordnung (zu denken ist in erster Linie an das Delikts- und Strafrecht) noch mit dem Gebot von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr vereinbaren, den Schuldner in solchen Fällen auf seine Leistungspflicht zu behaften, nur weil ihm die Erfüllung nicht im absoluten Sinne verunmöglicht ist. Mithin sind auch jene Gläubigerverhalten *Mitwirkungsleistungen*, deren Ausbleiben zwar die Erfüllung nicht absolut verunmöglicht, aber die Rechtsgüter des Schuldners in widerrechtlicher oder vertragswidriger Weise gefährdet, wenn er sich trotzdem zu erfüllen anschickt.
4. Übertragbar ist dieser Gedanke zudem auf *rechtliche Mitwirkungsleistungen* (Rz 77), die einer faktischen Erfüllungshandlung des Schuldners zeitlich vorgehen müssen, weil unter der Rechtsordnung im weitesten Sinne erst diese *Mitwirkungsleistungen* **die Erfüllungshandlung legitimieren**. An sich sind faktische Erfüllungshandlungen nie auf eine bestimmte Rechtslage angewiesen: Der Schuldner kann sie einfach vornehmen, wenn und insoweit es ihm die tatsächlichen Umstände erlauben. Doch ist vom Schuldner ohne gesetzliche oder (wirksame) vertragliche Anordnung auch hier nicht zu verlangen, dass er sich durch die Erfüllungshandlung einer rechtlichen Verfolgung aussetzt, wenn eine solche nur durch die Mitwirkung vermieden werden kann. Zu denken ist an Fälle, in denen der Gläubiger zunächst seine eigene Einwilligung oder eine Ein- oder Bewilligung von Dritter Seite beizubringen hat, sei sie privatrechtlicher<sup>22</sup> oder öffentlich-rechtlicher<sup>23</sup> Natur.

<sup>21</sup> Bsp.: Bemerkt der Maler, dass das von ihm zu streichende Treppenhaus marode Treppenstufen aufweist, ist ihm das Betreten der Treppe aufgrund der latenten Verletzungsgefahr nicht zumutbar. Dies zumindest insoweit es nicht zur Pflicht des Malers gehört, selbst für adäquate Schutzmassnahmen zu sorgen.

<sup>22</sup> Bsp.: Soll der Softwareunternehmer im Auftrag eines Kunden dessen Betriebssoftware modifizieren, ist ihm das nur zumutbar, wenn der Kunde vonseiten des Programmurhebers über die Einwilligung zur Bearbeitung der Software verfügt (vgl. URG 11 I). Andernfalls riskiert der Unternehmer eine Unterlassungs- und ggf. Schadenersatzklage vonseiten des Urhebers.

Ausserdem ist vom Schuldner nicht zu verlangen, dass er die Erfüllungshandlung – die ihm ja faktisch möglich wäre – vornimmt, wenn er dadurch im betreffenden **Schuldverhältnis** begründete Verhaltensgebote **verletzen** müsste. Vielmehr ist dem Schuldner in solchen Fällen die Erfüllungshandlung verboten<sup>24</sup>, soweit der Gläubiger nicht ausnahmsweise (und wirksam) einwilligt. Würde sich also der Schuldner der Gefahr aussetzen, nicht gehörig, d.h. nicht obligationskonform zu erfüllen<sup>25</sup>, wenn er die Erfüllungshandlung trotz Ausbleiben der Mitwirkungsleistung vornähme, so ist die rechtliche Vorbereitungshandlung des Gläubigers im hier verstandenen Sinne relativ erfüllungsrelevant.

### 3. Abgrenzung zur willkürlichen Interferenz

- 20 Von einer gewissen Art «Gläubigermitwirkung» ist die Leistungsbewirkung im Grunde immer abhängig, nämlich davon, dass der Gläubiger den Schuldner nicht **aktiv an der Leistungsbewirkung hindert**, in dem er rechtliche, physische, psychische oder sonstige Massnahmen trifft, um *nicht mitwirkungsbedürftige* Erfüllungshandlungen zu blockieren. Dass die Unterlassung des Gläubigers, während der Erfüllung querulatorisch auf den Schuldner einzuwirken, diesem die Erfüllung ermöglicht, begründet aber keine Erfüllungsrelevanz im hier verstandenen Sinne. Denn auf diese Unterlassung ist der Schuldner zumindest theoretisch *unabhängig vom Leistungsinhalt* immer angewiesen, und der Gläubiger vermag den Schuldner unabhängig vom Leistungsinhalt immer mit solchem Störfeuer zu belegen. Die so verstandene,

---

<sup>23</sup> Bsp.: Das anwendbare kantonale Baugesetz sieht vor, dass sich eine (und nur die) Person strafbar macht, die unerlaubt auf einem Grundstück baut. Dem Baumeister, der sich ohne Baubewilligung an den Aushub machen soll, ist die Gefahr einer strafrechtlichen Verfolgung nicht zuzumuten.

<sup>24</sup> Im soeben genannten Bsp. (Fn 23) ist dem Baumeister das vorschnelle Bauen auch deshalb nicht zumutbar, weil er ggü. dem Bauherrn für die Einhaltung der baupolizeilichen Vorschriften haftet (allgemein HÜRLIMANN, Komm-SIA-118, Art. 23 N 4.9). Diese Form der relativen Erfüllungsrelevanz mag freilich in besonderen Fällen dahinfallen, z.B. wenn der Besteller das Risiko der vertragswidrigen Erfüllung übernimmt (siehe etwa OR 369, Rz 474 ff.).

<sup>25</sup> KOLLER A., OR AT, Rz 56.35. Gemeint sind alle Leistungsstörungen, die der Schuldner als Pflichtverletzung zu vertreten hat (verschuldete Unmöglichkeit, Schlechtleistung, Schuldnerverzug, Verletzung vertraglicher Nebenpflichten). Beim Unternehmer fällt die Verletzung zahlreicher Sorgfaltspflichten in Betracht (GAUCH, Werkvertrag, Rz 811 ff.), aber auch die Verletzung seiner Hauptleistungspflicht durch mangelhafte Werkausführung.



willkürliche Interferenz vonseiten des Gläubigers führt nach der Literatur, wie auch das Mitwirkungsversäumnis, zum Gläubigerverzug<sup>26</sup>. Im Ergebnis überzeugt das, allerdings nicht, weil der Gläubiger nicht «mitwirkt», sondern weil er durch sein Verhalten unmissverständlich kundgibt, allfällige spätere («echte») Mitwirkungsleistungen und namentlich die Annahme der Leistung zu verweigern. Genau genommen handelt es sich deshalb um einen Fall der antizipierten Mitwirkungsverweigerung (Rz 110). Im Vertragsverhältnis begeht der willkürlich interferierende Gläubiger überdies regelmässig eine positive Vertragsverletzung<sup>27</sup>, weil sein Verhalten gegen vertragliche Treuepflichten (Rz 341 ff.) verstösst.

### C. Ausgrenzung aus der Schuldpflicht

Das zweite begriffswesentliche Merkmal der Gläubigermitwirkung besteht darin, dass **die Bewirkung des erfüllungsrelevanten Erfolgs**, auf den der Gläubigerbeitrag abzielt, **nicht in die Leistungspflicht des Schuldners fällt**, also aus der Leistungspflicht ausgegrenzt ist (Rz 9, 11). Denn nur die Tatsache, dass ein erfüllungsrelevantes Verhalten theoretisch auch vom Gläubiger ausgehen *könnte*, macht es noch nicht zur Mitwirkung; vielmehr sind Erfüllungshandlungen grundsätzlich Gegenstand der schuldnerischen Leistungspflicht. Das erfüllungsrelevante Verhalten muss also *Sache des Gläubigers, nicht des Schuldners sein*, d.h. muss dem Gläubiger wenigstens obliegen oder gar seine Pflicht sein. Die Abgrenzung zwischen den vom Schuldner geschuldeten und den von ihm nicht geschuldeten Verhalten bzw. Erfolgen ist für die Mitwirkung also begriffswesentlich. Hierfür lässt sich erstens auf den Inhalt der Leistungspflicht, zweitens auf den Inhalt einer allfälligen Mitwirkungsabrede abstellen.

#### 1. Ausgehend von der Leistungspflicht

Der Tatbestand von OR 91 setzt ein Schuldverhältnis und damit eine Leistungspflicht voraus. Aus dem Inhalt der Leistungspflicht ergibt sich theoretisch auch dessen Negativ, also was der Schuldner nicht leisten muss. Dieses kann erst bestimmt werden, wenn auch der Leistungsinhalt bestimmt ist. Zu beantworten ist mithin die Frage, ob der streitige Gläubigerbeitrag in Wahrheit ein Bestandteil der schuldnerischen Leistungspflicht ist oder nicht. Die

<sup>26</sup> WEBER, BK-OR, Art. 91 N 137.

<sup>27</sup> Vgl. WEBER, BK-OR, Art. 91 N 33, 60. Siehe auch EMMERICH, § 23 Rz 13 («Verstoss gegen die ihn treffende Leistungstreuepflicht»).

Antwort hängt selbstredend vom konkreten Einzelfall ab und ist zu ermitteln, indem das vom Schuldner geltend gemachte Leistungshindernis mit dem verglichen wird, was er aus Gesetz oder Vertrag schuldet. Mit anderen Worten ist der **Leistungsinhalt auszulegen** und gegebenenfalls zu **ergänzen**. Das Resultat wird entweder darauf hinauslaufen, dass nach der relevanten Rechtsgrundlage der Inhalt des streitigen Gläubigerbeitrags in Wahrheit dem Schuldner aufgebürdet ist, oder eben nicht. Im ersten Fall fällt Gläubigermitwirkung ausser Betracht; der streitige «Beitrag» ist dann vielmehr eine Erfüllungshandlung, die vom Schuldner zu erbringen ist, und ist er nicht zu leisten imstande, haftet er nach den einschlägigen Pflichtverletzungsregeln, soweit nicht unverschuldete Unmöglichkeit (OR 119) vorliegt oder sein Unvermögen aus anderen Gründen nicht pflichtwidrig ist. Im zweiten Fall dagegen gerät es automatisch zur Obliegenheit des Gläubigers, den für die Erfüllung bedingenden Beitrag zu schaffen, soweit ihm daran liegt, dass die Leistung bewirkt wird; andernfalls bleibt sie ihm vorenthalten und der Schuldner hierfür nicht belangbar. Über den Verbindlichkeitsgrad des Gläubigerbeitrags ist damit freilich nichts gesagt (vgl. Rz 133 ff.).

## 2. Ausgehend von einer Mitwirkungsvereinbarung

- 23 1. Die Auslegungsfrage, ob ein Erfüllungsbeitrag ausserhalb der Leistungspflicht liegt, knüpft von Vorteil an eine Mitwirkungsvereinbarung, soweit denn eine solche getroffen ist. Gemeint sind Vereinbarungen, mit denen erfüllungsrelevante Verhalten und Erfolge **dem Gläubiger «zugewiesen» bzw. diese ihm «entzogen»**<sup>28</sup> werden. In solchen Fällen wird freilich genau zu prüfen sein, was der Inhalt der Abrede ist und ob sie wirksam ist. Im Vordergrund steht dabei die Frage, ob die vertraglich geregelten Verhaltensweisen **gläubigerfix** sind oder nicht. Für eine beliebige Leistungspflicht sind erfüllungsrelevante Verhalten und Erfolge unterscheidbar, die im Verhältnis Schuldner/Gläubiger insofern nicht gläubigerfix sind, als sie tatsächlich und rechtlich sowohl vom Schuldner als auch vom Gläubiger bewirkt werden

---

<sup>28</sup> Diese Terminologie trifft die Rechtslage sprachlich nicht genau, weil der Gläubiger vor Vertragsschluss keine Mitwirkungsleistungen trägt, ihm deshalb rechtsgeschäftlich auch keine entzogen werden können. Reduziert wird genau genommen sein (sozusagen «hypothetisches») Mitwirkungs Pensum, das bestanden hätte, wenn die Parteien zwar die betreffende Leistungspflicht, nicht aber die Mitwirkungsabrede vereinbart hätten.

könnten<sup>29</sup>. Demgegenüber gibt es erfüllungsrelevante Beiträge, die dem Gläubiger fix anhaften, weil sie aus tatsächlichen<sup>30</sup> oder rechtlichen<sup>31</sup> Gründen nur von ihm bzw. nur von den von ihm eingesetzten Dritten (Rz 321 ff.) bewirkt werden können. Mitwirkungsvereinbarungen können durchaus vorsehen, dass dem Gläubiger gläubigerfixe Mitwirkungen obliegen; dann stellen sich keine weiteren Fragen. Dysfunktional wird dagegen die Vereinbarung sein, wonach gläubigerfixe Erfüllungsbeiträge dem Gläubiger «entzogen» und zur Leistungspflicht des Schuldners gemacht werden sollen. Solches führt regelmässig zu einem Unmöglichkeit- und/oder Widerrechtlichkeitstatbestand (OR 20). Unmöglich, wenn auch nicht unbedingt widerrechtlich, ist beispielsweise die Verpflichtung des Schuldners, eine Rechts-handlung vorzunehmen, die von Gesetzes wegen nur der Gläubiger oder ein Dritter rechtswirksam vornehmen kann<sup>32</sup>. Rechtswidrig ist zum Beispiel die Pflicht des Schuldners, in Rechtsgüter des Gläubigers einzugreifen, in deren Eingriff letzterer nicht wirksam einwilligen kann<sup>33</sup>. *Nicht gläubigerfixe* Erfüllungsbeiträge können demgegenüber vertraglich beliebig zwischen den Parteien «verteilt» werden. Namentlich kann dem Gläubiger auf diesem We-

<sup>29</sup> Bsp.: Entstehen während der Mietdauer Mängel an der Mietsache, die der Mieter weder zu verantworten noch auf eigene Kosten zu beseitigen hat, so ist es Pflicht des Vermieters, die Mängel zu beheben (OR 259a I lit. a). Nicht zur Pflicht des Vermieters gehört es freilich, das Mobiliar des Mieters umzustellen, um die Mängelbehebung zu ermöglichen, obwohl der Vermieter bzw. seine Hilfspersonen hierzu ohne weiteres imstande wären.

<sup>30</sup> Bspw. kann nur der Bauherr, der Besitzer des einzigen Hausschlüssels ist, diesen dem Unternehmer aushändigen.

<sup>31</sup> So namentlich, wenn das Gesetz es zwingend dem Gläubiger auferlegt, irgendein Gültigkeits- oder Durchführungserfordernis zu erfüllen (Bsp.: Nach § 188 Abs. 1 des Luzerner Planungs- und Baugesetzes vom 7. März 1989 muss das Baugesuch zu seiner Gültigkeit auch von den Grundeigentümern unterzeichnet sein). Annahmehandlungen müssen generell vom Gläubiger ausgehen, wenn denn für die Erfüllung eine solche erforderlich ist (Rz 66 f.).

<sup>32</sup> Anschluss-Bsp. zu Fn 31: Vereinbaren die Bauvertragsparteien, dass die Erwirkung einer rechtskräftigen Baubewilligung *alleinige* Sache des Unternehmers ist, so ist diese Leistung zumindest in dem Umfang unmöglich, als der Unternehmer das Baugesuch nicht stellvertretend für den Bauherrn unterzeichnen kann.

<sup>33</sup> Bsp.: Der Schuldner kann sich nicht gültig verpflichten, über die «Leiche» des Gläubigers zu gehen, um sich Zugang zum Leistungsort zu verschaffen (vgl. KESSLER, BSK-OR, Art. 52 N 19; Sittenwidrigkeit). Wohl aber könnte er sich verpflichten, nötigenfalls durch Sachbeschädigung dahin vorzudringen, für den Fall, dass der Gläubiger diesen nicht zugänglich macht.

ge ein Erfüllungsbeitrag übertragen sein, der in Ermangelung einer solchen Abrede in die Schuldpflicht des Schuldners gefallen *wäre*. Mit einer solchen Abrede stellen die Parteien klar, dass ein – theoretisch auch für den Schuldner machbarer – Beitrag zur Erfüllung von der Leistungspflicht ausgenommen ist<sup>34</sup>.

- 24 **2.** Von der Abrede, wonach dem Gläubiger ein gewisser Erfüllungsbeitrag «entzogen» und dem Schuldner übertragen wird, ist der allgemeinere Fall zu unterscheiden, da ein erfüllungsrelevanter Beitrag des Gläubigers **«wegbedungen»** wird. Gemeint ist die Vereinbarung, dass der Gläubiger eine Mitwirkungsleistung oder ein Mitwirkungsverhalten *nicht* zu erbringen habe bzw. nicht erbringen werde («Wegbedingungsvereinbarung»). Eine solche Vereinbarung ist regelmässig auslegungsbedürftig.
- 25 **a.** Die Wegbedingungsvereinbarung kann darauf hingehen, dass ein bestimmtes Verhalten für den Gläubiger *keine Rechtspflicht* bilde. Diese Abrede verändert die Rechtsposition des Gläubigers grundsätzlich nicht, ist er doch von Gesetzes wegen nicht verpflichtet mitzuwirken (Rz 165 ff.). Indes kann die Vereinbarung sinnvoll sein, wenn der Gläubiger von einer ausnahmsweise geltenden, gesetzlichen oder vertraglichen<sup>35</sup> Mitwirkungspflicht ausgenommen werden soll oder wenn es gilt, die geltende Rechtslage zu bekräftigen.
- 26 **b.** Die Regeln des Gläubigerverzugs sind dispositiv: Die Parteien können die Eintrittsvoraussetzungen oder die Folgen des Gläubigerverzugs abweichend regeln<sup>36</sup> oder dessen Wirkungen ganz ausschliessen<sup>37</sup>. Die Wegbedingungsvereinbarung könnte demnach auch meinen, dass dem Schuldner die *Behelfe von OR 92 ff. nicht oder nur teilweise zur Verfügung stehen sollen*, wenn der Gläubiger das spezifizierte Mitwirkungsverhalten nicht erbringt. Entäussert sich freilich der Schuldner durch diese Vereinbarung seiner wirtschaftlichen

---

<sup>34</sup> Bsp.: Ist das Bemalen der «fertig verputzten Fassade» geschuldet, so sind nur die Malarbeiten Sache des Malers, auch wenn er theoretisch ebenso zu den Verputzarbeiten imstande wäre. Die Bereitstellung der fertig verputzten Fassade obliegt angesichts des Leistungsinhalts hier dem Gläubiger.

<sup>35</sup> Bsp.: Allgemeine Mitwirkungspflicht aus einem Rahmenvertrag, wobei die Parteien diese Mitwirkungspflicht mit Blick auf einen dem Rahmenvertrag unterstehenden Einzelvertrag ausgeschlossen wissen möchten.

<sup>36</sup> GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz 2448; SCHRANER, ZK-OR, Art. 91 N 6.

<sup>37</sup> WEBER, BK-OR, Art. 91 N 10.

Handlungsfreiheit in übermässiger Weise, was im Einzelfall zutreffen mag, aber nicht zutreffen muss (vgl. Rz 1031), ist die Vereinbarung sittenwidrig (ZGB 27 II) und damit unwirksam<sup>38</sup>.

c. Die Wegbedingungsvereinbarung kann auch darauf beschränkt sein, dass 27  
eine bestimmte Mitwirkungsleistung nur gerade mit dem vertraglich *spezifizierten* («wegbedungenen») *Mitwirkungsverhalten* (dazu Rz 81 ff.) *nicht erbracht werden soll*, wohl aber mit einem anderen Mitwirkungsverhalten. Für den Gläubiger ist das sinnvoll, wenn er alternative, ebenfalls taugliche Mitwirkungsverhalten bevorzugt und die Leistungserbringung des Schuldners darauf ausrichten will. Für den Schuldner ist dies sinnvoll, wenn bestimmte Mitwirkungsverhalten besser, andere schlechter mit den von ihm geplanten Erfüllungshandlungen harmonisieren.

d. Die Wegbedingungsvereinbarung kann so zu verstehen sein, dass der 28  
Gläubiger die betreffende *Mitwirkungsleistung verweigern wird* oder zumindest in Aussicht stellt, dass sie *möglicherweise nicht erbracht wird*. Ergibt sich aus dieser Vereinbarung nicht zugleich auch, dass der wegbedingte Erfolg dem Schuldner oder einem Dritten überantwortet wird (vgl. «Auslagerungsvereinbarung» Rz 329 ff.), so bleibt fraglich, ob die Parteien überhaupt einen Vertrag im Sinne von OR 1 geschlossen haben: Versteht man die Gläubigermitwirkung als Ausfluss des Forderungsrechts gläubigerseits (Rz 134 ff.), erklärt der Gläubiger damit letztlich, nicht fordern zu wollen und auch nicht fordern *können* zu wollen. Der Schuldner muss in diesem Fall nicht vom Entstehen einer Schuldpflicht ausgehen, wenn ihm der Gläubiger bei Vertragsschluss in Aussicht stellt, dass ihm an einer Rechtsbindung nichts liegt. In Betracht kommt gegebenenfalls ein Gefälligkeitsverhältnis; auch ein solches kann «mitwirkungsbedürftig» sein, aber nicht im hier interessierenden Sinne, weil es dann an einer Obligation fehlt.

e. Demgegenüber kann die Wegbedingungsvereinbarung auch bedeuten, dass 29  
der Schuldner den wegbedungenen Gläubigerbeitrag in irgendeiner Weise selber erbringen soll, das heisst, die Leistung ohne das spezifizierte Gläubigerverhalten zu erbringen hat. Ist dieser Erfüllungsbeitrag nicht gläubigerfix (Rz 23), ist eine solche Vereinbarung grundsätzlich wirksam. Tatsächlich handelt es sich um die bereits besprochene Abrede, nach welcher dem Schuldner potenzielle Mitwirkungsleistungen als Leistungspflichten über-

---

<sup>38</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz 659, 685 ff. (grundsätzlich Nichtigkeit, allenfalls auch Teilnichtigkeit).

bunden werden (Rz 23). Ist dem Schuldner die Leistung anschliessend unmöglich oder kann er sie nur schlecht erbringen, etwa weil er seine Fähigkeiten überschätzt hat, so haftet er dem Gläubiger nach den einschlägigen Leistungsstörungenbestimmungen<sup>39</sup>.

- 30 **3.** Eine Mitwirkungsvereinbarung kann im Übrigen auch vorsehen, dass der Gläubiger sich für die Mitwirkung *Dritter bedienen wird*. Insbesondere, wenn der Gläubiger die Mitwirkung in dem Sinne an einen Dritten «auszulagern» gedenkt, dass er selbst nicht mehr für deren Erbringung einzustehen habe, ergeben sich einige Besonderheiten, auf die andernorts einzugehen ist (Rz 329 ff.).

#### D. Praktische Durchführung: Gesetzliche Erscheinungsformen

- 31 **1.** Über OR 91 hinaus wird die Gläubigermithwirkung im Gesetzesrecht vielerorts erwähnt. Im Folgenden werden ausgewählte gesetzliche Erscheinungsformen der Gläubigermithwirkung («**Mitwirkungsnormen**») ermittelt und auf Gemeinsamkeiten mit bzw. Differenzen zu den Merkmalen des Grundtatbestands überprüft. Die Aufzählung erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit und beschränkt sich auf Normen des allgemeinen Schuldrechts (OR AT), der speziellen Vertragsverhältnisse (OR BT) sowie des Versicherungsvertragsgesetzes (VVG). Die Normen werden sodann gegenüber anderen, «mitwirkungsnahen» Verhaltensanforderungen abgegrenzt, die in Wirklichkeit nur scheinbar im Kontext der Mitwirkung stehen.
- 32 **2. Unerwähnt** bleiben demgegenüber *familien-, erb- oder sachenrechtliche «Mitwirkungen»*: Sie enthalten zwar häufig Anordnungen, nach denen eine oder mehrere Personen an einem bestimmten Erfolg mitwirken dürfen oder müssen, doch handelt es sich bei dieser «Mitwirkung» normalerweise nicht um Anordnungen an den Gläubiger, eine an ihn geschuldete Leistung durch

---

<sup>39</sup> Bsp.: Besteller B. bestellt beim Schneider U. telefonisch einen Massanzug. Der U. verspricht, die Masse des B. anhand von zwei, ihm vorliegenden Fotografien desselben abzuschätzen. Während der Herstellung bemerkt der U., dass er doch nicht um ein Massnehmen herumkommt, will er einen mängelfreien Anzug abliefern. Der B. aber weigert sich, deswegen anzureisen. U. wird sich entweder pflichtwidrig mit der Herstellung verspäten (OR 366 I) oder aber einen mangelhaften Massanzug abliefern (OR 368); Gläubigerverzug des B. scheidet aber aus. Vgl. auch GAUCH, Werkvertrag, Rz 835, 841: Der Unternehmer hat seine Kräfte und Fähigkeiten richtig einzuschätzen und keine Arbeiten anzunehmen, die diese übersteigen.

einen Erfüllungsbeitrag zu ermöglichen<sup>40</sup>. Ebenfalls ausgeklammert ist die *gesellschaftsrechtliche* «Mitwirkung», so namentlich jene der Gesellschafter einer einfachen Gesellschaft (OR 530–551): In Form von Beitragsleistungen richten sich deren «Mitwirkungen» auf einen bestimmten, allen Gesellschaftern gemeinsamen Endzweck, nicht auf die Ermöglichung einer Leistung an den Mitwirkenden (vgl. Rz 598 ff.). In Form von Geschäftsführungshandlungen richten sich deren «Mitwirkungen» nicht auf die Verwirklichung einer Leistungspflicht, sondern auf die Willensbildung und -betätigung der Gesellschaft. Ausgenommen sind schliesslich auch *prozessrechtliche* «Mitwirkungen»: Gemeint ist jede Form der Mitwirkung, die einer Verfahrenspartei im Zivil-, Straf- oder Verwaltungsverfahren abgefordert wird<sup>41</sup>. Diese prozessuale Form der Mitwirkung dient der Prozessdurchführung und hat keinen schuldrechtlichen Charakter, dient namentlich nicht der Bewirkung einer Leistung an und durch den Gläubiger.

3. Nicht eingetreten wird im Rahmen dieser Aufzählung auf die Frage, welchen *Verbindlichkeitsgrad* die in den genannten Normen verankerten Mitwirkungsformen für den Gläubiger haben. Das ist Gegenstand der Rz 133 ff. 33

<sup>40</sup> Bsp.: «Einträchtiges Zusammenwirken» zum Wohl der ehelichen Gemeinschaft (ZGB 159 I); gemeinsame Kündigung der Ehegatten (ZGB 169 I, II); Zustimmung des urteilsfähigen Kinds zu seiner Adoption (ZGB 265 I); die Einhaltung bzw. Nichteinwirkung auf testamentarische Bedingungen und Auflagen (ZGB 482 I); die Einhaltung des Erbvertrags im Rahmen von Verfügungen von Todes wegen (ZGB 494 III); Mitwirkung der Zeugen bei der öffentlichen Verfügung oder beim Nottestament (ZGB 501 II, 506 II); die Einwilligung der Gesamteigentümer in die Verfügung über die Sache (ZGB 653 II); die Mitwirkung des Nachbarn bei der Feststellung der Grenze (ZGB 669); Einwilligung des Eigentümers des herrschenden Grundstücks in die Löschung der Dienstbarkeit (ZGB 736 I); Erhaltung der Pfandsache durch den Grundeigentümer zugunsten des Gläubigers (ZGB 808 I); die Einwilligung des Grundeigentümers in die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts (ZGB 839 III); Herausgabe des unentkräfteten Papier-Schuldbriefs an den Schuldner (ZGB 853 Ziff. 2); Zustimmung des Eigentümers zur Eintragung ins Grundbuch (ZGB 963 I).

<sup>41</sup> Bsp.: Pflicht der Prozessparteien, im Sinne von ZPO 160 I an der Beweiserhebung mitzuwirken. Zu denken ist auch an verfahrensrechtliche Normen in Erlassen des materiellen Rechts, wie bspw. ZGB 448 I (Mitwirkung von verfahrensbeteiligten Personen und Dritten an der Abklärung des Sachverhalts durch die Erwachsenenschutzbehörde).

1. Mitwirkungsnormen des OR AT

- 34 Die Gläubigermitwirkung, verstanden als erfüllungsrelevanter und nicht vom Schuldner geschuldeter Beitrag zur Leistungsbewirkung, kommt im **Allgemeinen Teil des OR** auch ausserhalb der Generalklausel von OR 91 zum Vorschein. So finden sich dort Bestimmungen, die das hier umschriebene Modell der Gläubigermitwirkung konzeptuell voraussetzen oder Rechtsfolgenanordnungen für mitwirkungsbezogene Tatbestände enthalten. Zu nennen sind etwa:
- 35 – **OR 88 I, 88 II, 90:** Ausstellung einer Quittung bei Erfüllung; Rückgabe bzw. Mortifikation des Schuldscheins bei Erfüllung; Vormerkung der Teiltilgung auf dem Schuldschein; Entkräftungserklärung und Tilgungsanerkennung. Es handelt sich um sogenannte *Begleithandlungen* (vgl. Rz 17), auf deren Vornahme der Schuldner anlässlich der Erfüllung im Sinne einer Obliegenheit Anspruch hat, soweit er sie einfordert («verhaltener Anspruch»<sup>42</sup>). Der Sinn dieser Bestimmungen liegt darin, dass dem Schuldner die Erfüllung generell nicht zumutbar ist, solange ihm der Gläubiger den Beweis der Erfüllung, dessen Last der Schuldner nach ZGB 8 trägt, nicht ermöglicht oder erleichtert. Soweit diese Unzumutbarkeit gegeben ist, was im Einzelfall zu beurteilen und namentlich bei Kleingeschäften des Alltags oft nicht der Fall ist, handelt es sich bei Begleithandlungen um Mitwirkungsleistungen, deren Ausbleiben den Gläubiger in Gläubigerverzug geraten lassen<sup>43</sup>.
- 36 – **OR 96:** Andere, nicht in der «Verweigerung» nach OR 91 liegende Gründe für ein dem Gläubiger zurechenbares Leistungshindernis (oder unverschuldete Ungewissheit über die Person des Gläubigers). Der Tatbestand setzt im Gegensatz zu OR 91 voraus, dass es dem Schuldner unmöglich ist, ein Mahngeschäft an den Gläubiger abzusetzen (Rz 124 ff.). An der Essenz des normierten Leistungshindernisses ändert das nichts; auch hier geht es um die Behinderung der Erfüllung durch das Ausbleiben von Mitwirkungsleistungen<sup>44</sup>. Die Norm wird hier deshalb als Mitwirkungsnorm aufgefasst.

---

<sup>42</sup> SCHRANER, ZK-OR, Art. 88 N 67.

<sup>43</sup> SCHRANER, ZK-OR, Art. 88 N 12 (siehe freilich zu den verkehrsüblichen Ausschlüssen: a.a.O., N 61 ff.).

<sup>44</sup> Vgl. SCHRANER, ZK-OR, Art. 96 N 2 («Materiell handelt es sich [...] um Verzug»).



- **OR 167:** Siehe Rz 52.

37

## 2. Mitwirkungsnormen des OR BT

Sodann finden sich im **Besonderen Teil des OR** (die zweite Abteilung, OR 184–551) Bestimmungen, in denen die Gläubigermitwirkung im Allgemeinen oder besondere Mitwirkungsleistungen normiert sind:

- **OR 204 I:** Verwahrung der beanstandeten Kaufsache durch den Käufer bei Mängeln der Kaufsache. Die Erhaltung der Kaufsache obliegt nach deren Übereignung dem Käufer als Gläubiger der Kaufsache und fällt naturgemäss nicht unter die Leistungspflicht des Verkäufers. Erfüllungsrelevant ist die Verwahrung für den Verkäufer, weil sie ihm die Beurteilung der Mängelrüge und gegebenenfalls die Erfüllung seiner Gewährleistungspflicht erst ermöglicht bzw. zumutbar macht (zur näheren Begründung Rz 53). 39
- **OR 211:** Annahme der Kaufsache durch den Käufer. Nur dem Gläubiger der Sachleistung, nicht aber dem Verkäufer kann es obliegen, die Kaufsache anzunehmen. Erfüllungsrelevant ist die Annahme der Kaufsache, wenn und weil dem Verkäufer (Schuldner) die Erfüllung seiner Pflicht (Eigentumsverschaffung) andernfalls unmöglich bleibt. 40
- **OR 257g:** Anzeige des Mieters (als Gläubiger der mängelfreien Mietsache bzw. der Gebrauchsüberlassung) an den Vermieter (als Schuldner) betreffend Mängel der Mietsache, die der Mieter nicht selber zu beheben hat. Die Kenntnisnahme des Mangels ist für den Vermieter ein erfüllungsrelevanter Erfolg, weil er Art und Umfang des Handlungsbedarfs nur dann zu erkennen, demnach zu handeln vermag. 41
- **OR 257h:** Duldung der Besichtigung der Mietsache zwecks Mängelbehebung. Den Zutritt des Vermieters (Schuldner der Mängelbehebung) zu dulden kann nur Sache des Mieters (dem Gläubiger der Mängelbehebung) sein, insoweit er kraft des Mietvertrags ein exklusives Gebrauchsrecht an der Mietsache erwirbt. Erfüllungsrelevant ist die Duldung, weil sie dem Vermieter erst ermöglicht, die Mietsache pflichtgemäss instand zu stellen. 42
- **OR 327:** Ausrüstung des Arbeitnehmers mit Geräten und Material durch den Arbeitgeber. Die «Ausrüstungsobliegenheit» ist Sache des Arbeitgebers (als Gläubiger der Arbeitsleistung), soweit sich der Arbeitnehmer (Schuldner der Arbeitsleistung) nicht verpflichtet, die Ausrüstung selbst zu beschaffen. Erfüllungsrelevant ist die Beschaffungsleistung des Ar- 43

beitgebers zumindest dann, wenn die Geräte und das Material für die Arbeitsleistung bedingend sind.

- 44 – **OR 365:** Lieferung des Werkstoffs. Soweit es dem Besteller als Gläubiger der Werkleistung obliegt, den Werkstoff zu liefern (dazu auch Rz 557), so trifft den Unternehmer nicht die Pflicht, diesen selbst zu beschaffen, mag er auch Schuldner der Werkleistung sein. Die Lieferung des Werkstoffs wird für den Unternehmer zur erfüllungsrelevanten Mitwirkungsleistung.
- 45 – **OR 379 II** (dazu auch Rz 583): Abnahme des ausgeführten Werkteils durch den Besteller, wenn der Unternehmer stirbt oder handlungsunfähig wird. Nur dem Besteller als Gläubiger der Werkleistung kann es obliegen, den ausgeführten Werkteil abzunehmen, andernfalls der Unternehmer bzw. seine Erben (Schuldner der Werkleistung) diese Ablieferungspflicht nicht zu erfüllen vermögen – *wenn* die Abnahme einer Mitwirkung bedarf (Rz 402 ff.).
- 46 – **OR 418f:** Alle Vorkehren des Auftraggebers, die dem Agenten die Ausübung einer erfolgreichen Tätigkeit ermöglichen. Es obliegt dem Auftraggeber, als Gläubiger der Agenturleistung, den Agenten (Schuldner der Agenturleistung) in dem Umfang für seine Tätigkeit auszurüsten, zu informieren und zu berechtigen, wie es für dessen erfolgreiche Agenturtätigkeit erforderlich – also erfüllungsrelevant – ist.

### 3. Mitwirkungsnormen des VVG

- 47 Mitwirkungsnormen finden sich sodann auch in den Nebengesetzen des schweizerischen Schuldrechts. Beispielhaft sei hier das **Versicherungsvertragsgesetz** herausgegriffen: Dieses enthält mannigfaltige Anforderungen an den Anspruchsberechtigten, Beiträge zum Vertragsvollzug zu leisten, deren Versäumnis regelmässig mit einem Verlust oder mit der Abschwächung des Versicherungsanspruchs einhergeht. Längst nicht allen, aber doch manchen dieser Vollzugsbeiträge des Anspruchsberechtigten kommt im konkreten Einzelfall Mitwirkungscharakter zu<sup>45</sup>. Zu erwähnen sind zum Beispiel:
- 48 – **VVG 38 I, 39 I:** Ist das versicherte Ereignis eingetreten, muss der Anspruchsberechtigte den Versicherer hierüber benachrichtigen, sobald er Kenntnis vom Ereignis und von seinem Versicherungsanspruch erlangt.

---

<sup>45</sup> Insofern richtigerweise von der «Mitwirkung» des Anspruchsberechtigten sprechend: NEF, BSK-VVG, Art. 39 N 13.

Auf Begehren des Versicherers hat der Anspruchsberechtigte zudem bei der Ermittlung des Ereignishergangs Auskunft zu geben. Der Versicherung, als Schuldnerin der Versicherungsleistung, ist es zwar nicht unmöglich, die Versicherungsleistung auszurichten, wenn sie vom Anspruchsberechtigten nicht benachrichtigt wird: Eine Geldleistung kann sie auch so erbringen. Doch ist ihr die Bezahlung zumindest unzumutbar, solange der Anspruchsberechtigte (als Gläubiger der Versicherungsleistung) sie nicht mit jenen Informationen versorgt, die für die Beurteilung der Deckungspflicht und des Deckungsumfangs erforderlich wären (relative Erfüllungsrelevanz: Rz 16).

- **VVG 68:** Der Anspruchsberechtigte darf an beschädigten Gegenständen 49 keine Veränderung vornehmen, wenn dadurch die Feststellung des Schadenshergangs erschwert oder vereitelt werden könnte. Vernichtet etwa der Anspruchsberechtigte (als Gläubiger der Versicherungsleistung) die beschädigte, versicherte Sache, ist es dem Versicherer (als Schuldner der Versicherungsleistung) wiederum unzumutbar, eine (faktisch mögliche) Versicherungsleistung auszurichten, wenn ihm verunmöglicht wird, die Deckungspflicht gemäss Versicherungsvertrag zu überprüfen.

Ob das Versäumnis des Anspruchsberechtigten in diesen Fällen nebst 50 den in VVG und gegebenenfalls im Versicherungsvertrag geregelten Rechtsfolgen *zugleich auch jene des Gläubigerverzugs* nach sich ziehen, soll hier angesichts des Kernthemas der vorliegenden Arbeit nicht vertieft werden. Interessieren dürfte die Frage den Versicherer in der Regel wenig, weil zum einen die allfällige Forderung des Anspruchsberechtigten gemäss VVG 41 I ohnehin nicht fällig (also nicht klagbar) wird, solange die Angaben des Anspruchsberechtigten ihm nicht erlauben, sich von der Richtigkeit des Versicherungsanspruchs zu überzeugen<sup>46</sup>. Zum anderen sehen Versicherungsverträge für den Fall der Verletzung solcher Normen durch den Anspruchsberechtigten regelmässig Rechtsnachteile zu dessen Lasten vor, welche die Rechtsbehelfe von OR 92 ff. uninteressant machen: Bereits im Gesetz enthalten ist etwa der Verlust des Versicherungsanspruchs (VVG 39 II Ziff. 2), wobei die Rechtsfolgen aufgrund der dispositiven Natur der Bestimmung

---

<sup>46</sup> Vgl. HÖNGER/SÜSSKIND, BSK-VVG, Art. 67 N 6.

(mit Ausnahme von VVG 39 II Ziff. 2 Satz 2; vgl. VVG 98 I) vertraglich grundsätzlich verschärft werden dürfen<sup>47</sup>.

#### 4. Mitwirkungsnormen mit Rechtsverlust/-vorenthalt

- 51 Gesondert zu erwähnen sind Mitwirkungsnormen, die sich dadurch auszeichnen, dass beim Mitwirkungsversäumnis die **Leistungspflicht** des Schuldners in der Weise **eliminiert** oder zumindest **reduziert** wird, dass infolgedessen diesen Gläubigerverhalten für den Schuldner keinerlei Bedeutung (mehr) zukommt. Bei diesen Mitwirkungsnormen handelt es sich um «klassische» Mitwirkungsobliegenheiten, weil deren Verletzung die Besonderheit aufweist, dass sie nicht die Rechtsfolgen von OR 91 ff. zeitigt, sondern die typischen Rechtsfolgen der Obliegenheitsverletzung (Rechtsverlust/Rechtsvorenthalt); dazu im Einzelnen Rz 148 ff. Zu den solcherart zwar erfüllungsrelevanten, aber gesetzlich «entschärften» Mitwirkungen des OR sind etwa zu zählen:
- 52 – **OR 167:** Anzeige des Zessionars an den Hauptschuldner betreffend Forderungsabtretung. Unterbleibt die Anzeige des Zessionars (als neuer Gläubiger der Leistung) an den Schuldner, ist dem Schuldner die Leistung zumindest solange unmöglich, wie er keine Kenntnis des neuen Gläubigers hat. OR 167 entschärft aber diesen Nachteil, indem er dem Schuldner erlaubt, befreiend an den früheren Gläubiger zu leisten. Alternativ darf der Schuldner den Geldbetrag nach OR 96 in Verbindung mit OR 92 hinterlegen.
- 53 – **OR 201:** Rüge des Käufers (als Gläubiger der mängelfreien Kaufsache) an den Verkäufer (als Schuldner der mängelfreien Kaufsache) betreffend Mängel der Kaufsache. Die formell und materiell korrekte Rüge wahrt primär die kaufrechtlichen Gewährleistungsrechte des Käufers. Doch dient sie dem Verkäufer *gegebenenfalls* auch dazu, Art, Inhalt und Umfang des Mangels nachzuvollziehen<sup>48</sup>. Zumindest in den Fällen, in denen der Verkäufer verpflichtet (OR 206 I) oder berechtigt ist (OR 206 II), vertragsgemässe Ware nachzuliefern, kann die Rüge für den Verkäufer erfüllungsrelevant sein; ist der Mangel kein offensichtlicher und ohne Mithilfe des Käufers nicht oder nur mit unzumutbarem Aufwand zu er-

---

<sup>47</sup> Vgl. NEF, BSK-VVG, Art. 39 N 18 (beachte aber die dort erwähnten Einschränkungen).

<sup>48</sup> Vgl. MÜLLER-CHEN, CHK-OR, Art. 201 N 17.

mitteln, führt erst die Rüge des Käufers dazu, dass der Verkäufer erkennt, woran es der gelieferten Ware mangelt<sup>49</sup>. Doch verliert diese «Rügemitwirkung» des Käufers ihre Erfüllungsrelevanz, wenn er die Rüge versäumt, weil die Gewährleistungspflicht des Verkäufers in diesem Umfang ohne weiteres dahinfällt (OR 201 II). Sinngemäss übertragbar sind diese Überlegungen auf alle im Schuldrecht bekannten Rügebobliegenheiten des Leistungsgläubigers, soweit sie einen vergleichbaren Zweck und dieselbe Sanktionierungsstruktur wie OR 201 aufweisen. Zu erwähnen ist namentlich **OR 367 I**<sup>50</sup> in Verbindung mit **370** in der Konstellation, da der Unternehmer auf die Rüge des Bestellers angewiesen ist, um seine Nachbesserungspflicht (OR 368 II) zu erfüllen.

- **OR 369:** Fehlerhafte Weisungen, mangelhafter Baustoff und andere Mitwirkungsfehler vonseiten des Bestellers (Gläubiger der Werkleistung) gefährden häufig die mängelfreie Werkausführung und berechtigen den Unternehmer (Schuldner der Werkleistung), die mitwirkungsbedürftige Erfüllungshandlung zu sistieren, bis der Besteller allfällige Mitwirkungsfehler behebt; ansonsten müsste sich der Unternehmer in verschiedener Hinsicht der Gefahr aussetzen, den Vertrag zu verletzen (relative Erfüllungsrelevanz, vgl. Rz 19). Hält allerdings der Besteller an seinen Weisungen, am gelieferten Baustoff usw. fest, entfällt die Mängelhaftung des Unternehmers und die Beseitigung des Mitwirkungsfehlers verliert für ihn ihre Erfüllungsrelevanz (Rz 474 ff.). 54
- **OR 441:** Genaue Bezeichnung der Anzahl Frachstücke, Verpackung, Inhalt der Sendung, Gewicht, Lieferungszeit, Transportweg und Wert bei Wertsendungen zuhanden des Frachtführers<sup>51</sup>. Unterlässt der Absender (als Gläubiger der Frachtleistung) diese Angaben oder macht er sie un- 55

<sup>49</sup> Die Mängelrüge ist nicht erst der Auslöser für die Pflicht des Verkäufers, eine vertragsgemässe Sache zu liefern; diese Pflicht trägt der Verkäufer ab und kraft Vertragschlusses.

<sup>50</sup> Nach dieser Norm hat der Besteller nicht nur Mängel zu rügen, sondern das Werk auch auf seine Beschaffenheit zu prüfen. Die vorgängige Prüfung ist allerdings weder logische Voraussetzung für die Kenntnis des Mangels (dieser kann dem Besteller z.B. auch zufällig von einem Dritten mitgeteilt werden; vgl. GAUCH, Werkvertrag, Rz 2150) und für die anschliessende Mängelrüge noch bewirkt die Prüfung auf der Seite des Unternehmers die Erfüllung seiner Werkleistungspflicht. Die Prüfung fällt daher als Mitwirkungsleistung des Bestellers ausser Betracht.

<sup>51</sup> GAUTSCHI, BK-OR, Art. 441 N 2a (bleiben demgegenüber Empfänger oder Transportziel vom Auftraggeber unerwähnt, komme mangels einer Einigung über objektiv wesentliche Vertragspunkte kein Vertrag zustande).

genau, und verhindert diese Verfehlung den Frachtführer (als Schuldner der Frachtleistung) an der Erfüllung, so liegen darin erfüllungsrelevante Mitwirkungsleistungen. Die Erfüllungsrelevanz tritt freilich dadurch in den Hintergrund, dass gemäss OR 441 II die Nachteile aus «Unterlassung oder Ungenauigkeit» dieser Angaben den Absender treffen.

## 5. Abgrenzung zu «mitwirkungsnahen» Gesetzesnormen

- 56 Von den genannten Mitwirkungsnormen zu unterscheiden sind zahlreiche andere Gesetzesnormen, die ein **mitwirkungsähnliches Verhalten** oder zumindest einen mit der Mitwirkung in Zusammenhang stehenden Tatbestand regeln. Den Bezug zur Mitwirkung wird solchen Normen manchmal deshalb zugeschrieben, weil das angeforderte Verhalten vom Gläubiger auszugehen hat und sich in irgendeiner Weise begünstigend auf die Leistungsbewirkung des Schuldners auswirkt. Tatsächlich regeln die Normen aber keine Mitwirkungstatbestände, weil das vom Gläubiger angeforderte Verhalten weder faktisch noch rechtlich Voraussetzung für die Leistungserfüllung des Schuldners bildet. Das ist beispielsweise bei folgenden Bestimmungen des OR der Fall:
- 57 – **OR 44** (auch in Verbindung mit OR 99 III): Schadenverhütungs- und Schadenminderungsobliegenheit des Geschädigten. Stellt man auf den Zeitpunkt ab, in dem die Schädigung bereits eingetreten ist, so stehen sich ein Schädiger (Schuldner der Schadenersatzleistung) und ein Geschädigter (Gläubiger der Schadenersatzleistung) gegenüber. Die Schadenminderung obliegt dem Geschädigten, ist aber für den Schädiger nicht erfüllungsrelevant; seine Schadenersatzleistung kann er erbringen, unabhängig davon, ob ein Teil des Schadens nach OR 44 I auf den Geschädigten abgewälzt wird oder nicht. Die «Mitwirkung» des Geschädigten beschränkt sich darauf, den Schaden zu mindern oder nicht unnötig zu vergrössern (vgl. auch Rz 1510 m.V.) und zielt nicht darauf, die Leistung des Schädigers zu ermöglichen. Sinngemäss übertragbar sind diese Überlegungen etwa auf **VVG 28** (vgl. Rz 65) und **61**.
- 58 – **OR 256a**: Einsichtsgewährung in das Rückgabeprotokoll sowie Bekanntgabe des früheren Mietzinses durch den Vermieter. Die Offenlegung dieser Informationen durch den Vermieter (als Schuldner der Gebrauchsüberlassungsleistung) ist keine rechtliche oder faktische Vorbedingung für die Erfüllung des Vertrags durch den Mieter (Mietzinszahlung, Sorgfalt und Rücksichtnahme, Duldung, usw.). Sinngemäss übertragbar sind diese Überlegungen auf **OR 330b** (Informationspflicht

des Arbeitgebers betreffend das Arbeitsverhältnis) und **OR 505 I und III** (Auskunftspflicht des Gläubigers gegenüber dem Bürgen betreffend Zahlungsrückstand und Schuldenstand des Hauptschuldners).

- **OR 267a:** Mängelrüge des Vermieters (als Gläubiger der ordnungsgemäss zu retournierenden Mietsache) an den Mieter (als Schuldner der ordnungsgemäss zu retournierenden Mietsache) bei Rücknahme der Mietsache. Die Rüge des Vermieters ist keine Vorbedingung für die Erfüllung des Mieters, sehe man diese nun in der Rückgabe der Mietsache im vertragsgemässen Zustand oder auch in der Leistung von Schadenersatz für ein diesbezügliches Versäumnis. Die Rüge dient allein der Wahrung der Rechte des Vermieters und nicht der Mängelbehebung durch den Mieter, allein schon, weil letzterer hierzu nicht verpflichtet ist. 59
  
- **OR 366:** Überwachungsrecht des Bestellers gegenüber dem Unternehmer zwecks Erkennung der drohenden Spät- oder Schlechterfüllung der Werkleistung. Mag es sich auch positiv auf die Werkherstellung auswirken, wenn der Besteller (als Gläubiger der Werkleistung) die Werkausführung überwacht, ist die Ausübung dieses Rechts für die Leistung des Unternehmers (als Schuldner der Werkleistung) weder faktisch noch rechtlich Vorbedingung (vgl. Rz 728 ff.). 60
  
- **OR 426 I:** Informations- und Aufklärungspflicht des Kommissionärs zuhanden des Kommittenten (die «erforderlichen Nachrichten»). Die Anzeige verschafft dem Kommittenten in erster Linie Informationen, die er für die Ausübung seines Weisungs- und Widerrufsrechts benötigt<sup>52</sup>. Für die Erfüllung seiner Hauptpflicht aber – die Leistung einer Provision (OR 432 I) – ist das hier angeforderte Kommissionärsverhalten nicht erfüllungsrelevant. 61
  
- **OR 489 I:** Die Rüge des geschädigten Gasts an den Gastwirt dient nicht dazu, dem Wirt die Wiederinstandstellung oder Wiederbeschaffung der beschädigten oder abhanden gekommenen Sache zu erlauben; hierzu ist der Wirt nicht verpflichtet. Sie dient dem Gast allein zur Wahrung seiner Haftungsansprüche gegen den Wirt. Sie ist für die Schadenersatzleistung des Wirts, die an die rechtzeitige Rüge geknüpft ist, nicht erfüllungsrelevant (vgl. Rz 59). 62

---

<sup>52</sup> LENZ/VON PLANTA, BSK-OR, Art. 426 N 1.

- 63 – **OR 503 I:** Verbot zulasten des Gläubigers, allfällige Sicherheiten zulasten des Bürgen zu vermindern. Für die Erfüllung der Bürgschaftsschuld ist die Befolgung dieses Verbots nicht Vorbedingung; der Bürge kann den Bürgschaftsbetrag an sich trotz der Verschlechterung der Sicherheiten bezahlen. Hingegen ist die Befolgung des Verbots für den Gläubiger bedingend, will er seine Bürgschaftsforderung im besicherten Umfang durchsetzen. Die Rechtsfolgen eines entsprechenden Versäumnisses (OR 503 IV: Befreiung des Bürgen von seiner Zahlungspflicht) erinnern freilich an die Sanktionierungsstruktur der in Rz 51 ff. genannten Mitwirkungsnormen.
- 64 – **OR 503 III:** Herausgabe von Pfändern und Urkunden an den Bürgen. Für die Erfüllung des Bürgen an den Gläubiger sind diese Verhaltensweisen des Gläubigers wiederum keine Vorbedingung. Sie dienen dem Bürgen beim Rückgriff auf den Schuldner als Beweiserleichterung<sup>53</sup>, doch ermöglichen sie nicht die Erfüllung der Bürgschaftsleistung an den Gläubiger. Die Rechtsfolgen eines entsprechenden Versäumnisses (OR 503 IV: Befreiung des Bürgen von seiner Pflicht) erinnern freilich an die Sanktionierungsstruktur der in Rz 51 ff. genannten Mitwirkungsnormen.
- 65 – **VVG 28:** Gefahrserhöhung mit Zutun des Versicherungsnehmers. Die Nichterhöhung der Gefahr durch den Versicherungsnehmer ist keine Mitwirkungsleistung, weil sie es dem Versicherer (Schuldner der Versicherungsleistung) weder verunmöglicht noch unzumutbar macht, dem Versicherungsnehmer (Gläubiger der Versicherungsleistung) die Versicherungsleistung auszurichten. Vgl. auch die Ausführungen zu OR 44 (Rz 57).

---

<sup>53</sup> Vermutlich aus diesem Grund bezeichnet WEBER, BK-OR, Art. 91 N 154 diese Handlungen als «Begleithandlungen». Doch steht hier nicht die Beweisbarkeit der Schuldnerleistung (d.h. der Erfüllung der Bürgschaftsschuld) im Vordergrund, sondern die Beweisbarkeit der Rückgriffsforderung im Verhältnis Bürge/Schuldner. Die Norm stipuliert insoweit keine Begleithandlung, sondern eine besondere gesetzliche Herausgabepflicht ohne Mitwirkungscharakter.



## II. Wesen des Gläubigerbeitrags

### A. Die «Annahme» und die «Vorbereitungshandlungen»

1. Der Gläubiger gerät in Verzug, wenn er entweder die gehörig angebotene Leistung **nicht annimmt** oder die **Vorbereitungshandlungen**, ohne die der Schuldner «zu erfüllen nicht imstande ist», unterlässt (OR 91). Die in der Literatur vorhandenen Umschreibungen dieser beiden Mitwirkungstypen sind teilweise deckungsgleich, teilweise nicht. Dies wird im Folgenden beleuchtet. 66

2. Über den Begriff der **Annahme** besteht weitgehend Einigkeit. Die Annahme verwirkliche sich in der Entgegennahme der geschuldeten Leistung als Erfüllung<sup>54</sup> und führe zur Befreiung des Schuldners (OR 114 I). Sie wird deshalb auch als letzte Mitwirkungshandlung des Gläubigers<sup>55</sup> oder als letzter Erfüllungsakt<sup>56</sup> bezeichnet. Betont wird zuweilen die Unterscheidung der Annahme (Rechtshandlung) von der Abnahme (Tathandlung): Der Gläubiger könne die Leistung auch abnehmen, ohne sie anzunehmen, und umgekehrt die Leistung annehmen, ohne sie abzunehmen, wenn auch in den meisten Fällen Abnahme und Annahme zusammenfallen sollen<sup>57</sup>. Diese Unterscheidung von Abnahme und Annahme impliziert, dass die Annahme eine vom Erfüllungsakt losgelöste Rechtshandlung sei, die der Gläubiger *unabhängig vom Leistungsinhalt immer vornehmen oder auch verweigern könne*. Doch ist das schwer vorstellbar, wenn man voraussetzt, dass die Annahme nicht generell, sondern nur dann erforderlich (erfüllungsrelevant) ist, wenn die Leistung einen physischen Annahmevergang oder die Duldung der Schuldnerertätigkeit erfordert<sup>58</sup>. Kann die Leistung ohne Annahme bewirkt werden, fällt eine Annahmeverweigerung und, damit einhergehend, der Annahmeverzug des Gläubigers ausser Betracht<sup>59</sup>, mag der Gläubiger auch zum Ausdruck 67

<sup>54</sup> SCHRANER, ZK-OR, Art. 91 N 116; WEBER, BK-OR, Art. 91 N 141.

<sup>55</sup> SCHRANER, ZK-OR, Art. 91 N 16.

<sup>56</sup> KOLLER A., OR AT, Rz 56.04.

<sup>57</sup> SCHRANER, ZK-OR, Art. 91 N 116 ff.; WEBER, BK-OR, Art. 91 N 142 ff.

<sup>58</sup> Siehe WEBER, BK-OR, Art. 91 N 14.

<sup>59</sup> WEBER, BK-OR, Art. 91 N 17 (inkl. Bsp. in N 16). Exemplarisch ist das beim Bauwerk der Fall, das der Unternehmer auf Grund und Boden des Bauherrn errichtet (siehe Rz 402 ff.); vgl. dazu auch GAUCH, Werkvertrag, Rz 93. In diesem Sinne wohl auch die weiteren Bsp. bei SCHRANER, ZK-OR, Art. 91 N 12 und WEBER, BK-OR, Art. 91 N 16.

bringen, dass er die Leistung missbilligt; schliesslich versperrt er dem Gläubiger damit nicht den Weg zur letzten Erfüllungshandlung. Umgekehrt resultiert die Nichtbewirkung des physischen Annahmeverganges bzw. die Nichtduldung auch dann in einer Annahmeverweigerung, wenn der Gläubiger die Leistung grundsätzlich billigt, denn der Schuldner wird dabei gleichwohl an der Erfüllung gehindert. Das Gegenteil liesse sich hier nur vertreten, wenn man im Verhalten der Parteien eine konkludente Teilaufhebung der Leistungspflicht erblicken wollte (vgl. OR 115).

- 68 **3. Anders umschrieben wird die *Vorbereitungshandlung*.** Nach dem Gesetzeswortlaut zwar soll der Schuldner ohne sie «zu erfüllen nicht imstande» sein, was wörtlich genommen hiesse, dass sich die Vorbereitungshandlung in dieser Hinsicht nicht von der Annahme unterscheidet; schliesslich hindert auch das Ausbleiben der letzteren den Schuldner an der Erfüllung. Die Vorbereitungshandlung wird von der Annahme abgegrenzt, indem etwa gesagt wird, die Vorbereitungshandlung sei der «Annahme»<sup>60</sup>, der «Erfüllung»<sup>61</sup>, der «Leistungshandlung»<sup>62</sup> oder auch dem ordnungsgemässen Angebot<sup>63</sup> vorgelagert. Darunter zu verstehen ist, dass die Vorbereitungsleistung *das gehörige Leistungsangebot des Schuldners überhaupt erst ermöglicht*<sup>64</sup>. Der Schuldner ist ohne die Vorbereitungshandlung nicht nur zur Erfüllung nicht imstande, sondern schon gar nicht zum gehörigen Angebot der Leistung. Die Mitwirkungsleistungen der Annahme einerseits und der Vorbereitungshandlung andererseits decken sich also nicht und überschneiden sich auch nicht, sondern fügen sich nahtlos aneinander: Ist dem Schuldner das gehörige Leistungsangebot möglich, bedarf es keiner Vorbereitungshandlung; bedarf es einer Vorbereitungshandlung, so nur, weil das gehörige Leistungsangebot (noch) nicht möglich oder nicht zumutbar ist<sup>65</sup>.

- 69 Anzumerken ist, dass der Begriff der Annahme oft als *pars pro toto* aufgefasst wird, indem die Annahme der gehörig angebotenen Leistung im engeren Sinne nur das «Hauptbeispiel»<sup>66</sup> der Mitwirkungsobliegenheit des

---

<sup>60</sup> KOLLER A., OR AT, Rz 56.04.

<sup>61</sup> SCHRANER, ZK-OR, Art. 91 N 120.

<sup>62</sup> SCHRANER, ZK-OR, Art. 91 N 120.

<sup>63</sup> WEBER, BK-OR, Art. 91 N 148.

<sup>64</sup> WEBER, BK-OR, Art. 91 N 148.

<sup>65</sup> Es scheint denn auch keine Anwendungsbeispiele für den *Annahmeverzug* zu geben, die ein nicht gehöriges Angebot des Schuldners zugrunde legen; vgl. etwa die Bsp. bei SCHRANER, ZK-OR, Art. 91 N 114.

<sup>66</sup> SCHRANER, ZK-OR, Art. 91 N 16.

Gläubigers bilde, bei der Erfüllung schlechthin mitzuwirken, ohne aber hier Vorbereitungshandlungen miteinzuschliessen<sup>67</sup>. Nach dem Gesagten ist das zumindest zweifelhaft: Jede Erfüllungshandlung schuldnerseits, die vom Gläubiger mehr oder anderes als nur die Annahme – die «Entgegennahme» der Leistung (Rz 67) – erfordert, kann begrifflich kein gehöriges Leistungsangebot sein, demnach auch nicht die Annahme erfordern. Terminologisch nachvollziehbar erschiene es dagegen, die *Begleithandlungen* (Rz 17, 35) zu den Annahmehandlungen zu zählen, weil sie nur anlässlich der Erfüllung erfolgen können und demnach ein gehöriges Leistungsangebot voraussetzen. Gemeinsam decken so die Annahme und die Vorbereitungshandlung sämtliche erfüllungsrelevanten Mitwirkungsleistungen ab<sup>68</sup>.

4. Die Regeln des Gläubigerverzugs sind vom punktuellen Leistungsaustausch geprägt, namentlich vom Sachverschaffungsvertrag<sup>69</sup>. Auf diesen Umstand zurückzuführen ist m.E. mindestens eine begriffliche Unstimmigkeit im Zusammenhang mit **Dienstleistungspflichten**. Wo zur Anhandnahme der Diensttätigkeit ein physischer Vorgang oder eine Duldung vonseiten des Gläubigers erforderlich ist, wird zuweilen angeführt, die Diensttätigkeit bedürfe einer **Annahme** durch den Gläubiger<sup>70</sup>. Doch überzeugt das m.E. nicht:

a. Der Sachleistungsschuldner vermag seine letzte Erfüllungshandlung unabhängig vom Gläubiger vorzunehmen, indem er diesem das gehörige Leistungsangebot unterbreitet, d.h. die geschuldete Sache «darreicht»; ob der Gläubiger die Sache annimmt, ist zwar für die Erfüllung massgeblich, aber nicht mehr Gegenstand der Erfüllungshandlungen des Schuldners. Der Schuldner einer mitwirkungsbedürftigen Dienstleistung aber vermag ohne Mitwirkung eine solche «letzte» Erfüllungshandlung gar nicht vorzunehmen,

<sup>67</sup> Vgl. WEBER, BK-OR, Art. 91 N 19 und 20, wo «Mitwirkungshandlungen» (einschliesslich Annahme) und «Vorbereitungshandlungen» gesondert aufgeführt werden.

<sup>68</sup> Anders BGB § 293, dessen Wortlaut nur die Annahmeverweigerung kennt, der aber letztlich alle erfüllungsrelevanten Gläubigerbeiträge erfasst (vgl. SCHULZE, HaKo-BGB, § 293 N 1; LORENZ, BeckOK-BGB, § 293 N 3).

<sup>69</sup> In E-OR 1869 fehlte es in den § 160 ff. noch gänzlich an einem Rücktrittsrecht des Dienstleistungsschuldners; dem Schuldner stand nur die «Hinterlegung» der «schuldigen Leistung» offen (§ 164 I). FASEL, S. 535. Vgl. OSER/SCHÖNENBERGER, ZK-OR, Art. 95 N 1 f.

<sup>70</sup> WEBER, BK-OR, Art. 91 N 151, der in der Verhinderung der Arbeitsleistung Annahmeverzug erblickt. Vgl. auch ERNST, MüKo-BGB, § 293 N 19 zur Annahme von Sachen, aber auch von Rechten und Arbeitsleistungen.

davon ausgehend, dass er ja erst durch die Auf- und Vornahme der Diensttätigkeit erfüllt bzw. zu erfüllen beginnt. Mit anderen Worten wird der Dienstleistungsschuldner dem Gläubiger immer nur ein unvollständiges Leistungsangebot unterbreiten können, solange die Mitwirkung ausbleibt; er kann nur gerade insoweit Leistungsbereitschaft erstellen (vgl. Rz 95), wie es ihm ohne die Mitwirkung möglich ist. Verschafft etwa der Gläubiger dem Dienstleistungsschuldner nicht die nötigen Weisungen zur Ausführung seiner Diensttätigkeit, kann der Schuldner die Tätigkeit inhaltlich nicht gehörig anbieten, sondern erst, wenn er weiss, *wie* er zu erfüllen hat. Der fragliche Erfüllungsbeitrag des Gläubigers kann terminologisch gesehen also nicht die Annahme, sondern nur eine Vorbereitungsleistung sein. Insofern überzeugt es auch nicht, dass bei Mischleistungen aus Sach- und Dienstleistung der «nicht annehmende» Gläubiger sowohl in Annahme- als auch in Vorbereitungsverzug gerate: Unterlässt es der Besteller, beim Schneider zum Massnehmen zu erscheinen, so unterlässt er eine Vorbereitungshandlung mit Blick auf die Verschaffung des Massanzugs (Sachleistung), aber eben auch eine Vorbereitungsleistung mit Blick auf dessen Herstellung (Dienstleistung)<sup>71</sup>.

- 72 **b.** Die Dienstleistung «nimmt» der Gläubiger demnach erst dann und dadurch «an», dass die Diensttätigkeit *stattfindet*. Ist ein fortwährendes Tätigwerden geschuldet oder bedarf zumindest der zu erzielende Leistungserfolg eines fortwährenden Tätigwerdens, erfolgt mit dem effektiven Verrichten der Tätigkeit immer auch fortwährend die Annahme der Diensttätigkeit. Eine «Annahme»-Verweigerung im weiteren Sinn kann der Gläubiger daher nur begehen, *während dem die Diensttätigkeit ausgeführt* wird, nämlich indem er seine Duldung (oder sonstige Mitwirkung) unterbricht. Freilich ist die Annahmeverweigerung ein punktuelles Ereignis, das auf die eine begriffslogische Sekunde beschränkt bleibt; anschliessend gerät der Gläubiger wieder in Vorbereitungsverzug, nicht in Annahmeverzug. Die begriffliche Unterscheidung ist deshalb bedeutend, weil nach gewissen Auffassungen, auf die später einzugehen sein wird, der Vorbereitungs- bzw. *Mitwirkungs*-verzug dem Schuldner Rechtsbehelfe eröffnet, die über diejenigen des blossen *Annahmeverzugs* hinausgehen (vgl. Rz 481 ff.).

---

<sup>71</sup> A.M. KOLLER A., OR AT, Rz 56.22, der offenbar in der Verhinderung der Arbeitsleistung Annahmeverzug erblickt.

## B. Die Mitwirkungsleistung

1. Die Obligation bildet aus Sicht des Schuldners die Pflicht, dem Gläubiger eine bestimmte Leistung zu erbringen, und aus Sicht des Gläubigers das Recht, ebendiese Leistung zu fordern. Die Schuld hält den Schuldner dazu an, einen bestimmten **Zielzustand** zu schaffen, der zugleich Erfüllung ist<sup>72</sup>. Der Zielzustand besteht bei einer *obligation de moyens* in einem gewissen Tätigwerden, bei einer *obligation de résultat* in einem bestimmten, objektivierbaren Erfolg<sup>73</sup>. Zu diesem Zielzustand, der Gegenstand der Leistung bildet, ist die Mitwirkungsleistung<sup>74</sup> das Komplement: Sie stellt den vom Gläubiger zu schaffenden Zielzustand dar, der für die Erfüllung des Schuldners bzw. für mindestens eine seiner Erfüllungshandlungen erfüllungsrelevante (Rz 13 ff.) Voraussetzung ist.

2. Die Menge aller zur Vertragserfüllung erforderlichen Mitwirkungsleistungen ist das **Mitwirkungspensum** des Gläubigers. Im Prinzip ist dieses Mitwirkungspensum für eine jede beliebige Leistungspflicht und zu einem beliebigen Zeitpunkt des Vertragsvollzugs fixiert, weil die Menge erfüllungsrelevanter Gläubigerbeiträge durch den Inhalt der Leistungspflicht logisch

<sup>72</sup> Genau genommen schuldet der Schuldner den Leistungserfolg nicht unbedingt, sondern lediglich das Verhalten, das geeignet ist, in Abwesenheit eines zufälligen (nicht dem Schuldner zuzurechnenden) Leistungshindernisses das Gläubigerinteresse zu verwirklichen. KRAMER folgert dies aus dem Umstand, dass der Schuldner nach OR 119 I bei der nicht von ihm verschuldeten Unmöglichkeit von seiner Leistungspflicht befreit wird (KRAMER, BK-OR, Einl N 73 m.w.N.).

<sup>73</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz 90 f.; TERCIER/BIERI/CARRON, Rz 3527 f.

<sup>74</sup> Die terminologische Anleihe bei der obligationenrechtlich verstandenen «Leistung» bietet sich an: Mit seiner Mitwirkung betreibt der Gläubiger messbarer oder ideeller Aufwand (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz 35; KOLLER A., OR AT, Rz 2.12 m.w.N.) zugunsten des Schuldners bzw. zugunsten der Erfüllung, der sich in einem Tun, Dulden, Unterlassen oder einer Kombination davon (jedenfalls einem Mitwirkungsverhalten, Rz 81 ff.) äussert. Vgl. etwa BAUMANN, ZK-ZGB Art. 2 N 291 mit Blick auf «Mitwirkungspflichten» aus Treu und Glauben: «Aus dem bestimmten Zweck des Geschäfts kann abgeleitet werden, welche *Mitwirkungs- oder Verschaffungsleistungen* die Parteien gegenseitig verlangen dürfen, um den Zweck überhaupt erreichen zu können» (H.h.). Der häufig verwendete Begriff der «Mitwirkungspflicht(en)» wird hier vermieden; er betont nicht in erster Linie den Mitwirkungscharakter einer Leistung, sondern deren Verbindlichkeitsgrad. Mitwirkungsleistungen sind i.d.R. aber nicht im Sinne von Rechtspflichten geschuldet, sondern obliegen dem Gläubiger nur (dazu Rz 139 ff.).

festgelegt ist. Es können im Verlaufe des Vertragsvollzugs durch eine Veränderung der Umstände wohl taugliche Mitwirkungsverhalten (Rz 81 ff.) hinzutreten oder wegfallen, nicht aber Mitwirkungsleistungen, weil das Mitwirkungspensum eine von den Umständen grundsätzlich unabhängige Rechtstatsache ist. Eine Veränderung, namentlich eine Reduktion oder Ausweitung des Mitwirkungspensums kommt demgegenüber in Betracht, wenn die Leistung nachträglich durch Vereinbarung oder richterliche Vertragsergänzung modifiziert wird (Rz 14): Das Mitwirkungspensum reduziert sich nachträglich, wenn etwa dem Gläubiger eine bestimmte, nicht gläubigerfixe Mitwirkungsleistung (vgl. Rz 23) erlassen und der betreffende Mitwirkungserfolg zum Mitbestandteil der Schuldpflicht des Schuldners gemacht wird. Das Mitwirkungspensum dehnt sich demgegenüber aus, wenn ein Leistungserfolg nachträglich zur Verantwortung des Gläubigers und so zu seiner Mitwirkungsleistung gemacht wird.

- 75 **3.** Die Mitwirkungsleistung ist ein abstrakter Begriff, dessen Inhalt sich erst im konkreten Schuldverhältnis aus der Erfüllungsrelevanz des Gläubigerbeitrags (Rz 13 ff.) für eine geschuldete Erfüllungshandlung ergibt<sup>75</sup>. Die Mitwirkungsleistung lässt sich nicht nur nach den beiden in OR 91 umschriebenen Typen (Annahme und Vorbereitungshandlung), sondern auch nach der **faktischen** oder **rechtlichen** Natur ihres Inhalts unterscheiden:
- 76 **a.** Die *faktische Mitwirkungsleistung* besteht in der Gestaltung einer Tatsachenlage. Beim Ausbleiben einer faktischen Mitwirkungsleistung ist der Schuldner deshalb nicht zu erfüllen imstande, weil eine Tatsache nicht so ist, wie er sie zu sein benötigt. Dies umfasst zum einen äussere Tatsachen, d.h. solche Tatsachen, die intersubjektiv wahrnehmbar und überprüfbar sind. Dies umfasst zum anderen innere Tatsachen, über deren (Nicht-)Vorliegen nur das betreffende Subjekt Auskunft geben kann. Zu denken ist dabei an die Schaffung irgendwelcher Tatsachen, wie etwa die Inbesitznahme einer Sache, die Verschaffung einer Sache, die Verschaffung von Zutritt zu unbeweglichen Sachen, die Übermittlung einer Information (d.h. die Bewirkung einer intellektuellen Tatsache), die Unterlassung einer physischen Einwirkung usw.

---

<sup>75</sup> Bsp.: Ist das geschuldete Werk bei Vertragsschluss erst in den Grundzügen festgelegt und ist es dem Unternehmer vertraglich verboten, das Werk eigenhändig zu konkretisieren, so besteht die Mitwirkungsleistung des Bestellers notwendigerweise darin, dem Unternehmer die erforderliche Konkretisierung zur Kenntnis zu bringen.

**b.** Die *rechtliche Mitwirkungsleistung* besteht in der Gestaltung einer Rechtslage. Beim Ausbleiben einer rechtlichen Mitwirkungsleistung ist der Schuldner deshalb nicht zu erfüllen imstande, weil eine Rechtsbegebenheit nicht so ist, wie er sie zu sein benötigt. Zu denken ist etwa an die rechtsgeschäftliche Begründung von Rechten gegenüber Dritten, an die Herbeiführung öffentlich-rechtlicher Bewilligungen (vgl. Rz 448 ff.), an die Begründung, Eliminierung oder Änderung bestehender Rechte durch die Ausübung von Gestaltungsrechten, an die Nichtausübung von Rechten usw. 77

**c.** Der Normtext von OR 91 differenziert nicht danach, ob eine Mitwirkungsleistung *faktischer oder rechtlicher Natur* ist<sup>76</sup>, und das zu Recht: Es entbehrt einer inneren Rechtfertigung, dem Schuldner die Rechtsbehelfe des Gläubigerverzugs nur dann zu gewähren, wenn der Gläubiger sich mit dem einen Mitwirkungsleistungstyp verspätet, nicht aber, wenn er sich mit dem anderen verspätet, wo der Schuldner doch in beiden Fällen gleichermassen von der Erfüllung abgehalten wird. Der Gläubiger gerät deshalb unter OR 91 durch die Unterlassung faktischer und rechtlicher Mitwirkungsleistungen gleichermassen in Gläubigerverzug. 78

**4.** Es kommt vor, dass sich faktische und rechtliche Mitwirkungsleistungen überlagern, weil sie zur Bewirkung der gehörigen Erfüllung **kumuliert** erforderlich sind. Beispielsweise geht mit der faktischen Bereitstellung einer unbeweglichen Sache (faktische Mitwirkungsleistung), die im Eigentum des Gläubigers liegt, regelmässig auch eine rechtliche Duldung des Gläubigers einher (rechtliche Mitwirkungsleistung), indem ihm nun obliegt, auf die Ausübung seiner eigentumsrechtlichen Abwehransprüche (ZGB 641 II) zu verzichten. In solchen Fällen sind beide Gläubigerleistungen eigenständige und erfüllungsrelevante Mitwirkungsleistungen; die Erfüllung hängt von ihnen gleichermassen ab. Davon zu unterscheiden sind Konstellationen, in denen sich eine faktische Mitwirkungsleistung mit einer nicht erfüllungsrelevanten Veränderung der Rechtslage verbindet, oder in denen sich eine rechtliche Mitwirkungsleistung mit einer Veränderung der Tatsachenlage verbindet. Beispielsweise führt die Übergabe einer Sache nicht nur zur faktischen Verfügungsmacht des Empfängers, sondern auch zu einer Veränderung des Besitzes daran (ZGB 919 ff.). Soweit aber der benötigte Erfolg in der fakti- 79

<sup>76</sup> Vgl. etwa die Bsp. bei SCHRANER, ZK-OR, Art. 91 N 121: Versorgen des Arbeitnehmers mit Arbeitsmaterial (faktische Mitwirkungsleistung), Gewährung des Zutritts zum Baugrund (faktische Mitwirkungsleistung) und Einholung einer Baubewilligung (rechtliche Mitwirkungsleistung).

schen Verfügungsmacht liegt und nicht im zugleich erzielten Rechtserfolg, bleibt die Mitwirkungsleistung ihrer Natur nach eine faktische, und der damit bezweckte Erfolg tritt mit und wegen der Veränderung der Tatsachenlage, nicht wegen der Veränderung der Rechtslage ein. Bei rechtlichen Mitwirkungsleistungen wird es häufig zu einer Überlagerung von Rechts- und Tatsachenerfolg kommen, weil es für Rechtserfolge meistens eines positiven Verhaltens des Gläubigers bedarf (zum Beispiel einer Willenserklärung oder -betätigung; vgl. OR 6)<sup>77</sup>. Hier gilt sinngemäss: Soweit der für die Erfüllung relevante Erfolg im Rechts- und nicht im Tatsachenerfolg liegt, bleibt die Mitwirkungsleistung ihrer Natur nach eine rechtliche, und der damit bezweckte Erfolg tritt mit und wegen der Veränderung der Rechtslage ein, nicht mit der Veränderung der Tatsachenlage.

- 80 **5. Der Leistungsinhalt** kann sich im Verlaufe des Vertragsvollzugs **verändern** (Rz 14, 74), und mit ihm – nicht zwingend, aber möglicherweise – die erforderlichen Mitwirkungsleistungen; es können Mitwirkungsleistungen neu hinzutreten, wegfallen oder sich verändern. Die Leistung kann durch Gesetzesänderungen (rechtlich) unmöglich oder widerrechtlich werden oder auch aufgrund einer frühzeitigen Vertragsbeendigung (beispielsweise Kündigung aus wichtigem Grund) nicht mehr geschuldet sein. Geht ein Schuldverhältnis aus solchen oder anderen Gründen in ein Rückabwicklungsverhältnis über, können ursprünglich nicht vorauszusehende Mitwirkungsleistungen erforderlich werden. Dasselbe gilt, wenn eine Partei durch einseitiges Rechtsgeschäft (beispielsweise die Ausübung eines einseitigen Gestaltungsrechts) oder die Parteien durch einvernehmliche Vertragsanpassung den Leistungsinhalt modifizieren, sei es, weil sie ihre Absichten geändert haben oder weil eine Veränderung der Umstände eine Vertragsanpassung notwendig macht<sup>78</sup>. Im

---

<sup>77</sup> Der Rechtserfolg der Duldung wird demgegenüber normalerweise durch Untätigkeit erzielt.

<sup>78</sup> Bsp.: Bei Vertragsschluss ist der Unternehmer noch Baugrundeigentümer und demnach rechtlich imstande, die Baubewilligung ohne Mitwirkung des Bauherrn zu erwirken, wozu er sich vertraglich verpflichtet. Wechselt das Baugrund bildende Grundstück im Verlaufe des Vertragsvollzugs ins Eigentum des Bauherrn über und ist das Baubewilligungsverfahren noch nicht eingeleitet, erfordert dessen Einleitung nun neuerdings die Mitwirkung des Bauherrn (vgl. z.B. Fn 655). Passen die Parteien den Vertrag nicht einvernehmlich an, wird im (gerichtlichen) Streitfall die Leistungspflicht des Unternehmers wohl dahingehend zu reduzieren sein, dass er nicht (mehr) verpflichtet sei, die Baubewilligung ohne die Mitwirkung des Bauherrn zu erwirken. Mit dieser Anpassung der Leistungspflicht verändert sich das Mitwirkungspensum.



Streit droht zudem die Ergänzung der Leistungspflicht durch das Gericht, soweit die Voraussetzungen hierfür gegeben sind (vgl. Rz 285 f.).

### C. Das Mitwirkungsverhalten

1. Seine Leistung hat der Schuldner grundsätzlich durch ein **Tun, Dulden oder Unterlassen**<sup>79</sup> zu erbringen. Der Leistungserfolg beruht kaum je auf einem einzigen Erfüllungsverhalten, sondern ist das Ergebnis einer Vielzahl konkreter Verhaltensweisen des Schuldners, die geeignet sind, zum geschuldeten Zielzustand zu führen<sup>80</sup>. So kann schon jedes Tun, wie auch jede Duldung und Unterlassung im Geiste in beliebig viele Teilverhalten unterteilt werden, die untereinander in *alternativer oder kumulativer Funktion* stehen<sup>81</sup>. Alternative Verhaltensweisen, die zur Erfüllung taugen, führen jede für sich genommen zum (Teil-)Erfolg, wobei es mangels anderer gesetzlicher oder vertraglicher Anordnungen genügt, dass der Schuldner mindestens eine dieser Verhaltensweisen einnimmt. Das liegt auf der Hand, wenn zwei zur Erfüllung taugliche Verhaltensweisen in tatsächlicher Hinsicht nicht kumulativ eingenommen werden können<sup>82</sup>. Die Wahl des betreffenden Verhaltens ist in Ermangelung einer anderweitigen Regel dem Schuldner überlassen. Keine Wahl hat der Schuldner demgegenüber, wenn allein eine Verhaltensweise oder nur mehrere Verhaltensweisen kumulativ geeignet sind, den geschuldeten Zielzustand zu schaffen.

2. Diese strukturellen Überlegungen zur Schuld lassen sich auf die Gläubigermitwirkung übertragen, genauer auf das **Mitwirkungsverhalten**. Dieses bildet auf der Seite des Gläubigers das Ebenbild des vom Schuldner zur Bewirkung des geschuldeten Zielzustands einzunehmenden alternativen oder kumulativen Erfüllungsverhaltens: Das Mitwirkungsverhalten beschreibt die-

---

<sup>79</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz 35–38.

<sup>80</sup> Vgl. VIONNET, FS von der Crone, S. 62.

<sup>81</sup> Bsp.: Erfordert die Barzahlung des Kaufpreises, dass der Käufer sich an den Wohnsitz des Verkäufers begibt (OR 74 II Ziff. 1), ist es dem Käufer überlassen, ob er den Weg dorthin zu Fuss oder mit dem Bus hinter sich bringt. Nicht überlassen ist ihm freilich, ob er den Weg mit oder ohne sein Bargeld antritt; dieses mitzunehmen, steht in kumulativer Funktion zu seiner Anreise zum Verkäufer.

<sup>82</sup> Bsp.: Hat der Verkäufer dem Käufer vereinbarungsgemäss an seinem Wohnsitz Eigentum am geschuldeten Mobilium zu verschaffen, so kann er die Kaufsache entweder mit der Post versenden oder sie persönlich vorbeibringen, hat aber nicht beides zu tun und kann es auch nicht.

jenigen Verhaltensweisen des Gläubigers, die alternativ<sup>83</sup> und/oder kumulativ geeignet und erforderlich sind, um eine bestimmte Mitwirkungsleistung zu erbringen. Auch das Mitwirkungsverhalten äussert sich in einem Tun, Dulden oder Unterlassen<sup>84</sup>. Wie für Erfüllungsverhalten des Schuldners gilt auch für das Mitwirkungsverhalten: In Ermangelung anderer Regeln steht dem Gläubiger bei alternativen Verhaltensmöglichkeiten die Wahl zu, mit welchen konkreten Mitwirkungsverhalten er die Mitwirkungsleistung herbeiführen will. Keine Wahl hat er bei kumulativ erforderlichen Mitwirkungsverhalten, da es zur Bewirkung der Mitwirkungsleistung aller kumulativen Verhalten bedarf.

- 83 **3. Der Bestand** der für eine bestimmte Mitwirkungsleistung tauglichen Mitwirkungsverhalten ergibt sich aus den **tatsächlichen Umständen** der Erfüllung und folgt inhaltlich damit, anders als die Mitwirkungsleistung, dem Gang der Erfüllungsbedingungen. Wohl lässt sich in aller Regel im Voraus abschätzen, welche Mitwirkungsverhalten für eine bestimmte Mitwirkungsleistung erforderlich sein werden. Eine zufällige Veränderung der Umstände kann freilich diesen Bestand an Mitwirkungsverhalten reduzieren oder ausweiten. So kann ein Mitwirkungsverhalten, das aus Sicht des Vertragsschlusses noch allein zur benötigten Mitwirkungsleistung geführt hätte, durch eine Änderung der Umstände unmöglich werden oder es verliert dahingehend seine Zweckmässigkeit, dass es mit anderen Verhaltensweisen ergänzt oder durch solche substituiert werden muss<sup>85</sup>. Das hat Folgen für den Gläubiger, denn grundsätzlich nimmt OR 91 keine Rücksicht auf die im Verlauf des Vertragsvollzugs eintretenden Veränderungen des tauglichen Mitwirkungs-

---

<sup>83</sup> Bsp.: Garagist U. soll das Auto des B. reparieren. Die Mitwirkungsleistung des B. liegt darin, dem U. in seiner Werkstatt physischen Zugang zum Auto zu ermöglichen. B. kann dem U. das Auto vorbeibringen, seinen Sohn damit beauftragen oder aber dem U. die Haus- und Fahrzeugschlüssel postalisch zukommen lassen, damit er das Auto abholt (vorausgesetzt wäre hier freilich, dass die Abholung in die Leistungspflicht des U. fällt).

<sup>84</sup> Vgl. demgegenüber ZELTNER, Diss., Rz 30: «*Handlungen* des Bauherrn [...] welche darauf angelegt sind, [...] die Erbringung der Unternehmerleistung zu unterstützen und zu ermöglichen»; GAUCH, Werkvertrag, Rz 1329: «[...] Vorbereitungs- oder andere[n] für die Ausführung des Werkes erforderliche[n] *Handlungen*» (H.h.).

<sup>85</sup> Bsp.: Führt ein Erdbeben während des Vertragsvollzugs dazu, dass das vom Bauherrn bereitzustellende Bauholz auf einem benachbarten Grundstück zu liegen kommt, so wird seine Mitwirkungsobliegenheit dahingehend auszulegen sein, dass es ihm neuerdings auch zufällt, bei bzw. mit seinem Nachbarn für die Bergung des Holzes besorgt zu sein.

verhaltens. Greifen bei solchen Veränderungen keine besonderen Regeln (namentlich jene der unverschuldeten Leistungsunmöglichkeit im Sinne von OR 119 oder der Vertragsanpassung; *clausula rebus sic stantibus*, vgl. Rz 718), obliegt es den Parteien weiterhin, das Schuldverhältnis zu erfüllen, wie es gilt: So hat zum Beispiel der Gläubiger zum Zwecke der Mitwirkung nun auch solche Verhaltensweisen einzunehmen, von denen er im Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch nicht wusste und nicht wissen konnte, dass sie für eine bestimmte Mitwirkungsleistung erforderlich werden würden<sup>86</sup>.

#### D. Die Risikoverteilung

1. Der Tatbestand von OR 91 erfordert grundsätzlich nicht das Ausbleiben 84  
eines Mitwirkungsverhaltens, sondern das Ausbleiben einer Mitwirkungsleistung. Zwar setzt der Wortlaut voraus, dass Annahme und Vorbereitungs-  
handlungen «verweigert» werden, was so verstanden werden kann, dass der Gläubiger die erforderlichen Mitwirkungsverhalten gar nicht erst einnimmt. Genau genommen kommt es darauf aber nicht an, sondern allein, dass der Schuldner aufgrund des Mitwirkungsversagens an der Leistung verhindert ist. Entscheidend ist mithin nicht, wie viele und welche Mitwirkungsverhalten der Gläubiger (nicht) eingenommen hat, sondern ob damit der ihm obliegende **Mitwirkungserfolg erreicht worden ist oder nicht**. Soweit sich der Mitwirkungserfolg in einem bestimmten Mitwirkungsverhalten erschöpft (zum Beispiel einer Unterlassung), ist die Mitwirkungsleistung nicht erbracht, solange der Gläubiger sich nicht entsprechend verhält. Beruht ein Mitwirkungserfolg auf mehreren Mitwirkungsverhalten, mag sich der Gläubiger richtig verhalten, aber der Erfolg trotzdem nicht eintreten, womit die Mitwirkungsleistung wiederum nicht erbracht ist. Solange es am Mitwirkungserfolg fehlt, trägt grundsätzlich der Gläubiger das Risiko des erfolglosen Mitwirkungsverhaltens, indem er dadurch (bei gegebenen übrigen Voraussetzungen, Rz 1204 ff.) in Gläubigerverzug gerät.

---

<sup>86</sup> Vgl. das Bsp. bei GAUCH, Werkvertrag, Rz 1204: Geht das Werk ganz oder teilweise unter und trägt der Unternehmer weiterhin die Leistungsgefahr, verändern sich möglicherweise aufgrund des Schadensereignisses die erforderlichen Mitwirkungsverhalten des Bestellers.

- 85 2. Zunächst fragt sich allerdings, wer die «**Mitwirkungsgefahr**» trägt<sup>87</sup>, wenn die Mitwirkungsleistung nachträglich, objektiv und dauerhaft **unmöglich** wird. Diesfalls lässt sich die auf OR 119 I abgestützte Überlegung heranziehen, wonach ja auch der Schuldner den Leistungserfolg nicht unbedingt schuldet, sondern lediglich das Verhalten, das geeignet ist, in Abwesenheit eines nicht ihm zuzurechnenden Leistungshindernisses die Schuldpflicht zu erfüllen<sup>88</sup>. Sinngemäss obliegt auch dem Gläubiger die Mitwirkungsleistung nicht unbedingt, sondern nur insofern, als er alle Mitwirkungsverhalten einzunehmen hat, die geeignet sind, in Abwesenheit eines nicht ihm zuzurechnenden Unmöglichkeitssgrunds seine Obliegenheit zu erfüllen. Zum selben Ergebnis gelangt man durch die Annahme, dass die Unmöglichkeit einer Mitwirkungsleistung auch die Unmöglichkeit der Leistung bewirkt. So gesehen überzeugt die Auffassung, wonach die dauerhafte Unmöglichkeit der Mitwirkung nicht zu Gläubigerverzug, sondern zu den Regeln der unverschuldeten Leistungsunmöglichkeit führt<sup>89</sup>.
- 86 3. Solange die Mitwirkungsleistung aber möglich ist, stellt sich die Frage, **wann bzw. wodurch** der Gläubiger die ihm obliegende Mitwirkungsleistung erbringt, also den **Mitwirkungserfolg erzielt**. Denn solange der Mitwirkungserfolg nicht erreicht ist, bleibt es das Risiko des Gläubigers, den Gegenstand der Mitwirkungsleistung wiederherzustellen, wieder zu beschaffen, zu substituieren usw., wenn dieser zuvor beschädigt, verloren oder die Mitwirkungsleistung sonst in irgendeiner Weise erschwert worden ist. Erst nach Erreichen des Mitwirkungserfolgs geht die einmal ausgerichtete Mitwirkungsleistung im Nicht- oder Schlechterfüllungsrisiko des Schuldners auf. Relevant mag diese Frage zum Beispiel werden, wenn die Mitwirkungsleistung darin besteht, dem Schuldner eine Information oder eine Sache zu verschaffen. Dabei kann in Ermangelung vertraglicher oder gesetzlicher Regeln auf allgemeine Prinzipien abgestellt werden:

---

<sup>87</sup> Dies analog zur Leistungsgefahr, die der Schuldner insoweit trägt, als er auf seine Leistungspflicht behaftet bleibt, wenn der Leistungsgegenstand zwischen dem Abschluss und der Erfüllung des Vertrags ohne sein Verschulden untergeht oder sich verschlechtert (HRUBESCH-MILLAUER, CHK-OR, Art. 185 N 1).

<sup>88</sup> Vgl. KRAMER, BK-OR, Einl N 73 m.w.N.

<sup>89</sup> Vgl. WEBER, BK-OR, Art. 91 N 41. Freilich wird a.a.O. die analoge Anwendung der Gläubigerverzugsregeln erwogen, wenn die Unmöglichkeitsregeln «zu einem nicht akzeptierbaren Ergebnis führen».

**a.** Hat der Gläubiger eine Willens- oder Wissenserklärung an den Schuldner abzugeben, ist das *Zugangsprinzip* heranzuziehen<sup>90</sup>. Hiernach trägt zunächst der Gläubiger das Übermittlungsrisiko. Geht die Erklärung bei der Übermittlung verloren, bevor sie in die Machtsphäre des Schuldners gelangt, hat der Gläubiger die Erklärung zu wiederholen, will er ein Mitwirkungsversäumnis vermeiden. Ist demgegenüber die Erklärung dem Schuldner zugegangen und geht sie erst hinterher unter, liegt das Risiko beim Schuldner. Bei schriftlichen Erklärungen muss der Erklärungsträger in den Machtbereich des Schuldners gelangt sein. E-Mails müssen für den Schuldner abrufbar sein. Mündliche Erklärungen müssen entweder dem Schuldner oder seinem Vertreter zugehen<sup>91</sup>. Nimmt der Schuldner anschliessend keine Kenntnis von der Erklärung oder geht die Erklärung dann verloren und verhindert ihn dies naturgemäss an der gehörigen Erfüllung, tritt nicht Gläubigerverzug ein. Vielmehr haftet der Schuldner dem Gläubiger nach den Regeln der Nicht-, Schlecht- oder Späterfüllung (OR 97 I, 101 I, 102 I)<sup>92</sup>. Das Übermittlungsrisiko, dessen Träger nun der Schuldner ist, verkörpert sich mit anderen Worten in seiner Pflicht, die Leistung gehörig zu erbringen.

**b.** Hat der Gläubiger dem Schuldner eine Sache zu verschaffen, ist das *Traditionsprinzip* heranzuziehen, davon ausgehend, dass die Verschaffungsmitwirkung auf die Begründung von Besitz abzielt. Besitz erlangt der Schuldner mit der «tatsächlichen Gewalt» (ZGB 919 I) über die Sache und dem Willen zur Sachherrschaft<sup>93</sup>. Hierzu hat der Gläubiger dem Schuldner die Sache selbst oder die Mittel, die letzterem die Gewalt über die Sache verschaffen (ZGB 922 I), zu übertragen. Erforderlich ist nicht, dass der Schuldner von

<sup>90</sup> Bspw. HÜRLIMANN, Komm-SIA-118, Art. 24 N 3: Die Vertragsparteien «übergeben» einander im Sinne der Norm Informationen, indem sie diese «mit Wissen und Willen zugänglich» machen. Vgl. im Übrigen GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz 196.

<sup>91</sup> Vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz 197, 199, 202 f.

<sup>92</sup> Bsp.: Der Kunstkäufer, dem vertraglich eine Plastik seiner Wahl zum Fixpreis versprochen ist, versendet der Galerie eine briefliche Wahlerklärung über die von ihm gewünschte Plastik. Geht der Brief während des Versands verloren, trägt der Käufer das Übermittlungsrisiko, und es tritt Gläubigerverzug in dem Moment ein, da der Verkäufer nach Vertrag (oder Treu und Glauben) mit dem Eingang der Wahlerklärung hat rechnen dürfen (siehe auch zum sog. Abrufsrecht: Rz 462). Geht der Brief demgegenüber bei der Galerie ein und wird er hinterher aus deren Briefkasten gestohlen, ist Gläubigerverzug ausgeschlossen, weil das Übermittlungsrisiko mit der Zustellung auf die Galerie übergegangen ist. Vielmehr riskiert nun die letztere, sich pflichtwidrig zu verspäten.

<sup>93</sup> SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rz 96 ff.

seiner Verfügungsmacht Gebrauch macht, sondern lediglich, dass er davon Gebrauch machen könnte, wenn er es wollte. Ist der Schuldner noch nicht zum Besitzer der Sache gemacht worden und geht die Sache unter oder verschlechtert sie sich, «haftet» hierfür der Gläubiger in dem Sinne, als er die Sache ersetzen, substituieren oder wieder instand stellen und dem Schuldner weiterhin verschaffen muss, will er ein Mitwirkungsversäumnis vermeiden. Ist aber dem Schuldner der Besitz an der Sache verschafft, ist die Mitwirkungsleistung erbracht; fortan trägt der Schuldner das Risiko der Mitwirkungsleistung insoweit, als er dem Gläubiger für die Verletzung seiner Leistungspflicht haftet, wenn die Sache hernach untergeht oder sich verschlechtert und seine Leistung in der Folge unmöglich wird oder nur noch schlecht erbracht werden kann.

- 89 **4. Beim graduellen Mitwirkungsversäumnis** bereitet die Risikoverteilung Schwierigkeiten. Gemeint sind Fälle, in denen der Gläubiger die Mitwirkung zwar nicht gänzlich, aber wenigstens teilweise versäumt, sodass die Erfüllungshandlungen des Schuldners nur, aber immerhin *teilweise behindert* werden, wenn auch nicht so schwer, wie wenn die Mitwirkung gänzlich unterbliebe. In solcher Art und Weise säumig werden kann der Gläubiger nur bei Leistungspflichten, deren Erfüllung nicht entweder ganz oder gar nicht eintritt, wie etwa bei Zielschuldverhältnissen<sup>94</sup>, sondern je nach Umfang der Mitwirkung graduelle, qualitative Unterschiede annehmen kann. In Frage kommt das praktisch nur bei Dienstleistungsschulden, deren Erfüllung stark von der Eignung des Mitwirkungsverhaltens abhängt. Begrifflich unterscheidet sich dieses Teilversäumnis von der qualitativ unzureichenden Mitwirkung, also der *Schlechtmitwirkung* insofern, als der Gläubiger hier nicht pflichtwidrig handelt, solange er den Schuldner durch das Teilversäumnis bzw. durch die reduzierte Mitwirkung nicht zugleich in seiner Integrität verletzt (dazu Rz 709 f.). Jedenfalls schiene es in solchen Fällen nicht nur impraktikabel, sondern auch dogmatisch schwer begründbar, den Gläubigerverzug nur hinsichtlich des ausbleibenden Teils der Mitwirkungsleistung eintreten zu lassen, wenn die Schuld keine teilbare ist<sup>95</sup>. Ist der Schuldner im Sinne von OR 81 I zur vorzeitigen Erfüllung einer Dienstleistungspflicht

---

<sup>94</sup> Bsp.: Hinwegnahme oder Nichthinwegnahme einer beweglichen Sache.

<sup>95</sup> Bspw. wäre dem Dienstleistungsschuldner nicht geholfen, aber auch die Rechtslage kaum erklärbar, wenn er nach OR 95 nur für die gehemmte Quote der geschuldeten Dienstleistung zum Rücktritt berechtigt wäre, zugleich aber diese Quote genau dieselben Erfüllungshandlungen beinhaltet, wie die nicht behinderte Quote der geschuldeten Dienstleistung.

zugelassen (Rz 107), lässt sich daraus vielmehr sein Recht ableiten, das Tempo, mit dem er auf die Erfüllung hinarbeitet, autonom zu bestimmen. Bremst das graduelle Mitwirkungsversäumnis das Arbeitstempo, gereicht m.E. schon die teilweise Behinderung zur *insgesamt* unzureichenden Mitwirkung im Sinne von OR 91. Dem Schuldner stehen deshalb die Behelfe des Gläubigerverzugs (namentlich OR 95) mit Blick auf die gesamte geschuldete Leistung – auch die «unbehinderte» Quote hiervon – offen.

### III. Zeit und Ort

#### A. Zeitraum des Mitwirkungsbedarfs

1. In der Literatur wird teilweise schon dann von der «Mitwirkung» einer Partei gesprochen, wenn zwischen den Parteien (noch) kein Schuldverhältnis entstanden ist<sup>96</sup>. Dieser Terminologie wird hier nicht gefolgt, weil die Regeln des Gläubigerverzugs eine **wirksam zustande gekommene Obligation** voraussetzen. Das ergibt sich aus ihrer systematischen Verortung im zweiten Titel des OR AT («Die Wirkung der Obligationen»). Obliegt es demgegenüber etwa im *vorvertraglichen* Stadium dem «künftigen» Gläubiger, durch die Vornahme einer bestimmten Handlung dem Vertrag erst zur Wirksamkeit zu verhelfen, so liegt darin vielleicht eine Mitwirkung im umgangssprachlichen Sinne, nicht aber im Sinne von OR 91 ff. Denn die Unterlassung dieser Handlung verhindert den «Schuldner» noch nicht an der Erfüllung, vielmehr schuldet er noch gar keine Leistung. Dem wie auch immer gearteten Beitrag des Gläubigers mangelt es in diesem Fall an der in OR 91 ff. vorausgesetzten Erfüllungsrelevanz. Nach dem Gesagten ist der frühestmögliche Zeitpunkt, ab welchem dem Gläubiger eine Mitwirkung im hier verstandenen Sinne obliegen kann, derjenige, in dem die Forderung entsteht, deren Gläubiger er wird<sup>97</sup>. Siehe im Übrigen zu vorvertraglichen Sorgfaltspflichten und vertraglichen Verhandlungspflichten Rz 716 f./718 ff.

<sup>96</sup> Trotzdem wird in der Literatur manchmal schon dann von «Mitwirkungspflichten» gesprochen; vgl. Rz 335 f. Vgl. auch die Ausschreibung des Bauherrn als «Mitwirkungshandlung» bei SCHUMACHER/KÖNIG, Rz 344.

<sup>97</sup> Vgl. MERZ, SPR VI/1, S. 68 («bedeutsam» seien Mitwirkungspflichten, «wenn rechtsgeschäftliche übereinstimmende Willensäußerungen bereits vorliegen [...]»).

- 91 **2.** Aus denselben Überlegungen heraus obliegt die Mitwirkung dem Gläubiger grundsätzlich solange, bis die mitwirkungsbedürftige(n) Schuldpflicht(en) des Schuldners **erlöschen**. Bei Schuldverhältnissen, die mehrere Obligationen umfassen, wie namentlich bei Verträgen (Haupt- und Nebenleistungspflichten), obliegt dem Gläubiger demnach die Mitwirkung so lange, wie die mitwirkungsbedürftigen Haupt- und Nebenleistungspflichten des Schuldners noch nicht erloschen sind. Dabei ist zu beachten, dass Nebenpflichten die nunmehr erfüllten Hauptleistungspflichten überdauern können, und dass dem Schuldner nach Erfüllung der Haupt- und Nebenpflichten neue, nachwirkende Vertragspflichten entstehen können<sup>98</sup>. Erfordern solche Nebenpflichten bzw. nachwirkende Pflichten eine Mitwirkung des Gläubigers<sup>99</sup>, so obliegt sie ihm auch noch nach Erlöschen der Hauptleistungspflicht. Zu den Leistungspflichten des Schuldners gehören sodann auch jene, die sich erst aus der Verletzung seiner Haupt- oder Nebenpflichten ergeben, wie namentlich Schadenersatz- und Gewährleistungsansprüche, die sowohl entstehen können, solange die vertraglichen Haupt- und Nebenpflichten noch bestehen, als auch, nachdem diese erfüllt worden sind<sup>100</sup>. Eine typische mitwirkungsbedürftige Gewährleistungspflicht des Schuldners ist etwa die Nachbesserungspflicht des Unternehmers (OR 368 II), die vom Besteller regelmässig erfordert, dass er dem Unternehmer das Werk, das nunmehr in seiner oder in fremder Verfügungsmacht liegt, weiterhin oder erneut zur Verfügung stellt<sup>101</sup>.
- 92 **3.** Zu unterscheiden ist das Erlöschen freilich von der blossen Undurchsetzbarkeit der Gläubigerforderung: Bietet der Schuldner dem Gläubiger eine mitwirkungsbedürftige Leistung an, für die das Forderungsrecht des Gläubigers **verjährt** ist, so obliegt dem Gläubiger auch für jene Leistung die Mitwirkung, und ein Mitwirkungsversäumnis löst unverändert Gläubigerverzug

---

<sup>98</sup> Vgl. zu nachwirkenden Vertragspflichten MIDDENDORF, Diss., *passim*/Rz 54 ff.

<sup>99</sup> Bspw. kann das Erstellen eines Arbeitszeugnisses nach OR 330a durchaus die Mitwirkung des Gläubigers (d.h.: des Arbeitnehmers) erfordern, soll das Zeugnis wahrheitsgetreu ausfallen (vgl. MIDDENDORF, Diss., Rz 294 ff.). Gibt der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber gar keine Rechenschaft über seine Tätigkeit ab, kann es vorkommen, dass der Arbeitgeber seine Pflicht, ein wahrheitsgetreues Arbeitszeugnis zu erstellen, gar nicht erfüllen kann.

<sup>100</sup> Es kann hier dahingestellt bleiben, ob Gewährleistungsansprüche sekundäre Ansprüche eigener Art oder (ggf. wiederauflebende) Erfüllungsansprüche des Gläubigers sind (vgl. etwa GAUCH, Werkvertrag, Rz 1714).

<sup>101</sup> KOLLER A., Nachbesserungsrecht, Rz 123 f.



aus. Denn allein, dass die Schuld nicht mehr klagbar ist, ändert nichts daran, dass die gesetzlichen Leistungsstörungenbestimmungen (einschliesslich Gläubigerverzugsregeln) zur Anwendung gelangen, wenn der Schuldner einen Erfüllungsversuch unternimmt.

## B. Zeitpunkt der Mitwirkung

Im Folgenden interessiert der Zeitpunkt, in welchem der Gläubiger mitzu- 93  
wirken hat, will er nicht in Gläubigerverzug geraten. Dieser Zeitpunkt wird wesentlich vom Erfordernis des **Mahngeschäfts**<sup>102</sup> geprägt, denn Gläubigerverzug setzt voraus, dass der Gläubiger vom Schuldner hinreichend zur Mitwirkung aufgefordert (gemahnt) worden ist. Vorausgesetzt ist sodann, dass der Gläubiger nach dem Empfang des Mahngeschäfts nicht innert angemessener **Reaktionsfrist** mitwirkt. Auf diese Erfordernisse und auf Ausnahmefälle ist nachfolgend einzugehen.

### 1. Zum Mahngeschäft im Allgemeinen

1. Das Erfordernis des Mahngeschäfts ergibt sich aus dem Tatbestand von 94  
OR 91: Er setzt voraus, dass der Schuldner entweder die Leistung gehörig anbietet und der Gläubiger sie nicht annimmt, oder dass der Schuldner die Leistung mangels einer Vorbereitungsleistung des Gläubigers nicht oder nicht gehörig anzubieten vermag (Rz 66 ff.), aber immerhin insoweit anbietet, als es ihm ohne die Mitwirkung möglich ist. In beiden Fällen wird dem Schuldner abverlangt, dass er einen wie auch immer gearteten **Leistungsversuch** unternimmt, durch welchen er den Gläubiger zur Mitwirkung auffordert, d.h. ein Mahngeschäft vornimmt. Denn dass eine mitwirkungsbedürftige Schuld erfüllbar (oder auch schon fällig) ist, führt allein nicht dazu, dass der Gläubiger mitwirken muss: Ebenso, wie der nicht leistende Schuldner nach Eintritt der Fälligkeit erst dann pflichtwidrig handelt, nachdem er vom Gläubiger zur Leistung angehalten (gemahnt) wurde<sup>103</sup>, handelt auch der nicht mitwirkende Gläubiger erst dann *obliegenheitswidrig*, wenn er vom Schuldner durch Mahngeschäft zur Mitwirkung aufgefordert worden ist<sup>104</sup>.

<sup>102</sup> Vgl. KOLLER A., OR AT, Rz 56.05, 56.31.

<sup>103</sup> SCHENKER, Diss., Rz 67 ff.

<sup>104</sup> Vgl. zu den Ausnahmefällen, in denen kein Mahngeschäft erforderlich ist: Rz 120 ff.

Erst das Mahngeschäft des Schuldners «aktualisiert» gewissermassen die Mitwirkungsobliegenheit des Gläubigers<sup>105</sup>.

- 95 **2.** Der Zweck des Mahngeschäfts ist es, dem Gläubiger die **Leistungsbereitschaft** des Schuldners mitzuteilen. Leistungsbereitschaft bedeutet, dass der Schuldner zur vertragsgemässen Leistung fähig und willens ist<sup>106</sup>. Dass dem so ist, muss der Schuldner dem Gläubiger jeweils in geeigneter, dem Leistungsinhalt gerecht werdender Weise **mitteilen**<sup>107</sup>, soll das anschliessende Mitwirkungsversäumnis zum Gläubigerverzug führen. Form und Inhalt dieser Erklärung müssen ausreichen, um die Leistungsfähigkeit und den Leistungswillen des Schuldners für den Gläubiger zu plausibilisieren, und gleichzeitig dürfen die Anforderungen an diese Plausibilisierung nicht *ad absurdum* getrieben werden<sup>108</sup>.
- 96 **3.** Klassischerweise werden zwei Typen des Mahngeschäfts unterschieden: das effektive Angebot der Leistung durch den Schuldner, die **Realoblation**, und die bloss «wörtliche» Mitwirkungsaufforderung, die **Verbaloblation**. Die Unterscheidung findet sich im schweizerischen Gesetzesrecht nicht, im Gegensatz etwa zum deutschen BGB § 294 f. Die zwei Typen von Mahngeschäften stehen nach der Lehre in folgendem Verhältnis:
- 97 **a.** Im *Grundsatz* muss das Mahngeschäft als *effektives Leistungsangebot* (Realoblation) ergehen: Vom Schuldner wird gefordert, dass er die Leistung tatsächlich und vertragsgemäss, eben «gehörig»<sup>109</sup> (OR 91) anbietet. Erst das gehörige Angebot führt im Falle der Gläubigersäumnis zum Gläubigerverzug; bietet der Schuldner die Leistung nicht oder nicht gehörig an, fehlt es demgegenüber an einer Voraussetzung für den Gläubigerverzug. Für ein gehöriges Leistungsangebot müssen die Erfüllungshandlungen des Schuldners einen solchen Stand erreicht haben, dass der Gläubiger die Leistung nur

---

<sup>105</sup> Vgl. SCHENKER, Diss., Rz 75 sinngemäss (dort im Zusammenhang mit dem Schuldnerverzug).

<sup>106</sup> SCHRANER, ZK-OR, Art. 91 N 60.

<sup>107</sup> Vgl. WEBER, BK-OR, Art. 91 N 81.

<sup>108</sup> Beispiele bei WEBER, BK-OR, Art. 91 N 81: So hat der Schuldner das geschuldete Geld nicht tatsächlich vorzuweisen, um seine Leistungsbereitschaft nahezulegen. Der Schuldner hat nicht über seine Bezugsquellen für Waren, wohl aber über den Fortgang von geschuldeten Arbeiten zu berichten.

<sup>109</sup> Vgl. LAMMICH, Rz 176 f.: örtlich, zeitlich und inhaltlich von der rechten Art, Güte und Menge.

noch entgegen zu nehmen<sup>110</sup>, nur noch «zuzugreifen»<sup>111</sup> braucht, um das Leistungsangebot in die Erfüllung zu überführen.

**b.** Dass sich das Mahngeschäft auf eine «wörtliche»<sup>112</sup> *Mitwirkungsaufforderung* (Verbaloblation) beschränken darf, bildet die *Ausnahme*. Die Verbaloblation ist qualitativ kein effektives («reales») Leistungsangebot, sondern beschränkt sich auf die Anzeige an den Gläubiger, dass der Schuldner nun leistungsbereit sei, verbunden mit der Aufforderung an ihn, die nötige Mitwirkungsleistung zu erbringen<sup>113</sup>. Mit der Verbaloblation kann sich der Schuldner ausnahmsweise begnügen, wenn das effektive Angebot ohne die Mitwirkung schlechthin unmöglich ist (ein Fall der Vorbereitungshandlung, Rz 68 f.), oder weil das tatsächliche Leistungsangebot für den Schuldner schikanös oder unzumutbar wäre<sup>114</sup>. Damit variiert der Zweck der wörtlichen Mitwirkungsaufforderung je nach Leistungs- und Mitwirkungsinhalt: Wenn dem Schuldner das effektive Angebot möglich, aber mangels Mitwirkung zwecklos und damit schikanös oder unzumutbar wäre<sup>115</sup>, lautet seine Aufforderung an den Gläubiger auf Einleitung und Vornahme der Annahmehandlung, damit das (an sich mögliche) Leistungsangebot *zweckvoll* wird. Kann der Schuldner demgegenüber überhaupt nicht anbieten, weil eine Vorbereitungshandlung des Gläubigers ausbleibt, lautet seine Aufforderung auf Vornahme der Vorbereitungshandlung, damit das Angebot *ermöglicht* wird. Das wörtliche Angebot ist in seiner Rechtswirkung dem effektiven Angebot gleichgestellt<sup>116</sup>. 98

**4.** Die Unterscheidung der beiden Mahngeschäftstypen ist herrschende Lehre, doch überzeugt sie nicht durchwegs. KOLLER bemängelt zu Recht, dass der Schuldner die Leistung immer zu einem gewissen Grad **sowohl «real» als auch «verbal»** anzubieten hat<sup>117</sup>. Real anzubieten habe der Schuldner, 99

<sup>110</sup> Vgl. WEBER, BK-OR, Art. 91 N 96 ff., 100 ff.

<sup>111</sup> LAMMICH, Rz 179 m.w.N.

<sup>112</sup> Gemeint ist jede ausdrückliche oder stillschweigende Ausdrucksweise, mit der sich ein Willen oder ein Wissen erklären lässt (vgl. LAMMICH, Rz 189).

<sup>113</sup> WEBER, BK-OR, Art. 91 N 124 ff. WEBER sieht den Zweck der Verbaloblation darin, den Gläubiger an die Mitwirkung zu «erinnern» (a.a.O., N 131).

<sup>114</sup> WEBER, BK-OR, Art. 91 N 124.

<sup>115</sup> Bsp.: Ein zweckloses Leistungsangebot bei der Holschuld, wenn der Gläubiger nicht zur Annahme erscheint; eine antizipierte Mitwirkungsverweigerung (Rz 110).

<sup>116</sup> Vgl. WEBER, BK-OR, Art. 91 N 97 f.

<sup>117</sup> KOLLER A., OR AT, Rz 56.52.

indem er seine Leistungsfähigkeit in tatsächlicher Hinsicht zu erstellen hat, bevor er den Gläubiger zur Mitwirkung auffordert. Dem ist zuzustimmen, weil sein Mahngeschäft andernfalls grundsätzlich wirkungslos bleibt<sup>118</sup> (siehe Rz 95, 1207 ff.). «Verbal» anzubieten habe er, indem er – nach Erstellung der Leistungsfähigkeit – dem Gläubiger konkludent oder ausdrücklich erklären muss, leistungsfähig und leistungswillig zu sein. Auch das trifft zu, weil die Leistungsbereitschaft des Schuldners allein nicht zum Gläubigerverzug führt<sup>119</sup>. Demnach finden sich im Mahngeschäft des Schuldners regelmässig Elemente beider Mahngeschäftstypen: So hat sich zum Beispiel der Schuldner einer Holschuld<sup>120</sup> die geschuldete Sache zunächst tatsächlich zu beschaffen oder wenigstens in «Griffweite» zu bringen, bevor er den Gläubiger zur Abholung der Sache auffordert<sup>121</sup>; darin liegt ein durchaus «reales» Element des späteren Leistungsangebots. Die Mitteilung an den Gläubiger wird demgegenüber «verbal», das heisst durch ausdrückliche oder konkludente Kommunikation zu erfolgen haben, soll der Schuldner nicht gezwungen sein, die Sache – in Überdehnung seiner Schuldpflicht – zum Gläubiger zu bringen; wie sonst sollte der Gläubiger von der Leistungsbereitschaft des Schuldners erfahren<sup>122</sup>?

- 100 5. Die Unterscheidung der Mahngeschäftstypen wäre immerhin dann angezeigt, wenn sie unterschiedliche Rechtsnaturen aufweisen würden. Das ist vor allem mit Blick auf die *Realoblation* zu prüfen: Während die Verbaloblation einhellig als rechtsgeschäftsähnliche, empfangsbedürftige Willenserklärung aufgefasst wird<sup>123</sup>, wird die Realoblation in Deutschland als **Realakt**

---

<sup>118</sup> Vgl. WEBER, BK-OR, Art. 91 N 81, 133.

<sup>119</sup> Vgl. LAMMICH, Rz 176.

<sup>120</sup> Ein Bsp. lässt sich auch für die *Bringschuld* machen: Ist eine Dienstleistung am Sitz des Gläubigers geschuldet und ist hierzu logistische Koordination mit dem Gläubiger bzw. seinen Hilfspersonen erforderlich (z.B. für die Gewährung von Zutritt/Zugang), so hat zwar der Schuldner leistungsbereit beim Gläubiger zu erscheinen, doch genügt sein insofern reales Leistungsangebot allein noch nicht, wenn der Gläubiger davon keine Kenntnis erlangt und auch nicht erlangen kann, weil es ihm vom Schuldner nicht hinreichend mitgeteilt wird.

<sup>121</sup> Vgl. das Bsp. bei KOLLER A., OR AT, Rz 56.52.

<sup>122</sup> Daraus erhellet, dass der Begriff der Realoblation (das tatsächliche Angebot) ursprünglich auf die Bring- und Schickschuld gemünzt war (LAMMICH, Rz 181 m.V.a. BGB § 294/295).

<sup>123</sup> Mit Blick sowohl auf die Verbal- als auch auf die Realoblation, also auf die Aufforderung zur Mitwirkung (das Mahngeschäft) schlechthin: SCHRANER, ZK-OR, Art. 91 N 74; WEBER, BK-OR, Art. 91 N 97.

(Tathandlung)<sup>124</sup>, in der Schweiz dagegen ebenfalls als **rechtsgeschäftsähnliche** und damit **empfangsbedürftige Willenserklärung** aufgefasst<sup>125</sup>. Die Einstufung als Realakt hätte demgegenüber zur Folge, dass der Gläubiger in Verzug geraten kann, ohne dass das Angebot des Schuldners in seinen Empfangsbereich «vorgedrungen» sein muss<sup>126</sup>; es würde dann genügen, dass der Schuldner das Leistungsangebot gehörig unterbreitet, selbst wenn dieser Umstand dem Gläubiger nach Treu und Glauben gar nicht zur Kenntnis gelangen könnte. Dieser Auffassung ist nicht zu folgen, dies in *Analogie* zu den Regeln des Schuldnerverzugs:

a. In Ermangelung eines bestimmten Verfalltags im Sinne von OR 102 II hat 101  
der Gläubiger den Schuldner zu mahnen, indem er die Leistung in *unmissverständlicher Weise* verlangt<sup>127</sup>. Diese an den Schuldner gerichtete und empfangsbedürftige<sup>128</sup> Erklärung ist eine sinnvolle Voraussetzung für die Pflichtwidrigkeit des Schuldnerverhaltens<sup>129</sup>, weil in Abwesenheit einer Verfalltagsabrede der Schuldner nicht ohne weiteres erkennt, ob der Gläubiger die Leistung nun haben will oder nicht. Dass demgegenüber der Schuldner in Verzug geraten solle, ohne dass er vorgängig Kenntnis davon erlangt, dass der Gläubiger die Leistung verlangt, wäre nicht adäquat.

b. Dasselbe sollte im Gläubigerverzug gelten: Der Gläubiger sollte – ausserhalb der analogen Fälle von OR 102 II (Rz 120 ff.) – nicht in Gläubigerverzug geraten können, ohne vorgängig über die Leistungsbereitschaft des Schuldners *informiert* worden zu sein bzw. die *Möglichkeit zu deren Kenntnisnahme* gehabt zu haben. Dies umso mehr, als der Gläubiger lediglich einer Mitwirkungsobliegenheit, nicht einer Schuldpflicht unterliegt und die Rechtsfolgen des Gläubigerverzugs, wie ja auch jene des Schuldnerverzugs (OR 107 II/109), zumindest beim Dienstleistungsschuldner zur Auflösung des Vertrags führen können (vgl. OR 95). Gründe dafür, den Gläubiger bei der Realoblation strenger zu behandeln als den Schuldner bei der Mahnung, 102

<sup>124</sup> LAMMICH, Rz 183.

<sup>125</sup> BUCHER, OR AT, S. 321; KOLLER A., OR AT, Rz 56.34; SCHRANER, ZK-OR, Art. 91 N 74; WEBER, BK-OR, Art. 91 N 97. Betreffend die zum *Schuldnerverzug* führende Mahnung: GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz 2728.

<sup>126</sup> Vgl. WEBER, BK-OR, Art. 91 N 97.

<sup>127</sup> SCHENKER, Diss., Rz 88.

<sup>128</sup> GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz 2704; GUHL/KOLLER A., § 32 Rz 4; SCHENKER, Diss., Rz 145 ff.

<sup>129</sup> SCHENKER, Diss., Rz 69.

kommen keine in Betracht. Sowohl die Verbal- als auch die Realoblation sind deshalb als empfangsbedürftige Willenserklärungen aufzufassen.

- 103 **6. Im Ergebnis** liegt wenig Wert darin, die zwei Mahngeschäftstypen begrifflich zu unterscheiden. Im Prinzip hat der Schuldner *erstens* Leistungsfähigkeit zu erstellen, indem er jene Handlungen vornimmt, die nach der Natur der Sache und entsprechend den Geschäftsusancen im Voraus zu erbringen sind<sup>130</sup>, und die ihm in Ermangelung der Gläubigermithwirkung möglich und zumutbar sind. *Zweitens* hat er dem Gläubiger die in diesem Umfang erstellte Leistungsfähigkeit zusammen mit seinem Leistungswillen in einer angesichts der Umstände, des Leistungsinhalts und der Leistungsmodalitäten geeigneten Art und Weise mitzuteilen. Wann immer also das Mahngeschäft des Schuldners nicht in einem tatsächlichen, gehörigen Leistungsangebot besteht<sup>131</sup>, ist unter Berücksichtigung der konkreten Umstände zu fragen, ob der Schuldner die ohne Mithwirkung mögliche und zumutbare Leistungsbereitschaft erstellt hat und diese dem Gläubiger adäquat mitgeteilt hat. Ist beides zu bejahen, ist das Mahngeschäft wirksam; andernfalls aktualisiert sich die Mithwirkungsobliegenheit des Gläubigers nicht.

## 2. Zeitpunkt des Mahngeschäfts

- 104 Der Empfang des soeben umrissenen Mahngeschäfts durch den Gläubiger markiert den Zeitpunkt, ab welchem der Gläubiger innert angemessener Reaktionsfrist (Rz 115 ff.) mitwirken muss, will er nicht in Gläubigerverzug geraten. Massgeblich ist für ihn deshalb, *wann* bzw. *ab wann* der Schuldner das Mahngeschäft wirksam vornehmen kann. Die Leistungsbereitschaft des Schuldners wird im Folgenden vorausgesetzt.

### a. Wirksamkeit ab Erfüllbarkeit

- 105 **1.** Zur Leistung berechtigt ist der Schuldner mit Eintritt der Erfüllbarkeit<sup>132</sup>; sie bildet die erste Voraussetzung des Gläubigerverzugs<sup>133</sup> (siehe auch Rz 502 ff., 1206). Das Mahngeschäft ist damit grundsätzlich wirksam, wenn es dem Gläubiger **bei oder nach Eintritt der Erfüllbarkeit** zugeht. Geht es

---

<sup>130</sup> WEBER, BK-OR, Art. 91 N 94.

<sup>131</sup> Was bei Dienstleistungsschulden aus den genannten Gründen die Regel sein dürfte (Rz 70 ff.).

<sup>132</sup> Vgl. WULLSCHLEGER, CHK-OR, Art. 81 N 1.

<sup>133</sup> SCHWENZER, Rz 69.05. Vgl. für das deutsche Recht z.B. LAMMICH, Rz 171.

dem Gläubiger vor Eintritt der Erfüllbarkeit zu, ist es unwirksam und setzt den Gläubiger nicht in Verzug, weil zu diesem Zeitpunkt der Schuldner noch nicht zur Leistung berechtigt ist<sup>134</sup>. Der Schuldner kann den Gläubiger freilich bereits vor Eintritt der Erfüllbarkeit dazu anhalten, bei Eintritt der Erfüllbarkeit umgehend mitzuwirken<sup>135</sup>. Eine solche Willenserklärung versetzt zwar den Gläubiger nicht unmittelbar in Verzug, doch bewirkt sie zweierlei: Erstens lässt sie, *wenn* sie hinreichend bestimmt ausfällt, das Erfordernis des erneuten Mahngeschäfts nach eingetretener Erfüllbarkeit dahinfallen (vgl. Rz 553 f.). Zweitens verkürzt oder eliminiert sie – je nach den Umständen des Einzelfalls, namentlich nach der Natur der Mitwirkungsleistung – die dem Gläubiger zur Verfügung stehende Reaktionsfrist (Rz 115 ff.)<sup>136</sup>. Verbleibt dem Gläubiger immerhin eine solche, so beginnt sie mit Eintritt der Erfüllbarkeit zu laufen, die Leistungsbereitschaft des Schuldners vorausgesetzt.

**2. Wann** die Erfüllbarkeit der Schuld eintritt, richtet sich nach dem zwingenden Gesetzesrecht, dem Inhalt des Schuldverhältnisses, dem ergänzungsweise herangezogenen, dispositiven Gesetzesrecht oder einer besonderen gerichtlichen Regel. 106

**a.** Nach der Regel von OR 75 gilt: Ist die Zeit der Erfüllung weder durch Vertrag noch durch die Natur des Rechtsverhältnisses bestimmt, so kann die Erfüllung *so gleich geleistet* und gefordert werden. Erfüllbarkeit und Fälligkeit treten mithin zum selben Zeitpunkt ein, nämlich im Zeitpunkt der Forderungsentstehung. Tritt dagegen die Fälligkeit nach dem Vertrag oder nach der Natur des Rechtsverhältnisses zu einem späteren Zeitpunkt ein, tut dies der sofortigen Erfüllbarkeit gemäss der Vermutung von OR 81 keinen Abbruch: Solange sich nicht aus dem Inhalt oder aus der Natur des Vertrags oder aus den Umständen eine andere Willensmeinung der Parteien ergibt, kann der Schuldner schon vor dem Eintritt der Fälligkeit erfüllen (OR 81), frühestens also wiederum ab Entstehung der Leistungspflicht. Ist demgegenüber die Erfüllbarkeit nach dem Vertragsinhalt oder nach den Umständen auf 107

<sup>134</sup> WEBER, BK-OR, Art. 91 N 136.

<sup>135</sup> Analog für den Schuldnerverzug: SCHENKER, Diss., Rz 162.

<sup>136</sup> Das ist zumindest solange sachgerecht, als die verbleibende Vorlaufzeit bis zum Eintritt der Erfüllbarkeit dem Gläubiger die entsprechenden Dispositionen ermöglicht. Ist das nicht der Fall, muss die fehlende Vorlaufzeit demgegenüber bei der Reaktionszeit angerechnet werden.

einen späteren Zeitpunkt aufgeschoben, tritt sie nicht schon mit der Entstehung der Leistungspflicht ein, sondern erst in diesem späteren Zeitpunkt.

- 108 **b.** Bei Schulden, deren Erfüllbarkeit *durch ein bestimmtes Verhalten des Gläubigers* – eine Handlung, eine Erklärung – herbeigeführt wird, insbesondere durch den «Abruf» der Leistung (vgl. Rz 462, 527), bleibt ein allfälliges vorher vorgenommenes Mahngeschäft des Schuldners unwirksam. Soweit keine Frist vereinbart ist, innert derer der Gläubiger das betreffende Verhalten einzunehmen hat, so gilt, dass ihm hierfür eine den Umständen angemessene Frist zur Verfügung steht. Läuft diese Frist unbenutzt ab, tritt die Erfüllbarkeit je nach Auffassung ohne weiteres ein, oder auch erst, nachdem der Schuldner den Gläubiger zum Abruf aufgefordert hat und eine angemessene Nachfrist abgelaufen ist<sup>137</sup> (vgl. Rz 527). Ist demgegenüber ein Zeitpunkt vereinbart, an dem oder bis zu welchem der Gläubiger handeln bzw. sich erklären muss, so tritt die Erfüllbarkeit mit unbenutztem Ablauf der Frist bzw. mit Verstreichen des Termins ein. Nach Eintritt der Erfüllbarkeit ist dem Schuldner das wirksame Mahngeschäft möglich.
- 109 **c.** Leistungen, die mehrere einander bedingende, mitwirkungsbedürftige Erfüllungshandlungen beinhalten, können durch Abrede oder Ergänzung eine «gespaltene Erfüllbarkeit» aufweisen, indem für einzelne Erfüllungshandlungen bereits Erfüllbarkeit eingetreten ist und für andere nicht. Entsprechend spaltet sich auch die Mahnbefugnis des Schuldners: Soweit die aufgeschobene Erfüllbarkeit nur einzelne Erfüllungshandlungen beschlägt, nicht aber zum Beispiel «Vorarbeiten», die für diese Erfüllungshandlungen Vorbedingung sind, kann der Schuldner den Gläubiger nur im Zusammenhang mit solchen «Vorarbeiten» wirksam mahnen, weil nur für sie Erfüllbarkeit eingetreten ist; für die übrigen Erfüllungshandlungen bleibt das Mahngeschäft unwirksam, soweit es sich denn inhaltlich auf solche Erfüllungshandlungen richtet. Näheres im Kontext des Bauwerkvertrags: Rz 528 ff.
- 110 **3.** Ein Sonderfall bildet der **antizipierte Gläubigerverzug**, der als gläubigerverzugsrechtliches Ebenbild des antizipierten Schuldnerverzugs zu verstehen ist<sup>138</sup>. Er liegt vor, wenn der Gläubiger vor Eintritt der Erfüllbarkeit erklärt, er werde die dereinst angebotene Leistung nicht annehmen. Soweit

---

<sup>137</sup> SCHRANER, ZK-OR, Art. 91 N 102. A.M. KOLLER A., OR AT, Rz 39.30, 39.66 je m.w.N., 56.140; vgl. auch BGE 59 II 305/306 ff. E. 5, wonach Gläubigerverzug ohne Mitwirkungsaufforderung vonseiten des Schuldners eingetreten sein soll.

<sup>138</sup> Vgl. KOLLER A., OR AT, Rz 56.15, 56.125.



die vorweggenommene Mitwirkungsverweigerung des Gläubigers eine *definitive* ist, rechtfertigt sich folgende Analogie zum antizipierten Schuldnerverzug: Wenn bei der definitiven Leistungsverweigerung des Schuldners der Gläubiger bereits vor der Fälligkeit die Rechtsbehelfe in OR 107–109 anstrengen kann, so müssen auch dem Schuldner bei der definitiven Mitwirkungsverweigerung des Gläubigers die Rechtsbehelfe der OR 92 ff. bereits vor Eintritt der Erfüllbarkeit offenstehen. Nach der vorherrschenden Auffassung muss in solchen Fällen der Schuldner ein Mahngeschäft tätigen, um den Gläubiger in Gläubigerverzug zu setzen<sup>139</sup>. Folgt man dem, so setzt also das Mahngeschäft den Gläubiger ausnahmsweise in Gläubigerverzug, obwohl die Erfüllbarkeit für die antizipiert abgelehnte Leistung noch nicht eingetreten ist.

#### b. Unwirksamkeit trotz Erfüllbarkeit

1. Selbst wenn für die Leistungspflicht Erfüllbarkeit eingetreten ist, kann das Mahngeschäft des Schuldners ausnahmsweise unwirksam bleiben, wenn es gegen den **Grundsatz von Treu und Glauben** (ZGB 2) verstösst. Das Mahngeschäft aktualisiert in diesen Fällen die Mitwirkungsobliegenheit des Gläubigers trotz Erfüllbarkeit nicht, womit die Unterlassung der Mitwirkung kein Mitwirkungsversäumnis im Sinne von OR 91 begründet. Darauf ist hier einzutreten, wobei vor allem das überraschende Mahngeschäft später im Zusammenhang mit der Bauherrenmitwirkung zu vertiefen sein wird (siehe Rz 533 ff.). 111

2. Nach Treu und Glauben ist ein Mahngeschäft trotz Erfüllbarkeit etwa dann unwirksam, wenn dem Gläubiger die Mitwirkung aus objektiven Gründen unzumutbar ist<sup>140</sup>. Gegen Treu und Glauben verstösst namentlich das für den Gläubiger **überraschende** Mahngeschäft vor Eintritt der Fälligkeit (aber nach Eintritt der Erfüllbarkeit), soweit der Schuldner seinen Leistungsversuch vorher nicht oder nicht rechtzeitig ankündigt und diese Ankündigung für die mitwirkungsbezogenen Dispositionen des Gläubigers bedeutsam wäre<sup>141</sup>. Treu und Glauben können umgekehrt aber auch den Schuldner be- 112

<sup>139</sup> WEBER, BK-OR, Art. 91 N 129.

<sup>140</sup> Vgl. LAMMICH, Rz 180. Bsp.: Todesfall in der Familie des Gläubigers zum Zeitpunkt der Anlieferung (ERNST, MüKo-BGB, § 294 N 5).

<sup>141</sup> Vgl. SCHRANER, ZK-OR, Art. 91 N 97, 128 2. Lemma (als Rechtfertigungsgrund aufgeführt); WEBER, BK-OR, Art. 91 N 44, 123, 160 2. Lemma (als Rechtfertigungsgrund aufgeführt); vgl. auch BGB § 299.

günstigen, etwa indem ihm entgegen OR 79 das Angebot ausserhalb der gewöhnlichen Geschäftszeit (dazu Rz 113) erlaubt wird, wenn äussere Umstände (zum Beispiel höhere Gewalt) dies gebieten oder dem Schuldner durch eine Mitwirkungsverweigerung grosse Nachteile entstünden, während dem Gläubiger durch die Mitwirkung kaum Aufwand erwüchse<sup>142</sup>. Diesfalls obliegt dem Gläubiger ausnahmsweise auch ausserhalb der Geschäftszeiten die Mitwirkung.

- 113 **3.** Eine Konkretisierung des Grundsatzes von Treu und Glauben mit Blick auf das Mahngeschäft des Schuldners findet sich in OR 79. Hiernach muss die Erfüllung während der **gewöhnlichen Geschäftszeit** vollzogen und angenommen werden. Die gesetzliche Auslegungsregel kommt zur Anwendung, soweit keine Indizien für eine anderweitige Vereinbarung der Parteien vorliegen und soweit es sich um ein Schuldverhältnis des Geschäftsverkehrs handelt. Gemeint sind damit Rechtsverhältnisse, bei denen die Parteien oder wenigstens der Leistungsempfänger (der Gläubiger) Kaufleute sind. Ist OR 79 anwendbar, so löst das ausserhalb der Geschäftszeit und damit *zur Unzeit* vorgenommene Mahngeschäft keinen Gläubigerverzug aus<sup>143</sup>.
- 114 **4.** Weitere Einschränkungen ergeben sich zudem aus dem in OR 91 stipulierten **Rechtfertigungsgrund**, denn ist die Mitwirkungsverweigerung im Sinne dieser Bestimmung gerechtfertigt, gerät der Gläubiger nicht in Gläubigerverzug. Nach früheren Ansichten war ein Rechtfertigungsgrund schon dann auszuschliessen, wenn die Mitwirkung «nicht erfolgt, obgleich der Schuldner das Seine getan hat»<sup>144</sup> und die Leistung nicht schlechthin unmöglich geworden ist<sup>145</sup>. Heute werden beim Rechtfertigungsgrund mehr Graustufen unterschieden, doch muss dieser sich immerhin aus objektiven<sup>146</sup>, nicht in der Person des konkreten Gläubigers liegenden Umständen konstituieren<sup>147</sup>.

---

<sup>142</sup> Vgl. WEBER, BK-OR, Art. 79 N 12. Verweigert der Gläubiger in einem solchen Ausnahmefall die Mitwirkung, greift nicht nur kein Rechtfertigungsgrund i.S.v. OR 91, sondern es verbleibt Raum für die Rechtsbehelfe des Rechtsmissbrauchs (vgl. BAUMANN, ZGB-ZK, Art. 2 N 302 f.).

<sup>143</sup> Z.G. WEBER, BK-OR, Art. 79 N 5.

<sup>144</sup> OSER/SCHÖNENBERGER, ZK-OR, Art. 91 N 16.

<sup>145</sup> OSER/SCHÖNENBERGER, ZK-OR, Art. 91 N 16. In den Fällen von unverschuldeter Unmöglichkeit fällt Gläubigerverzug ausser Betracht, weil die Forderung erlischt (OR 119 I; Rz 85).

<sup>146</sup> SCHRANER, ZK-OR, Art. 91 N 125.

<sup>147</sup> Damit übereinstimmend verlangt das OR mit dem Begriff «ungerechtfertigt» auch in anderem Kontext keine subjektive Vorwerfbarkeit. Vgl. bspw. bei der ungerechtfertigten

Solche Umstände sind zu verneinen, wenn das Mitwirkungsversäumnis allein auf den Unwillen<sup>148</sup> oder auf besondere Zustände des konkreten Gläubigers<sup>149</sup> zurückgeht. Objektiv gerechtfertigt ist das Mitwirkungsversäumnis demgegenüber, wenn das Leistungsangebot des Schuldners<sup>150</sup>, die Rechtsordnung<sup>151</sup> oder andere, weder für den konkreten noch für einen beliebigen Gläubiger beeinflussbare äussere Umstände<sup>152</sup> dem Gläubiger die Mitwirkung unzumutbar machen. Mag also der Schuldner sein Mahngeschäft auch nach Eintritt der Erfüllbarkeit tätigen, gerät der Gläubiger bei Säumnis nicht in Verzug, wenn ihm die Mitwirkung beispielsweise aufgrund kriegereischer Ereignisse nicht zumutbar ist, oder wenn ihn ein überraschendes (zum Beispiel ausserhalb der Geschäftszeiten liegendes) Mahngeschäft erreicht<sup>153</sup>. Der «Mahnschutz», der dem Gläubiger unter dem Titel des Rechtfertigungsgrunds so zukommt, deckt sich seinem Zweck nach augenscheinlich mit dem aus Treu und Glauben abgeleiteten Verbot des treuwidrigen, namentlich auch

tigten Bereicherung: HAHN, CHK-OR, Art. 62 N 33; bei der ungerechtfertigten Nichteinhaltung einer Schenkungsaufgabe: BGE 42 II 500 E. 2 (wo gesagt wird, dass das Scheidungsbegehren und die daraus fließende Unmöglichkeit der Schenkungsaufgabe nicht «ungerechtfertigt» sei). Im gleichen Sinne wohl auch VISCHER, CHK-OR, Art. 503 N 10, wonach «ungerechtfertigt» zu verstehen sei als «ohne vom Recht anerkannte objektive Gründe».

<sup>148</sup> Vgl. die Bsp. bei WEBER, BK-OR, Art. 91 N 158 3. Lemma: Der Wirt verhindert den Auftritt einer Musikerguppe, weil ihm deren personelle Zusammensetzung nicht passt, obwohl der Vertrag diesbezüglich nichts vorsieht; a.a.O., 4. Lemma: Der Besteller hindert den Unternehmer an der Vornahme der vereinbarten Nachbesserung; a.a.O., 5. Lemma: Der Gläubiger mehrerer Forderungen will die erbrachte Leistung anders anrechnen, als der Schuldner dies erklärt (OR 86).

<sup>149</sup> Vgl. die Bsp. bei WEBER, BK-OR, Art. 91 N 158, letztes Lemma: Krankheit, unvorhergesehene Umstände, Irrtum, veränderte wirtschaftliche Verhältnisse. SCHRANER, ZK-OR, Art. 91 N 127, 1. Lemma: Annahmeverweigerung wegen zu wenig Lagerraum; a.a.O., 2. Lemma: Rückweisung aus Irrtum über die Gültigkeit einer Kündigung; a.a.O., 6. Lemma: veränderte wirtschaftliche Bedürfnisse.

<sup>150</sup> SCHRANER, ZK-OR, Art. 91 N 128 1.–3. Lemma (*aliud*-Lieferung, Teilleistung, Lieferung zur Unzeit).

<sup>151</sup> SCHRANER, ZK-OR, Art. 91 N 128 5. Lemma: Gefahr einer Anfechtungsklage i.S.v. SchKG 287 Ziff. 3.

<sup>152</sup> SCHRANER, ZK-OR, Art. 91 N 128 7. Lemma: kriegereische Ereignisse. Ähnlich, wenn auch nicht im Zusammenhang mit einem Rechtfertigungsgrund BUSCHE, MüKo-BGB, § 642 N 7, wonach Eingriffe «unbeteiligter Dritter» und «nicht beherrschbare Einflüsse» nicht in die «Mitwirkungssphäre» des Bestellers (hier: des Gläubigers) fallen.

<sup>153</sup> Vgl. SCHRANER, ZK-OR, Art. 91 N 128, 2. und 3. Lemma. Vgl. auch WEBER, BK-OR, Art. 91 N 160.

des überraschenden Mahngeschäfts; dogmatisch und in der Sache dürfte unter beiden Titeln dasselbe gemeint sein.

### 3. Reaktionsfrist

- 115 **1.** Der Gläubiger hat grundsätzlich unverzüglich auf das Mahngeschäft des Schuldners hin mitzuwirken, doch steht ihm für das Herbeiführen des Mitwirkungserfolgs eine **angemessene Reaktionsfrist** zu. Das ergibt sich analog aus den Prinzipien des Schuldnerverzugs: Eine solche Reaktionszeit steht dort auch dem Schuldner zu, sobald er vom Gläubiger zur Erfüllung der (fälligen) Schuld aufgefordert wird; erst mit unbenütztem Ablauf dieser Frist verhält sich der Schuldner pflichtwidrig im Sinne von OR 102 I<sup>154</sup>. Eine obliegenheitswidrige Verspätung sollte entsprechend auch beim Gläubiger erst nach Ablauf einer solchen Reaktionsfrist eintreten. Denn die Überlegung, dass der Aufgeforderte seine (Mitwirkungs-)Leistung nicht bereits im Zeitpunkt erbringen kann, da ihn die Aufforderung erreicht, sondern erst in der Zeit danach, trifft auch mit Blick auf den Gläubiger zu<sup>155</sup>.
- 116 **2.** Die Reaktionsfrist des Gläubigers hat eine angemessene zu sein. Was angemessen ist, bestimmt sich nach den Umständen des konkreten Einzelfalls<sup>156</sup>. Massgeblich ist dabei zum einen, ob und inwieweit der Gläubiger nach Treu und Glauben **hat annehmen müssen, dass er zum gegebenen Zeitpunkt mitzuwirken habe**.
- 117 **a.** In der Literatur zum Schuldnerverzug wird bei der Bemessung der *Reaktionsfrist des Schuldners* auf die Bedeutung der *Fälligkeit* abgestellt: Ist die Schuld einmal fällig, muss der Schuldner grundsätzlich jederzeit damit rechnen, dass der Gläubiger die Leistung verlangt. Entsprechend ist vom Schuldner nach Treu und Glauben zu erwarten, dass er zum Zeitpunkt der Mahnung eine gewisse Grundbereitschaft zur Leistung erstellt hat. Seine Reaktionsfrist ist so anzulegen, wie sie ein gewissenhafter Schuldner mit dieser Grundbereitschaft vernünftigerweise benötigt, um die Leistung zu erbringen<sup>157</sup>, und nicht etwa nach der Reaktionsfrist eines unvorbereiteten oder überraschten Schuldners. Ob der Schuldner die Grundbereitschaft tatsächlich erstellt hat oder nicht, ist dabei unbeachtlich, wird also fingiert.

---

<sup>154</sup> SCHENKER, Diss., Rz 93.

<sup>155</sup> Vgl. SCHENKER, Diss., Rz 68 f.

<sup>156</sup> Vgl. SCHENKER, Diss., Rz 93.

<sup>157</sup> Vgl. z.G. SCHENKER, Diss., Rz 93, sodann FURRER/WEY, CHK-OR, Art. 102 N 31.

b. Bei der Bemessung der *Reaktionsfrist des Gläubigers* steht zunächst die *Erfüllbarkeit* im Vordergrund; mit deren Eintritt ist der Schuldner grundsätzlich berechtigt, die Leistung anzubieten, und zwar auch dann, wenn dieselbe noch nicht fällig ist (OR 81 I). Der Zeitpunkt der *Fälligkeit* spielt freilich auch hier eine Rolle: Nämlich wird eingewendet, der Gläubiger brauche OR 81 I zum Trotz nicht damit zu rechnen, dass der Schuldner vor Eintritt der Fälligkeit leisten wolle, und dass es dem Gläubiger nicht zumutbar sei, sich dauerhaft für die Annahme bereit zu halten<sup>158</sup>. So wird begründet, dass das vor Fälligkeitseintritt ergehende Mahngeschäft überraschend und mithin unwirksam bleibe (Rz 112), womit sich eine Reaktionsfrist erübrigt. Ob der Gläubiger ausnahmsweise bereits vor Fälligkeitseintritt nach Treu und Glauben mit dem Leistungsversuch zu rechnen hat, ist im Einzelfall zu beurteilen; es kommt je nach der Natur der Leistung und dem Inhalt des Schuldverhältnisses vor, dass der Schuldner die Leistung sofort erbringen will. Mit dem Leistungsangebot rechnen muss der Gläubiger (auch schon vor Fälligkeitseintritt) zumindest dann, wenn ihm der Schuldner rechtzeitig ankündigt, dass er zu leisten gedenke<sup>159</sup>. In diesem Fall sowie in den Fällen, in denen das Mahngeschäft nach Eintritt der Fälligkeit ergeht, ist die Reaktionsfrist analog den Ausführungen zum Schuldnerverzug so zu bemessen, wie sie ein gewissenhafter, «mitwirkungsbereiter» Gläubiger ab dem Zeitpunkt des Mahngeschäfts unter den gegebenen Umständen vernünftigerweise benötigt, um die Annahme oder die Vorbereitungshandlung vorzunehmen. Das kann je nach Konstellation zu unterschiedlichen Ergebnissen führen: Möglicherweise steht dem Gläubiger auf das Mahngeschäft hin eine kürzere Reaktionsfrist zur Verfügung, wenn ihm der Leistungsversuch rechtzeitig angekündigt worden ist<sup>160</sup>, als wenn das Mahngeschäft ohne Vorwarnung (aber wirksam) ergeht.

3. Zum anderen ist bei der Bemessung der Reaktionsfrist die **Beschaffenheit der Mitwirkungsleistung** miteinzubeziehen, weil hiervon die Dispositionen abhängen, die der Unternehmer für seine Mitwirkung zu tätigen hat. Einzuräumen ist dem Gläubiger an Reaktionszeit, was ein loyaler Gläubiger vernünftigerweise benötigt, um unter den gegebenen Umständen eine Mitwirkungsleistung wie die fragliche einzuleiten, durchzuführen und abzuschlies-

<sup>158</sup> Siehe etwa SCHRANER, ZK-OR, Art. 91 N 128 2. Lemma; WEBER, BK-OR, Art. 91 N 123, 160 2. Lemma.

<sup>159</sup> SCHRANER, ZK-OR, Art. 91 N 97.

<sup>160</sup> Vgl. sinngemäss für den Schuldnerverzug: SCHENKER, Diss., Rz 162.

sen (Rz 118). Die Entgegennahme einer beweglichen Sache mag schneller vonstattengehen als die Abnahme eines grossen Bauwerks. Ist die Mitwirkungsleistung zudem keine punktuelle, d.h. zu einem bestimmten Zeitpunkt stattfindende, sondern eine *dauerhafte*, so ist die Reaktionszeit jene Frist, die der Gläubiger unter den Umständen benötigt, um die Mitwirkungsleistung *zu beginnen*<sup>161</sup>, während sich die Dauer der Mitwirkungsleistung nach den Bedürfnissen der jeweiligen Erfüllungshandlung richtet. Die Parteien sind ausserdem in den Grenzen von OR 19/20 frei, die dem Gläubiger zustehende Reaktionsfrist für einzelne Mitwirkungsleistungen rechtsgeschäftlich festzulegen.

#### 4. Wegfall des Mahnerfordernisses

- 120 1. Zuweilen wird gesagt, das Erfordernis des Mahngeschäfts falle weg, wenn der Gläubiger **um die Leistungsbereitschaft des Schuldners wisse**<sup>162</sup> **oder wissen müsste**<sup>163</sup>. Bejaht wird dies zumindest im Fall, da die Parteien für die *mitwirkungsbedürftige Leistung* einen bestimmten Verfalltag im Sinne von OR 102 II vereinbart haben<sup>164</sup>. Dem Gläubiger sei dann zu unterstellen, er kenne den Zeitpunkt der Mitwirkung; wirke also der Gläubiger zum vereinbarten Zeitpunkt nicht mit, gerate dieser auch ohne Mahngeschäft vonseiten des Schuldners in Gläubigerverzug. Die Mehrheitsmeinung scheint demgegenüber dahinzugehen, dass das Mahngeschäftserfordernis erst dann weg falle, wenn «die Leistung nur an oder bis zu einem bestimmten Tag möglich, also nicht nachholbar» sei<sup>165</sup>. Dazu was folgt:

---

<sup>161</sup> Vgl. sinngemäss für den Schuldnerverzug: SCHENKER, Diss., Rz 96.

<sup>162</sup> KOLLER A., OR AT, Rz 56.05 und 56.31, mit Verweis auf BGE 59 II 305/306 ff. E. 5.

<sup>163</sup> Zum Eintritt des Gläubigerverzugs bedarf es natürlich auch in diesem Fall der übrigen Voraussetzungen (siehe Rz 1204 ff.), namentlich der Erfüllbarkeit, der Leistungsbereitschaft des Schuldners und des Mitwirkungsversäumnisses.

<sup>164</sup> KOLLER A., OR AT, Rz 56.05 und 56.31, mit Verweis auf BGE 59 II 305/306 ff. E. 5.

<sup>165</sup> SCHRANER, ZK-OR, Art. 91 N 108 (H.h.). SCHRANER stützt sich dabei auf OR 102 und 108 «analog». Ähnlich WEBER, nach welchem das Mahnerfordernis bei der Holschuld nur weg falle, wenn die nachträgliche Erfüllung nach der Terminabrede nicht mehr zugelassen ist, und bei der Arbeitsleistung, wenn diese nur zu einem bestimmten Zeitpunkt angeboten werden solle (WEBER, BK-OR, Art. 91 N 138). A.M. STAUBER, Diss., Rz 53, und offenbar auch KOLLER A., OR AT, Rz 56.05, 56.31, wo sich keine solchen Einschränkungen finden.

a. Dass der Gläubiger durch die eindeutigen zeitlichen Modalitäten der Leistung von der Bereitschaft des Schuldners erfährt bzw. erfahren muss, die terminierte Erfüllungshandlung oder die Leistung schlechthin zu erbringen, ist zwar richtig. Die Auffassungen implizieren aber überdies, der Gläubiger erkenne ausnahmslos, dass es sich um eine *mitwirkungsbedürftige Leistung* handle. Das überzeugt nicht restlos. Das Unwissen um den Mitwirkungsbedarf schützt zwar den Gläubiger nicht vor den Folgen des Gläubigerverzugs, wenn er die Mitwirkung versäumt. Doch darf dieses Unwissen zumindest mit Blick auf das Mahnerfordernis nicht immer unbeachtlich bleiben. Denn dass der Schuldner *im gläubigerverzugsrechtlichen Sinne* leistungsbereit ist, erkennt der Gläubiger nur, wenn er aufgrund der Abrede weiss oder verstehen muss, dass die Leistung seine Mitwirkung erfordert, und dass die Mitwirkungsleistung ihrer Natur nach zeitgleich oder praktisch zeitgleich mit der (terminierten) Leistung erfolgen muss. Geht aus der Abrede beides nicht hervor, mag die Leistung zeitlich noch so präzise vereinbart sein; es wird nach Treu und Glauben dennoch nicht anzunehmen sein, dass der Gläubiger von der Leistungsbereitschaft des Schuldners im betreffenden Zeitpunkt darauf schliessen muss, ohne weitere Aufforderung vonseiten des Schuldners zur Mitwirkung gehalten zu sein. 121

b. Das führt zu folgender Zwischenfeststellung: Bei einfacheren Leistungen, namentlich bei Zielschuldverhältnissen des Geschäftsalltags, erkennt der Gläubiger den Mitwirkungsbedarf in der Regel bereits aus dem vereinbarten Leistungsinhalt. So setzt zum Beispiel die Tatsache, dass der Gläubiger eine Sache entgegennehmen muss, dessen physische Präsenz (oder jene seines Ausübungsgehilfen) am Ort der Leistung und zur Zeit des Leistungsangebots voraus<sup>166</sup>. *Komplexere Leistungen* aber können es mit sich bringen, dass entweder schon der Mitwirkungsbedarf an sich für den Gläubiger nicht erkennbar ist oder dass zumindest der Zeitpunkt der Mitwirkung nicht ohne weiteres aus dem Zeitpunkt der Leistung abgeleitet werden kann. Letzteres ist bei Vorbereitungs-handlungen zu vermuten, weil aus einer Verfalltagsabrede nicht hervorgeht, bis wann spätestens der Schuldner die Vorbereitungs-handlung (Rz 68 f.) benötigt, um die Leistung zum vereinbarten Zeitpunkt zu erbringen; zu diesem «Zurückrechnen» instande ist primär nur der Schuld- 122

<sup>166</sup> Bsp.: Ist der Kauf eines Motorrads ab Platz vereinbart, hat der Käufer das Motorrad am vereinbarten Abholtag beim Händler abzuholen. Der Händler hat den Käufer nicht noch zusätzlich anzurufen und zur Abholung aufzufordern. Erscheint der Käufer nicht, tritt Gläubigerverzug ein.

ner, der seine eigene Leistungsfähigkeit kennt. In solchen Fällen jedenfalls ersetzt die Verfalltagsabrede zwar gemäss OR 102 II die Mahnung des Gläubigers an den Schuldner, nicht aber das Mahngeschäft des Schuldners an den Gläubiger; denn nicht nur die erstere, sondern auch das letztere muss, als rechtliches Pendant der ersteren, «unmissverständlich» sein (Rz 101 f.). Der Schuldner darf es in diesen Fällen nicht bei seiner Leistungsbereitschaft belassen, sondern hat den Gläubiger abzumahnern, will er ihn in Gläubigerverzug versetzen.

- 123 c. Beschlägt die *Verfalltagsabrede demgegenüber nicht die Leistung, sondern die Mitwirkungsleistung (analog<sup>167</sup> OR 102 II)*, kennt der Gläubiger den Zeitpunkt der *Mitwirkung* oder er muss ihn kennen (vgl. freilich die Vorbehalte in Rz 549 ff.). Er muss annehmen, dass der Schuldner zum betreffenden Zeitpunkt nicht nur im umgangssprachlichen Sinne, sondern auch im gläubigerverzugsrechtlichen Sinne leistungsbereit sei, also hinsichtlich einer *mitwirkungsbedürftigen* Leistung bzw. Erfüllungshandlung die Mitwirkung erwarte. Er darf in diesem Fall mit der Mitwirkungsleistung prinzipiell nicht zuwarten, bis der Schuldner ihn mit einem Mahngeschäft angeht. Dass der Gläubiger möglicherweise trotz Verfalltagsabrede nicht weiss und auch nicht wissen müsste, was zur Mitwirkung in welcher Weise wo vorzukehren ist, tut dabei nichts zur Sache: Vielmehr begründet sein Wissen darum, dass eine Mitwirkungsleistung zum fraglichen Zeitpunkt erforderlich und der Schuldner hierfür leistungsbereit ist, bei ihm nach Treu und Glauben die Obliegenheit, die erforderlichen Informationen vom Schuldner einzuholen. Unterlässt er dies, gerät er durch sein Mitwirkungsversäumnis auch ohne Mahngeschäft in Gläubigerverzug, es sei denn, treuwidriges Verhalten vonseiten des Schuldners oder andere Umstände des konkreten Einzelfalls begründeten einen Rechtfertigungsgrund im Sinne von OR 91.

- 124 2. Das Erfordernis des Mahngeschäfts kann des Weiteren entfallen, **wenn der Gläubiger nicht erreichbar** ist. Zu fragen ist in diesen Fällen, ob der Schuldner überhaupt in der Lage ist, den Gläubiger zur Mitwirkung aufzufordern. Ist ihm das möglich und zumutbar, erfüllt sich der Tatbestand von OR 91 und das Mahngeschäft bleibt Voraussetzung für den Gläubigerverzug. Ist ihm ein Mahngeschäft demgegenüber zum Vornherein unmöglich oder

---

<sup>167</sup> Begründet die Abrede eine Mitwirkungspflicht, was freilich die Ausnahme bleiben dürfte (Rz 210 ff.), so ist OR 102 II nicht analog, sondern direkt anwendbar.



nicht zumutbar, ist der Tatbestand von **OR 96, Satz 1** erfüllt<sup>168</sup> und dem Schuldner stehen kraft des dortigen Verweises die Rechtsbehelfe von OR 92 ff. offen. Zu präzisieren ist:

**a.** Solange der Schuldner über einen *kommunikativen Anknüpfungspunkt* 125 verfügt, der ihm erlaubt, ein Mahngeschäft an den Gläubiger abzusetzen, zum Beispiel, weil Wohnsitz/Geschäftssitz, Telefonnummer, Aufenthaltsort, E-Mail-Adresse usw. des Gläubigers bekannt sind oder vom Schuldner zumindest in zumutbarer Weise in Erfahrung gebracht werden können, so ist der Gläubiger im weitesten Sinne «erreichbar»: Es besteht ein Zugang zum Empfangsbereich des Gläubigers, auch wenn der Gläubiger diesen in der Folge negiert, sich also beispielsweise nicht am Wohnsitz aufhält, Telefone nicht entgegennimmt, seine E-Mails nicht liest usw. In diesen Fällen bleibt der Schuldner nach OR 91 auf ein Mahngeschäft verwiesen.

**b.** Kann dem Gläubiger demgegenüber das Mahngeschäft schon a priori 126 *nicht zur Kenntnis gebracht werden*, etwa weil er keinen Wohnsitz hat und sein Aufenthaltsort unbekannt ist (und auch nicht mit zumutbarem Aufwand ermittelt werden kann), weil er handlungsunfähig, verschollen oder verstorben ist<sup>169</sup> und noch dazu keinen Stellvertreter bestimmt hat<sup>170</sup>, so ist er nicht erreichbar. In solchen Fällen kann kein Mahngeschäft an den Gläubiger abgesetzt werden, was den Tatbestand des OR 96, Satz 1 erfüllt; als Folge entfällt das Erfordernis des Mahngeschäfts, es genügt mithin schon die Leistungsbereitschaft des Schuldners<sup>171</sup>.

**3.** Zu erwähnen sind sodann Konstellationen, in denen der Gläubiger den 127 Schuldner **in Erfüllung seiner Leistungspflicht behindert**, indem er ihn vom Leistungsort wegschickt, ihm den Zutritt dorthin verbietet, ihn anweist, Erfüllungshandlungen zu unterlassen usw. Diesen Fällen ist gemeinsam, dass

<sup>168</sup> KOLLER A., OR AT, Rz 56.11, 56.148; offenbar auch SCHRANER, ZK-OR, Art. 96 N 10 f.

<sup>169</sup> Vgl. WEBER, BK-OR, Art. 96 N 15, der auch das Beispiel des «schwer kranken» Gläubigers nennt. Hier freilich dürfte dem Schuldner das Angebot regelmässig möglich sein, soweit der Aufenthaltsort des Gläubigers bekannt ist und die Krankheit dem Gläubiger die Kenntnisnahme des Angebots noch erlaubt. In solchen Fällen sollte dem Schuldner wenigstens die Verbaloblation abgefordert werden. Vorbehalten sind Fälle der Unzeitigkeit (Rz 111 ff.), in denen die Oblation des Schuldners wirkungslos bleibt.

<sup>170</sup> SCHRANER, ZK-OR, Art. 96 N 17.

<sup>171</sup> KOLLER A., OR AT, Rz 56.11, 56.148.

dem Gläubiger – der sozusagen «dazwischen geht» – die Leistungsbereitschaft des Schuldners bekannt sein dürfte. Es wird deshalb postuliert, dass es dann keines Mahngeschäfts bedürfe, um den Gläubiger in Verzug zu setzen<sup>172</sup>. Dem kann nur beschränkt gefolgt werden, weil die herrschende Lehre ein Mahngeschäft selbst noch für den Fall verlangt, dass der Gläubiger die Leistung (und mithin die Mitwirkung) antizipiert verweigert<sup>173</sup> (vgl. Rz 110). Die genannten Fälle dagegen kommen nicht oder selten an eine antizipierte Mitwirkungsverweigerung heran. Unterbricht etwa der Gläubiger einen begonnenen Erfüllungsvorgang, indem er eine fortwährend erbrachte Mitwirkung (meist eine Duldung) nicht mehr erbringt, so kann darin noch keine antizipierte Mitwirkungsverweigerung erblickt werden, wenn der Gläubiger um die Erfüllungsrelevanz seines Verhaltens nicht wissen kann. Selbst aber wenn der Gläubiger sich im Klaren darüber ist, dass er die Erfüllung behindert, hat er manchmal gute Gründe, die Erfüllungshandlungen des Schuldners vorübergehend zu unterbrechen<sup>174</sup>, ohne dass sein Verhalten einer antizipierten Mitwirkungsverweigerung gleichkäme. Den Schuldner in solchen Fällen auf ein Mahngeschäft zu verweisen, scheint erst in den seltenen Fällen unangemessen, da der Gläubiger willkürlich mit der Leistungserfüllung interferiert, obwohl seine Mitwirkung nicht erforderlich ist (siehe Rz 20).

- 128 4. Das Entfallen des Mahngeschäftserfordernisses entbindet den Schuldner grundsätzlich nicht davon, **leistungsbereit** zu sein. Er muss entsprechend alles Erforderliche getan haben, um die Erfüllung zu bewirken<sup>175</sup>, d.h. all jene Handlungen vorgenommen haben, die nach der Natur der Sache und nach den Geschäftsusancen im Voraus zu erbringen sind<sup>176</sup> und ihm in Ermangelung der Gläubigermitwirkung möglich und zumutbar sind. Ist das der Fall, tritt in den genannten Fällen Gläubigerverzug bereits mit Verstreichen des Zeitpunkts ein, bis zu welchem der Gläubiger im Wissen um die Leistungsbereitschaft des Schuldners die Mitwirkungsleistung spätestens hätte erbringen müssen. Dabei wird deutlich, dass der Wegfall des Mahngeschäfts

---

<sup>172</sup> Vgl. SCHRANER, ZK-OR, Art. 91 N 108; WEBER, BK-OR, Art. 91 N 137.

<sup>173</sup> Umstritten: Siehe WEBER, BK-OR, Art. 91 N 129 f. m.w.N.

<sup>174</sup> Bsp.: Verfügt das zuständige Bauamt einen Baustopp gegen den Bauherrn, bleibt ihm nichts Anderes übrig, als den Unternehmer zur vorübergehenden Einstellung der Arbeiten anzuhalten (siehe das Bsp. in Rz 1375). Das wird er regelmässig tun und tun müssen, ohne sich vorgängig ein Bild über die Leistungsbereitschaft des Unternehmers zu machen.

<sup>175</sup> Vgl. WEBER, BK-OR, Art. 91 N 80.

<sup>176</sup> WEBER, BK-OR, Art. 91 N 94.

den Schuldner von «realen» Erfüllungshandlungen zumindest in dem Umfang nicht befreit, wie sie ihm mangels Mitwirkung noch zumutbar sind und der Erstellung der nötigen Leistungsbereitschaft dienen. Immerhin wird der Schuldner davon entbunden, dem Gläubiger die so erstellte Leistungsbereitschaft in «verbaler» oder anderer Weise zur Kenntnis zu bringen.

### C. Ort der Mitwirkung

1. Der Ort der Mitwirkung richtet sich grundsätzlich nach dem **Ort der mitwirkungsbedürftigen Erfüllungshandlung**.<sup>129</sup> Denn wirkt der Gläubiger nicht am Erfüllungsort mit, steht es gleich, wie wenn er überhaupt nicht mitwirkt; durch blosses Verbaloblation vonseiten des Schuldners gerät der Gläubiger dann in Gläubigerverzug<sup>177</sup>. Der Ort der Erfüllungshandlung wiederum bestimmt sich prinzipiell nach dem Leistungsort. Leistungsort (und Erfolgsort) bestimmen sich im Vertrag nach dem Parteiwillen (OR 74 I) und subsidiär nach den Regeln von OR 74 II, ausserhalb von Verträgen nach gesetzlichen Sondervorschriften (zum Beispiel OR 477), subsidiär nach OR 74 II<sup>178</sup>. Bei einfachen Schuldpflichten, beispielsweise Sachübereignungsschulden, ist der Leistungsort regelmässig singulär. Wenn allerdings eine Dauerleistung oder eine dauerschuldähnliche Leistung zu erbringen ist, die mehrere unterschiedliche Erfüllungshandlungen voraussetzt, die an verschiedenen Orten stattfinden können oder müssen, entsteht eine Pluralität von Leistungsorten. Sind die Erfüllungshandlungen mitwirkungsbedürftig, resultiert daraus auch eine Pluralität von Mitwirkungsorten. Weitere Differenzierungen ergeben sich, wenn eine nicht mitwirkungsbedürftige Erfüllungshandlung zwar an einem Ort zu erfolgen hat («Erfüllungs-» bzw. «Leistungsort»), der damit angestrebte Erfolg allerdings mitwirkungsbedürftig ist und an einem anderen Ort eintreten soll («Erfolgsort»)<sup>179</sup>. Diesfalls hat die Mitwirkung naturgemäss am Erfolgsort, nicht am Leistungsort zu erfolgen. Weitere Differenzierungen lassen sich ausmachen, je nachdem, ob die Mitwirkungsleistung eine Annahme oder eine Vorbereitungshandlung darstellt:

<sup>177</sup> KREN KOSTKIEWICZ, OFK-OR, Art. 74 N 2.

<sup>178</sup> WULLSCHLEGER, CHK-OR, Art. 74 N 5 f.

<sup>179</sup> So namentlich bei der Schickschuld: WEBER, BK-OR, Art. 74 N 8, 41 ff.; DERS., BK-OR, Art. 91 N 103.

- 130 a. Die *Annahme* hat an dem Ort stattzufinden, an dem nach dem Schuldverhältnis die Leistung real anzubieten ist. Soweit es an einer Vereinbarung zum Leistungsort fehlt, gilt nach OR 74 II: Bei Holschulden hat der Gläubiger am Wohnsitz/Geschäftssitz des Schuldners bzw. an einem anderen, vertraglich oder gesetzlich bezeichneten Ort anzunehmen<sup>180</sup>. Bei Bringschulden hat der Gläubiger an seinem eigenen Wohnsitz/Geschäftssitz anzunehmen. Bei der Schickschuld hat das Angebot am Versandungsort (Leistungsort) zu erfolgen, und soweit dieses mitwirkungsbedürftig ist, hat die Mitwirkung bereits dort stattzufinden. Ist demgegenüber erst der Leistungserfolg annahmbedürftig, was die Regel ist, so hat sie am Erfolgsort stattzufinden. Bei Dienstleistungen, die an einer unbeweglichen Sache erfolgen müssen, ergibt sich regelmässig schon aus dem wirklichen oder normativen Parteiwillen (OR 74 I), dass zumindest die an der Sache selbst vorzunehmenden Erfüllungshandlungen – nicht zwingend aber die vorbereitenden Erfüllungshandlungen – am Ort der gelegenen Sache erfolgen sollen.
- 131 b. Die *Vorbereitungshandlung* muss der Gläubiger begriffsgemäss vornehmen, noch bevor der Schuldner die Leistung gehörig anbieten kann, was namentlich bei Dienstleistungsschulden nach hier vertretener Auffassung immer der Fall ist (Rz 70 ff.). Primär einschlägig sind wiederum die Parteiabrede (OR 74 I) und, soweit das Schuldverhältnis richterlich ergänzt werden muss, die Regeln des dispositiven Gesetzesrechts (OR 74 II) oder der hypothetische Parteiwille. Letzterem kann es etwa entsprechen, dass der Gläubiger die Vorbereitungshandlung gerade nicht am Ort vorzunehmen hat, an welchem später die dadurch ermöglichte Leistung erfolgen wird. Häufig wird demgegenüber anzunehmen sein, dass die Gläubigermitwirkung mindestens *alternativ* auch an jenem Ort erfolgen darf, an welchem die dem Leistungsangebot vorgelagerte, mitwirkungsbedürftige Erfüllungshandlung stattfindet, die der Gläubiger mit der Vorbereitungshandlung unmittelbar bedient und die dann mittelbar zum Leistungsangebot führt<sup>181</sup>. Nicht beachtlich ist demgegenüber der Ort, an welchem die Mitwirkungsaufforderung ergeht bzw. vom Gläubiger empfangen wird. Die Aufforderungserklärung ist zwar «überall zulässig, wo der Gläubiger sich aufhält und ihm die Entgegennahme

---

<sup>180</sup> Vgl. WEBER, BK-OR, Art. 74 N 35.

<sup>181</sup> Bsp.: Der Baumeister wird die Armierungspläne an seinem Geschäftssitz empfangen wollen, denn nur dort kann er sich auf deren Grundlage an die Planung der Rohbauarbeiten machen (auch wenn die Schalungsarbeiten später dann auf der Baustelle erfolgen). Die ihm dargebotenen Armierungspläne hat er unter Umständen aber auch anlässlich einer Sitzung auf der Baustelle zu akzeptieren.

der Erklärung zugemutet werden darf»<sup>182</sup>. Doch hat er deswegen nicht am Ort mitzuwirken, an welchem er die Aufforderung erhält, ausser, der Empfangsort bilde zugleich auch den Mitwirkungsort nach den vorstehenden Überlegungen.

2. Eingeschränkt wird das Gesagte durch den Grundsatz von **Treu und Glauben** (vgl. hinsichtlich Zeitpunkt des Mahngeschäfts Rz 111). Die Anwendungsbeispiele in der Literatur beschränken sich auf Annahmehandlungen des Gläubigers. Genannt werden etwa Konstellationen, in denen das tatsächliche Leistungsangebot aufgrund höherer Gewalt an einem anderen als dem geschuldeten Leistungsort erfolgen muss, oder wenn die Rückweisung der am falschen Ort angebotenen Leistung für den Schuldner eine beträchtliche Härte nach sich zöge und die Mitwirkung dem Gläubiger dagegen kaum Aufwand verursachen würde. Auch genannt ist der Fall, in welchem das Leistungsangebot an einem Ort ergeht, der zwar nicht Leistungsort ist, für den Gläubiger aber günstiger ausfällt<sup>183</sup>. In diesen Fällen hat der Gläubiger dem falschen Ort zum Trotz mitzuwirken. Der Gedanke lässt sich, soweit sich die Frage in der Praxis überhaupt stellt, auch auf Vorbereitungshandlungen ausweiten.

## IV. Verbindlichkeitsgrad

### A. Ausgangspunkt

Untersucht wird im Folgenden, welchen Verbindlichkeitsgrad die Gläubigermitwirkung für den Gläubiger aufweist, d.h. ob und inwieweit der Gläubiger nur **berechtigt** oder auch **verpflichtet** ist mitzuwirken<sup>184</sup>. Die Untersuchung rechtfertigt sich, weil die Frage im Schrifttum teilweise schon für das allgemeine Schuldrecht, insbesondere dann aber im Werk- und Bauwerkver-

<sup>182</sup> SCHRANER, ZK-OR, Art. 91 N 106.

<sup>183</sup> Vgl. WEBER, BK-OR, Art. 91 N 121.

<sup>184</sup> Diese Eigenschaft der Mitwirkung wird zuweilen als deren «Rechtsnatur» bezeichnet. Auf diese Bezeichnung wird in dieser Arbeit verzichtet, weil sie zur Umschreibung dieser, aber auch mannigfaltiger anderer Eigenschaften verwendet wird (JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, ZK-OR, Art. 18 N 581: Umschreibung eines gesetzlichen Vertragstyps; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz 975 ff.: Zugehörigkeit der *culpa in contrahendo* zum Vertrags- oder Deliktsrecht; BGer 5A\_772/2017 (14.02.2019) E. 3.1: zivilrechtlicher oder öffentlich-rechtlicher Ursprung eines Anspruchs usw.).

tragsrecht umstritten ist (dazu Rz 620 ff.). Geprüft wird nachfolgend also der Verbindlichkeitsgrad der Gläubigermitwirkung in ihrem gesetzlichen Aggregatzustand, wie er den Bestimmungen von OR 91 ff. innewohnt.

## B. Mitwirkung als Gläubigerrecht

- 134 **1.** Im Schrifttum wird vertreten, dem Gläubiger stehe die **Mitwirkung im Sinne einer Berechtigung** zu. Mitzuwirken heisse für den Gläubiger, ein Recht wahrzunehmen<sup>185</sup>; nicht mitzuwirken heisse demnach, ein Recht nicht auszuüben<sup>186</sup>. Dem ist zuzustimmen, doch soll diese Feststellung im Folgenden geschärft werden. Denn die Umschreibung als «Recht» lässt nicht deutlich werden, in welchem Verhältnis die Mitwirkung zum Forderungsrecht des Gläubigers steht.
- 135 **2.** Bereits dargestellt wurde, dass Gläubigermitwirkung im hier verstandenen Sinne eine mitwirkungsbedürftige Schuld voraussetzt (Rz 10), was in der Umschreibung der Mitwirkung als «Recht» wohl regelmässig berücksichtigt ist: Zu diesem «Recht» gelangt der Gläubiger nicht schon kraft seines persönlichen Seins, sondern erst kraft seiner Funktion als Gläubiger der mitwirkungsbedürftigen Obligation. Gläubigermitwirkung ist damit zweifelsfrei ein **obligationenrechtliches Konzept**, und ist die Mitwirkung ein «Recht», dann ein rein obligatorisches. Beurteilt wird es hier deshalb ausschliesslich aus schuldrechtlicher Betrachtungsweise.
- 136 **3.** Ein **verselbständigtes Forderungsrecht** des Gläubigers, das sich von seinem – die Obligation ausmachenden – Forderungsrecht unterscheiden liesse, ist die Mitwirkung **nicht**. Wollte man diesem selbständigen «Mitwirkungsfordeungsrecht» des Gläubigers eine gesonderte Pflicht des Schuldners zu einem *Tun* gegenüberstellen, so könnte sich dessen *Tun* inhaltlich nur darauf richten, dass die Mitwirkungsleistung denjenigen Erfüllungsbeitrag bewirkt, auf den sie abzielt. Der Inhalt eines solchen Schuldnerverhaltens aber ist nichts anderes als der Gegenstand der Schuld<sup>187</sup>. Wollte man dem

---

<sup>185</sup> SCHRANER, ZK-OR, Art. 91 N 14, 23; WEBER, BK-OR, Art. 91 N 51.

<sup>186</sup> FUNK, HaKo-OR, Art. 91 N 1; SCHRANER, ZK-OR, Art. 91 N 23, 25.

<sup>187</sup> Weist bspw. der Besteller den Unternehmer (berechtigterweise) an, das Werk auf eine gewisse Art und Weise herzustellen (Konkretisierungsanweisung: Rz 431 ff.), so steht dieser Mitwirkungsleistung beim Unternehmer das *Tun* gegenüber, das Werk entsprechend der Weisung herzustellen. Dies entspricht nichts anderem als seiner vertraglichen Werkherstellungspflicht.

selbstständigen «Mitwirkungsforderungsrecht» des Gläubigers eine Pflicht des Schuldners zu einem *Dulden oder Unterlassen* gegenüberstellen, so wären das alle negativen Verhaltensweisen des Schuldners, die erforderlich sind, damit die Mitwirkungsleistung denjenigen Erfüllungsbeitrag bewirkt, auf den sie abzielt. Auch hier ist das (negative) Schuldnerverhalten inhaltlich nicht von dem vom Schuldner ohnehin Geschuldeten zu unterscheiden<sup>188</sup>. Anders gesagt: Macht der Gläubiger von einem wie auch immer gearteten, «selbstständigen Mitwirkungsforderungsrecht» Gebrauch, übt er nichts anderes aus als das Forderungsrecht, kraft dessen er die Realerfüllung der Leistung fordern darf<sup>189</sup> und das ihn erst zum Gläubiger macht. Dieses Ergebnis lässt sich als selbstverständlich hinstellen, wenn man gemäss den früheren Ausführungen den Mitwirkungsbedarf als Kollateralprodukt des Umstands erachtet, dass eine Obligation ent- und besteht (Rz 10, 22 ff.). Doch bewahrt diese Erkenntnis davor, die Gläubigermitwirkung gedanklich vom Forderungsrecht des Gläubigers abzulösen und als verselbstständigtes Bündel von Rechten (beim Gläubiger) bzw. Pflichten (beim Schuldner) zu betrachten.

4. Soweit also die Gläubigermitwirkung in der Literatur als «Recht» bezeichnet wird, hat dies im **Ergebnis** nur insoweit seine Richtigkeit, als man damit die Gläubigermitwirkung gegenüber dem Forderungsrecht nicht als «verselbstständigt» hinstellt, ihr also nicht eine eigene Forderungsqualität verleiht. Es lässt sich dann sagen, dass der Gläubiger, der mitwirkt, die Leistung vom Schuldner verlangt, und der Gläubiger, der nicht mitwirkt, die Leistung (vielleicht vorübergehend, vielleicht dauerhaft) nicht verlangt. Es erübrigt sich damit auch, die Gläubigermitwirkung einem eigenen Typus von subjektiven Rechten zuzuweisen, denn ihr Typus entspricht zwingend demjenigen des Forderungsrechts; Mitwirkung ist mithin Bestandteil des *obligatorischen, subjektiven, relativen Forderungsrechts*. Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob im Einzelfall eine Mitwirkungsleistung des Gläubigers darin

<sup>188</sup> Soll bspw. der Käufer die Kaufsache am Wohnsitz des Verkäufers abholen (Mitwirkungsleistung), muss der Verkäufer ihn auf seinem Grundstück dulden, insoweit das für die Hinwegnahme der Kaufsache erforderlich ist. Verweigert ihm der Verkäufer den Zutritt und «weist» er insofern die Mitwirkung des Käufers «zurück», verweigert er nichts anderes als seine mit der Mitwirkungsleistung korrespondierende Sachverschaffungsleistung.

<sup>189</sup> Im letztgenannten Bsp. (Fn 188) könnte der Käufer gestützt auf OR 184 auf Erfüllung klagen, allenfalls in Verbindung mit Vollstreckungsmassnahmen i.S.v. ZPO 343 I lit. c und d (Verhängung einer Ordnungsbusse für jeden Tag der Nichterfüllung sowie Wegnahme der Kaufsache).

besteht, ein bestimmtes, vom Forderungsrecht unterscheidbares Recht auszuüben bzw. nicht auszuüben, was regelmässig vorkommt und etwa absolute Rechte<sup>190</sup>, Nebenrechte<sup>191</sup> oder Gestaltungsrechte<sup>192</sup> beschlagen kann.

- 138 Nicht ausgeschlossen ist demgegenüber, dass die Gläubigermitwirkung ausnahmsweise auch eine *Rechtspflicht* des Gläubigers bildet (dazu Rz 210 ff.). Die Gläubigermitwirkung verselbstständigt sich aber auch dann nicht; die Pflicht zur Mitwirkung bewirkt lediglich, dass der Gläubiger zur Geltendmachung seines Forderungsrechts nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet ist. Darin unterscheidet sich die Mitwirkungspflicht des Gläubigers massgeblich von der Leistungspflicht des Schuldners: Letztere verpflichtet den Schuldner zur Leistung, verleiht ihm aber nicht ohne weiteres auch das Recht, die Leistung gegen den Willen des Gläubigers zu erbringen. Demgegenüber verpflichtet die Mitwirkungspflicht den Gläubiger wohl zur Mitwirkungsleistung, doch liegt darin immer zugleich auch ein Recht, die Mitwirkungsleistung gegen den Willen des Schuldners zu erbringen, d.h. letztlich die Schuldnerleistung zu erzwingen (Realerfüllung).

---

<sup>190</sup> Bsp.: Duldet der Grundeigentümer den Landschaftsgärtner, dem das Zurückschneiden der Bäume übertragen ist, auf seinem Grundstück, verfügt er i.S.v. ZGB 641 I über sein Eigentum bzw. verzichtet darauf, sein Abwehrrecht i.S.v. ZGB 641 II auszuüben.

<sup>191</sup> Nebenrechte sind «besondere, von der Forderung als solcher zu unterscheidende Befugnisse [...]» (SCHÖBI, Diss., S. 26). Vgl. im Übrigen die ausschliesslich aus Gesetz bzw. aus besonderer vertraglicher Abrede entstehenden, als solche eindeutig von der Hauptforderung unterscheidbaren Nebenrechte bei GIRSBERGER, BSK-OR, Art. 170 N 8. Bsp.: Die Verwertung eines Fahrnispfandrechts (vgl. SCHÖBI, Diss., S. 45 ff.).

<sup>192</sup> Bei eindimensionalen Leistungsinhalten wird das eher nicht zutreffen: Das Gestaltungsrecht verkörpert die Befugnis, durch einseitige rechtsgeschäftliche Erklärung die Rechtsstellung eines anderen zu verändern (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz 65; KRAMER, BK-OR, Einl N 39; TERCIER/PICHONNAZ, Rz 269), also den Schuldinhalt zu modifizieren. Die Gläubigermitwirkung beschränkt sich demgegenüber darauf, die *geschuldete* Leistung, wie sie besteht, zu *bewirken*. Demgegenüber kommt bei vielschichtigen Leistungsinhalten die Ausübung eines Gestaltungsrechts als Mitwirkungsleistung in Betracht (Bsp.: das einseitige Bestellungsänderungsrecht des Bauherrn; Rz 435).



## C. Mitwirkung als Gläubigerobliegenheit

### 1. Ausgangspunkt

Weil die Mitwirkung des Gläubigers ein Ausdruck seines Forderungsrechts ist (Rz 134 ff.), darf der Gläubiger grundsätzlich die Mitwirkung unterlassen, also sein Forderungsrecht nicht ausüben. Rechtsfolgenlos bleibt das Mitwirkungsversäumnis freilich nicht: Dem Schuldner werden für den Fall des Mitwirkungsversäumnisses nach OR 92–95 Befreiungs- und Entschädigungsrechte eingeräumt, die für den Gläubiger in verschiedener Hinsicht nachteilig sind. Die rechtzeitige Mitwirkung wird vor diesem Hintergrund häufig als Obliegenheit des Gläubigers bezeichnet. Untersucht wird im Folgenden, wie sich diese Kategorisierung zur Natur des Forderungsrechts verhält und welchen Nutzen sie stiftet.

### 2. Zum Wesen der Obliegenheit

#### a. Nach der herkömmlichen Definition

1. Sprachlich ist dem OR die «Obliegenheit» und das «Obliegen» geläufig, doch verwendet es den Begriff untechnisch und oft im Zusammenhang mit echten Verbindlichkeiten<sup>193</sup>. Die Lehre versteht unter der Obliegenheit eine Verhaltensweise, deren Nichtbeachtung zwar nicht pflichtwidrig ist, aber derjenigen Person, die mit der Befolgung der Verhaltensweise belastet ist (dem Obliegenheitsbelasteten), einen von der Rechtsordnung angeordneten Rechtsnachteil verursacht<sup>194</sup>. Der Rechtsnachteil wird dabei regelmässig zum Vorteil einer anderen am Schuldverhältnis beteiligten Person (dem Obliegenheitsbegünstigten). Die Obliegenheit bildet damit eine gesetzliche **Verhaltensanforderung eigener Art**, zu der regelmässig auch die Gläubigermitwirkung gezählt wird<sup>195</sup>. Dass die Verwendung der «Obliegenheit» im

<sup>193</sup> Vgl. z.B. OR 249 Ziff. 2 oder OR 768 I.

<sup>194</sup> KRAMER, BK-OR, Einl N 113. Vgl. auch GIGER, BK-OR, Art. 184 OR N 153, der von einem «Rechtsverlust» spricht; TERCIER/PICHONNAZ, Rz 292: «désavantage juridique».

<sup>195</sup> BERGER, Schuldrecht, Rz 1284; BERNET, BSK-OR, Vor Art. 91–96 N 2; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz 2390; HUGUENIN, Rz 968; KOLLER A., OR AT, Rz 54.157, 56.07; SCHRANER, ZK-OR, Art. 91 OR N 23, 25 (wenn auch kritisch ggü. der Obliegenheit als eigenständige Kategorie; «*tertium non datur*»); WEBER, BK-OR, Art. 91 N 52 f. Siehe auch die zahlreichen Nachweise bei STAUBER, Diss., Rz 129

OR mit dieser heute etablierten, dogmatischen Umschreibung nicht übereinstimmt, erklärt sich unter anderem damit, dass der Begriff erst rund dreissig Jahre nach Inkrafttreten des OR seinen Weg vom Privatversicherungsrecht ins allgemeine Schuldrecht gefunden hat<sup>196</sup>.

- 141 **2. Der Begriff des «Rechtsnachteils»** bedarf der Klärung, denn er bildet soweit ersichtlich das entscheidende Merkmal, durch welches sich die Obliegenheit von anderen Verhaltensanforderungen des Zivilrechts unterscheiden sollte<sup>197</sup>. Zumindest gegenüber dem herkömmlich verstandenen, subjektiven Recht fällt die Obliegenheit erkennbar strenger aus. Denn die Nichtausübung eines Rechts zieht für den Nichtausübenden prinzipiell keinen anderen Nachteil nach sich, als dass der Genuss des mit dem Recht verknüpften Vorteils ausbleibt. Demgegenüber bringt die Nichterfüllung der Obliegenheit für den Obliegenheitsbelasteten einen besonderen Nachteil rechtlicher Art mit sich, der sich zum Nachteil der blossen Rechtsnichtausübung hinzugesellt. Von der *Rechtspflicht* allerdings unterscheidet der «Rechtsnachteil» die Obliegenheit zunächst nur unzureichend, denn auch die Vollstreckung eines bestimmten Verhaltens mithilfe staatlicher Gewalt gegen den Verletzer einer Rechtspflicht kann als «Rechtsnachteil» erachtet werden<sup>198</sup>. Die Abgrenzung zur Pflicht erfolgt herkömmlicherweise über zwei Merkmale: (i.) Die Obliegenheit verleihe dem Obliegenheitsbegünstigten gegenüber dem Obliegen-

---

m.w.N., der die Mitwirkung freilich (a.a.O., Rz 169 ff., 198) «wertungsmässig» mit unselbstständigen (nicht klagbaren) Nebenpflichten gleichsetzt.

<sup>196</sup> Siehe dazu die gescheshistorischen Ausführungen bei EHRENSPERGER, Diss., S. 17 m.w.N. Grundlegend aus der deutschen Literatur: Reimer Schmidt, Die Obliegenheiten, Karlsruhe 1953.

<sup>197</sup> Gegen das Merkmal, wonach die Beachtung der Obliegenheit regelmässig im Interesse beider Parteien stehe (dazu EHRENSPERGER, S. 123 m.w.N.; «*gespaltene Interessenlage*»), wird zu Recht eingewendet, es habe regelmässig nur der Obliegenheitsbelastete ein Interesse an der Beachtung der Obliegenheit (siehe etwa MERZ, SPR VI/1, S. 70; STAUBER, Diss., Rz 147; siehe auch Rz 143 ff.). – Gegen das Merkmal des «*Zweckcharakters*» der Obliegenheit (dazu EHRENSPERGER, S. 123 m.w.N.) ist einzuwenden, dass der psychologische Zwang, der von einer Obliegenheit ausgeht, von demjenigen der Rechtspflicht kaum zu unterscheiden ist. Die besondere Sanktion der Obliegenheitsverletzung (dazu Rz 148 ff.) kann für den Obliegenheitsbelasteten sogar schwerer wiegen als eine Schadenersatzpflicht aus Pflichtverletzung (vgl. auch KOLLER A., OR AT, Rz 2.92 f.).

<sup>198</sup> Bsp.: Zur «Obliegenheitsverletzung» geriete so auch die unerlaubte Handlung des Schädigers (OR 41 I), der sich dadurch dem «Rechtsnachteil» aussetzt, Ersatz zu schulden und zur Leistung des Ersatzes gezwungen zu werden.

heitsbelasteten keinen durchsetzbaren Anspruch auf deren Beachtung, also **keinen «Realerfüllungsanspruch»**, sowie (ii.) **keinen Anspruch auf Ersatz** des allfälligen Schadens, der dem Obliegenheitsbegünstigten aus der Nichtbeachtung der Obliegenheit entsteht<sup>199</sup>. Aufgrund dieser Charakterisierung erscheint die Obliegenheit *prima vista* «milder» als die Rechtspflicht<sup>200</sup>.

3. Dass die Obliegenheit dem Obliegenheitsbegünstigten keinen Realerfüllungsanspruch auf Beachtung der Obliegenheit verschafft, ist in der Literatur unumstritten<sup>201</sup>. Freilich reicht das Merkmal nicht aus, um die Obliegenheit gegenüber sogenannten unselbstständigen Nebenpflichten abzugrenzen, die dem Gläubiger auch keinen Realerfüllungsanspruch einräumen<sup>202</sup>. Entscheidend ist nach der gängigen Definition also der Umstand, dass die Obliegenheitsverletzung für den Obliegenheitsbelasteten **zwar einen rechtlichen Nachteil verursacht, der aber nicht in einer Schadenersatzfolge besteht**. Gegen die Bildung einer solchen Kategorie von Verhaltensanforderungen spricht an sich nichts, solange im Auge behalten wird, dass die Verhaltensanforderung so ausschliesslich von ihrer Rechtsfolge her umschrieben wird<sup>203</sup>. Die Rechtsfolgen eines Verhaltens aber ergeben sich nicht aus der (deskriptiven) Zuweisung zu einer bestimmten Kategorie von Verhaltensnormen,

<sup>199</sup> EHRENSPERGER, Diss., S. 41 m.w.V.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz 102; HUGUENIN, Rz 113; KOLLER A., OR AT, Rz 2.89 (freilich mit Einschränkungen); KRAMER, BK-OR, Einl N 113. Vgl. im Übrigen STAUBER, Diss., Fn 243 m.w.N. Vom selben Obliegenheitsbegriff ausgehend offenbar auch die Expertenkommission Schnyder in der bundesrätlichen Botschaft zur Totalrevision des VVG vom 7. September 2011 (BBl 2011, 7705 ff.), S. 7752, bestehend aus den Damen und Herren Dr. Alexander Brunner, Prof. Dr. Vincent Brulhart, RA Olivier Carré, Dr. Andrea Eisner-Kiefer, PD Dr. Stephan Fuhrer, Prof. Dr. Peter Gauch (bis 15. Februar 2005), Prof. Dr. Franz Hasenböhler, Prof. Dr. Bettina Kahil-Wolff, Prof. Dr. Alfred Koller (bis 31. Dezember 2003), Dr. Matthias Nast, Fürsprecher Peter Pfund, Prof. Dr. Hans Peter Walter und Handelsrichter Stephan Weber (vgl. BBl 2011 7713, Fn 3).

<sup>200</sup> Aufgrund dieser scheinbaren Mittelstellung zwischen Recht und Pflicht wird die Obliegenheit bald zur Verwandtschaft der Pflicht gezählt (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz 102: «Pflicht minderen Grades»; KRAMER, BK-OR, Einl N 113: «Pflichten geringerer Intensität»), bald zur Verwandtschaft des erlaubten Verhaltens, also des Rechts (KOLLER A., OR AT, Rz 2.94; SCHRANER, ZK-OR, Art. 91 N 25).

<sup>201</sup> Siehe die Nachweise in Fn 199.

<sup>202</sup> Siehe dazu KRAMER, BK-OR, Einl N 91, der freilich eine andere Terminologie vorschlägt.

<sup>203</sup> Vgl. die Zusammenfassung von EHRENSPERGER, Diss. S. 41.

sondern aus der *rechtlichen Grundlage der Verhaltensanforderung*<sup>204</sup>, das heisst aus Gesetz oder Vertrag. Erst wenn die Rechtsgrundlage bekannt ist, lassen sich Rechtsfolge und gegebenenfalls Sanktionsstruktur analysieren, und erst anschliessend lässt sich beurteilen, ob es sich im Sinne der gängigen Definition um eine Obliegenheit handelt oder nicht. Mit anderen Worten ist für die hier interessierende Frage, welchen Verbindlichkeitsgrad ein bestimmtes Verhalten für den Verhaltensbelasteten aufweist, mit der deskriptiven Zuordnung zur Obliegenheit nichts gewonnen; stattdessen ist die jeweilige Rechtsgrundlage darauf zu prüfen, ob sie dem Belasteten ein Recht oder eine Pflicht auferlegt<sup>205</sup> und welches die Rechtsfolgen der Verletzung sind.

- 143 **4.** Ein zusätzliches begriffswesentliches Merkmal der Obliegenheit erblickt STAUBER darin, dass der Obliegenheitsbegünstigte regelmässig **kein Interesse an der Erfüllung** der Verhaltensregel durch den Obliegenheitsbelasteten hat, weil die Sanktion ihn besserstellt, als wenn die Obliegenheit beachtet worden wäre. Die Auffassung lehnt sich an KOLLER, nach welchem die Obliegenheitsverletzung gerade *deshalb* nicht pflichtwidrig sei, *weil* die daran geknüpften gesetzlichen Rechtsfolgen dem Interesse des Obliegenheitsbegünstigten gleich gut oder besser Rechnung tragen, wie wenn die Obliegenheit beachtet worden wäre<sup>206</sup>. Hierzu was folgt:
- 144 **a.** Die Kategorie der Obliegenheit wird auch auf diesem Weg von ihren Rechtsfolgen her konturiert (vgl. Rz 142). Denn dass die Gegenpartei «kein Interesse» an der Obliegenheitserfüllung hat, ist die Konsequenz davon, dass die Rechtsfolge regelmässig so ausgestaltet ist, dass die Gegenpartei gleich gut oder bessergestellt wird, wie wenn der Obliegenheitsbelastete die Obliegenheit erfüllt hätte. Als rein terminologische Kategorie wäre diese Definition der Obliegenheit unbedenklich. Doch geht es zumindest nicht an, *e contrario* von diesem Postulat abzuleiten, dass gesetzliche Verhaltensanforderungen, deren Verletzung nach den gesetzlich normierten Rechtsfolgen nur zu einem *unvollständigen Interessenausgleich* führen (also den anderen nicht gleich gut oder besser stellen), keine Obliegenheiten, sondern Rechtspflich-

---

<sup>204</sup> Vgl. STAUBER, Diss., Rz 132. So im Ergebnis auch GIGER, BK-OR, Art. 184 N 154; HÜFFER, Habil., S. 224 f.; WEBER, BK-OR, Art. 91 N 53.

<sup>205</sup> Denn ein Drittes gibt es nicht («*tertium non datur*»): SCHRANER, ZK-OR, Art. 91 N 25.

<sup>206</sup> KOLLER A., OR AT, Rz 2.94. Vgl. STAUBER, Diss., Rz 152 m.V.

ten sein müssten, wie dies namentlich von STAUBER getan wird<sup>207</sup>. Denn diese Auffassung verträgt sich mit zweierlei Tatsachen nicht: Erstens, dass nicht einmal bei der pflichtwidrigen und schuldhaften Schädigung vollständiger Schadenersatz garantiert ist (vgl. OR 43 I). Zweitens, dass das Gesetz auch als Folge gewisser erlaubter Verhaltensweisen nur einen unvollständigen Schadensausgleich anordnet. Letzterer Punkt wird im Folgenden vertieft.

**b.** KOLLER selbst führt mit Verweis auf OR 52 II und ZGB 701 II zwei Normen an<sup>208</sup>, die erlaubtes Verhalten<sup>209</sup> mit einem Schadenersatzanspruch billigkeitshalber<sup>210</sup> verbinden, der begriffsgemäss keineswegs den vollen Schaden abdecken muss. Im gesetzlichen Vertragsrecht kommen weitere Bestimmungen in Betracht, so etwa OR 376 III oder OR 378 II, wonach der Besteller beim «verschuldeten» Untergang bzw. Unmöglichwerden des Werks schadenersatzpflichtig wird. Zu denken ist auch an OR 377, wonach der Besteller den Werkvertrag zwar kündigen kann, doch den Unternehmer «schadlos» zu halten hat. Diese werkvertraglichen Bestimmungen berechtigten den Unternehmer nicht zu vollem Schadenersatz, sondern lediglich zum Vergütungsinteresse (Rz 567, 1443). Alle diese Bestimmungen umschreiben beim Schuldner erlaubtes Verhalten<sup>211</sup> und gewähren dem Anspruchsgläubiger keinen vollen Interessenausgleich.

<sup>207</sup> STAUBER, Rz 195: «Weil die Beachtung dieser Verhaltensanforderung nicht nur im Interesse des Gläubigers liegt und dem Schuldner durch die Nichterfüllung beträchtliche Nachteile erwachsen können, handelt es sich bei dieser Verhaltensanforderung *nicht* um eine Obliegenheit des Gläubigers. Somit liegt eine in zweckgerichteter Auslegung und Ergänzung von Vertrag und Gesetz begründete, ins Schuldverhältnis eingebettete Verhaltensanforderung vor, was nichts anderes ist als eine Pflicht» (H.h.). Vgl. a.a.O., Rz 153: Die «Mitwirkungshandlungen des Gläubigers [seien] aber nicht als Obliegenheiten zu qualifizieren, weil der Schuldner an der rechtzeitigen Mitwirkung des Gläubigers interessiert ist und das Gesetz dem Schuldner bei Nichtmitwirkung des Gläubigers zwar alternative Handlungsmöglichkeiten eröffnet, die den Schuldner aber selbst dann noch belasten, wenn er davon Gebrauch macht.»

<sup>208</sup> KOLLER A., OR AT, Rz 2.97. Im selben Sinne DERS., Nachbesserungsrecht, Rz 133 m.V.a. OR 378 II.

<sup>209</sup> OR 52 II als Rechtfertigungsgrund: KESSLER, BSK-OR, Art. 52 N 14.

<sup>210</sup> Vgl. etwa VON FISCHER LEHMANN, OFK-ZGB, Art. 701 N 5.

<sup>211</sup> Vgl. etwa GAUCH, Werkvertrag, Rz 734 mit Blick auf OR 378 II, dessen Gehalt er als «Obliegenheit» bezeichnet.

- 146 c. Dass die Gegenpartei kein Interesse an der Erfüllung der Obliegenheit haben soll, weil sie bei deren Nichterfüllung gleich gut bzw. bessergestellt werde als im anderen Fall, ist ausserdem eine Aussage, die sich teilweise auch auf Rechtspflichten legen liesse: Schliesslich bezweckt auch und gerade die pflichtwidrigkeitsbedingte Schadenersatzfolge den vollständigen Interessenausgleich<sup>212</sup>. Zumindest in jenen Fällen also, in denen es für die Gegenpartei keinerlei Unterschied macht, ob sie die Leistung oder den korrespondierenden Schadenersatz erhält, liesse sich demnach sagen, dass sie gleich gut gestellt wird, wie wenn die Pflicht erfüllt worden wäre. Hier verwischte sich aber die Grenze zur Obliegenheit weiter, weil das Gesetz in gewissen Fällen auch für erlaubte Verhaltensweisen einen vollständigen Interessenausgleich vorsieht. Zu erwähnen ist etwa ZGB 679a, wonach der geschädigte Nachbar vom Grundeigentümer, der sein Grundstück rechtmässig bewirtschaftet, dem Nachbarn jedoch übermässige und unvermeidliche Nachteile zufügt, Schadenersatz verlangen kann. Auch dieser Anspruch ist die Sanktionierung erlaubten Verhaltens<sup>213</sup>, und ersatzfähig ist unter dieser Bestimmung *jeder* Schaden<sup>214</sup>. Volle Entschädigung als Konsequenz erlaubten Verhaltens wird auch im Rahmen weiterer sachenrechtlicher Bestimmungen gewährt, wie etwa ZGB 691 I, 694 I oder 710 I<sup>215</sup>. Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang zudem OR 404 II, der den zur Unzeit Kündigenden bzw. Widerrufenden immerhin im Umfang des negativen Vertragsinteresses schadenersatzpflichtig macht<sup>216</sup>. Dasselbe Prinzip findet sich in OR 475 II. Ob der volle Schadensausgleich *verschuldensabhängig* erfolgt oder nicht, erlaubt ebenfalls keine eindeutige Differenzierung zwischen pflichtgemässem und pflichtwidrigem Verhalten: Zum Beispiel treten die Rechtsfolgen der erwähnten OR 376 III und 378 II erst in Abhängigkeit eines Verschuldens ein, umgekehrt werden die pflichtwidrige Mangelhaftigkeit der Kaufsache nach

---

<sup>212</sup> Bsp.: Der Gläubiger tritt nach OR 107 II i.V.m. 109 II zurück und fordert das negative Vertragsinteresse. Das Geschäft wäre für den Gläubiger wenig lukrativ gewesen und er hätte, hätte er den Vertrag mit dem Schuldner nicht schon abgeschlossen gehabt, kurz darauf einen lukrativeren Vertrag geschlossen. Das negative Vertragsinteresse fällt also grösser aus als das positive und der Gläubiger wird durch die Ersatzleistung des Schuldners bessergestellt, als wenn der Schuldner gehörig erfüllt hätte.

<sup>213</sup> Vgl. HÜRLIMANN-KAUP/NYFFELER, BR/DC 2015, S. 129 m.w.N.

<sup>214</sup> SCHMID, BRT 2011, S. 96.

<sup>215</sup> Vgl. HÜRLIMANN-KAUP/NYFFELER, BR/DC 2015, S. 129 m.w.N.

<sup>216</sup> Auch das negative Vertragsinteresse ist «voller» Schadenersatz: «Zu ersetzen ist [...] mithin alles, was die Gegenseite gehabt hätte, wenn der Widerruf bzw. die Kündigung nicht gerade zur Unzeit erfolgt wäre» (WEBER, BSK-OR, Art. 404 N 17).

OR 195 I Ziff. 4 und OR 208 II sowie der pflichtwidrige Verzug mit einer Geldleistung nach OR 104 verschuldensunabhängig sanktioniert.

**5. Im Ergebnis** lässt sich nach der herkömmlichen Definition der Obliegenheit nur gerade sagen, dass diese Verhaltensanforderung in dem Sinne unverbindlich und ihre Verletzung mithin erlaubt ist, als der Obliegenheitsbegünstigte deren Beachtung nicht erzwingen kann, und dass den Obliegenheitsbelasteten durch deren Verletzung ein Rechtsnachteil trifft, der nicht in einer Schadenersatzforderung des Obliegenheitsbegünstigten besteht. Ob das alles zutrifft, ergibt sich nicht schon daraus, dass ein bestimmtes Verhalten als Obliegenheit kategorisiert wird, sondern setzt voraus, dass sich diese Rechtsfolgen so aus der Rechtsgrundlage der Verhaltensanforderung ergeben. Nicht zielführend ist aus den erwähnten Gründen die Unterscheidung, ob die Verletzung einer Verhaltensanforderung zu einem vollständigen oder nur teilweisen Interessenausgleich führt, weil der Umfang des Interessenausgleiches für die Verbindlichkeit der zugrundeliegenden Verhaltensanforderung nach den genannten gesetzlichen Beispielen allenfalls indikativ, aber nicht bestimmend ist. 147

#### **b. Nach der typischen Sanktion der Obliegenheit**

**1.** Die Essenz der Obliegenheit liegt m.E. in ihrem Sanktionierungsmechanismus. Er zeichnet sich dadurch aus, dass die Obliegenheitsverletzung **ausschliesslich den Bestand der Rechte des Obliegenheitsbelasteten** gegenüber dem Obliegenheitsbegünstigten **angreift**, nicht aber den Bestand der Rechte des Obliegenheitsbegünstigten verändert, insbesondere nicht aufbessert. Die Zwangswirkung dieser Sanktion entfaltet sich in dem Sinne unmittelbar, als der Obliegenheitsbegünstigte selbst in keiner Weise tätig zu werden braucht, damit die Sanktion ihre Wirkung zeitigt. Bei näherer Betrachtung des gesetzlichen Schuldrechts sind zwei Untertypen der Sanktion zu erkennen: der Rechtsvorenthalt und der Rechtsverlust. 148

**a.** Beim *Rechtsvorenthalt* werden dem Obliegenheitsbelasteten infolge der Obliegenheitsverletzung künftige Rechte gegenüber der Gegenpartei, die er bei Erfüllung der Obliegenheit erworben hätte, nicht zuteil. Im Vordergrund stehen hier Rügeobligationen: Qualifiziert man zum Beispiel die rechtzeitige Mängelrüge des Bestellers (OR 367 I) als *rechtsbegründende Hand-* 149

lung<sup>217</sup>, so führt das Rügeversäumnis dazu, dass dem Besteller die betreffenden Gewährleistungsrechte gar nicht erst entstehen. Bejaht man einen solchen rechtsbegründenden Charakter für alle Mängelrügerechte, gilt dasselbe etwa auch für OR 201, 267a oder 489.

- 150 **b.** Durch den *Rechtsverlust* dagegen werden dem Obliegenheitsbelasteten Rechte genommen, die ihm im Zeitpunkt der Obliegenheitsverletzung gegenüber dem Obliegenheitsbegünstigten bereits zustehen. Zu denken ist etwa an den Schadenersatzanspruch des Geschädigten, der um den selbstverschuldeten Teil reduziert wird, wenn er es versäumt, den Schaden zu verhindern oder zu mindern (OR 99 III in Verbindung mit 44 I; dazu auch Rz 1510 m.V.)<sup>218</sup>. Weitere Beispiele: Das Forderungsrecht verliert seine Durchsetzbarkeit und verschlechtert sich durch diese prozessuale «Abschwächung», wenn der Gläubiger den Lauf der Verjährung nicht unterbricht (siehe OR 135 Ziff. 2). Das Forderungsrecht des Zessionars gegen den Hauptschuldner geht unter, wenn dieser dem Hauptschuldner die Zession nicht anzeigt und letzterer an den Zedenten leistet (OR 167). Der in Verzug geratene Arbeitgeber kann vom Arbeitnehmer nicht fordern, dass er die verzugsbedingt nicht erbrachte Arbeitszeit nachholt (OR 324 I). Der Makler verliert durch die vertrags- oder treuwidrige Doppelmäkelei seinen Lohnanspruch (OR 415). Auch der Kommissionär verliert seinen Provisionsanspruch, wenn er dem Kommitenten gegenüber unredlich handelt (OR 433 I). Kommt der Gläubiger seinen Anzeige-, Erhaltungs- und Herausgabepflichten nach OR 503 nicht nach, so verliert er seine Forderung gegenüber dem Bürgen (OR 503 IV). Vergleiche freilich zum Pflichtcharakter einiger dieser Normen: Rz 152.
- 151 **2.** Der Rechtsvorenthalt bzw. der Rechtsverlust herrscht als Sanktionstyp – allerdings mit Ausnahme der Gläubigermithwirkung (vgl. Rz 200) – in **praktisch allen** herkömmlicherweise als **Obliegenheiten** bezeichneten, gesetzlichen Verhaltensanforderungen vor, so namentlich in OR 44 (gegebenenfalls

---

<sup>217</sup> So BGE 118 II 147 E. 3a. Versteht man demgegenüber die Rüge des Käufers, des Vermieters, des Bestellers usw. als *rechtserhaltende* Tatsachen (vgl. für den Werkvertrag GAUCH, Werkvertrag, Rz 2166), so entspricht die Sanktion nicht einem Rechtsvorenthalt, sondern einem Rechtsverlust (sogleich Rz 150).

<sup>218</sup> Die Verletzung der Schadenminderungsobliegenheit ist nicht als Einwilligung des Geschädigten zu verstehen, durch welche die Rechtswidrigkeit der Schädigung dahinfiele; vielmehr wird durch die Rechtswidrigkeit der Schädigung das Schadenersatzforderungsrecht im Rechtsbestand des Geschädigten begründet, anschliessend aber nach OR 44 I reduziert (vgl. KESSLER, BSK-OR, Art. 44 N 4, 7).



in Verbindung mit OR 99 III), 88–90, 127/135 Ziff. 2, 167, 201, 257g, 267a, 327 in Verbindung mit 324, 367 I/370 III, 441 und 489<sup>219</sup>. Folgende Einschränkungen sind anzubringen:

**a.** Erstens ist die hier beobachtete Sanktionierungsstruktur in seltenen Fällen *auch als Rechtsfolge von Pflichtverletzungen* eingesetzt. Zu verweisen ist etwa auf die bereits erwähnten Bestimmungen von OR 415 (Verlust des Maklerlohnanspruchs), OR 433 I (Dahinfallen des Provisionsanspruchs des Kommissionärs) und OR 503 IV (Entbindung des Bürgen). Der angeordneten Sanktion zum Trotz soll es sich bei diesen Verhaltensanforderungen um Pflichten handeln, weshalb dem Gläubiger bei Verschulden des pflichtwidrig handelnden Schuldners zusätzlich zur dort normierten Sanktion auch *Schadenersatz* zustehe<sup>220</sup>: Zu verweisen ist auf den Schadenersatzanspruch des Auftraggebers gegen den Makler bei treuwidrigem Verhalten nach OR 415 in Verbindung mit OR 420 III<sup>221</sup>, den Schadenersatzanspruch des Kommitenten gegenüber dem Kommissionär nach OR 433 II in Verbindung mit OR 97<sup>222</sup> oder den Schadenersatzanspruch des Bürgen gegenüber dem Gläubiger nach OR 503 IV<sup>223</sup>.

**b.** Zweitens sieht das Gesetz Verhaltensanforderungen vor, deren Verletzung *zwar erlaubt ist, aber trotzdem zu Schadenersatzfolgen* zulasten der verletzenden Partei führt. Zu verweisen ist auf die bereits erwähnten Bestimmungen von ZGB 679a, 691 I, 694, 701 II (siehe Rz 146) oder etwa OR 52 II, 376 III, 377 und 378 II (Rz 145). Zuweilen werden auch solche Verhaltensanforderungen als Obliegenheiten bezeichnet<sup>224</sup>, doch passt die Sanktionierungsstruktur der Obliegenheit nicht zu diesen Bestimmungen, weil sie nicht oder nicht nur den Rechtebestand des Verletzers angreifen, sondern durch das Einräumen eines Schadenersatzanspruchs auch den Rechtebestand seiner Gegenpartei (positiv) verändern. Illustrieren lässt sich das etwa an-

<sup>219</sup> Vgl. die bei EHRENSPERGER, Diss., S. 47 ff. untersuchten und als Obliegenheiten bezeichneten Gesetzesnormen.

<sup>220</sup> Die Anordnung des Schadenersatzanspruchs muss sich dabei nicht zwingend aus derselben Norm ergeben, sondern kann auf allgemeinen Haftungsbestimmungen fussen, in deren System die betreffende Obligation eingebettet ist.

<sup>221</sup> GAUTSCHI, BK-OR, Art. 415 N 5b.

<sup>222</sup> LENZ/VON PLANTA, BSK-OR, Art. 433 N 5.

<sup>223</sup> Zum Pflichtcharakter der in OR 503 IV sanktionierten Herausgabe- und Verschaffungspflichten des Gläubigers: OSER/SCHÖNENBERGER, ZK-OR, Art. 503 N 27, 39.

<sup>224</sup> Siehe etwa für OR 378 II: GAUCH, Werkvertrag, Rz 734, 736.

hand von OR 377, wonach der kündigende Besteller den Unternehmer vollständig schadlos zu halten hat. Seine Kündigung führt nicht nur dazu, dass der Besteller seinen Anspruch auf die Werkherstellung und -ablieferung *ex nunc* verliert, sondern auch dazu, dass der Unternehmer einen Anspruch auf die «bereinigte» Restvergütung erhält, die streng genommen aufgrund der frühzeitigen Vertragsbeendigung noch gar nicht verdient wäre (siehe Rz 567, 1443); darin liegt eine Rechtsaufbesserung. Obliegenheiten im hier verstandenen Sinne (Rz 148 ff.) sind solche Verhaltensanforderungen also nicht. So betrachtet ist die Obliegenheit wohl vielleicht eine heterogene «Sammelgruppe»<sup>225</sup> von Normen, aber jedenfalls nicht das Sammelgefäß *aller* erlaubten Verhalten, an die das Gesetz eine Rechtsfolge knüpft. Die Obliegenheit steht zur Pflicht nicht in einem derart «nahtlosen» Verhältnis, das alles Verhalten, das anders als eine Obliegenheit sanktioniert wird, eine Pflicht sein müsste<sup>226</sup>.

- 154 **3. Im Ergebnis** zeichnen sich die im Schuldrecht herkömmlicherweise als Obliegenheiten umschriebenen gesetzlichen Verhaltensanforderungen durch ihren Sanktionierungsmechanismus aus: Sie setzen nur beim Rechtebestand des Obliegenheitsbelasteten an und reduzieren diesen bzw. lassen ihn planwidrig nicht anwachsen. Demgegenüber wird der Rechtebestand der Gegenpartei nicht ausgeweitet. Mit dem Begriff des «Rechtsnachteils», der sprachlich eine beliebige Verschlechterung der Rechtsposition meinen könnte, wird dieser Sanktionierungsmechanismus nur unzureichend umschrieben. Der Sache näher kommen die seltener verwendeten Bezeichnungen «Rechtsverkürzung»<sup>227</sup> oder «Rechtsverlust»<sup>228</sup>. Zu beachten ist einerseits, dass der Sanktionstyp in wenigen Fällen auch bei Pflichtverletzungen greift, wo freilich dem Gläubiger im Falle der schuldhaften Verletzung durch den Schuldner zusätzlich Schadenersatz zusteht. Andererseits lässt sich von der Tatsache, dass die Verletzung einer gesetzlichen Norm Schadenersatzfolgen nach sich zieht, nicht unzweifelhaft darauf schliessen, dass die verletzte Norm

---

<sup>225</sup> Vgl. EHRENSPERGER, Diss., S. 131.

<sup>226</sup> A.M. offenbar KAPPELLMANN/SCHIFFERS/MARKUS, Bd. 1, Rz 1282 im Zusammenhang mit BGB § 642 (dazu Rz 610 ff.), wonach die Bestimmung keine Obliegenheit bilden könne, weil sie nicht nur Rechte des Bestellers dahinfallen lasse, sondern zusätzlich dem Unternehmer einen Entschädigungsanspruch einräume; die Bestimmung handle deshalb nicht von einer Obliegenheits- sondern von einer Pflichtverletzung des Bestellers.

<sup>227</sup> ESSER/SCHMIDT, S. 115.

<sup>228</sup> GIGER, BK-OR, Art. 184 N 153.

eine Pflicht ist, immerhin aber, dass sie keine Obliegenheit ist. Damit gibt es neben Obliegenheiten weitere Verhaltensnormen, deren Verletzung erlaubt ist, allerdings mit dem Unterschied, dass als Rechtsfolge nicht oder nicht nur der Rechtebestand der verletzenden Partei, sondern auch der Rechtebestand der Gegenpartei verändert wird. Solches zeigt sich nicht nur anhand der beispielhaft erwähnten Gesetzesnormen (Rz 146 ff.), sondern auch bei den hernach zu besprechenden Rechtsfolgen des Gläubigerverzugs.

### 3. Einordnung der Gläubigermitwirkung

1. Zu betrachten ist nun, wie sich die gesetzliche Sanktionierung des Mitwirkungsversäumnisses zum typischen Sanktionierungsmechanismus der Obliegenheit verhält. Zurückgegriffen wird hierfür nicht nur auf die Regeln von OR 91 ff., sondern auch auf die in Rz 31 ff. dargestellten, gesetzlichen Mitwirkungsnormen. 155

2. Wenn der Gläubiger die Mitwirkung versäumt, sanktionieren die Gläubigerverzugsregeln dies, indem sie dem Schuldner **neue Rechte** einräumen. Es sind dies bei der Sachleistungsschuld das Hinterlegungs- (OR 92) bzw. das Erlöshinterlegungsrecht (OR 93) und der Anspruch des Sachleistungsschuldners auf Aufwendungsersatz (OR 92 I), sowie bei der Dienstleistungsschuld das Rücktrittsrecht des Schuldners nach OR 95. Dazu was folgt: 156

a. Durch die Begründung des Sachhinterlegungs- (OR 92) bzw. Erlöshinterlegungsrechts (OR 93), *eines alternativen Erfüllungsrechts*, wird der Schuldner in den Stand versetzt, durch einseitige Betätigung auf andere als die geschuldete Weise zu erfüllen und sich so von seiner Schuld zu befreien<sup>229</sup>. Seine Rechte gegenüber dem Gläubiger werden damit ausgeweitet, denn das alternative Erfüllungsrecht steht ihm zusätzlich zur obligationsgemässen Erfüllung offen. Die Sanktion bewirkt demgegenüber keine Reduktion der Gläubigerrechte, denn namentlich sein Forderungsrecht und allfällige Nebenrechte behält der Gläubiger auch während des Gläubigerverzugs. 157

b. Dem Schuldner entsteht sodann ein weiteres neues Recht, da er gemäss OR 92 I «auf Kosten» des Gläubigers die geschuldete Sache bzw. den Verkaufserlös<sup>230</sup> hinterlegen kann: Er erhält, unabhängig von einem allfälligen 158

<sup>229</sup> STAUBER, Diss., Rz 331.

<sup>230</sup> Der Aufwendungsersatzanspruch in OR 92 I wird analog auf die Erlöshinterlegung gemäss OR 93 angewendet: Rz 1133.

Verschulden des Gläubigers, einen *Ersatzanspruch für die Aufwendungen*, die ihm durch die Ausübung seines alternativen Erfüllungsrechts entstehen<sup>231</sup>. Der Anspruch weitet wiederum die Rechte des Schuldners aus, reduziert aber nicht die Rechte des Gläubigers.

- 159 c. Bei Dienstleistungsschulden sanktioniert OR 95 das Mitwirkungsversäumnis mit einem neu hinzutretenden *Rücktrittsrecht* des Schuldners. Dieses erlaubt ihm, sich durch einseitige Erklärung von seiner Schuldpflicht zu lösen. Auch diese Sanktion weitet die Rechte des Schuldners offensichtlich aus und lässt die Gläubigerrechte grundsätzlich unberührt. Zwar kann im Rücktrittsrecht eine «Abschwächung» des Forderungsrechts des Gläubigers gesehen werden, wenn auf den praktischen Standpunkt abgestellt wird, dass sich der Schuldner durch Auflösung des Vertrags der Realvollstreckung der Forderung entziehen kann. Dogmatisch aber ändert der blosser Umstand, dass dem Schuldner neu ein Kündigungsrecht zusteht, nichts an der Werthaltigkeit – namentlich an der Durchsetzbarkeit – der Forderung, solange sie besteht (vgl. freilich die Einschränkungen bei erfolgsbezogenen Leistungspflichten: Rz 562 f.). Selbst wenn man aber annimmt, dass durch das Rücktrittsrecht beim Gläubiger ein Rechtsverlust eintritt, so geht dieser nach dem Gesagten (Rz 157 f.) jedenfalls mit einer Rechtsausweitung beim Schuldner einher.
- 160 3. Daraus wird ersichtlich, dass der säumige Gläubiger nach den Regeln des Gläubigerverzugs prinzipiell keinen Rechtsvorenthalt oder Rechtsverlust erleidet, und wenn doch, so nur und immer in Verbindung mit einer *Ausweitung der Rechte des Schuldners*. In ihrem gesetzlichen Aggregatzustand ist die Gläubigermitwirkung also **keine Obliegenheit**, wie sie hier begriffen wird (Rz 148 ff.). Der Gesetzgeber hat davon abgesehen, in den OR 92 ff. mit derselben Strenge zu verfahren wie bei der typischen Obliegenheit. Das nämlich hätte geheissen, beim Eintritt des Mitwirkungsversäumnisses das Forderungsrecht des Gläubigers dahinfallen zu lassen<sup>232</sup> oder ihm künftige

---

<sup>231</sup> STAUBER, Diss., Rz 831 («sämtliche mit der Hinterlegung und dem Selbsthilfeverkauf zusammenhängende Kosten», namentlich Verfahrens- und Steigerungskosten, Transportkosten, Vergütung der Hinterlegungsstelle).

<sup>232</sup> Vgl. etwa STRUNK, Diss., S. 35 f., 45 m.w.N. zur Entstehungsgeschichte des BGB. Die «strenge Konsequenz», wie sie Obliegenheiten regelmässig vorsehen, würde darin liegen, «dass der Schuldner, der Alles Seinige gethan hat, dessen Erfüllungsversuch aber an dem passiven Verhalten des Gläubigers gescheitert, liberiert sei» (BGB-Prot I 1222, bei JAKOBS/SCHUBERT, S. 333).

Rechte vorzuenthalten – und es bei dieser Rechtsfolge zu belassen. Stattdessen erweitern OR 92 ff. die Rechte des Schuldners erheblich. Diese Rechtsfolge gilt, systematische Kohärenz vorausgesetzt, für alle Mitwirkungsnormen des OR AT und OR BT, für die das Gesetz keine besonderen Rechtsfolgen stipuliert. Zu nennen sind etwa die Begleithandlungen gemäss OR 88 I, II, 90<sup>233</sup>, die anderen in der Person des Gläubigers liegenden Leistungshindernisse (OR 96), die Annahme des Käufers (OR 211)<sup>234</sup>, die Stofflieferung durch den Besteller nach OR 365<sup>235</sup> (soweit sie ihm denn obliegt) oder die Annahme des Werks beim Ausfall des Unternehmers nach OR 379 II<sup>236</sup>. Anzumerken ist ein Dreifaches:

**a.** Als *Obliegenheit* im hier verstandenen Sinne ist die Gläubigermitwirkung 161 nur ausnahmsweise ausgestaltet, und zwar in jenen gesetzlichen Mitwirkungsnormen, nach denen das Mitwirkungsversäumnis ausschliesslich mit einem *Rechtsvorenthalt* bzw. einem *Rechtsverlust* bedroht ist: So bei der unterlassenen Anzeige des Zessionars an den Schuldner (OR 167), bei der Mängelrüge des Käufers (OR 201<sup>237</sup>) oder des Bestellers (OR 367 II<sup>238</sup>, 370 III), beim Instruktionsversagen des Absenders (OR 441)<sup>239</sup> und beim

<sup>233</sup> MERCIER, CHK-OR, Art. 88–90 N 2.

<sup>234</sup> HRUBESCH-MILLAUER, CHK-OR, Art. 211 N 3 m.w.N.; KREN KOSTKIEWICZ, OFK-OR, Art. 211 N 3–5 m.w.N. Eine Pflicht soll nach diesen Autorinnen nur vorliegen, wenn der Verkäufer ein erkennbares, selbstständiges Interesse an der Annahme der Kaufsache hat (a.a.O.). Ebenso: HUGUENIN, Rz 974; KOLLER A., OR AT, Rz 2.96; SCHRANER, ZK-OR, Art. 91 OR N 31. Keine Rechtspflicht: STAUBER, Diss., Rz 639. Demgegenüber vom Bundesgericht als Pflicht qualifiziert in BGE 110 II 148 E. 1; anders dann in BGer 4C.104/2004 (02.06.2004) E. 8.2. Vgl. des Weiteren die Übersicht bei KOLLER A., BSK-OR, Art. 211 N 4 f., der die Bestimmung als Beweislastregel aufgefasst haben will.

<sup>235</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rz 74, 1328 f. und 1332; KOLLER A., BK-OR, Art. 365 N 30 (mit der Rechtsfolge des Gläubigerverzugs; beachte aber die «erweiterten» Rechtsfolgen des Bestellerverzugs: DERS., BK-OR, Art. 366 N 765 ff.).

<sup>236</sup> BÜHLER, ZK-OR, Art. 379 N 18 m.w.N.; GAUCH, Werkvertrag, Rz 765; ZINDEL/PULVER/SCHOTT, BSK-OR, Art. 379 N 15. A.M. WEBER, BK-OR, Art. 91 N 69; so offenbar auch PEDRAZZINI, SPR VII/1, S. 551.

<sup>237</sup> MÜLLER-CHEN, CHK-OR, Art. 201 N 4; SCHÖNLE/HIGI, ZK-OR, Art. 201 N 12.

<sup>238</sup> HÜRLIMANN/SIEGENTHALER, CHK-OR, Art. 367 N 2; deutlich PEDRAZZINI, SPR VII/1, S. 543 («Mitwirkungspflichten im Sinne von Obliegenheiten»).

<sup>239</sup> Eine Pflichtverletzung mit Schadenersatzfolgen nach OR 402 II i.V.m. ZGB 2 nimmt GAUTSCHI hier nur für extreme Fälle an, etwa wenn dem Frachtführer heimlich Schmuggelgut übergeben wird (GAUTSCHI, BK-OR, Art. 441 N 10b).

Verzug des Arbeitgebers<sup>240</sup> (der gemäss OR 324 trotz Lohnzahlungspflicht den Anspruch auf die Nachholung der Arbeitsleistung verliert). Diesem Modell folgen im Übrigen zahlreiche Verhaltensanforderungen des VVG an den Versicherungsnehmer, so namentlich die erwähnte Anzeigepflicht nach VVG 38 und 39<sup>241</sup>. Vergleiche zu diesen Mitwirkungsnormen die Ausführungen in Rz 48 und 51 ff.

- 162 **b.** Sowohl in ihrer Ausgestaltung nach OR 91 ff. als auch als klassische Mitwirkungsobliegenheit (Rz 51 ff.) kann die Gläubigermithwirkung immerhin *nach der herkömmlichen Definition* als Obliegenheit des Gläubigers bezeichnet werden. Denn auf die Mitwirkung hat der Schuldner in der Regel keinen Realerfüllungsanspruch und einen Schadenersatzanspruch zugunsten des Schuldners sehen die Regeln nicht vor, was noch zu vertiefen sein wird (Rz 170 ff.). Damit übereinstimmend wird die Gläubigermithwirkung im Verlaufe dieser Arbeit als Obliegenheit bezeichnet, mögen auch die Sanktionen der OR 92 ff. dazu nicht passen; es überwiegt der Vorteil, die Mitwirkungsobliegenheit terminologisch von der Mitwirkungspflicht eindeutig abgrenzen zu können. Freilich wird im Zusammenhang mit der Teleologie der Gläubigerverzugsregeln auf die Feststellung zurückzukommen sein, dass der Gesetzgeber bei der Gläubigermithwirkung vom Muster der typischen Obliegenheit abgerückt ist (Rz 180 ff.). Vorab ist dieser Rechtsfolgestruktur zu entnehmen, dass der Interessenausgleich im Gläubigerverzug nicht dadurch gewährleistet werden soll – obwohl das eine mögliche, wenn auch strenge Regelungsvariante wäre –, dass das Forderungsrecht erlischt. Vielmehr kommt im Gedanken des Hinterlegungsrechts (OR 92/93) eine *vermittelnde, auf die Erfüllung der Schuldpflicht gerichtete Lösung* zum Ausdruck: Das Hinterlegungsrecht soll dem Sachleistungsschuldner zwar erlauben, das gläubigerseits gesetzte Leistungshindernis zu überwinden, doch wird der Schuldner bei alledem auf seine Leistungspflicht behaftet. Diese Lösung findet sich in der einen oder anderen Form zum Beispiel in OR 96 (durch den Verweis auf OR 92 ff.), 168 I, 435<sup>242</sup>, 444<sup>243</sup>, 445 I, 453 I, ZGB 851 II und 906 III wieder.

---

<sup>240</sup> DANTHE, SHK-OR, Art. 327 N 6; REHBINDER/STÖCKLI J.-F., BK-OR, Art. 327 N 1; STAEHELIN A., ZK-OR, Art. 327 N 1; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, ArbV-Komm-OR, Art. 327 N 2.

<sup>241</sup> Vgl. NEF, BSK-VVG, Art. 38 N 3, Art. 39 N 6 (ohne Schadenersatzfolge, freilich strittig).

<sup>242</sup> Siehe etwa LENZ/VON PLANTA, BSK-OR, Art. 435 N 1.

c. Keine Obliegenheit, weder im klassischen noch im hier verstandenen Sinne, ist die Gläubigermitwirkung demgegenüber, wenn Gesetz oder Vertrag dem Gläubiger ausnahmsweise eine *Mitwirkungspflicht* auferlegen. In diesen Fällen werden die Rechte des Schuldners aufgrund des – hier pflichtwidrigen – Mitwirkungsversäumnisses des Gläubigers regelmässig durch einen Schadenersatzanspruch ergänzt und damit anders ausgeweitet als unter den Regeln der OR 92 ff. Beispiele für gesetzliche Mitwirkungspflichten sind in Rz 194 ff. aufgeführt. 163

4. Im **Ergebnis** ist die Gläubigermitwirkung ihrer Ausgestaltung nach zumindest keine typische Obliegenheit, auch wenn sie in dieser Arbeit mit der herrschenden Terminologie als solche bezeichnet wird (siehe Rz 162). Die frappante Abweichung der Rechtsfolgen in OR 92 ff. gegenüber der herkömmlichen Obliegenheit weist auf ein legislatives Grundanliegen hin, auf welches im Zusammenhang mit der Bauherrenmitwirkung noch zurückzukommen sein wird (Rz 1139 ff.). Als klassische, mit dem typischen Rechtsverlust oder -vorenthalt sanktionierte Obliegenheit (als Mitwirkungsobliegenheit) ist die Gläubigermitwirkung nur in besonderen Gesetzesnormen ausgestaltet (siehe Rz 161). Keine Obliegenheit ist die Gläubigermitwirkung dagegen, wenn sie ausnahmsweise nach Gesetz oder Vertrag als Mitwirkungspflicht ausgestaltet ist. Nutzen stiftet die Kategorisierung als Obliegenheit zumindest insoweit, als mit der «Mitwirkungsobliegenheit» die unverbindliche Gläubigermitwirkung von der verbindlichen Mitwirkungspflicht terminologisch eindeutig abgegrenzt werden kann. 164

#### D. Mitwirkung als gesetzliche Gläubigerpflicht?

Es wurde festgestellt, dass die Gläubigermitwirkung im Sinne von OR 91 integraler Bestandteil des Forderungsrechts des Gläubigers bildet, sodass sie grundsätzlich zu den Rechten des Gläubigers zählt. Ebenfalls festgestellt wurde, dass die Gläubigermitwirkung keine typische Obliegenheit ist. Allerdings ist nicht ausgeschlossen, dass ein Mitwirkungsrecht zugleich auch eine Mitwirkungspflicht ist (vgl. Rz 138), sodass im Folgenden zu prüfen ist, ob die Gläubigermitwirkung nicht schon **im gesetzlichen Grundtatbestand als Rechtspflicht** ausgestaltet sei, wie das teilweise in der Literatur postuliert 165

<sup>243</sup> Siehe etwa STAEHELIN E., BSK-OR, Art. 444 N 2 f.

wird<sup>244</sup>. Untersucht wird das im Wege einer Analyse der Gläubigerverzugsregeln in OR 91–95/96 und des gesetzlichen Sanktionierungssystems der Gläubigermithwirkung.

## 1. Wortlaut von OR 91–96

- 166 **1. In OR 97 I** ist die Pflichtverletzung des Schuldners umschrieben als die Nichterfüllung einer «**Verbindlichkeit**». Der Begriff wird, ebenso wie die «Verpflichtung», in zahlreichen Bestimmungen des OR zur Kennzeichnung von Verhaltensnormen mit Pflichtcharakter verwendet<sup>245</sup>. Die «Verbindlichkeit» wird, zusammen mit anderen pflichtimplizierenden Begriffen, in den OR 91–95 zwar erwähnt, nämlich die «Leistung» (OR 91), die «Verbindlichkeit» (OR 92 I), die «Forderung» (OR 94 II) und die «Verpflichtung» (OR 95); dies freilich immer bezogen auf die vom Schuldner geschuldete Leistung. Über die Verbindlichkeit (die «Pflichtigkeit») der dem Gläubiger obliegenden Verhaltensweisen dagegen macht der Wortlaut von OR 91 ff. keine Aussage. OR 91 bezeichnet das verzugsauslösende Verhalten des Gläubigers als ungerechtfertigte Verweigerung der Annahme oder der Vornahme von Vorbereitungshandlungen, stellt solches Gläubigerverhalten aber, soweit ersichtlich, in keinen modalen Kontext (dürfen – müssen).
- 167 **2. Nähere Betrachtung** verdient das Tatbestandsmerkmal, wonach der Gläubiger die Annahme oder die Vorbereitungshandlung «**verweigert**» (OR 91). Denn das Wort impliziert zumindest im umgangssprachlichen Sinne<sup>246</sup>, dass der Gläubiger *zwar mitwirken könnte*, dies aber *bewusst nicht tue*. So verstanden scheint mit der «Verweigerung» beim Gläubiger eine absichtsähnliche, möglicherweise vorwerfbare Gesinnung vorausgesetzt zu sein<sup>247</sup>. Doch

---

<sup>244</sup> Auf diese Postulate (einschliesslich Nachweise) wird im Folgenden an den geeigneten Stellen eingegangen.

<sup>245</sup> Bsp.: OR 152 I, der «bedingt Verpflichtete» und seine «Verbindlichkeit»; OR 204 I, «...ist der Käufer verpflichtet...»; OR 252, die «Verbindlichkeit» des Schenkers; Marginalie zu OR 257h, «Duldungspflicht»; OR 401 I, die «Verbindlichkeiten» des Auftraggebers; Marginalie zu OR 418d, «Geheimhaltungspflicht»; Marginalie zu OR 426, «Anzeigespflicht».

<sup>246</sup> Die umgangssprachliche Bedeutung der «Verweigerung» ist hier massgeblich, weil es an einer etablierten juristischen Deutung des Worts fehlt (vgl. KRAMER, Methodenlehre, S. 90 f.).

<sup>247</sup> Das allein müsste zwar nicht zwingend auf eine Mitwirkungspflicht des Gläubigers hindeuten, könnte aber als Indikator dienen, weil die gesetzliche Ahndung von Pflichtverletzungen üblicherweise auf die Vorwerfbarkeit derselben abstellt.



ist das auszuschliessen, weil der Gläubigerverzug auf der Seite des Gläubigers nach einhelliger Auffassung kein Verschulden voraussetzt. Diese Streitfrage<sup>248</sup> war schon im Vorfeld des Inkrafttretens des aOR von 1881 negativ entschieden worden<sup>249</sup>. Wenn es also keine Rolle spielt, ob der Gläubiger absichtlich oder fahrlässig (vgl. OR 99 I/100 I) die Mitwirkung versäumt, ist ebenso unbeachtlich, ob er sie im umgangssprachlichen oder in einem sonstigen Sinne «verweigert» oder nicht.

In der Literatur wird zwar teilweise verlangt, dass der Gläubiger 168 immerhin einen auf die Unterlassung der Mitwirkung hingehenden *Willen* bilde und dieser Wille im Verhalten des Gläubigers «unzweideutig» zum Ausdruck komme<sup>250</sup>. Träfe das zu, wäre zu klären, wie diese subjektive Komponente zum Umstand steht, dass auf der Seite des Gläubigers weder Absicht noch Fahrlässigkeit vorausgesetzt ist. Richtiger Ansicht nach aber tritt Gläubigerverzug selbst dann ein, wenn der «verweigernde» Gläubiger zur Willensbildung vorübergehend gar nicht fähig ist<sup>251</sup>. Dass dem Gläubiger unter OR 91 das zur Mitwirkung notwendige Wollen des Gläubigers fehle, während ihm unter OR 96 das Können fehle<sup>252</sup>, ist zwar eine eingängige, in der Literatur vertretene Unterscheidung. Doch ist unter OR 96 vielmehr massgeblich, dass aus Gründen, die der Risikosphäre des Gläubigers entstammen<sup>253</sup>, dem Schuldner das Mahngeschäft nicht möglich oder unzumutbar ist (siehe Rz 124 ff.), während der Tatbestand von OR 91 im Grundsatz ein Mahngeschäft voraussetzt. Einen wie auch immer gearteten «Verweigerungswillen» beim Gläubiger setzen demgegenüber beide Bestimmungen nicht voraus. Vorausgesetzt ist auf der Seite des Gläubigers nicht eine (wil-

<sup>248</sup> Vgl. zum sog. *Culpa*-Theorienstreit Rz 171.

<sup>249</sup> SCHRANER, ZK-OR, Art. 91 N 22 m.w.N.; WEBER, BK-OR, Art. 91 N 155 m.w.N. Historische Hinweise bei OSER, ZK-OR, Art. 91 N 1–5. Vgl. aus der deutschen Literatur HÜFFER, Habil., S. 8 ff.

<sup>250</sup> WEBER, BK-OR, Art. 91 N 152. Vgl. auch FELDMANN, Staudinger-BGB, § 295 N 3; ERNST, MüKo-BGB, § 293 N 20, wonach Ausdrücklichkeit nicht erforderlich sei; es genüge, dass der Gläubiger nicht annehme.

<sup>251</sup> So KOLLER A., OR AT, Rz 56.06 m.w.N.: Gläubigerverzug als «etwas rein Negatives». Bsp. des bewusstlos im Spital liegenden Gläubigers, der nicht zur Willensbildung imstande ist, geschweige denn zur Annahme. So wohl auch LORENZ, BeckOK-BGB, § 293 N 10.

<sup>252</sup> SCHRANER, ZK-OR, Art. 96 N 2; WEBER, BK-OR, Art. 96 N 6.

<sup>253</sup> WEBER, BK-OR, Art. 91 N 14.

lensgesteuerte) Unterlassung, sondern ein rein tatsächliches Unterbleiben<sup>254</sup> der Mitwirkung<sup>255</sup>.

- 169 **3.** Im **Ergebnis** besteht aufgrund des Wortlauts der OR 91 und 96 sowie der Rechtsfolgen in OR 92–95 kein Grund zur Annahme, dass der Gläubigerverzug eine Pflichtverletzung des Gläubigers darstelle.

## 2. Historie früherer Schadenersatzansprüche

- 170 **1.** Im Schuldrecht zeichnet sich die Leistungspflicht dadurch aus, dass sie dem Gläubiger das Recht verleiht, (i.) vom Schuldner die Leistung einzufordern bzw. einzuklagen und (ii.) im Fall der Nichtleistung auf das Vermögen des Schuldners zuzugreifen<sup>256</sup>. In diese Richtung gehen die Rechtsbehelfe von OR 92 ff. allerdings nicht: Bei einer Sachleistung ist der Schuldner lediglich berechtigt, alternativ durch Hinterlegung zu erfüllen (OR 92/93); bei einer Dienstleistung darf der Schuldner vom Vertrag zurücktreten (OR 95). Die Mitwirkung einfordern darf der Schuldner nach diesen Regeln nicht, und auch das zweite Merkmal der Pflicht, nämlich ein Schadenersatzanspruch zugunsten des Schuldners, findet sich dort nicht. Punkto Ersatzansprüche ist der Schuldner auf den Ersatz der Aufwendungen beschränkt, die ihm im Zusammenhang mit der Sachhinterlegung (OR 92 I) bzw. der Erlöshinterlegung (OR 93 I, 92 I analog; Rz 1133) entstehen. Demgegenüber kannten **frühere Fassungen** des schweizerischen Obligationenrechts einen der Regel von OR 103 I nachempfundenen Anspruch des Schuldners auf **Ersatz des Verspätungsschadens**. Es drängt sich insofern eine Auseinandersetzung mit diesem Anspruch und den Gründen seiner Abschaffung auf:
- 171 **a.** Die Frage, ob dem Schuldner im Gläubigerverzug ein Schadenersatzanspruch zustehe oder nicht, ist mit dem *Culpa-Theorienstreit* verknüpft. Dieser drehte sich im Wesentlichen um die Frage, ob den Gläubiger für den Eintritt des Gläubigerverzugs eine *culpa*, ein Verschulden treffen müsse<sup>257</sup>.

---

<sup>254</sup> Vgl. zur Unterscheidung von Unterlassung und Unterbleiben VON THUR/PETER, S. 178.

<sup>255</sup> KOLLER A., OR AT, Rz 56.06 m.w.N. Scheinbar auch zur Irrelevanz des Willenserfordernisses tendierend: VON THUR/PETER, S. 175, Fn 10. Siehe auch OSER/SCHÖNENBERGER, ZK-OR, Art. 91 N 16.

<sup>256</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz 48 ff., 55 ff.

<sup>257</sup> Dazu DORER, Diss., S. 31–47; EMMERICH, § 23 Rz 3 ff.; HÜFFER, S. 8 ff.; SCHUBEL, Soergel-BGB, Vor § 293 N 1; STAUBER, Diss., Rz 88 ff.

Weil das Verschulden begrifflich streng an die Verletzung einer Rechtspflicht geknüpft wurde<sup>258</sup>, hatten die Befürworter der *Culpa*-Theorie aufzuzeigen, dass sich der nicht mitwirkende Gläubiger pflichtwidrig verhält. Sie stützten sich dabei auf den Gedanken, die Annahme des Gläubigers entspreche spiegelbildlich der Leistungspflicht des Schuldners, weshalb der Schuldner genauso einen Rechtsanspruch auf die Befreiung von seiner Leistungspflicht – d.h. auf die Annahme – habe, wie der Gläubiger einen Anspruch auf die Leistung<sup>259</sup>. Dagegen gehalten wurde im Wesentlichen, das Schuldverhältnis verpflichte grundsätzlich den Schuldner, nicht den Gläubiger, weshalb die Annahme für letzteren nicht Pflicht sei, sondern ihm zur (Nicht-)Ausübung offenstehe. Die dem Gläubiger unter der *Culpa*-Theorie gleichsam aufgebürdete Annahmepflicht passe deshalb nicht zum Konzept der Obligation, welches Leistungspflicht und Forderungsrecht zwar als Kehrseiten derselben Medaille, aber als qualitativ doch verschieden versteht<sup>260</sup>. Die Regeln des Gläubigerverzugs müssten deshalb nicht denen des Schuldnerverzugs nachschlagen, sondern dem Schuldner nur, aber immerhin die Befreiung von seiner Verbindlichkeit ermöglichen, ohne zugleich den Gläubiger für sein Versäumnis wie für eine Pflichtverletzung zu sanktionieren<sup>261</sup>.

**b.** Auf der Linie der *Culpa*-Vertreter liegend, kannten die ersten Entwürfe des OR einen Schadenersatzanspruch des Schuldners im Gläubigerverzug, so namentlich in den Entwürfen von 1869 (§ 163), von 1871 (Art. 161) sowie von 1875 und 1877 (jeweils Art. 151)<sup>262</sup>. Dies ist darauf zurückzuführen, dass das OR ursprünglich dem Dresdener Entwurf<sup>263</sup> angeglichen werden sollte<sup>264</sup>, der eine solche Schadenersatzfolge in § 314<sup>265</sup> vorsah. Der OR-

<sup>258</sup> «Diese Ansicht setzt voraus, dass durch die Verweigerung der Annahme von Seiten des Gläubigers ein Recht des Schuldners verletzt wird, da die Verschuldung nur insofern rechtliche Wirkungen hat, als sie in einer Rechtsverletzung sich manifestiert [...]» (MOMMSEN, S. 134).

<sup>259</sup> Vgl. etwa DORER, Diss., S. 36 ff.

<sup>260</sup> Vgl. etwa DORER, Diss., S. 38 f.

<sup>261</sup> Z.G. DORER, Diss., S. 31–47; MÜLLER-FOELL, Diss., S. 14–23.

<sup>262</sup> Siehe FASEL, S. 535, 577, 723, 890.

<sup>263</sup> Gemeint ist der «Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse» von 1866 («DD»). Im Volltext: <https://opacplus.bsb-muenchen.de>.

<sup>264</sup> Vgl. STAUBER, Diss., Rz 90 m.w.N. Vgl. den Wortlaut von OR 91 und DD, zit. in Fn 263, § 308: «[...] ohne welche der Schuldner nicht zu erfüllen imstande ist [...]».

<sup>265</sup> DD § 314: «Der säumige Gläubiger hat den durch seinen Verzug dem Schuldner verursachten Schaden, insbesondere die wegen Aufbewahrung oder Erhaltung der ge-

Entwurf von 1879 *eliminierte demgegenüber das Schadenersatzrecht des Schuldners*, wobei in der dazugehörigen Botschaft des Bundesrats hierfür keine Begründung zu finden ist<sup>266</sup>. Das aOR von 1881 trat dementsprechend ohne Schadenersatzanspruch schuldnereits in Kraft, was sich danach weder in den Revisionsentwürfen von 1905 oder 1909 noch im heute in Kraft stehenden, per 1911 revidierten Erlass änderte<sup>267</sup>. Seit der Fassung von 1881 ist für den Gläubigerverzug demgegenüber eine «ungerechtfertigte» Verweigerung des Gläubigers vorausgesetzt (vgl. OR 91). Das Kriterium des Rechtfertigungsgrunds bedeutet nach herrschender Ansicht aber nicht, dass das *ungerechtfertigte* Mitwirkungsversäumnis wiederum «schuldhaft» sei, sondern lediglich, dass die Folgen des Mitwirkungsverzugs auch eintreten, wenn den – auch unverschuldet handelnden – Gläubiger kein objektiver Verhinderungsgrund trifft<sup>268</sup>. Diese Entwicklung im schweizerischen Schuldrecht ist kongruent mit derjenigen des BGB und des ABGB: Eine auf dem Gläubigerverzug gründende Schadenersatzforderung des Schuldners kennen die einschlägigen BGB §§ 293–304<sup>269</sup> und ABGB § 1419<sup>270</sup> nicht, und auf ein allfälliges Verschulden des Gläubigers kommt es für den Eintritt des Gläubigerverzugs auch dort nicht an.

- 173 c. Das Fehlen des Verschuldenserfordernisses und des Schadenersatzanspruchs muss für sich genommen zwar nicht bedeuten, dass das Mitwirkungsversäumnis nicht als Pflichtwidrigkeit aufzufassen ist; zum Beispiel tritt auch der Schuldnerverzug gemäss OR 102 I verschuldensunabhängig ein und gewährt dem Gläubiger in Ermangelung eines Verschuldens beim Schuldner keine Schadenersatzansprüche. Doch verdeutlicht die Ideengeschichte zum Gläubigerverzug, dass der Wegfall einerseits der «Verschul-

---

schuldeten Sache aufgewendeten Kosten, soweit sie die schon gezogenen Früchte übersteigen, zu ersetzen.»

<sup>266</sup> Botschaft vom 27. November 1879, BBl 1880 149 ff.

<sup>267</sup> Siehe auch STAUBER, Diss., Rz 87.

<sup>268</sup> GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz 2395 f.; SCHRANER, ZK-OR, Art. 91 N 115, 120; WEBER, BK-OR, Art. 91 N 155 ff.

<sup>269</sup> BGB § 304 berechtigt den Schuldner (nur) zum Ersatz der Mehraufwendungen für das erfolglose Angebot und für die Aufbewahrung bzw. Erhaltung des Leistungsgegenstandes, nicht aber zu Schadenersatz. Ausnahmen bilden freilich die Annahmepflicht des Käufers bzw. des Bestellers (BGB § 433 II, 640). BGB § 642 sieht als besondere Gläubigerverzugsregel eine weitergehende Entschädigung des Bestellers vor (dazu Rz 1173 ff.), doch erfordert auch diese Regel kein Verschulden.

<sup>270</sup> REISCHAUER, Rummel-ABGB, § 1419 N 3 (wobei der Autor an der gesetzlichen Lösung zweifelt).

densnotion» beim Gläubigerverzug und andererseits des Schadenersatzanspruchs wohl nicht nur eine beiläufige rechtstechnische Änderung darstellt, sondern der Auffassung der *Culpa*-Gegner nachschlägt, nach welcher das Interesse des Schuldners an der Pflichtbefreiung allein nicht geeignet sei, auf der Seite des Gläubigers eine Annahmepflicht zu begründen<sup>271</sup>.

3. Historische Indizien, die in dieselbe Richtung deuten, finden sich auch im 174  
Zusammenhang mit der Frage, ob dem Schuldner infolge des **gläubigerverzugsbedingten Rücktritts ein Schadenersatzanspruch** zustehen soll. Der heute geltende OR 95, der dem Dienstleistungsschuldner ein Rücktrittsrecht gewährt, verweist den Schuldner diesbezüglich auf die Regeln des Schuldnerverzugs: «[...] kann der Schuldner [...] nach den Bestimmungen über den Verzug des Schuldners vom Vertrag zurücktreten». Umstritten ist, ob der Verweis nebst dem dort enthaltenen Rücktrittsrecht von OR 107 II und der Rückabwicklungsregel von OR 109 I auch den Schadenersatzanspruch des Zurücktretenden nach OR 109 II (analog) erfasst (siehe Rz 209). Mit Blick auf die Gesetzeshistorie jedenfalls zeigt sich:

a. Auch ein solcher Anspruch fand in vormaligen Fassungen des OR aus- 175  
drücklich Erwähnung. Erstmals ersichtlich wird das in E-OR 1871 162, wonach der Schuldner dem Gläubiger gerichtlich eine Nachfrist ansetzen lassen und bei Ausbleiben der Mitwirkung «von dem Vertrage abgehen und Ersatz des allfälligen Schadens» verlangen konnte. Praktisch identisch fiel die Regelung in E-OR 1875 152 und E-OR 1877 152 aus. Eine entscheidende Wende erfolgte dagegen auch hier in E-OR 1879<sup>272</sup>, wo das Rücktrittsrecht des Schuldners inklusive Schadenersatzanspruch eliminiert wurde, wiederum ohne, dass dies in der Botschaft<sup>273</sup> begründet oder kommentiert worden wäre. Das aOR 1881 trat dementsprechend ohne ein Rücktritts- und ohne ein Schadenersatzrecht des Schuldners in Kraft.

b. Dass dem Schuldner im Gläubigerverzug kein Rücktrittsrecht zustand, 176  
wurde später als Regelungslücke empfunden<sup>274</sup> und in E-OR 1905 1116 wieder behoben, dies freilich nur in Form eines Verweises auf das Rücktrittsrecht des Gläubigers beim Schuldnerverzug. Dieser Verweis zielte auf die Bestimmungen von E-OR 1905 1131–1134, die dem Gläubiger infolge sei-

<sup>271</sup> Vgl. KOHLER, S. 271; MOMMSEN, S.134.

<sup>272</sup> Vgl. dazu FASEL, S. 890, 1068.

<sup>273</sup> Botschaft vom 27. November 1879, BB1 1880 149 ff.

<sup>274</sup> BB1 1905 II 18.

nes Rücktritts keinen Anspruch auf Schadenersatz gewährten<sup>275</sup>. Die damalige Regelung gewährte dem Gläubiger im Verzug des Schuldners mithin nur entweder den Rücktritt *oder* (unter Festhalten am Vertrag und bei Verschulden des Schuldners) einen Schadenersatzanspruch (vgl. E-OR 1905 1134 II). Erst in E-OR 1909 wurden die Schuldnerverzugsregeln um den nun auch im Rücktrittsfalle bestehenden Schadenersatzanspruch des Gläubigers ergänzt (E-OR 1909 1134 II<sup>276</sup>; heute OR 107 II in Verbindung mit 109 II). Es ist nicht mit Gewissheit nachzuvollziehen, was die Erweiterung des Gläubigerrechts auf Rücktritt und Schadenersatz in E-OR 1909 1134 für den infolge Gläubigerverzug zurücktretenden Schuldner bedeuten sollte. Die Ergänzung wurde in der Botschaft vom 1. Juni 1909<sup>277</sup> jedenfalls mit Bezug auf die Regelung des Gläubigerverzugs nicht weiter kommentiert. Denkbar ist sowohl, dass vergessen wurde, die neu hinzugetretene Schadenersatzfolge für den Gläubigerverzug ausdrücklich auszuschliessen, als auch, dass der Gesetzgeber einen solchen Ausschluss schweigend bejahte, als auch, dass der vorbestehende Verweis im Gläubigerverzugsrecht das neue Schadenersatzrecht des zurücktretenden Gläubigers (analog) miterfassen sollte<sup>278</sup>.

- 177 c. Vor dem Hintergrund des *Culpa*-Theorienstreits (Rz 171) darf vermutet werden, dass die Schadenersatzansprüche des Schuldners sowohl für den Verspätungsschaden als auch für das Dahinfallen des Vertrags nicht zufällig im selben Entwurf (E-OR 1879) eliminiert worden sind: Die Idee der Obligation als (nur) einseitig verpflichtendes Gebilde war zu diesem Zeitpunkt in der deutschen Lehre bereits prominent vertreten und steuerte darauf zu, im per 1. Januar 1900 in Kraft getretenen BGB vorherrschende Einordnung des Gläubigerverzugs zu werden<sup>279</sup>. Auffällig ist, dass im selben Entwurf, in dem die Schadenersatzansprüche des Schuldners im Gläubigerverzug eliminiert wurden, die «spiegelbildlichen» Ansprüche des Gläubigers im Schuldnerverzug beibehalten wurden: E-OR 1879 gewährte dem Gläubiger im Schuldnerverzug sowohl einen Anspruch auf den Verzugschaden (Art. 129) als auch auf das negative Vertragsinteresse im Falle seines Rücktritts (Art. 132; dies im Gegensatz zur späteren Regelung im späteren E-OR 1905). Diese Rechtsbehelfe wurden später mit aOR 1881 121 und 124 geltendes Recht. Die da-

---

<sup>275</sup> BBl 1905 II 18; siehe FASEL, S. 1510 f.

<sup>276</sup> Siehe FASEL, S. 1679.

<sup>277</sup> BBl 1909 III 725 ff.

<sup>278</sup> Vgl. z.G. STAUBER, Diss., Rz 91–97.

<sup>279</sup> Vgl. STAUBER, Diss., Rz 90, 97, 567, 865 m.V.; DORER, Diss., S. 73 ff.

mals hervortretende *Disparität* zwischen den Schadenersatzrechten des zurücktretenden Schuldners einerseits und des zurücktretenden Gläubigers andererseits wurde anschliessend vom Gesetzgeber bis heute nicht mehr Frage gestellt. Dass in E-OR 1909 das Rücktrittsrecht des Gläubigers neuerdings mit einem Schadenersatzanspruch verknüpft wurde, war vermutlich also nicht so zu verstehen, dass auch dem zurücktretenden Schuldner im Gläubigerverzug ein solcher Anspruch analog zugestanden werden soll.

4. Nicht gefolgt werden kann im Lichte dieser Ausführungen der Dichotomie, wonach **OR 91** das **pflichtwidrige**, **OR 96** das **nicht pflichtwidrige** Mitwirkungsversäumnis indiziere<sup>280</sup>. In der Tat sahen die OR-Entwürfe von 1871<sup>281</sup>, 1875<sup>282</sup> und 1877<sup>283</sup> vor, dass dem Gläubiger bei der Verweigerung der Mitwirkung ein Schadenersatzanspruch des Schuldners drohte; nur in diesen Fällen sprach das Gesetz von «Verzug» (heute gemeint: OR 91) und damals noch von einer Vertragsverletzung. Kein Verzug und keine Schadenersatzfolge traten nach dem Wortlaut dieser Entwürfe demgegenüber ein, wenn die Mitwirkung aus «andern Gründen» ausblieb (heute gemeint: OR 96); dann sollte dem Schuldner nur die Hinterlegung offenstehen. Die beiden Tatbestände wurden einander nach und nach angeglichen, indem zuerst in E-OR 1879<sup>284</sup> bzw. in aOR 1881<sup>285</sup> der *Schadenersatzanspruch* des Schuldners im Falle der Mitwirkungsverweigerung des Gläubigers (heute gemeint: OR 91) gestrichen wurde. Dann wurde in E-OR 1909<sup>286</sup> das Leistungshindernis der «anderen Gründe» (heute: OR 96) mit den Rechtsfolgen des Mitwirkungsverzugs verknüpft, einschliesslich des ursprünglich für den Mitwirkungsverzug reservierten Rücktrittsrechts des Schuldners ab E-OR 1905<sup>287</sup>. Überlebt hat die Unterscheidung der Tatbestände lediglich textuell (Marginalie zu OR 91: «Verzug»; Marginalie zu OR 96: «andere Verhinderung»); die Rechtsfolgen der Tatbestände sind allerdings seit 1911 identisch. Dass sich OR 91 und OR 96 allein durch eine in OR 91 vorausgesetzte «Pflichtwidrigkeit» unterscheiden sollen, ist somit allenfalls unter altrechtli-

<sup>280</sup> So noch in der Voraufgabe von KOLLER A., OR AT; heute offenbar a.a.O. in Rz 56.12 so nicht mehr vertreten.

<sup>281</sup> E-OR 1871 161 i.V.m. 163; FASEL, S. 577 f.

<sup>282</sup> E-OR 1875 151 i.V.m. 153; FASEL, S. 723.

<sup>283</sup> E-OR 1877 151 i.V.m. 153; FASEL, S. 890.

<sup>284</sup> E-OR 1879 114 i.V.m. 115; FASEL, S. 1068.

<sup>285</sup> aOR 1881 106 i.V.m. 107; FASEL, S. 1292.

<sup>286</sup> E-OR 1909 1116<sup>bis</sup>; FASEL, S. 1676.

<sup>287</sup> E-OR 1905 1112 i.V.m. 1113/1116; FASEL, S. 1507.

chem Verständnis nachvollziehbar, aber mit Blick auf den heute fehlenden (bzw. im Verlauf der Zeit eliminierten) Pflichtwidrigkeitsgehalt der «Mitwirkungsverweigerung» in OR 91 nicht mehr zutreffend.

- 179 **5.** Im **Ergebnis** kann aus den historischen Gesetzesmaterialien zwar nicht mit Gewissheit, aber doch mit Wahrscheinlichkeit geschlossen werden, dass der Gesetzgeber die heutigen Rechtsbehelfe des Schuldners nicht mit einem Schadenersatzanspruch versehen wollte, wenn auch frühere Entwürfe des OR einen solchen noch enthielten. Der Entscheid scheint insgesamt auf die Wertung zurückzugehen, dass entgegen der *Culpa*-Theorie das Mitwirkungsver-säumnis des Gläubigers als nicht pflichtwidriges Verhalten einzustufen ist.

### 3. Teleologie der Schuldnerbehelfe

- 180 **1.** Die Regeln des Gläubigerverzugs räumen dem Schuldner zwei Rechtsbehelfe ein, mit denen er sich im Mitwirkungsverzug von seiner Leistungspflicht befreien kann: Die Sach- bzw. Erlöshinterlegung nach OR 92/93 und den Vertragsrücktritt nach OR 95. Für allfällige Kosten des Versteigerungs-(OR 93) und Hinterlegungsverfahrens (OR 92/93) gewährt ihm OR 92 I zudem einen Aufwendungsersatzanspruch<sup>288</sup>. Unzweifelhaft schützen diese Regeln zunächst einmal das **Schuldnerinteresse**:
- 181 **a.** Die Funktion des Rechtsinstituts besteht darin, den Schuldner beim Verzug des Gläubigers nicht «über den Zweck und das Mass des Schuldverhältnisses hinaus» in demselben festzuhalten<sup>289</sup>. Die Normen gewähren dem Schuldner zu diesem Zweck «Erleichterungen»<sup>290</sup>, die der übermässigen Verschlechterung seiner Rechtsstellung vorbeugen sollen für den Fall, dass von seiner Seite alles Erforderliche zur Leistungserfüllung getan ist und die Erfüllung nur noch vom Verhalten des Gläubigers abhängt<sup>291</sup>. Ohne die Gläubigerverzugsregeln wäre dafür nicht gesorgt: Der Schuldner bliebe mangels Mitwirkung an seine Leistungspflicht gebunden und damit dem Gläubiger grundsätzlich ausgeliefert, bis geschriebene oder ungeschriebene Korrektive der Rechtsordnung greifen würden (beispielsweise Verjährung [OR 127], Auflösung aus wichtigem Grund [ZGB 2], übermässige Veräusserung der persönlichen Freiheit [OR 27 II] usw.).

---

<sup>288</sup> Die Kostenregel in OR 92 gilt analog auch für OR 93, Rz 1133.

<sup>289</sup> VON KÜBEL, S. 911.

<sup>290</sup> So bei WEBER, BK-OR, Art. 91 N 26.

<sup>291</sup> WEBER, BK-OR, Art. 91 N 25.



b. Der Gedanke des Schuldnerschutzes zeigt sich auch darin, dass der Dienstleistungsschuldner unter OR 95 die *Wahl hat, vom Vertrag zurückzutreten oder nicht*. Dagegen wird eingewendet, die für den Schuldner theoretisch beste denkbare – aber im Gesetz nicht vorgesehene – Folge des Mitwirkungsversäumnisses sei vielmehr das automatische Dahinfallen seiner Leistungspflicht<sup>292</sup>. Doch leuchtet das nicht ein: Der Schuldner geniesst immer die grössere Handlungsfreiheit, wenn ihn das Gesetz wählen lässt, ob die Obligation dahinfallen soll oder nicht; dies zumindest unter der Annahme, dass es Schuldpflichten gibt, an deren Erfüllung der Schuldner selbst interessiert sein kann.

2. Nach hier vertretener Auffassung wahren die Regeln des Gläubigerverzugs daneben aber **auch die Interessen des Gläubigers**. Ersichtlich wird das daraus, dass die Regeln die Interessen des Gläubigers deutlich stärker schützen als der typische Sanktionierungsmechanismus von Obliegenheiten (vgl. Rz 148 ff.). So lassen im Verzug des Gläubigers weder OR 92/93 noch OR 95 die Leistungspflicht des Schuldners automatisch dahinfallen, sondern behaften diesen zunächst darauf. Will der Sachleistungsschuldner sich befreien, *muss er prinzipiell erfüllen*, wenn auch anders, als es die Obligation ursprünglich vorsieht (durch Hinterlegung bzw. Versteigerung und Hinterlegung)<sup>293</sup>. Will sich der Dienstleistungsschuldner befreien, *muss er aktiv werden*, d.h. nach den Regeln von OR 95 in Verbindung mit 107 I/II (analog) eine angemessene Frist ansetzen und anschliessend den Rücktritt «unverzüglich» erklären (OR 107 II); bleibt er passiv, besteht das Schuldverhältnis weiter. Im einen Fall (OR 92/93) erzwingt der Gesetzgeber eine Erfüllungsfiktion, im anderen Fall (OR 95) eröffnet er den Parteien immerhin einen gewissen (Ver-)Handlungsspielraum, priorisiert aber jedenfalls das Fortbestehen der Obligation<sup>294</sup>. Mitwirkungsobliegenheiten wie etwa die Mängelrüge gemäss OR 201 I bemühen sich demgegenüber gerade nicht um eine vermittelnde Lösung, sondern lassen die Leistungspflicht des Schuldners (Obliegenheitsbegünstigter) beim Versäumnis des Gläubigers (Obliegenheitsbelasteter) unwiederbringlich dahinfallen. Geschützt wird das Gläubigerinteresse zusätzlich durch den in OR 91 stipulierten *Rechtfertigungsgrund*,

<sup>292</sup> STAUBER, Diss., Rz 151. Vgl. auch STRUNK, Diss., S. 36, der darin eine «Überspannung» der Leistungspflicht des Schuldners erblickt. Vgl. auch Fn 232.

<sup>293</sup> Vgl. STAUBER, Diss., Rz 114.

<sup>294</sup> Die beiden Lösungen (OR 92/93 und 95) stehen allerdings wertungsmässig in einem Ungleichgewicht, was durch einen ergänzungsweise hinzutretenden Ersatzanspruch zugunsten des Dienstleistungsschuldners zu kompensieren ist (dazu Rz 1132 ff.).

der den Gläubigerverzug überhaupt nicht eintreten lässt, solange nicht nur der konkrete Gläubiger, sondern ein beliebiger Gläubiger (objektiv) unter denselben Umständen nicht hätte mitwirken können. Der Rechtfertigungsgrund ist weiter umrissen als die wenigen Einreden, mit denen sich der Schuldner einem Schuldnerverzug im Sinne von OR 102 I entziehen kann (siehe auch Rz 114).

- 184 **3.** Mit diesen Grundzügen der Regelung vor Augen lässt sich nicht sagen, der Gesetzgeber wolle mit den Gläubigerverzugsregeln primär das Schuldnerinteresse schützen<sup>295</sup>. Tatsächlich streben die Regeln eine erfüllungsorientierte **Vermittlung der Parteiinteressen** an. Der Kern dieser Lösung ist in den Regeln von OR 92/93 zu erblicken, wo zum Ausdruck kommt: Soweit durch einen gesetzlichen Eingriff ins Schuldverhältnis das Leistungshindernis überbrückt, d.h. die Erfüllung begünstigt werden kann, soll der Schuldner sich wohl *von seiner Leistungspflicht befreien* können (Schutz des Schuldnerinteresses), aber nur, *indem er diese erfüllt* (Schutz des Gläubigerinteresses). Dass dagegen der Dienstleistungsschuldner nach OR 95 im Gläubigerverzug vom Vertrag zurücktreten dürfe, muss im Vergleich als Verlegenheitslösung erachtet werden, wenn auch als verständliche: Durch einen gesetzlichen Eingriff ins Schuldverhältnis lässt sich bei der Dienstleistungsschuld nicht erreichen, dass der Schuldner sich selber und einseitig zur Erfüllung ver helfe. Es gilt demnach in Kauf zu nehmen, dass die Leistungspflicht vom Schuldner einseitig eliminiert werden kann und das Schuldverhältnis dementsprechend volatil wird. Wenn auch die Lösung im Ungleichgewicht zur erstgenannten steht (was, wie später noch zu sehen sein wird, mit einem Ersatzanspruch zugunsten des Dienstleistungsschuldners ausgeglichen werden muss, Rz 1153 ff.), fällt sie immer noch milder aus als das für Obliegenheiten typische (Teil-)Erlöschen der Schuldpflicht.

- 185 **4.** Der Lösung von OR 92/93 haftet zudem eine gewisse Pauschalität an, denn je nach den Umständen fällt sie für die eine oder die andere Partei milder oder strenger aus, ohne dass solches vom Gesetz berücksichtigt würde.

---

<sup>295</sup> Nach STAUBER, Diss., Rz 119, dienen die Regeln des Gläubigerverzugs nicht dem Ausgleich aller daraus entstehenden Nachteile aufseiten des Schuldners, sondern der nachteilslosen Befreiung des Schuldners von seiner Leistungspflicht. Gl.M. BERNET, BSK-OR, Vor Art. 91–96 OR N 1. Anders dagegen BERGER, Schuldrecht, Rz 1285 f., der den Sinn dieser Regeln darin sieht, den Schuldner vor Nachteilen zu bewahren, «die ihm durch grundloses Verzögern der Leistungsannahme durch den Gläubiger» entstehen.

Die Lösung der Hinterlegung scheint noch eher gläubigerfreundlich, wenn der Gläubiger die Leistung willkürlich nicht annimmt und dem Schuldner damit vermeidbare Aufwendungen verursacht, die vom beschränkten Ersatzrecht in OR 92 womöglich nicht gedeckt sind (Rz 1132 ff.). Die Sachhinterlegung scheint demgegenüber relativ schuldnerfreundlich, wenn der Gläubiger unverschuldet nicht mitwirkt und anschliessend die Sache bei der Hinterlegungsstelle abholen muss sowie noch dazu die Hinterlegungskosten und weitere Kosten zu übernehmen hat. Doch scheint die Unterschiedlichkeit dieser Konstellationen, insbesondere ein allfälliges «Verschulden» des Gläubigers von der Regelung bewusst unberücksichtigt zu bleiben. Die Regel behandelt den Gläubigerverzug damit **ähnlich wie andere, nicht pflichtwidrige Leistungsstörungen**. Vergleichbar ist die im Gläubigerverzug festgefahrene Vollzugssituation etwa mit der unverschuldeten nachträglichen Leistungsunmöglichkeit im Sinne von OR 119<sup>296</sup>, auch wenn das Leistungshindernis im Sinne von OR 91 selbstredend nicht dauernder Natur ist. Das ändert freilich nichts daran, dass während der interessierenden Störung dem Schuldner die Leistung materiell genauso unmöglich ist. Zu denken ist weiterhin an Einreden, die dem Schuldner in gewissen, ihm unzumutbaren Konstellationen gewährt werden: So bei der Unzumutbarkeit der Leistung aufgrund der nicht gehörig angebotenen Gegenleistung (OR 82), aufgrund der Zahlungsunfähigkeit der Gegenpartei (OR 83) oder aufgrund der Ungewissheit über die Person des Gläubigers (OR 168). Die Rechtsfolgen dieser Tatbestände divergieren im Einzelnen, doch zielen alle diese Regeln ausnahmslos auf die Beseitigung (Hinterlegung, Rücktritt) oder wenigstens Abschwächung (Leistungseinrede, Sicherstellung) eines Leistungshindernisses durch einen geeigneten Rechtsbehelf zugunsten des Schuldners. Sie alle überbrücken das Leistungshindernis, freilich ohne beim Gläubiger, dem das Hindernis zuzurechnen ist, eine Pflichtwidrigkeit zu implizieren.

**5. Im Ergebnis** dient das gesetzliche Gläubigerverzugsrecht, wie es zumindest in OR 92/93 verwirklicht ist, sowohl den Interessen Schuldners (Befreiung) als auch denjenigen des Gläubigers (Erfüllung). Es nimmt darüber hinaus keine Rücksicht auf wertungsmässige Unterschiede, die sich aus einem allfälligen «Verschulden» des Gläubigers ergeben können, und strebt insbe-

<sup>296</sup> Vgl. Rz 85. Vgl. HÜFFER, Habil., S. 21 («relative», weil vom Gläubiger verursachte Unmöglichkeit). Zur Vergleichbarkeit der Konstellationen auch STAUBER, Diss., Rz 584, zumindest hinsichtlich der Beendigung des Vertrags durch Rücktritt nach OR 95.

sondere nicht die vollständige Schadloshaltung des Schuldners an. Die Lösung hat im Bereich der Dienstleistungsschuld ihre Schwächen (Rz 1132 ff.), doch wird sowohl bei der Sach- als auch bei der Dienstleistungsschuld deutlich, dass das interessierende Leistungshindernis nicht ohne weiteres zum Erlöschen des Schuldverhältnisses führen soll. Im Vordergrund stehen stattdessen Fortbestand und Erfüllung der Schuldpflicht. Mit Blick auf die noch zu besprechenden Ausgleichsansprüche des Schuldners geht die Frage deshalb nicht dahin, ob dem Schuldner schlechthin *alle* durch das Mitwirkungsversäumnis entstandenen Nachteile ausgeglichen werden sollen<sup>297</sup> oder auch nur die mit der *Leistungsbefreiung* verbundenen Nachteile<sup>298</sup>; ersetzt werden muss dem Schuldner im Sinne der dargestellten Teleologie prinzipiell, **was er im Gläubigerverzug zugunsten der Erfüllung der Schuldpflicht aufwendet**. Anhaltspunkte dafür, dass auf der Seite des Gläubigers eine Pflichtverletzung sanktioniert werden soll, lassen sich von diesem Regelungsgedanken freilich nicht ableiten.

#### 4. Gesetzssystematische Verortung

##### a. Im Allgemeinen

- 187 **1.** Die Regeln des Gläubigerverzugs sind im zweiten Titel des Allgemeinen Teils des OR, «Die Wirkung der Obligationen», verortet. Dieser Titel umfasst die drei Abschnitte «Die Erfüllung der Obligationen», die «Die Folgen der Nichterfüllung» sowie die «Beziehungen zu dritten Personen». Der Gläubigerverzug ist in der **«Erfüllung der Obligationen»** geregelt. Dieser Abschnitt enthält in OR 68–96 Regeln zu gewissen Aspekten des Leistungsinhalts und der Leistungserbringung<sup>299</sup>, so namentlich zur Person des Leistenden (OR 68), zum Gegenstand der Erfüllung (zum Beispiel OR 69–73), zum Leistungsort (OR 74), zur Leistungszeit (OR 75–83), zum Erfüllungsbeweis (OR 85–90), zum Gläubigerverzug (OR 91–95) und zu anderen in der Person des Gläubigers liegenden Erfüllungsverhinderungen (OR 96). Das Recht der **Nichterfüllung einer Verbindlichkeit** dagegen regeln im Wesentlichen die OR 97–109, üblicherweise unterteilt erstens in die Schlechterfüllung

---

<sup>297</sup> Vgl. BERGER, Schuldrecht, Rz 1285. Für den Fall des Rücktritts nach OR 95 wird diese Teleologie offenbar auch von jener Mehrheitsauffassung bejaht, die dem Schuldner einen Schadenersatzanspruch auf das negative Vertragsinteresse analog OR 109 II einräumt (dazu Rz 209).

<sup>298</sup> BERNET, BSK-OR, Vor Art. 91–96 OR N 1; STAUBER, Diss., Rz 119.

<sup>299</sup> Vgl. SCHRANER, ZK-OR, Vorb. Art. 68–96 N 3.

lung bzw. positive Vertragsverletzung und die nachträgliche verschuldete Unmöglichkeit (OR 97 I/98 II), zweitens den Schuldnerverzug (OR 102 ff.) und drittens, ausserhalb dieses Teils, die nachträgliche, unverschuldete Leistungsunmöglichkeit (OR 119)<sup>300</sup>. Im Vordergrund stehen dort die Rechtsfolgen, wenn die Leistung gerade *nicht* gemäss den Bestimmungen zur «Erfüllung der Obligationen» (OR 68–96) erbracht und diese Leistungsstörung gesetzlich dem Schuldner zugerechnet wird.

**2. Aus der *Situierung*** der Gläubigerverzugsregeln im Abschnitt der «Erfüllung» ist abzuleiten, dass mit dem Mitwirkungsversäumnis kein Fehlverhalten im Sinne des Nichterfüllungsrechts begründet wird, ansonsten die Störung dort hätte geregelt werden müssen. Diese Einschätzung entspricht denn auch der herrschenden Auffassung<sup>301</sup>. Sie wird von der Marginaliensprache des Gesetzes unterstrichen: Diese beschreibt das Leistungshindernis in OR 91 und auch jenes in OR 96 als eine in der Person des Gläubigers begründete «Verhinderung der Erfüllung»<sup>302</sup>. Gemeint ist gerade nicht ein «Ausbleiben der Erfüllung» im Sinne von OR 97. Der sprachliche Unterschied ist subtil, aber bemerkenswert: Das «Ausbleiben» in OR 97 impliziert, dass der Schuldner der *berechtigten* Erwartung des Gläubigers zuwider nicht leistet. Demgegenüber bringt das Gesetz auf der Seite des Schuldners keine dahingehende, berechnete Erwartung zum Ausdruck, dass die Mitwirkung erfolgen müsse; es normiert nur gerade was gelten soll, wenn der Schuldner eine «Verhinderung» erleidet. Das Gesetz verleiht seiner Systematik hier sprachlich Nachdruck, indem es deutlich macht, dass die Gläubigerverzugsregeln eine Leistungsstörung anderer als der pflichtwidrigen Art beschlagen.

<sup>300</sup> WEBER, BK-OR, Vorb. Art. 97–109 N 13.

<sup>301</sup> SCHRANER, ZK-OR, Art. 91 N 23, 25; WEBER, BK-OR, Art. 91 N 5. Zu konzедieren ist, dass das Gesetz auch ausserhalb der Pflichtverletzungsregeln in OR 97 ff. Haftungsbestimmungen vorsieht, die im Zusammenhang mit rechtsgeschäftlichem Handeln stehen (bspw. OR 26 I/II, 39 I/II, 171); solche aber finden sich in den Regeln von OR 91 ff. nicht. – Die systematische *Situierung* unserer Gläubigerverzugsregeln wurde im Übrigen auch anlässlich der Beratung des BGB so interpretiert: «[...] dass der Vorgang des Schweizer Obligationenrechts, welches den Verzug des Gläubigers in dem Abschnitte über die Erfüllung [...] behandle, um nicht irrigen Auffassungen Vorschub zu leisten, Beachtung verdiene [...]» (BGB-Prot I 1218, bei JAKOBS/SCHUBERT, S. 331).

<sup>302</sup> Vgl. die Marginalie zu OR 96 (Teil F.): «*Andere Verhinderung der Erfüllung*» (H.h.), der im Zusammenhang steht mit OR 91 (Teil E.: «Verzug des Gläubigers»).

**b. Im Sanktionensystem der Gläubigermithwirkung**

- 189 **1.** Der Gläubigerverzug eröffnet dem Sachleistungsschuldner einerseits das Sachhinterlegungsrecht (OR 92 I) bzw. das Versteigerungs- und Erlöshinterlegungsrecht (OR 93) sowie einen Anspruch auf Ersatz seiner diesbezüglichen Aufwendungen (OR 92 I/analog für OR 93). Dem Dienstleistungsschuldner eröffnet der Gläubigerverzug das Rücktrittsrecht gemäss OR 95. Keine dieser Rechtsfolgen indiziert für sich genommen, dass das Mitwirkungsversäumnis den Charakter einer Pflichtverletzung trage. Im Einzelnen:
- 190 **2.** Ein **Hinterlegungsrecht** steht dem Schuldner auch nach zahlreichen anderen Bestimmungen des Zivilrechts zu, die nicht mit einer Pflichtverletzung in Verbindung stehen. Kerngedanke dieses Rechtsbehelfs ist es nicht, eine allfällige vom Gläubiger versprochene Leistung zu sichern oder zu ersetzen, sondern dem Schuldner zu ermöglichen, einen für ihn unzumutbaren Zustand zu überwinden. Dieser Zustand besteht regelmässig darin, dass die Leistung aufgrund eines dem Gläubiger zurechenbaren Hindernisses vorübergehend (nicht: dauerhaft) unmöglich oder unzumutbar wird, während aber die Leistungspflicht des Schuldners fortbesteht. Hinterlegen dürfen zum Beispiel auch der Schuldner im Prätendentenstreit (OR 168 I), der Schuldbriefschuldner (ZGB 851 II) und der Schuldner der verpfändeten Forderung, soweit ihm Gläubiger bzw. Pfandgläubiger die Zahlung verbieten (ZGB 906 III). Auch hat der Frachtführer das Frachtgut bei einem Dritten zu hinterlegen, wenn zum Beispiel das Frachtgut nicht angenommen oder der Empfänger nicht ermittelt werden kann (OR 444 I).
- 191 Davon zu unterscheiden sind Hinterlegungsrechte, die dem Schuldner nicht oder nicht primär dazu dienen, sich von der Schuld zu befreien, sondern den Gläubiger zur Einhaltung seiner Verbindlichkeit zwingen sollen. Beispielsweise bezweckt das Recht des Mieters nach OR 259g I, den Mietzins zu hinterlegen, nicht die Überbrückung eines Leistungshindernisses, denn obwohl er mit der Hinterlegung seine Zahlungspflicht alternativ erfüllt (OR 259g II), könnte er sie ohne weiteres auch durch die Zahlung an den Vermieter erfüllen. Stattdessen geht es darum, dem Mieter ein Druckmittel zur Durchsetzung seines Mängelbehebungsanspruchs gegen den Vermieter in die Hand zu geben<sup>303</sup>.

---

<sup>303</sup> Zum «Druckmittel»-Charakter dieser Norm: BBl 1985 I 1416 Ziff. 412.1.

3. Ansprüche auf **Aufwendungsersatz** haben den Zweck, dem Anspruchsgläubiger freiwillig oder gegebenenfalls in richtiger Erfüllung einer Pflicht getätigte Geldaufwendungen, von denen der Schuldner in irgendeiner Weise profitiert, zu ersetzen. Ihr Kernanliegen liegt wohl zwar im vermögensrechtlichen Ausgleich, doch indizieren solche Ansprüche normalerweise keine Pflichtverletzung. Das kommt darin zum Ausdruck, dass sie weder berücksichtigen, ob die Gegenpartei am Grund der Aufwendung ein Verschulden trifft<sup>304</sup>, noch den Anspruchsberechtigten so stellen wollen, wie wenn der *Grund* für die Aufwendung (nicht: die Aufwendung an sich) nie eingetreten wäre. Der Ersatzanspruch beruht auf Überlegungen der Billigkeit und nicht der Vorwerfbarkeit, namentlich nicht darauf, dass der Schuldner des Ersatzes eine Pflicht verletzt habe. Aufwendungsersatzansprüche finden sich im Gesetz zunächst einmal dort, wo eine Vermögenseinbusse auszugleichen ist, obwohl keine der Parteien ein Leistungshindernis gesetzt hat, ja sich vielmehr beide Parteien pflichtgemäss verhalten haben<sup>305</sup>. Der Anspruchstyp findet aber auch Verwendung, wo es darum geht, dem Schuldner die Kosten auszugleichen, die ihm die Überbrückung eines nicht ihm zuzurechnenden Leistungshindernisses verursacht hat. So etwa in ZGB 906 III, wonach der Schuldner berechtigt (und verpflichtet) ist, die Forderungssumme zu hinterlegen, wenn ihm der Gläubiger bzw. der Pfandgläubiger die Zustimmung zur Bezahlung verweigert<sup>306</sup>. Im Prätendentenstreit hinterlegt der Schuldner auf Kosten des später zu ermittelnden Gläubigers (OR 168 in Verbindung mit

<sup>304</sup> Ausnahmsweise hängen auch Schadenersatzansprüche aus Pflichtverletzungen nicht vom Verschulden des pflichtwidrig Handelnden ab, z.B. in OR 402 II (entgegen dem Bestimmungswortlaut, kraft richterlicher Rechtsfortbildung: WEBER, BSK-OR, Art. 402 N 14) oder OR 104 I (Anspruch auf Verzugszins als «pauschalisierter Schadenersatz»: WEBER, BK-OR, Art. 104 N 7 m.w.N.; WIEGAND, BSK-OR, Art. 104 N 1).

<sup>305</sup> Bsp.: Der Vermieter schuldet dem Mieter bei einem erheblichen Mehrwert der (mit Einwilligung des Vermieters veränderten) Mietsache eine Entschädigung (OR 260a III); diese Pflicht ist nicht auf eine Vertragsverletzung des Vermieters zurückzuführen. – Der Auftraggeber hat dem Beauftragten dessen Auslagen und Verwendungen gerade dann zu ersetzen, wenn diese «in richtiger Ausführung» des Auftrags entstanden sind (OR 402 I; vgl. auch OR 473). Zum Charakter solcher Barauslagen, Verwendungen, Aufwendungen, Unkosten, Spesen usw. im Kontext des Auftragsrechts: STÖCKLI H., Planerverträge § 2, Rz 8.172 m.w.N. – Der Geschäftsherr hat dem ohne Auftrag handelnden Geschäftsführer gerade dann dessen Verwendungen zu ersetzen, wenn diese notwendig oder nützlich und angemessen waren (OR 422 I; vgl. auch OR 307 II).

<sup>306</sup> ZOB, BK-ZGB, Art. 906 N 44.

OR 96 und 92 II)<sup>307</sup>, wenn die Parteien des Zessionsverhältnisses es versäumen, den Schuldner über die Person des Gläubigers aufzuklären (vgl. OR 167). Ähnlich in OR 444 I, wonach der Frachtführer das Frachtgut auf Kosten des Absenders zu hinterlegen hat, wenn das Frachtgut nicht angenommen wird oder der Empfänger nicht zu ermitteln ist. Ein Aufwendungsersatzanspruch ist auch die Ersatzforderung des Gläubigers für jene Kosten, die ihm daraus entstehen, dass er sich gemäss OR 98 I gerichtlich zur Ersatzvornahme ermächtigen lässt<sup>308</sup>.

- 193 **4. Vertragsauflösungsrechte** schliesslich *können* einer Vertragspartei deshalb entstehen, weil die andere eine Pflichtverletzung begeht (zum Beispiel OR 107 II/109), indizieren solches aber *per se* nicht. Dies jedenfalls nicht im Fall von OR 95: Im Vordergrund steht hier, wie schon beim Hinterlegungsrecht, dem Schuldner einen Ausweg zu geben für den Fall, dass er nicht gewillt ist, die Härten in Kauf zu nehmen, die ihm durch seine fortwährende – aber vorübergehend objektiv unmöglich gewordene – Leistungspflicht entstehen. Weitere Beendigungsrechte, die sich nicht aus einer Pflichtverletzung der Gegenseite ergeben müssen, finden sich im Gesetz zuhauf. Beispielhaft zu nennen sind ordentliche Kündigungsrechte (OR 266–266 f; 335) oder ausserordentliche Kündigungsrechte (OR 266g; 337, 337a) im Miet- und im Arbeitsvertrag. Bei unverhältnismässiger Überschreitung des Kostenvoranschlags kann der Besteller vom Vertrag zurücktreten (OR 375)<sup>309</sup>. Voraussetzungslos zurücktreten bzw. kündigen können etwa auch der Besteller im Werkvertrag (OR 377), die Parteien im Auftrag (OR 404 I) oder der Hinterleger im Hinterlegungsvertrag (OR 475 I).
- 194 **5. Die typischen Rechtsfolgen** der Pflichtverletzung dagegen sind in OR 91 ff. gerade **nicht** vorgesehen. Das Gesetz gewährt dem Schuldner weder beim Festhalten am Schuldverhältnis noch bei dessen Beendigung nach OR 95 einen verschuldensabhängigen oder -unabhängigen *Schadenersatzanspruch*<sup>310</sup> (vgl. Rz 170 ff.). Ein solcher steht dem Schuldner nach hier vertre-

---

<sup>307</sup> SCHAUFELBERGER/KELLER, OFK-OR, Art. 168 N 1.

<sup>308</sup> GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz 2518.

<sup>309</sup> Der Unternehmer ist nicht verpflichtet, den ungefähren Kostenansatz i.S.v. OR 375 einzuhalten (GAUCH, Werkvertrag, Rz 984).

<sup>310</sup> Dies im Unterschied etwa zu den folgenden Pflichtverletzungen: OR 103 I, 107 II, 109 II, 191, 195 I, 195 II, 208 II, 208 III, 257g II, 259e, 321e, 337b I, 368 II und III, 398 I, 404 II, 428 I (LENZ/VON PLANTA, BSK-OR, Art. 428 N 2; vgl. aber PFENNIGER, CHK-OR, Art. 428 N 2) und II, 447 (mit Beschränkung auf den Wert des



tener Auffassung auch im Wege der Gesetzesergänzung nicht zu (Rz 1153 ff.)<sup>311</sup>. Auch nicht gewährt werden dem Schuldner *Reduktionsrechte*, die dem Berechtigten typischerweise infolge einer Pflichtverletzung des Anderen erlauben, die eigene Leistungspflicht durch einseitige Willenserklärung herabzusetzen<sup>312</sup>. Tatsächlich sind **nach dem Gesetz** nur wenige, in keinem ersichtlichen Zusammenhang stehende **Mitwirkungsversäumnisse pflichtwidrig**:

- **OR 204 I** (Rz 39): Versäumt es der Käufer, die beanstandete und bereits 195 in seinen Besitz gelangte Kaufsache aufzubewahren, um dem Verkäufer die Beurteilung der Mängelrüge und die Erfüllung seiner Gewährleistungspflicht zu ermöglichen, verletzt er nicht nur eine Mitwirkungsobliegenheit, sondern nach einhelliger Ansicht auch eine vertragliche Pflicht<sup>313</sup>.
- **OR 257g** (Rz 41): Versäumt es der Mieter, dem Vermieter Mängel anzuzeigen, wirkt er nicht nur an der Mängelbehebung des Vermieters 196 nicht mit, sondern verletzt zugleich eine Rechtspflicht<sup>314</sup>.

---

Frachtguts), 448 (voller Schadenersatz: STAEHELIN E., BSK-OR, Art. 448 N 3), 503 IV, 505 III. Zuweilen auch unter erhöhten Verschuldensanforderungen: OR 248 I. Oder unter der zusätzlichen Voraussetzung, dass der Verpflichtete einen Selbsteintritt ablehnt: OR 397 II (Schadenersatz steht dem Auftragnehmer subsidiär zu, wenn der Auftraggeber sich weigert, die durch seine Kompetenzüberschreitung entstandenen Nachteile selbst zu tragen bzw. ihm dies nicht möglich ist; WEBER, BSK-OR, Art. 397 N 10 ff.). Vgl. demgegenüber Normen wie OR 52 II, 376 III, 377, 378 II oder 422 I, nach denen erlaubte Verhalten mit Schadenersatzansprüchen sanktioniert werden (siehe z.B. Rz 153).

<sup>311</sup> A.M. STAUBER, der durch Gesetzesergänzung zu einem generellen, verschuldensabhängigen, auf das «Zeitinteresse» gehenden Ersatzanspruch des Schuldners gelangt, wenn der Gläubiger in Mitwirkungsverzug gerät (STAUBER, Diss., Rz 859, 862, 880).

<sup>312</sup> Zu denken ist an die Minderungsrechte des Käufers (OR 205 I) oder des Bestellers (OR 368 II), mit deren Ausübung sie ihre Gegenleistungspflicht (die Bezahlung des Kaufpreises bzw. des Werklohns) einseitig und entsprechend dem Minderwerte der mangelhaften Leistung herabsetzen. Hierher gehört auch der Mietzinsherabsetzungsanspruch des Mieters nach OR 259d. Zur Minderung der Eigenleistungspflicht im Allgemeinen STÖCKLI H., Habil., Rz 500 ff.

<sup>313</sup> Beachte den Normwortlaut: «verpflichtet»; des Weiteren auch KREN KOSTKIEWICZ, OFK-OR, Art. 204 N 3; MÜLLER-CHEN, CHK-OR, Art. 204 N 7; SCHÖNLE/HIGI, ZK-OR, Art. 204 N 5, 6, 8.

<sup>314</sup> HULLIGER/HEINRICH, CHK-OR, Art. 257g N 1; HIGI/BÜHLMANN, ZK-OR, Art. 257g N 8.

- 197 – **OR 257h** (Rz 42): Auch der Mieter, der dem Vermieter den Zugang zur Mietsache zwecks Behebung der Mängel an der Mietsache nicht ermöglicht, wirkt im Sinne von OR 91 ff. nicht mit, allerdings verletzt er damit zugleich eine Vertragspflicht, die der Vermieter zudem real vollstrecken können soll<sup>315</sup>.
- 198 – **OR 418f** (Rz 46) in Verbindung mit **418m**: Vertragsbrüchig und schadenersatzpflichtig wird auch der Auftraggeber, der es versäumt, seinem Agenten die in OR 418f stipulierten Unterstützungsleistungen – die auch und vor allem Mitwirkungsleistungen beschlagen (vgl. auch Rz 586 ff.) – zu erbringen, die der Aufnahme und erfolgreichen Durchführung der Agententätigkeit dienen<sup>316</sup>.
- 199 – **VVG 68** (Rz 49): Verletzt der Versicherungsnehmer seine Pflicht, beschädigte Gegenstände nicht zu verändern (VVG 68), so versäumt er mitunter eine Mitwirkung, die es dem Versicherer erst ermöglichen oder zumutbar machen würde, seine Leistung zu erbringen (Geldzahlung), doch handelt der Versicherungsnehmer zugleich auch pflichtwidrig<sup>317</sup>.
- 200 **6.** Vor diesem Hintergrund sowie unter Berücksichtigung der in Rz 31 ff. herausgegriffenen Mitwirkungsnormen lässt sich für das Leistungshindernis des Mitwirkungsversäumnisses ein **gesetzliches Sanktionierungssystem** ausmachen. Dieses besteht im Grundsatz darin, dass das Mitwirkungsversäumnis als **erlaubtes Gläubigerverhalten** gewertet wird, das in Ermangelung eines objektiven Rechtfertigungsgrunds beim Gläubiger zu den in OR 92 ff. normierten Rechtsfolgen führt. Hiervon macht das Gesetz in zweierlei Hinsicht eine Ausnahme. Erstens dann, wenn das erlaubte Mitwirkungsversäumnis für den Gläubiger zur strengerer Rechtsfolge führt, dass sein Forderungsrecht ganz oder teilweise erlischt. Das zeigt sich in den besonderen gesetzlichen Fällen, in denen die Mitwirkung als klassische Obliegenheit ausgestaltet ist (Rz 51 ff.). Zweitens dann, wenn das Gesetz dem Schuldner einen Schadenersatzanspruch oder gar einen Realerfüllungsanspruch auf die Mitwirkung einräumt (soeben Rz 194 ff.). In diesen Fällen bildet die Mitwirkung des Gläubigers ausnahmsweise eine (gesetzliche)

---

<sup>315</sup> Vgl. Marginalie: «Duldungspflicht»; siehe auch HIGI/BÜHLMANN, ZK-OR, Art. 257h N 8, 41 (klagbare Nebenpflicht); HULLIGER/HEINRICH, CHK-OR, Art. 257h N 2; REUDT, SVIT-Komm-OR, Art. 257h N 19, 26.

<sup>316</sup> GAUTSCHI, BK-OR, Art. 418f N 1a; MATHYS, CHK-OR, Art. 418f *passim*; SPOERRI, OFK-OR, Art. 418f *passim*. Vgl. auch OR 418m.

<sup>317</sup> Vgl. HÖNGER/SÜSSKIND, BSK-VVG, Art. 68 N 14, 15 (mit Schadenersatzfolge).

Rechtspflicht, sein diesbezügliches Versäumnis also eine Pflichtverletzung. Die Motive des Gesetzgebers für diese punktuelle «Verschärfung» der Mitwirkung sind, soweit erkennbar, auf keinen gemeinsamen Nenner zu bringen<sup>318</sup>.

Immerhin scheint es vor diesem Hintergrund konsequent, dass viele 201 der vorerwähnten *mitwirkungsähnlichen Verhaltensnormen* (Rz 56 ff.) als schadenersatzbedrohte *Rechtspflichten* ausgestaltet sind: Da sie nicht erfüllungsrelevant sind, bestünde für den Vertragsgläubiger regelmässig weniger oder kein Interesse daran, diesen Verhaltensanforderungen nachzukommen. Weil sie gleichzeitig aber schützenswerten Interessen des Schuldners dienen, wirken sie für den Gläubiger verpflichtend. So sind als Pflichten namentlich ausgestaltet: das Einsichtsrecht des Mieters nach OR 256a<sup>319</sup>, die Information des Arbeitgebers an den Arbeitnehmer über das Arbeitsverhältnis nach OR 330b<sup>320</sup>, die Informationspflicht des Kommissionärs zuhanden des Kommittenten nach OR 426 I<sup>321</sup>, die Erhaltung von Sicherheiten zugunsten des Bürgen nach OR 503 I<sup>322</sup>, die Herausgabe von Pfändern und Urkunden an

<sup>318</sup> Bei den genannten Bestimmungen des Mietrechts überschneiden sich die Mitwirkungen des Mieters mit Pflichten, die er aus anderer Quelle trägt: Meldet er dem Vermieter Mängel nicht, verletzt er seine Sorgfaltspflicht nach OR 257f I; duldet er die Arbeiten des Vermieters an der Mietsache nicht, überschreitet er sein vertragliches Gebrauchsrecht. Im Fall von OR 418f i.V.m. 418m dürfte die sozialpolitisch motivierte Besserstellung desjenigen Agenten, der als natürliche Person seinen Lebensunterhalt mit dem Provisionsanspruch zu verdienen hat, im Vordergrund gestanden haben (siehe Rz 593). Im Fall des VVG 68 und anderer Verhaltensanforderungen des VVG ist die Teleologie solcher Mitwirkungspflichten wenig erforscht, wohl auch, weil den Interessen des Versicherers in anderer Hinsicht genügend gedient ist (NEF, BSK-VVG, Art. 45 N 3 ff.).

<sup>319</sup> HIGI/BÜHLMANN, ZK-OR, Art. 256a/256b N 29 bzw. 38 (Klagbarkeit trotz «Ordnungsvorschrift»); BIBER, SVIT-Komm-OR, Art. 256a N 14.

<sup>320</sup> Als klagbare Nebenpflicht bei REHBINDER/STÖCKLI J.F., BK-OR, Art. 330b N 11 und STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, ArbV-Komm-OR, Art. 330b N 4, 14.

<sup>321</sup> GAUTSCHI, BK-OR, Art. 426 N 2a; MOSKRIC, OFK-OR, Art. 426 N 1, 5; PFENNINGER, CHK-OR, Art. 426 N 2, 11.

<sup>322</sup> VISCHER, CHK-OR, Art. 503 N 2, 12; a.M. KRAUSKOPF, OFK-OR, Art. 503 N 1 («Obliegenheiten»).

den Bürgen nach OR 503 III (in Verbindung mit OR 503 IV)<sup>323</sup> oder die Information des Gläubigers an den Bürgen nach OR 505 I<sup>324</sup>.

**c. Wertungsfragen**

- 202 **1.** Im schweizerischen und im deutschen Schrifttum wird teilweise vertreten, durch das Mitwirkungsversäumnis verletze der Gläubiger nicht nur eine Obliegenheit, sondern begehe eine eigentliche **Pflichtverletzung**. Zum Ausgangspunkt nehmen sich diese Auffassungen im Wesentlichen, dass durch das Mitwirkungsversäumnis beim Schuldner berechtigtes Vertrauen enttäuscht werde und dass die Rechtsbehelfe der Gläubigerverzugsregeln dieses Vertrauen nicht hinreichend schützen, sowie teilweise auch, dass die Situation des Gläubigerverzugs sich nicht wesentlich von der «spiegelbildlichen» Störung auf der Seite des Schuldners, dem Schuldnerverzug (OR 102 ff.), unterscheide<sup>325</sup>. Die Auffassungen schliessen auf der Rechtsfolgeseite darauf, dass der Schuldner für sämtliche Nachteile, die ihm der Gläubigerverzug verursacht, schadlos gehalten werden müsse, soweit den Gläubiger ein Verschulden trifft. Dem Anliegen, dass die Ersatzansprüche des Schuldners über das Gesetzliche hinaus zu erweitern sind, wird hier wenigstens mit Blick auf den Dienstleistungsschuldner zugestimmt. Doch ist der Anlass für diese Ausweitung richtigerweise nicht, dass sich im Mitwirkungsversäumnis eine Pflichtwidrigkeit versteckt, sondern dass die Teleologie der «Basislösung» in OR 92/93 bei der Dienstleistungsschuld gesetzlich nicht verwirklicht ist. Im Einzelnen wird das im Zusammenhang mit dem Anspruch des Unternehmers auf Mehraufwendungsersatz erläutert (Rz 1132 ff.). Auf die Ersatzansprüche des Schuldners wird nachfolgend deshalb nicht eingetreten, wohl aber auf die Frage, ob das Mitwirkungsversäumnis wertungsmässig als pflichtwidrig zu erachten sei oder nicht.
- 203 **2.** Im schweizerischen Schrifttum ist in diesem Zusammenhang STAUBER zu nennen, der die rechtzeitige Gläubigermitwirkung wertungsmässig auf die Stufe einer unselbstständigen Nebenpflicht des Gläubigers hebt: Zumindest bei der rechtsgeschäftlich begründeten Obligation **erkläre der Gläubiger** mit seinem Willen, Gläubiger der Leistung zu werden, auch, «dem Schuldner

---

<sup>323</sup> VISCHER, CHK-OR, Art. 503 N 9, 12; a.M. KRAUSKOPF, OFK-OR, Art. 503 N 1 («Obliegenheiten»).

<sup>324</sup> VISCHER, CHK-OR, Art. 505 N 2, 10; offenbar gl.M. KRAUSKOPF, OFK-OR, Art. 505 N 9.

<sup>325</sup> Siehe etwa STAUBER, Diss., Rz 582; vgl. demgegenüber Rz 1135 ff. hiernach.

die Erbringung der geschuldeten Leistung, die sich der Gläubiger ja gerade versprechen lässt, **zu ermöglichen**»<sup>326</sup>. Versäume dies der Gläubiger anschliessend und biete er dem Schuldner zugleich auch nicht an, die Schuld einvernehmlich aufzuheben, so verhalte sich der Gläubiger *widersprüchlich* und damit treuwidrig (ZGB 2 I)<sup>327</sup>. Im deutschen Schrifttum ist, mit ähnlichem Einschlag, WIEDEMANN zu erwähnen, nach dessen Meinung «jeder Vertragspartner [...] Vertragserfüllung» verspreche und deshalb ganz generell, «je nach Vertragsabsprache und Vertragstyp unterschiedlich – die für den Vertragsvollzug notwendigen Mitwirkungshandlungen» schulde<sup>328</sup>. Dazu was folgt:

a. Das Argument zielt, soweit erkennbar, auf ein Ergebnis der objektivierten 204 Vertragsauslegung: Es wird gleichsam eine Auslegungsregel stipuliert, wonach der Schuldner den Gläubiger, der mit ihm in einen Vertrag trete, jedenfalls *so habe verstehen dürfen*, dass er nicht nur die Leistung wolle, sondern *sich auch zur erforderlichen Mitwirkung verpflichte*. Das überzeugt m.E. nicht. Für den Schuldner ist regelmässig erkennbar, dass die Mitwirkung für den Gläubiger zwar Mittel zur Leistungsbewirkung, nicht aber Gegenstand seines Rechtsbindungswillens und schon gar nicht *Raison d'être* des Vertrags ist. Zwar wird und darf der Schuldner im Prinzip davon ausgehen, der Gläubiger trage den Willen in sich, an der Leistungsbewirkung mitzuwirken, aber nicht, weil der Gläubiger ihm dies versprochen hätte, sondern weil die Mitwirkung dem Gläubiger faktisch zur Leistung verhilft. Dieser inneren Erwartungshaltung des Schuldners, mag sie auch regelmässig vorliegen, fehlt aber die Rechtsrelevanz im Auslegungsvorgang: Es ist rechtlich nicht dasselbe, auf ein bestimmtes Verhalten der Gegenpartei zu vertrauen, weil es in deren

<sup>326</sup> STAUBER, Diss., Rz 187 (H.h.).

<sup>327</sup> STAUBER versteht die «Mitwirkungsverweigerung» in OR 91 offenbar wörtlich (zu einem anderen Verständnis des Wortlauts: Rz 167 f.): Die Mitwirkungsverweigerung bedeute «nichts anderes, als dass der Gläubiger den Schuldner als zur Leistung verpflichtet haben, aber die Leistung erst zu einem ihm genehmen Zeitpunkt annehmen will», was ein widersprüchliches Verhalten (*venire contra factum proprium*) darstelle (STAUBER, Diss., Rz 186; siehe auch Rz 187, 193, 198). Anders HÜFFER, Habil., S. 230: Ein widersprüchliches und damit treuwidriges Verhalten sei in der Nichtmitwirkung erst dann zu erkennen, wenn der Gläubiger zunächst nicht mitwirkt, dann aber gegenüber dem Schuldner die Einrede des nicht erfüllten Vertrages erhebt, d.h. also wiederum fordert.

<sup>328</sup> WIEDEMANN, Soergel-BGB, § 275 N 399. So in der neu aufgelegten Kommentierung von Jens Ekkenga/Thilo Kuntz freilich nicht mehr vertreten. Ebenfalls zurückhalten-der SCHUBEL, Soergel-BGB, § 293 N 22.

ureigenen Interesse liegt, oder weil man die Gegenpartei nach dem Vertrauensprinzip so verstehen darf, dass sie verspreche, sich in dieser Weise zu verhalten. Aus der Erklärung des Gläubigers allein, die Leistung zu wollen, darf der Schuldner deshalb nicht ableiten, dass sich der Gläubiger in gleichem Masse zur Mitwirkung verpflichtet erachte, wie er (der Schuldner) selbst zur Leistung verpflichtet ist.

- 205 **b. Widersprüchliches Verhalten**, wie es STAUBER anführt, kann durchaus eine Pflichtverletzung begründen. Doch zielt das Argument offenbar auf Fälle, in denen der Gläubiger sich nachgerade obstruktiv verhält: Der Gläubiger verweigert die Mitwirkung willkürlich, obwohl er an sich mitwirken könnte, verlangt aber zugleich vom Schuldner, dass er leiste. Von einem solch querulatorischen Gläubigerverhalten dürften die meisten Mitwirkungsversäumnisse gerade nicht gezeichnet sein; die Regel wird sein, dass der Gläubiger zwar wohl mitwirken möchte, aber – sei es verschuldet oder auch nicht – nicht mitzuwirken imstande ist. Das Mitwirkungsversäumnis ganz allgemein als Treuwidrigkeit zu qualifizieren überzeugt vor diesem Hintergrund nicht. Unbestritten ist immerhin, dass der Gläubiger im Zuge der fehlerhaften Mitwirkung Treuepflichten *im Umfeld* des Mitwirkungsversäumnisses verletzen kann (dazu Rz 341 ff.). Die Pflichtwidrigkeit seines Handelns ergibt sich dann freilich nicht aus der Verletzung eines wie auch immer gearteten Mitwirkungsversprechens, sondern aus einer davon strikte zu unterscheidenden Treuepflicht.
- 206 **3.** Aus dem *deutschen Schrifttum* ist zunächst WELLER zu nennen, der in seiner Untersuchung zur Vertragstreue zum Schluss gelangt, dass dem Gläubiger in jedem Vertragsverhältnis eine «Leistungstreuepflicht» obliege. Sie verbiete ihm die **Gefährdung des Vertragszwecks**, was ihn umgekehrt zur Mitwirkung verpflichte, wenn diese zur Erreichung des Vertragszwecks erforderlich sei<sup>329</sup> (was *immer* zutrifft: vgl. Rz 13 ff., 237 ff.). Ähnlich postuliert HARTMANN eine Mitwirkungspflicht des Gläubigers gestützt auf die «grundlegendste der Nebenleistungspflichten», von der Gefährdung des Vertragszwecks abzusehen, oder gar auch, «die Vertragsdurchführung zu sichern»<sup>330</sup>. Wirke der Gläubiger nicht mit, begehe er vor diesem Hintergrund eine positive Vertragsverletzung. Der Schuldner könne die Mitwirkung dann

---

<sup>329</sup> Wohl ähnlich zu verstehen REISCHAUER, Rummel-ABGB, § 1419 N 3, wonach eine Annahmepflicht immer dann anzunehmen sei, wenn die Nichtannahme den Schuldner in irgendeiner Weise «belaste».

<sup>330</sup> HARTMANN, S. 48 m.V.a. BGB § 242.

zwar nicht gerichtlich erzwingen, wohl aber verschuldensabhängig Schadenersatz fordern<sup>331</sup>. Beeinträchtigt das Mitwirkungsversäumnis zudem das Erhaltungsinteresse des Schuldners, verletzte der Gläubiger daneben auch eine vertragliche Schutzpflicht<sup>332</sup>. HÜFFER geht dagegen beim Mitwirkungsversäumnis nicht grundsätzlich von einer Pflichtverletzung aus<sup>333</sup>, aber immerhin dann, wenn der Schuldner im zweiseitigen Vertrag vorleistungspflichtig ist; diesfalls verhindere der Gläubiger durch sein Verhalten die Fälligkeit der Gegenforderung, was eine unzumutbare Gefährdung des Vertragszwecks (eine Vertragsverletzung) darstelle<sup>334</sup>. Zur Anwendung bringt HÜFFER in diesem Fall die Regeln des Schuldnerverzugs analog<sup>335</sup>. Es bleibt unklar, ob auch diese Autoren die Mitwirkungsverpflichtung des Gläubigers aus seiner Erklärung ableiten, den Vertrag schliessen zu wollen (dazu schon Rz 204), oder aber als gesetzliche Treuepflicht verstehen, die im Schuldverhältnis losgelöst von den Willenserklärungen der Parteien auslegungs- oder ergänzungsweise hinzutritt. Aus den Verweisen bei WELLER und HARTMANN auf BGB § 241 II<sup>336</sup> und 242<sup>337</sup> ist eher zu schliessen, dass die Mitwirkungspflicht *gesetzlichen Ursprungs* sein soll. Auch das überzeugt m.E. nicht:

<sup>331</sup> WELLER, Habil., S. 526, 536 ff., 547 m.V.a. BGB § 241 II, 280, 282, 324.

<sup>332</sup> HARTMANN, S. 43 m.V.a. WIEDEMANN, Soergel, § 275 N 399 (vgl. aber hiervor Fn 328).

<sup>333</sup> HÜFFER, Habil., S. 251 f.

<sup>334</sup> HÜFFER, Habil., S. 187, 192.

<sup>335</sup> HÜFFER, Habil., S. 226, 232. Er führt des Weiteren aus: Der Schuldner werde durch die Nichtmitwirkung in Ungewissheit darüber geworfen, ob der Gläubiger (noch) mitwirken könne und/oder wolle, und konsequenterweise, ob er die Gegenleistung rechtzeitig oder verspätet erhalten werde. Da eine verspätete Gegenleistung ggü. der rechtzeitigen für den Schuldner geringeren oder keinen Wert habe, rechtfertige es sich, dem Schuldner die Vertragsliquidation zu gewähren (HÜFFER, Habil., S. 219). Das Liquidationsrecht gewährt er dem vorleistungspflichtigen Schuldner trotz der ausstehenden Fälligkeit der Gegenleistung, weil die vereinbarte Leistungsreihenfolge irrelevant werde, wenn der Schuldner mit der Schadenersatzklage gerade nicht den Leistungsaustausch, sondern eine der Differenztheorie entsprechende Bereinigung der Vertragsbeziehung anstrebe (HÜFFER, Habil., S. 238).

<sup>336</sup> BGB § 241 II: «Das Schuldverhältnis kann nach seinem Inhalt jeden Teil zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichten».

<sup>337</sup> BGB § 242: «Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern».

- 207 **a.** Wohl sind diese gesetzlichen Generalklauseln<sup>338</sup> Ausdruck von Treu und Glauben, also eines «das gesamte Rechtsleben beherrschenden Grundsatz[es]»<sup>339</sup>, doch enthalten sie naturgemäss keine konkreten Gläubigerpflichten, sondern konkretisieren sich *in Abhängigkeit von Vertragszweck, Verkehrssitte und den Anforderungen des redlichen Geschäftsverkehrs*<sup>340</sup>. Dass das Mitwirkungsversäumnis einzelfallweise unter eine der von der Rechtsprechung entwickelten Fallgruppen<sup>341</sup> treuwidriger und damit verpönter Verhalten fallen kann, mag in Fällen der treuwidrigen Obstruktion durch den Gläubiger zutreffen. Ausnahmslos aber muss die Frage unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls beurteilt werden. Denn dass das Mitwirkungsversäumnis *an sich*, losgelöst vom konkreten Schuldinhalt, von der Verkehrssitte und insbesondere von den konkreten Umständen, schon «abstrakt» ein Treu und Glauben widersprechendes Verhalten sein soll, leuchtet nicht ein. Angesetzt würde damit nicht bei der Vorwerfbarkeit des konkreten Verhaltens einer Partei, so wie etwa beim Verbot des widersprüchlichen Verhaltens oder des Rechtsmissbrauchs (ZGB 2 II). Angeknüpft würde damit an ein vom Gesetz normiertes Leistungshindernis, das nach den bisherigen Erörterungen sprachlich, historisch, äusserlich-systematisch und teleologisch abseits einer Pflichtverletzung steht. Die Qualifikation als Pflicht müsste sich also, wenn schon, aus Tatbestandselementen des Einzelfalls ergeben, die über diejenigen hinausgehen, wie sie das Gesetz beim Mitwirkungsversäumnis voraussetzt.
- 208 **b.** Wollte man das Gegenteil vertreten, also dass sich ein Abstellen auf den konkreten Einzelfall erübrige, weil das Mitwirkungsversäumnis schon *strukturell als treuwidriges Verhalten* gläubigerseits erachtet werden müsse, kann damit nur gemeint sein, dass schon die zum Vertragsschluss führende Willenserklärung des Gläubigers zu einer Mitwirkungspflicht führe. Es wurde bereits dargelegt, dass eine solche pauschale Auslegungsregel nicht zu halten ist (Rz 204): Der Schuldner darf allein aus der Erklärung des Gläubigers, die Leistung zu wollen, nicht ableiten, dass der Gläubiger sich auch zur Mitwirkung verpflichte. Zu diesem Ergebnis gelangt man *gerade aufgrund* des Grundsatzes von Treu und Glauben, nämlich im Wege der objektivierten Vertragsauslegung, für die der Grundsatz die wichtigste Massgabe ist (vgl.

---

<sup>338</sup> GRÜNEBERG, Palandt-BGB, § 242 N 2, § 241 N 7 («Blankettnorm»).

<sup>339</sup> GRÜNEBERG, Palandt-BGB, § 242 N 1.

<sup>340</sup> GRÜNEBERG, Palandt-BGB, § 241 N 7.

<sup>341</sup> GRÜNEBERG, Palandt-BGB, § 242 N 2 (der auch von «Funktionskreisen» spricht).



Rz 213). Auf denselben Grundsatz gestützt lässt sich nicht auch noch postulieren, das Mitwirkungsversäumnis bilde so oder anders eine allgemein gültige, vom Einzelfall losgelöste Fallgruppe treuwidrigen Verhaltens<sup>342</sup>.

4. Schliesslich ist zu vermerken, dass der überwiegende Teil des schweizerischen Schrifttums die Gläubigermitwirkung (entgegen der hier vertretenen Auffassung: Rz 1160) zumindest **beim Rücktritt des Schuldners nach OR 95** gleich wie eine Pflichtverletzung behandelt. Hiernach stehe dem Schuldner der verschuldensabhängige Schadenersatzanspruch auf das negative Vertragsinteresse gemäss OR 107 II und 109 II analog zur Verfügung, wenn dieser nach OR 95 zurücktrete<sup>343</sup>. Teilweise wird gar vertreten, der Schuldner könne stattdessen, wiederum analog nach OR 107 II, auch am Vertrag festhalten und das positive Vertragsinteresse fordern<sup>344</sup>. Die Position des Bundesgerichts ist widersprüchlich<sup>345</sup>. Mit Ausnahme STAUBERS setzen diese Auffassungen das Mitwirkungsversäumnis immerhin nicht prinzipiell

<sup>342</sup> Vgl. WEBER, BK-OR, Art. 91 N 32, der das Mitwirkungsversäumnis klar von der positiven Vertragsverletzung abgrenzt, namentlich auch von der in Deutschland oft bemühten Formel der «erheblichen Gefährdung des Vertragszwecks». Eine solche könne nicht in jedem «nicht vertragskonformen Verhalten des Gläubigers» erblickt werden, insbesondere nicht in jeglicher Form von Unterlassung.

<sup>343</sup> BERNET, BSK-OR, Art. 95 N 3 m.w.N.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz 2463 ff.; HUGUENIN, Rz 989; SCHWENZER, Rz 70.18; offenbar auch TERCIER/PICHONNAZ, Rz 294; WEBER, BK-OR, Art. 91 N 17. A.M. BECKER, BK-OR, Art. 95 N 1; OSER/SCHÖNENBERGER, ZK-OR, Art. 95 N 2; SCHRANER, ZK-OR, Art. 95 N 17 i.V.m. 19.

<sup>344</sup> BERGER, Rz 1321; BUCHER, OR AT, S. 326 («Erfüllungsinteresse»); GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz 246; GUHL/KOLLER A., § 33 Rz 16 für den Schaden aus Nichterfüllung der Gegenleistungspflicht; KELLER M./SCHÖBI, S. 294; KOLLER A., OR AT, Rz 56.95 (wahlweise Anspruch auf das negative Vertragsinteresse oder auf das Vergütungsinteresse); STAUBER, Diss., Rz 586–589 (negatives Vertragsinteresse gemäss Gesetz), aber zum «Vergütungsinteresse» durch Lückenausfüllung Rz 606–609.

<sup>345</sup> BGE 110 II 148/151 f. E. 1b: Mitwirkungsversäumnis bedeute Verweigerung der Gegenleistung; Recht des Schuldners zum Rücktritt nach OR 107 II i.V.m. OR 109 II. BGer 4C.103/2004 (02.06.2003) E. 8.2: Rücktritt nach OR 95 berechtige den Schuldner nicht zu Schadenersatz («Les règles sur la demeure du créancier sont d'ailleurs impropres à aboutir à l'octroi de dommages-intérêts au vendeur ou à lui permettre d'obtenir de l'acheteur le paiement du prix; elles n'aménagent au vendeur, débiteur d'une prestation, que la faculté de se libérer valablement de ses obligations ou de se départir du contrat [...]»). BGer 4A\_446/2015 (03.03.2016) E. 3.3.2: Nach OR 95 werde die Obliegenheitsverletzung ausnahmsweise wie eine Pflichtverletzung sanktioniert. Der Schuldner könne «déclarer immédiatement qu'il renonce à l'exécution du contrat et demande[r] des dommages-intérêts (*positifs*)».

mit einer Pflichtverletzung gleich, sondern plädieren lediglich dafür, sie ausnahmsweise wie eine solche zu behandeln. Insoweit liegt dort keine andere Bewertung des Mitwirkungsversäumnisses zugrunde, als sie hier vertreten wird; zu vertiefen ist in anderem Zusammenhang die Frage, welcher Ersatzanspruch – gleich ob während des Mitwirkungsverzugs oder auch infolge des Rücktritts des Schuldners nach OR 95 – der passende Rechtsbehelf sei, um der Teleologie der Gläubigerverzugsregeln gerecht zu werden (Rz 1132 ff.).

## E. Mitwirkungspflichten aus Vertragsauslegung und Vertragsergänzung

### 1. Ausgangspunkt

- 210 Es wurde festgestellt, dass das Gesetz die Gläubigermithwirkung grundsätzlich nicht als Pflicht des Gläubigers ausgestaltet, mit Ausnahme einiger besonderer gesetzlicher Mitwirkungspflichten (Rz 165 ff./194 ff.). Eine vertragliche Mitwirkungspflicht – beziehe sie sich nur auf eine bestimmte Mitwirkungsleistung oder auf die Mitwirkung schlechthin – kann freilich auch dadurch entstehen, dass entweder die Parteien eine solche rechtsgeschäftlich begründen (OR 1) oder dass das Gericht den Vertrag im Streitfall um eine solche ergänzt. Ist streitig, ob Mitwirkungspflichten vereinbart worden sind, muss der Vertrag in dieser Hinsicht ausgelegt werden; dasselbe gilt, wenn zwar Mitwirkungspflichten vereinbart worden sind, jedoch ihre Tragweite streitig wird. In diesem Zusammenhang interessieren die Regeln der **Vertragsauslegung** und ihre Anwendung auf die (vertragliche) Gläubigermithwirkung (2.). Sind demgegenüber keine Mitwirkungspflichten vereinbart, ist zu prüfen, ob und unter welchen Voraussetzungen sie im Wege der richterlichen **Vertragsergänzung** entstehen können (3.).

### 2. Mitwirkungspflicht als Gegenstand der Vertragsauslegung

#### a. Methode der Vertragsauslegung

- 211 1. Den Vertragsparteien steht es unter der Vertragsfreiheit offen zu vereinbaren, dass der Gläubiger zur Mitwirkung verpflichtet sei. Sie tun dies durch die Schaffung entsprechender Eigennormen<sup>346</sup>, nach denen der Gläubiger eine, mehrere oder alle Mitwirkungsleistungen im Sinne einer Rechtspflicht

---

<sup>346</sup> Zum Begriff: Vgl. JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, ZK-OR, Art. 18 N 289 ff.

zu erbringen habe. Eine solche Vereinbarung kann originär entstehen, d.h. bereits bei Vertragsschluss getroffen werden, oder auch erst nachträglich in einen bestehenden Vertrag einfließen, beispielsweise durch parteiautonome Vertragsanpassung oder richterliche Vertragsergänzung (dazu Rz 281 ff.). Ein Auslegungsstreit<sup>347</sup> entbrennt dann, wenn die Parteien sich darüber uneinig sind, **ob** sie überhaupt eine Mitwirkungspflicht **vereinbart** haben und/oder gegebenenfalls was deren rechtliche **Tragweite** sei. Lösen die Parteien die Streitigkeit nicht einvernehmlich, wird das Gericht den Vertrag auslegen müssen und dabei folgender Methodik folgen:

**a.** Das Gericht prüft im Rahmen der *subjektiven Vertragsauslegung*, ob in 212 dem von den Parteien ausdrücklich oder stillschweigend<sup>348</sup> Erklärten<sup>349</sup> ein übereinstimmender wirklicher Parteiwille festzustellen ist<sup>350</sup>. Soweit die Willenserklärungen durch Worte oder Zeichen ergehen, gebietet es der Grundsatz von Treu und Glauben (ZGB 2), nicht nur den strengen Wort- oder Zeichensinn des Erklärten<sup>351</sup>, sondern auch das darüber hinausgehende «stillschweigend Mitverstandene»<sup>352</sup> mit zu berücksichtigen. Lässt sich auf

<sup>347</sup> Eine Voraussetzung der gerichtlichen Vertragsauslegung: GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz 1196.

<sup>348</sup> Ausdrücklich erfolgt die Erklärung durch Worte oder Zeichen, soweit der Wille aus den verwendeten Worten oder Zeichen unmittelbar hervorgeht. Stillschweigende Erklärungen ergehen demgegenüber durch Schweigen, durch «konkludentes» Handeln (sog. Willensbetätigungen) oder in Form von (*prima vista* ausdrücklichen) Erklärungen, wenn der Sinn der Erklärung sich nur mittelbar aus den verwendeten Worten oder Zeichen ergibt (vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz 188–192).

<sup>349</sup> Auch wenn sich die in OR 18 I geregelte Simulation gerade dadurch auszeichnet, dass der wirkliche Parteiwille nicht mit dem «scheinbar Erklärten», d.h. mit der gemeinsam gewählten (Falsch-)Bezeichnung übereinstimmt, setzt OR 18 I voraus, dass auch der wirkliche Parteiwille in irgendeiner Form (auch stillschweigend) erklärt worden ist (JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, ZK-OR, Art. 18 N 26).

<sup>350</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz 1200.

<sup>351</sup> Zu beachten ist freilich, dass alles Erklärte, auch der «strenge» Wort- und Zeichensinn, stets der Auslegung bedarf, «weil es immer der Hörer oder Leser ist, der einem Wort oder Satz einen Sinn gibt und damit die Bedeutung einer Aussage bestimmt», und «der sinnbestimmende Erfahrungsbereich der Parteien dem Richter [...] unzugänglich bleibt» (GAUCH, Auslegung, S. 216).

<sup>352</sup> JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, ZK-OR, Art. 18 N 333, 422. Die rückblickende Ermittlung des wirklichen Parteiwillens erfordert freilich eine gewisse Objektivierung bei der Betrachtung der zum wirklichen Willen führenden Indizien (vgl. KRAMER, BK-OR, Art. 18 N 16).

diese Weise das von den Parteien wirklich Gewollte feststellen, bildet dieses Vertragsinhalt, und die weitere Auslegung des Vertrags erübrigt sich.

- 213 **b.** Ist der wirkliche Parteiwille nicht ermittelbar, hat das Gericht im Rahmen der *objektivierten Vertragsauslegung*<sup>353</sup> nach Treu und Glauben den mutmasslichen Vertragswillen zu ermitteln. Dabei hat es «das als Vertragswille anzusehen, was vernünftig und redlich handelnde Parteien unter den gegebenen (auch persönlichen) Umständen durch die Verwendung der auszulegen- den Worte oder durch ihr sonstiges Verhalten ausgedrückt und folglich ge- wollt haben würden»<sup>354</sup>. Als «gegebene Umstände» sind namentlich die Si- tuation und die Kenntnisse der Vertragsparteien zu berücksichtigen<sup>355</sup>. Auf dasselbe zielen im Ergebnis die in der Rechtsprechung anzutreffenden Leit- sätze<sup>356</sup>, etwa wonach das Gericht ein *sachgerechtes Ergebnis* zu ermitteln habe, weil nicht anzunehmen sei, dass die Parteien eine unangemessene Lö- sung wollten<sup>357</sup> (man spricht im weiteren Kontext der Gesetzes- und Ver- tragsauslegung auch von einer «Rationalitätsvermutung»<sup>358</sup>), oder wonach der Vertrag nach dem *Vertrauensprinzip* auszulegen sei<sup>359</sup>. Auf letzteres zwar greift streng genommen nur die Auslegung einzelner Willenserklärungen zurück<sup>360</sup>: Der Richter hat hiernach die Willenserklärungen der Parteien (also nicht den Vertrag schlechthin) so auszulegen, wie sie vom objektiv neutralen und konkret loyalen Dritten verstanden werden durften bzw. muss- ten<sup>361</sup>. Doch wird das Prinzip auch für die Auslegung des übereinstimmend erklärten Vertragsinhalts, eben des «Vertragswillens» herangezogen<sup>362</sup>.
- 214 **2.** Vertragsauslegung geschieht in Anknüpfung an Auslegungsmittel. Im Rahmen der subjektiven Vertragsauslegung gehören hierzu alle tatsächlichen Anhaltspunkte, die Aufschluss über den wirklichen Willen der Parteien ge- ben können, wie namentlich Zeugenaussagen oder das Verhalten der Parteien

---

<sup>353</sup> Dazu JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, ZK-OR, Art. 18 N 356 ff.

<sup>354</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz 1201.

<sup>355</sup> Vgl. JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, ZK-OR, Art. 18 N 356.

<sup>356</sup> So jedenfalls GAUCH, Auslegung, S. 214.

<sup>357</sup> BGE 140 III 134/139 E. 3.2 m.w.N.

<sup>358</sup> Siehe ZELLER, S. 332, Rz 126 f.

<sup>359</sup> BGE 121 III 118/123 E. 4b/aa m.w.N.

<sup>360</sup> Vgl. etwa GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz 1226; JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, ZK-OR, Art. 18 N 425.

<sup>361</sup> HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, BK-ZGB, Art. 2 N 99.

<sup>362</sup> JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, ZK-OR, Art. 18 N 459.

nach Vertragsschluss<sup>363</sup>. Im Rahmen der objektivierten Vertragsauslegung ist das **primäre Auslegungsmittel** das von den Parteien verwendete und zum übereinstimmenden Vertragsinhalt führende *Ausdrucksmittel*, sei dies der Wortlaut der gewählten Worte und/oder der Sinngehalt ihres sozialtypischen Verhaltens<sup>364</sup>. Als **ergänzende, sekundäre Auslegungsmittel** werden alle Umstände mitberücksichtigt, die Schlussfolgerungen auf den Willen der Vertragsparteien erlauben, wie namentlich<sup>365</sup>:

- die Begleitumstände des Vertragsabschlusses; 215
- die Entstehungsgeschichte des konkreten Vertrags und die sonstige Vorgeschichte der Parteien; 216
- die Interessenlage der Parteien zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses, namentlich ihre Beweggründe und Erwartungen, und daraus abgeleitet der Vertragszweck (vgl. Rz 237 ff.); 217
- die persönlichen Verhältnisse der Parteien und die allgemeinen Lebensverhältnisse zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses; 218
- die Verkehrsauffassung und Verkehrsübung. 219

In der Rechtsprechung geniessen die primären Auslegungsmittel *Vorrang* vor den ergänzenden Auslegungsmitteln. Dies bedeutet freilich nicht, dass ergänzende Auslegungsmittel erst dann herangezogen werden dürfen, wenn die primären Auslegungsmittel unklar bleiben (sogenannte Eindeutigkeitstheorie), denn die Umstände vermögen ein und demselben Ausdruck gegebenenfalls unterschiedliche Bedeutungen zu verleihen. Vielmehr sind ergänzende Auslegungsmittel immer mit zu berücksichtigen. Vorrang geniessen die primären Auslegungsmittel nur in dem Sinne, dass es bei dem auf sie gestützten Auslegungsergebnis bleibt, soweit ergänzende Auslegungsmittel nicht mit Sicherheit einen anderen Schluss zulassen<sup>366</sup>.

<sup>363</sup> JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, ZK-OR, Art. 18 N 370.

<sup>364</sup> JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, ZK-OR, Art. 18 N 372 f.

<sup>365</sup> JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, ZK-OR, Art. 18 N 385 ff.

<sup>366</sup> JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, ZK-OR, Art. 18 N 397–399.

- 221 **3.** Im Umgang mit den genannten Auslegungsmitteln hat sich das Gericht an bestimmte **Auslegungsregeln** zu halten, die sich aus der Lebenserfahrung ableiten und die in Rechtsprechung und Lehre anerkannt sind. Zu nennen sind<sup>367</sup>:
- 222 – Abstellen auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses (Auslegung *ex tunc*);
- 223 – Auslegung nach Treu und Glauben, so namentlich: Auslegung nach dem Vertrauensprinzip; kein Abstellen auf den buchstäblichen Wortsinn allein; Miterfassung des stillschweigend Mitverstandenen; Berücksichtigung des Informationsstands beider Parteien;
- 224 – keine rein grammatikalische/formalistische Auslegung der verwendeten Worte;
- 225 – Berücksichtigung der Gesamtsystematik des Vertrags, unter Einschluss namentlich des Vertragszwecks und der von den Parteien gewählten Definitionen und Widerspruchsregeln;
- 226 – besondere Regeln für Zweifelsfälle, wie namentlich der Vorzug derjenigen Bedeutung, die nicht die Ungültigkeit des Vertrags nach sich zieht; Vorzug des dem dispositiven Gesetzesrecht am nächsten stehenden Auslegungsergebnisses; enge Auslegung davon abweichender Abreden; Vorzug der für den Schuldner günstigeren Deutung<sup>368</sup>; Vorzug der Deutung, die für den Verfasser der unklaren Vertragsbestimmung ungünstiger ist usw.;
- 227 – gegebenenfalls auch die Regeln zur Auslegung vorgeformter, global übernommener Vertragsbestimmungen (Allgemeiner Geschäftsbedingungen, AGB), wie namentlich der Vorrang der Individualabrede, die Ungewöhnlichkeitsregel, die Unklarheitenregel usw.

---

<sup>367</sup> Vgl. JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, ZK-OR, Art. 18 N 444, 454 f., 456 ff., 470 f., 472 ff., 486 ff., 526 ff.

<sup>368</sup> Anderer Meinung ist das Bundesgericht, vgl. BGer 4A\_453/2009 (26.01.2010) E. 4.3: «Bei gewöhnlichen Vertragsbestimmungen kann nicht generell im Zweifel angenommen werden, eine Partei hätte sich mit einer geringeren Belastung der Gegenpartei begnügen wollen. Vielmehr ist diesfalls die Auslegung im Zweifel auf einen sachgerechten Ausgleich von Leistung und Gegenleistung auszurichten.»

## b. Eingrenzung des Streitgegenstands

1. Steht zum Streit, ob und mit welcher Verbindlichkeit der Gläubiger eine Mitwirkungsleistung zu erbringen habe, ist in einem ersten Schritt zu ermitteln, ob die **mitwirkungsbedürftige Leistung**, auf die sich das streitige Gläubigerverhalten bezieht, überhaupt **Vertragsinhalt**<sup>369</sup> bildet. Denn ist das nicht der Fall, schuldet der Schuldner die angeblich mitwirkungsbedürftige Leistung nicht und es kann mit Blick auf eine solche Nichtpflicht keine Mitwirkung des Gläubigers erforderlich sein. Das wäre zum Beispiel der Fall, wenn die Leistung von den Parteien gar nicht vereinbart worden ist, oder wenn die Leistung zwar Vertragsinhalt geworden ist, die Abrede aber aufgrund unmöglichen, widerrechtlichen oder unsittlichen Inhalts gemäss OR 20 nichtig bzw. teilnichtig bleibt<sup>370</sup>. Scheidet jedenfalls die Leistung als Vertragsinhalt aus, erübrigt sich die Vertragsauslegung mit Blick auf eine Mitwirkungspflicht des Gläubigers gänzlich. Umgekehrt ist denkbar, dass der Vertrag originär keine mitwirkungsbedürftigen Leistungen vorsieht, der Leistungsinhalt jedoch später richterlich ergänzt werden muss. Die richterliche Schaffung von Leistungsinhalten mag zu «neuen», korrespondierenden Mitwirkungsobliegenheiten oder -pflichten führen, sodass der Vertragsvollzug neuerdings Mitwirkung erfordert, wo ursprünglich noch keine erforderlich war.

2. Ist die mit der angebehrten Mitwirkung korrespondierende Leistung Vertragsinhalt, ist es grundsätzlich auch die Mitwirkungsleistung – wenn die Leistung denn eine solche (und die streitige) voraussetzt. Zu prüfen ist demnach, ob der vom Schuldner eingeforderte Erfüllungsbeitrag für die Leistung **erfüllungsrelevant** ist (Rz 13 ff.) und zudem **nicht vom Schuldner selbst geschuldet ist** (Rz 21 ff.). Ist der Erfüllungsbeitrag nicht erfüllungsrelevant, kann er dem Gläubiger nicht im Sinne der Mitwirkung obliegen<sup>371</sup>. Ist der

<sup>369</sup> Der Vertragsinhalt wird hier verstanden als die Gesamtheit der gegenseitigen Rechte und Pflichten der Vertragsparteien, einschliesslich ihrer Obliegenheiten (JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, ZK-OR, Art. 18 N 273).

<sup>370</sup> Teilnichtigkeit kann freilich das Nachrücken eines neuen Leistungsinhalts bedeuten, entstamme er nun dem dispositiven Gesetzesrecht oder dem hypothetischen Parteiwillen. In diesen Fällen ist hinterher erneut zu prüfen, ob das eingeforderte Mitwirkungsverhalten sich nicht doch auf die – nun ergänzte – Leistungspflicht des Schuldners beziehen lässt.

<sup>371</sup> Der Gläubiger könnte sich allenfalls rechtsgeschäftlich zu einem nicht erfüllungsrelevanten Verhalten verpflichtet haben (Rz 12). Dann allerdings streiten sich die Parteien

Erfüllungsbeitrag dagegen erfüllungsrelevant und streiten sich die Parteien darüber, wer ihn zu leisten hat, dreht sich der Auslegungsstreit um die Frage, ob der Beitrag zur Leistungspflicht des Schuldners gehört oder nicht. Wird das verneint, ist der Beitrag Sache des Gläubigers; wird das bejaht, hat der Schuldner den Beitrag als Teil seiner Leistungspflicht selbst zu erbringen und ein wie auch immer gearteter Mitwirkungsbedarf fällt ausser Betracht.

**c. Besonderheiten bei der Auslegung des Verbindlichkeitsgrads**

- 230 Davon ausgehend, dass der bei Vertragsabschluss vorherrschende, wirkliche Parteiwille betreffend die Verbindlichkeit der Gläubigermitwirkung selten ermittelt werden kann, wird der hier interessierende Auslegungsstreit von der objektivierten Vertragsauslegung dominiert sein. Das Gericht wird im Zuge der objektivierten Vertragsauslegung unausweichlich auch normativ tätig, insoweit es einen von seiner Auffassung von Vernunft, Redlichkeit und Sachgerechtigkeit mitbestimmten, mutmasslichen Parteiwillen «ermittelt». Dem Gericht stellen sich dabei angesichts des besonderen Auslegungsgegenstands Herausforderungen, die im Folgenden anhand von ausgewählten Aspekten illustriert werden.

*i. Zeitpunktgerechte Vertragsauslegung (ex tunc)*

- 231 **1.** Der Vertrag ist vom Gericht *ex tunc* auszulegen (Rz 222). Der Auslegende hat sich in die Lage der Parteien zurückzusetzen, wie sie **bei Vertragsabschluss** vorlag und nur diejenigen Umstände zu berücksichtigen, die den Parteien damals bekannt waren bzw. hätten bekannt sein müssen. Haben die Parteien im Verlaufe des Vertragsvollzugs eine oder mehrere für die Streitfrage relevante Vertragsanpassung(en) vorgenommen, gilt dies in der Weise sinngemäss, dass das Gericht für die «periodengerechte» Beurteilung der Streitfrage auf die Lage der Parteien abstellt, wie sie anlässlich der einzelnen Vertragsanpassungen bestanden hat.
- 232 **2.** Nach dieser Regel müssen alle nach Vertragsschluss bzw. nach der Vertragsanpassung eintretenden Tatsachen, so insbesondere der **Gang des Vertragsvollzugs** für die Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens **unbeachtlich** bleiben. Das Gericht darf demnach die Verbindlichkeit der Gläubigermitwirkung nicht in den Kontext von Tatsachen stellen, die erst nachträglich

---

nicht über die Mitwirkung, sondern über die Stellung des Gläubigers als Schuldner des nicht erfüllungsrelevanten Beitrags.



eingetreten oder nachträglich erkennbar werden, selbst – und vor allem – dann, wenn diese Tatsachen rückblickend in irgendeiner Weise mit der Gläubigermitwirkung in Zusammenhang gebracht werden könnten. Konkret darf das Gericht seinen Wissensvorsprung, über den es zum Zeitpunkt des Auslegungstreits naturgemäss verfügt, nicht heranziehen. Bedeutsam ist diese Regel etwa dann, wenn

- rückblickend feststeht, dass für die gehörige Erfüllung der Leistungspflicht mehr oder andere Mitwirkungen erforderlich geworden sind, als bei Vertragsschluss vernünftigerweise anzunehmen war; 233
- rückblickend die schädigenden Auswirkungen des Mitwirkungsversäumnisses grösser ausgefallen sind, als bei Vertragsschluss vernünftigerweise anzunehmen war, zum Beispiel, wenn ein Mitwirkungsversäumnis noch über die Vertragsbeendigung hinaus Schaden anrichtet (vgl. Rz 834 ff.); 234
- rückblickend ersichtlich wird, dass sich die Mitwirkungsversäumnisse im Verlaufe des Vertragsvollzugs gehäuft haben, usw. 235

Solche und alle anderen retrospektiv inspirierten Betrachtungsweisen hat der Auslegende grundsätzlich auszublenden; sie vermögen keine Auskunft darüber zu geben, ob es im Zeitpunkt des Vertragsschlusses mutmasslicher Parteiwille war, den Gläubiger zur Mitwirkung zu verpflichten. Zulässig und geboten ist es dagegen, die zum Vertragsschluss hinführende Vorgeschichte der Parteien, namentlich die Vertragsanbahnung und frühere Geschäftsbeziehungen zu berücksichtigen<sup>372</sup>. 236

## ii. Vom Umgang mit dem Vertragszweck

1. Der Vertragszweck, verstanden als «Gesamtzweck» des Vertrags aber auch als «Teilzweck» einzelner Vertragsbestimmungen<sup>373</sup>, ist eines der bedeutendsten Auslegungsmittel. Einmal festgestellt, erlaubt er als gleichsam «teleologische» Komponente **Rückschlüsse auf den Vertragsinhalt**<sup>374</sup> und 237

<sup>372</sup> So könnte bspw. bei der Auslegung einer uneindeutigen vertraglichen Mitwirkungsnorm berücksichtigt werden, dass die Parteien im Rahmen einer früheren Geschäftsbeziehung bereits mitwirkungsbezogene Konflikte durchlebt haben und deshalb eine gewisse Wahrscheinlichkeit besteht, dass sie zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses mit der streitigen Klausel genau solchen Streitigkeiten vorbeugen wollten.

<sup>373</sup> JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, ZK-OR, Art. 18 N 403 ff., 408 ff.

<sup>374</sup> Vgl. JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, ZK-OR, Art. 18 N 416.

bestimmt so mit, wie die für den Auslegungsstreit massgeblichen Vertragsbestimmungen auszulegen sind. Entsprechend wird auch das Gericht beim Vertragszweck ansetzen, wenn es die Streitfrage zu beurteilen hat, ob die Parteien objektiv eine Mitwirkungspflicht vereinbart haben oder nicht.

- 238 **2.** In diesem Zusammenhang aber hat das Gericht Acht zu geben, dass es nicht unter Berufung auf den Vertragszweck (vgl. auch Rz 293 ff.) gewisse **Vertragsinhalte** in die Auslegung einfließen lässt, die mit dem Verbindlichkeitsgrad der Gläubigermithwirkung in keinem oder nur in scheinbarem Zusammenhang stehen:
- 239 **a.** So überzeugt es m.E. nicht, eine Mitwirkungspflicht als umso sachgerechter und von den Parteien als mutmasslich gewollt (vgl. Rz 213) zu erachten, je «eher» die Mitwirkung für die Leistungsbewirkung Voraussetzung ist. Dass die Mitwirkung für die gehörige Erfüllung *erforderlich* (erfüllungsrelevant) ist, liegt in ihrer Natur, wie sie aus OR 91 abzuleiten ist (Rz 13 ff.). Beinhaltet die Leistung des Schuldners auch nur eine einzige mitwirkungsbedürftige Erfüllungshandlung, hängt die *gesamte* Leistungsbewirkung davon ab, dass der Gläubiger mitwirkt. Es wäre deshalb falsch, aus dem Vertragszweck umso eher eine Mitwirkungspflicht des Gläubigers abzuleiten,
- 240 – je früher, später oder öfter im Vertragsvollzug mitgewirkt werden muss;
- 241 – je günstiger oder aufwändiger die erforderliche Mitwirkung ausfällt oder je günstiger oder teurer die Folgen eines Mitwirkungsversäumnisses ausfallen;
- 242 – je simpler oder komplexer die vom Schuldner zu erbringende Leistung und/oder die Verflechtung der Mitwirkung mit derselben ausfällt;
- 243 – je lockerer oder enger die für die Erfüllung erforderliche Zusammenarbeit sich gestaltet;
- 244 – je kürzer oder länger die voraussichtliche Vertragsdauer ausfällt;
- 245 – je tiefer oder höher der Vertragswert ausfällt;
- 246 – je nachdem, ob der Gläubiger seinerseits eine Gegenleistung schuldet oder nicht.
- 247 An der Totalität, mit welcher die gehörige Leistungsbewirkung von der Gläubigermithwirkung abhängt<sup>375</sup>, ändert sich nichts, wenn sich die vorge-

---

<sup>375</sup> Das gilt auch im Falle des nur graduellen Mitwirkungsversäumnisses: Rz 89.

nannten Faktoren in die eine oder die andere Richtung verändern, so zum Beispiel, wenn die Mitwirkung über einen kürzeren oder längeren Zeitraum erfolgen muss, oder wenn die Mitwirkung seltener oder häufiger erforderlich ist. Es wäre deshalb ein Fehlschluss, den mutmasslichen Parteiwillen umso eher auf eine Mitwirkungspflicht schliessen zu lassen, je mehr sich die genannten Faktoren aus Sicht des Schuldners verschärfen (vgl. auch Rz 657).

**b.** Das Gesagte gilt auch mit Blick auf den wirtschaftlichen Wert der vereinbarten Vertragsleistungen (den «*Vertragswert*»; Rz 245). Dass der Schuldner nur durch die Gläubigermithilfe erfüllen kann, gilt unabhängig vom Vertragswert. Die Mitwirkung ist deshalb nicht eher geschuldet, je höher der Wert der mitwirkungsbedürftigen Leistung ausfällt. Der Wert der Gegenleistung, die der Gläubiger gegebenenfalls schuldet (Rz 246), ist ebenso unbeachtlich. Wenn die Leistungen Zug um Zug (OR 75, 82) geschuldet sind, kann der Schuldner die Gegenleistung ungeachtet des Mitwirkungsversäumnisses einfordern. Ist der Schuldner *vorleistungspflichtig*, kann er die Gegenleistung erst einfordern, wenn er die geschuldete Leistung erbracht hat (vgl. OR 82). In diesen Fällen erlangt die Gläubigermithilfe für den Schuldner zwar erhöhte Bedeutung, weil sie ihm den Weg zu der ihm versprochenen Leistung ebnet, quasi also auch den Wert der Gegenleistung umfasst. Allerdings lässt sich auch hier zumindest nicht gestützt auf den Vertragszweck begründen, weshalb der Gläubiger sich mit seinem Leistungsversprechen eher zur Mitwirkung verpflichten sollte, indem er dem vorleistungspflichtigen Schuldner eine Gegenleistung verspricht. Für den Gläubiger hat die eigene Mitwirkung keinen Bezugspunkt zum Wert der eigenen Gegenleistung, und für den vernünftigen Schuldner ist dieser Umstand erkennbar. Jedenfalls erscheint es gesucht, in solchen Fällen den Parteien objektiv zu unterstellen, sie hätten eine Mitwirkungspflicht vereinbart (vgl. etwa HÜFFER vorne in Rz 206); das Problem muss, soweit möglich, auf anderen Wegen gelöst werden (siehe auch Rz 1160). 248

**c.** Den Vertragszweck wird das Gericht häufig von den *Interessen der Parteien* zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses ableiten; es nähert sich so dem Vertragszweck quasi von der «Ursache» des Vertrags her an (siehe Rz 301 ff.). Dabei wird es sich mit der Frage auseinandersetzen, ob und unter welchen Voraussetzungen bestimmte Interessen des Schuldners in der Auslegung dazu führen, dass der Schuldner darauf vertrauen darf, der Gläubiger sage ihm die Mitwirkung verbindlich zu. Es ist vorwegzunehmen, dass dies in den wenigsten Fällen zutrifft. Abgehandelt wird die Frage unter dem Titel der Vertragsergänzung (Rz 301 ff.); die dortigen Überlegungen können auf 249

die *Vertragsauslegung* analog übertragen werden, unter der weiteren Voraussetzung, dass das betreffende Schuldnerinteresse für den Gläubiger bei Vertragsschluss erkennbar war.

iii. *Vom Umgang mit sprachlichem Erklärungsverhalten*

- 250 1. Ergibt sich aus den ergänzenden Auslegungsmitteln nicht mit Sicherheit ein anderes Auslegungsergebnis als aus den Ausdrucksmitteln, derer sich die Parteien zum Vertragsschluss bedienen, haben die letzteren Vorrang (Rz 220). Das ist im Auslegungsstreit um Mitwirkungspflichten nicht anders. Ohnehin aber ist kaum vorstellbar, wie eine Mitwirkungspflicht durch beiderseitiges nonverbales Verhalten vereinbart werden könnte (Rz 260 ff.). Im Vordergrund steht deshalb nachfolgend der **Vertragswortlaut**. Es ist auszuleuchten, wie in der Auslegung mit dem Wortlaut umzugehen ist und welche Folgen dies im hier interessierenden Auslegungsstreit um die Mitwirkungspflicht zeitigt<sup>376</sup>.
- 251 2. Bei der Auslegung des Wortlauts ist zunächst einmal auf den Sinngehalt der verwendeten Worte abzustellen, wie er sich aus dem allgemeinen Sprachgebrauch ergibt. Dort äussert man sich zu einem Dürfen, Sollen oder Müssen mithilfe von **Modalverben und Imperativen**, weshalb sie im Auslegungsstreit um die Mitwirkungspflicht im Vordergrund stehen. Hier fällt auf:
- 252 a. Soll der Gläubiger nach der Abrede die Mitwirkungsleistung erbringen «müssen», hat er sich dazu «verpflichtet» oder «verspricht» er die Mitwirkungsleistung, «sichert» er deren rechtzeitige Erbringung «zu», «garantiert» er sie dem Unternehmer gar oder sprechen die Parteien gar ausdrücklich von einer «Pflicht» oder einer «Verbindlichkeit», so deutet diese Wortwahl auf eine *Rechtspflicht des Gläubigers* hin. Dieselbe Vermutung lässt sich sogar anstellen, wenn bloss von einer «Obliegenheit» die Rede ist, ist sie umgangssprachlich doch gleichbedeutend mit der «Pflicht» und der «Aufgabe»<sup>377</sup>

---

<sup>376</sup> Vgl. zur Wortlautauslegung: JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, ZK-OR, Art. 18 N 374–384.

<sup>377</sup> DUDEN, ausgewählte Synonyme zu «Obliegenheit»: Amt, Aufgabe, Auftrag, Mission, Pflicht, Verpflichtung, Zwang. Die Abrede ist freilich immer im Kontext des übrigen Vertrags zu sehen: Nach SIA-118 34 I «obliegen» der Bauleitung (gemeint: die Bauherrschaft) die Beschaffung der Pläne, wobei sich im Gesamtzusammenhang der SIA-Norm 118 ergibt, dass damit keine Mitwirkungspflichten gemeint sein können (vgl. Rz 679 ff.). Ausserdem zielt die Norm v.a. auf die Umschreibung der Vertretungsmacht der Bauleitung (HÜRLIMANN, Komm-SIA-118, Art. 34 N 1.1), worin kein Bezug zum Verbindlichkeitsgrad der Bauherrenmitwirkung zu erkennen ist.

(siehe aber Rz 258). Auf den Verbindlichkeitsgrad lässt sich demgegenüber auch schliessen, indem das Mitwirkungsversäumnis des Gläubigers etwa als «Pflichtverletzung», «Vertragsverletzung», «Treuwidrigkeit» oder dergleichen umschrieben wird. Zurückhaltung ist angebracht, wenn lediglich die Rechtsfolgen des Mitwirkungsversäumnisses wörtlich vereinbart werden, zum Beispiel, indem der Gläubiger den mitwirkungsbedingten «Schaden» oder sonstige «Nachteile», «Mehrkosten», «Einbussen», «Ausfälle» usw. «ersetzen», «entschädigen», «bezahlen» oder «wieder gutmachen» solle, oder dass er generell «hafte»: Solches liefert allenfalls Indizien, spricht sich aber grundsätzlich nicht über den Verbindlichkeitsgrad der Mitwirkung, sondern über die Rechtsfolgen des Mitwirkungsversäumnisses aus<sup>378</sup>.

**b.** Vorsichtiger hat der Auslegende *schwache Modalverben* anzugehen. So 253 insbesondere, wenn der Vertrag vorsieht, der Gläubiger «solle» mitwirken; das blosses Sollen bringt jedenfalls zum Ausdruck, dass etwas erwünscht, geboten, beabsichtigt ist, aber nicht ohne weiteres, dass es auch geschuldet ist. Eher gegen eine Verpflichtung des Gläubigers sprechen sodann Abreden, nach denen der Gläubiger bestimmte Mitwirkungsleistungen lediglich erbringen «könne» oder «dürfe». In solchen Fällen stellen sich freilich fundamentalere Fragen zum Bestand des Vertrags (siehe Rz 28).

**c.** Besondere Zurückhaltung ist angebracht, wenn die Parteien zur Umschrei- 254 bung der Gläubigermitwirkung *Imperative* verwenden. Zwar kommt der Imperativ befehlend, zwingend daher: So etwa wenn der Vertrag vorsieht, dass der Gläubiger die Sache «zur Verfügung stellt» oder «liefert», den Zugang «gewährt» oder für den Zugang «sorgt», die Weisung «erteilt», eine Information frühzeitig «mitteilt», zu gewissen Bedingungen «Sorge trägt» oder generell einfach «mitwirkt», «kooperiert», «mithilft» oder «beiträgt»<sup>379</sup>. Doch ist zu bedenken, dass Imperative «im Rahmen einer individualvertraglichen Konkretisierung von Mitwirkungshandlungen [...] kaum vermeidbar sind»<sup>380</sup>. Den Parteien bleibt bei der inhaltlichen, zeitlichen und örtlichen Konkretisierung der Mitwirkung oftmals keine andere Wahl, als Imperative

<sup>378</sup> Möglicherweise entbrennt in solchen Fällen aber schon gar kein Auslegungsstreit, weil das Kompensationsinteresse des Schuldners durch solche Abreden ganz oder immerhin teilweise geschützt ist. Anders, wenn darum gestritten wird, ob der Schuldner die Mitwirkung real einfordern dürfe.

<sup>379</sup> Siehe auch SIA-118 116 I: «Der Bauherr *stellt* dem Unternehmer die für die Einrichtung der Baustelle notwendigen Grundstücke [...] *zur Verfügung*» (H.h.); vgl. Rz 688.

<sup>380</sup> RÜTTEN, Diss., S. 150.

zu verwenden. Selbst wo sprachlich andere Lösungen in Betracht kämen, ist die Verwendung von Imperativen oftmals so naheliegend, dass sich allein daraus objektiv nicht folgern lässt, die betreffende Mitwirkungsleistung bzw. die Mitwirkung schlechthin sei als Rechtspflicht des Gläubigers ausgestaltet worden.

- 255 **3.** Vorstehend ausgeführt sind wortlautbezogene Auslegungsvermutungen unter dem allgemeinen Sprachgebrauch, die freilich **umgestossen** werden können, wenn sie sich mit weiteren Indizien verbinden. Zu erwähnen sind etwa die folgenden:
- 256 **a.** Auf den allgemeinen Sprachgebrauch ist zum Beispiel dann nicht abzustellen, wenn die Parteien einem bestimmten *Verkehrskreis* angehören, innerhalb dessen der Wortlaut eine vom allgemeinen Sprachgebrauch abweichende Bedeutung geniesst<sup>381</sup>. Zu berücksichtigen sind auch Formulierungen, die zwar nicht zur Umgangssprache gehören, doch wenigstens im kaufmännischen Verkehr so verbreitet sind, dass man sie als *verkehrskreisübergreifend* erachten kann. In der Praxis häufig sind Klauseln, mit denen eine Partei der anderen eine Leistung in solcher Weise in Aussicht stellt, dass darin vernünftigerweise kein Rechtsbindungswillen der Parteien zu erblicken ist, wie das etwa beim *Gentlemen's Agreement* der Fall ist. Im Bereich der Gläubigermitwirkung zählen hierzu etwa die einer *Best Efforts*-Klausel nachempfundenen Phrasen, wonach der Gläubiger beispielsweise «im Rahmen des Zumutbaren», «im Rahmen seiner wirtschaftlichen Möglichkeiten», «nach besten Kräften», etc. mitwirken werde. Sprachlich könnte in solchen Wendungen durchaus eine Mitwirkungspflicht impliziert sein, wohl aber verbietet dies – soweit nachweisbar – die starke Durchdringung vieler Verkehrskreise mit solchen meistens unverbindlich gemeinten Wendungen, zumindest unter geschäftsgewandten Parteien.
- 257 **b.** Auf den allgemeinen Sprachgebrauch ist auch nicht zurückzugreifen, wenn die Parteien ihrer Sprache durch eine entsprechende Abrede einen engeren oder weiteren Sinn verleihen, als ihr im allgemeinen oder verkehrsüblichem Gebrauch zugeschrieben wird. In diesem Fall ist auf den besonderen, von den Parteien normierten, *individuellen Wortsinn* abzustellen. So ist denkbar, dass die Parteien ihrer Vertragssprache durch besondere Definitio-

---

<sup>381</sup> JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, ZK-OR, Art. 18 N 436 f. Gehört nur eine Partei zu diesem Verkehrskreis, gilt dennoch der allgemeine Sprachgebrauch, soweit die andere Partei die Bedeutung nicht kannte oder darauf aufmerksam gemacht wurde.

nen einen für die Streitfrage relevanten Sinngehalt verschaffen, welcher der Vertragssprache umgangssprachlich nicht zukäme<sup>382</sup>.

**c.** Verwenden die Parteien *juristische Begriffe*, ist auf deren juristische Bedeutung abzustellen, zumindest soweit die Parteien geschäftserfahren<sup>383</sup> oder bei der Vertragsanbahnung fachkundig vertreten waren. In solchen Fällen ist zu vermuten, dass die Parteien das Wort entsprechend seiner juristischen Bedeutung verwendet wissen wollten. Das wird zum Beispiel relevant, wenn die Parteien die Mitwirkung ausdrücklich als «Obliegenheit» (zum Begriff im rechtlichen Sinne: Rz 139 ff.) bezeichnen, worin ein entscheidender Unterschied zum umgangssprachlichen Sinngehalt liegen kann (siehe Rz 252). Juristische Begriffe können auch *e contrario* auf den Pflichtcharakter der Mitwirkung hindeuten, wenn das Gläubigerversäumnis etwa mit «Schadenersatz», einer «Schadloshaltung», einer «Konventionalstrafe» usw. bedroht wird. Umgekehrt ist aber Zurückhaltung angebracht, wenn die Sanktion des Mitwirkungsversäumnisses auf «Minderung» von oder «Abzug» an der Schuldnerleistung, oder auf eine «Mehrvergütung» zugunsten des Schuldners oder Ähnliches lautet: Mit solchen Klauseln wird zwar eine Kompensation zugunsten des Schuldners bezweckt, doch spricht die Ausgleichspflicht nicht ohne weiteres für eine Pflichtverletzung<sup>384</sup>. Verwiesen sei im Übrigen auf die drei Typen von Kompensationsansprüchen des Unternehmers aus dem Mitwirkungsversäumnis des Bauherrn, von denen nur ein Typ auf eine Pflichtverletzung (Rz 1228 ff.) zurückgeht<sup>385</sup>.

**d.** Vollständigkeitshalber sei erwähnt, dass Mitwirkungsregeln auch als AGB vereinbart werden können. Dort wird die Vertragsauslegung zusätzlich von besonderen Regeln beherrscht, die bei der Analyse des verwendeten Wortlauts jedenfalls zu beachten sind: Soweit die streitige Regel in AGB enthalten ist und die AGB per Globalübernahme in den Vertrag einbezogen worden

<sup>382</sup> Bsp.: Die Parteien definieren in einem präliminären Kapitel den Begriff «Mitwirkung» mit «Leistungen, die der Gläubiger zur Ermöglichung der Schuldnerleistung zu erbringen verpflichtet ist».

<sup>383</sup> JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, ZK-OR, Art. 18 N 378.

<sup>384</sup> Bspw. deckt der Mehrvergütungsanspruch aus SIA-118 58 II zwar den Mehraufwand des Unternehmers, nicht aber dessen übrige Vermögenseinbussen ab, die er aus den bauherrenseitig verschuldeten, «besonderen Verhältnissen» erleidet (dazu eingehend Rz 1081 ff.)

<sup>385</sup> Der Anspruch aus pflichtwidriger Anzeigesäumnis (Rz 1369 ff.) wird hier ausgeklammert, weil dort die Pflichtwidrigkeit nicht im Mitwirkungsversäumnis gründet.

sind, gilt die *Ungewöhnlichkeitsregel*. Sind Formulierungen nicht eindeutig, gilt die *Unklarheitenregel*. Diesbezüglich sei auf die einschlägige Spezialliteratur verwiesen<sup>386</sup> (siehe auch die Regeln für Zweifelsfälle: Rz 272 ff.).

iv. *Vom Umgang mit nichtsprachlichem Erklärungsverhalten*

- 260 Nicht nur der Wortlaut, auch der allgemeine Sinngehalt eines sozialtypischen Verhaltens einer Partei («nichtsprachliches Parteiverhalten») ist ein primäres Auslegungsmittel<sup>387</sup>. Dass allerdings eine verbindlichkeitsbezogene Abrede über die Mitwirkung des Gläubigers durch nichtsprachliches Verhalten, d.h. durch Zeichen oder Symbole, Willensbetätigungen oder Stillschweigen zustande kommt, ist auch unter Einbezug ergänzender Auslegungsmittel **nur in engen Grenzen denkbar**:
- 261 a. Die wohl nächstliegende Konstellation ist jene, in der sich *eine Partei in Worten* zur Mitwirkungspflicht erklärt, d.h. sie nach dem Wortlaut ihrer Offerte vom Gläubiger einfordert (Schuldner) oder dem Schuldner anbietet (Gläubiger), und die jeweils andere Partei diese Offerte durch nonverbales Verhalten akzeptiert. Als nonverbales Verhalten kommen dabei alle weder geschriebenen noch gesprochenen Ausdrucksformen in Frage, deren sozialtypische Bedeutung auf eine Zustimmung hinauslaufen, so zum Beispiel ein Nicken, ein Daumen-hoch, das kommentarlose Anhandnehmen der Erfüllung durch den Schuldner usw.
- 262 b. Dass demgegenüber die Mitwirkungspflicht bei Vertragsschluss *durch beiderseitiges nonverbales Verhalten* begründet wird, ist schwer denkbar. Bei der Frage des Verbindlichkeitsgrads handelt es sich um ein rein rechtliches, kein tatsächliches Konzept. Dieses zu umschreiben, geschweige denn zu vereinbaren, ohne hierfür auf die Sprache zurückzugreifen, scheint unmöglich. Dies gilt sowohl im Zeitpunkt des Vertragsschlusses als auch danach: Allein durch die Art und Weise, wie der Gläubiger seine Mitwirkung erbringt (pünktlich, verspätet, genügend, schlecht), erklärt er sich hinsichtlich des Verbindlichkeitsgrads der Mitwirkung jedenfalls nicht. Umgekehrt erklärt sich der Schuldner auch nicht darüber, indem er die Mitwirkung ein-

---

<sup>386</sup> Siehe z.B. Ernst A. Kramer/Thomas Probst/Roman Perrig, *Schweizerisches Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Bern 2016; Hubert Stöckli, «Mehr oder weniger Staat» im AGB-Recht?, in: Eva Maria Belser/Bernhard Waldmann (Hrsg.), *Mehr oder weniger Staat?*, Festschrift für Peter Hänni zum 65. Geburtstag, Bern 2015, S. 409 ff.

<sup>387</sup> JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, ZK-OR, Art. 18 N 373.



fach entgegennimmt oder das Mitwirkungsversäumnis wortlos erduldet. Denkbar ist immerhin, dass die Parteien bereits im Rahmen früherer Geschäftsbeziehungen verbindlichkeitsbezogene Abreden getroffen haben und diese Abreden konkludent im neuerdings abgeschlossenen Vertrag weiterführen wollen. Mangels dahingehender Hinweise in den sekundären Auslegungsmitteln aber sind solche Annahmen zurückhaltend zu treffen.

v. *Abreden über den Inhalt der Mitwirkung*

Soweit sich die Parteien bei Vertragsschluss in irgendeiner Weise über die Mitwirkung geäußert haben, gibt das Anlass zur Frage, ob diese Äusserungen zum Vertragsinhalt geworden sind und, dies einmal vorausgesetzt, **ob sie die Verbindlichkeit der Mitwirkung beschlagen**. Zwingend ist das keineswegs. In der Praxis kommt es zum Beispiel vor, dass in Verträgen

- einzelne Mitwirkungsleistungen, die angesichts des vereinbarten Vertragsinhalts voraussichtlich erforderlich werden, aufgezählt oder inhaltlich konkretisiert werden, beispielsweise um dem Gläubiger zu erlauben, sich auf das Mitwirkungspensum vorzubereiten; 264
- der Ort vereinbart wird, an welchem einzelne Mitwirkungsleistungen zu erbringen sind; 265
- ein Mitwirkungsverhalten, mit dem eine bestimmte Mitwirkungsleistung zu erbringen ist, spezifiziert wird, zum Beispiel, weil mehrere alternative Mitwirkungsverhalten (siehe Rz 81 ff.) existieren, von denen aber den Parteien nicht alle gleichermassen genehm sind<sup>388</sup>; 266
- bekräftigt wird, dass auch solche Mitwirkungsverhalten vom Gläubiger zu erbringen sind, von denen bei Vertragsschluss nicht vorauszusehen war, dass sie zur Bewirkung einzelner Mitwirkungsleistungen erforderlich sein würden. 267

<sup>388</sup> Bsp.: Architekt U. will in der Wohngegend des Auftraggebers B. nicht gesehen werden, weil er mit seiner Tätigkeit ein Konkurrenzverbot zugunsten eines früheren Arbeitgebers verletzt. U. ringt B. die Vereinbarung ab, dass die Parteien sich für allfällige Sitzungen immer bei U. treffen. Kraft dieser Vereinbarung ist allenfalls eine örtliche Modalität der Leistungspflicht vereinbart (nämlich: U. darf darauf bestehen, seine Beratungsleistungen nur an seinem Geschäftssitz anzubieten), aber keine Mitwirkungspflicht zulasten des B.

- 268 Solche Abreden zielen auf den **Inhalt der Mitwirkung**. Von ihnen lässt sich in der Regel nicht darauf schliessen, dass nebst dem Mitwirkungsinhalt auch deren Verbindlichkeit geregelt wird, und zwar auch dann, wenn die Parteien sprachlich Imperative verwenden (siehe Rz 254). Dies deshalb, weil sich der Umstand, dass Mitwirkung erforderlich wird, schon daraus ergibt, dass eine mitwirkungsbedürftige Leistung vereinbart ist. Das Mitwirkungspensum wird nach der Konzeption von OR 91 schon kraft des Vertragsschlusses und des Leistungsinhalts zum Vertragsinhalt, ohne dass dieses von den Parteien gesondert vereinbart werden müsste. Daraus fliesst die natürliche (im Einzelfall immerhin umstossbare) Vermutung, dass die blosser Erwähnung, Aufzählung, Umschreibung usw. von Mitwirkungsverhalten oder von Mitwirkungsleistungen noch keine Aussage über den Verbindlichkeitsgrad der Gläubigermitwirkung enthält.

vi. *Abreden über den Zeitpunkt der Mitwirkung*

- 269 Präzisieren die Parteien im Vertrag, **wann die Gläubigermitwirkung zu erfolgen hat**, geschehe dies schon originär bei Vertragsschluss oder erst im Rahmen einer Vertragsanpassung, wirkt sich das in verschiedener Hinsicht auf die Gläubigermitwirkung aus. Verwiesen sei auf die Ausführungen zum Erfordernis des Mahngeschäfts, zur Unzeitigkeit des Mahngeschäfts und zur Reaktionszeit des Gläubigers (Rz 111 ff.). Im vorliegenden Zusammenhang stellt sich die Frage, ob die Abrede über einen Mitwirkungszeitpunkt im Wege der objektiven Vertragsauslegung so auszulegen ist, dass damit dem Gläubiger die Pflicht auferlegt wird, zum vereinbarten Zeitpunkt mitzuwirken. Die Frage ist *im Grundsatz* zu verneinen:
- 270 a. Die Verbindlichkeit der Gläubigermitwirkung wird von einer Abrede prinzipiell nicht schon dadurch mitbestimmt, dass die Abrede die Mitwirkung in irgendeiner Weise zum Gegenstand hat (siehe schon im Zusammenhang mit dem Mitwirkungsinhalt: Rz 263 ff.). In praktischer Hinsicht ist eine Abrede über den Mitwirkungszeitpunkt geeignet und wohl auch ein häufig verwendetes Mittel, um eine Mitwirkungspflicht des Gläubigers zu begründen, *so weit dies der Teilzweck ist, den die Parteien mit der Abrede anstreben*. Dies freilich ist nicht ohne weiteres anzunehmen. Der Grundsatz der gesetzestreu- en Auslegung gebietet es, Abweichungen vom gesetzlichen Konzept der Mitwirkungsobliegenheit nur restriktiv zu bejahen (vgl. Rz 273 f.). Im Zweifelsfall ist zugunsten des Gläubigers zu entscheiden (Rz 274). Präzisieren die Parteien also den Zeitpunkt der Mitwirkung, verändern sie damit mutmasslich nicht den unverbindlichen Charakter der Mitwirkungsobliegenheit, son-

dern schärfen vielmehr die Leistungspflicht in zeitlicher Hinsicht<sup>389</sup>. Zu einer Mitwirkungspflicht lässt sich im Wege der objektivierten Vertragsauslegung m.E. nur gelangen, wenn die Auslegungsmittel Hinweise dafür hergeben, dass der Abrede diese besondere Bedeutung beizumessen ist.

**b.** Immerhin ist die Abrede über den Mitwirkungszeitpunkt regelmässig geeignet, *eine Treuepflicht des Gläubigers zu begründen*, soweit der vereinbarte Zeitpunkt hinreichend bestimmt oder bestimmbar ist. Diese Treuepflicht geht dahin, den Schuldner vor einem drohenden oder eingetretenen Mitwirkungsversäumnis zu warnen, soweit dem Gläubiger die Mitteilung zumutbar ist. Denn die Abrede über einen Mitwirkungszeitpunkt führt in der Regel beim Schuldner für den Gläubiger erkennbar zu berechtigtem und damit nach Treu und Glauben schützenswerthem Vertrauen darauf, dass ihm der Gläubiger eine allfällige Unabkömmlichkeit rechtzeitig anzeigt. Weiteres zu dieser Treuepflicht des Gläubigers: Rz 351 ff. 271

#### vii. Regeln für Zweifelsfälle

**1.** Die Vertragsauslegung mag zum Zwischenergebnis führen, dass mindestens zwei unterschiedliche objektive Deutungen des Vertrags bzw. der streitigen Abrede ernsthaft vertretbar sind<sup>390</sup>. Eine solche Ambivalenz kann beispielsweise schon in der Frage auftreten, ob überhaupt eine verbindlichkeitsbezogene Abrede getroffen worden sei, oder, wenn eine solche Abrede erstellt ist, welcher Gehalt ihr zukomme. Führen die Auslegungsmittel bei gesamtheitlicher Betrachtung nicht zur Auflösung dieser Ambivalenz, liegt ein Zweifelsfall vor, der das Gericht zur Anwendung bestimmter Zweifelsregeln berechtigt, auf die nachfolgend einzugehen ist. 272

**2.** Aus der Regel der **gesetzestreuen Auslegung** fliesst der Grundsatz, dass *Abweichungen vom dispositiven Gesetzesrecht eng auszulegen sind*. Das dispositive gesetzliche Sanktionierungssystem der Gläubigermitwirkung erachtet das Mitwirkungsversäumnis grundsätzlich als nicht pflichtwidriges 273

<sup>389</sup> Bsp.: Bauleiter U. und Bauherr B. vereinbaren, dass wöchentliche Baustellensitzungen stattfinden sollen, und zwar jeweils am Montagmorgen. Erscheint der B. bzw. sein Vertreter dann nicht, gerät er möglicherweise in Gläubigerverzug, wenn hierdurch eine erfüllungsrelevante Mitwirkungsleistung (z.B. eine Weisung) ausbleibt; zur Pflicht des Bauherrn allerdings macht diese Terminvereinbarung die Gläubigermitwirkung in Ermangelung übriger Indizien nicht.

<sup>390</sup> JAGGI/GAUCH/HARTMANN, ZK-OR, Art. 18 N 486.

Leistungshindernis und durchbricht dieses Prinzip nur punktuell (dazu Rz 189 ff.). Demnach ist jede Deutung einer Abrede, die auf eine Mitwirkungspflicht des Gläubigers hinausläuft, eine Abweichung vom dispositiven Gesetzesrecht. Ist also zweifelhaft, in welchem Sinne die streitige Abrede auszulegen ist, hat das Gericht der Lösung des dispositiven Gesetzesrechts – also der Mitwirkungsobliegenheit – den Vorzug zu geben, soweit die betreffende Gläubigermitwirkung nicht ausnahmsweise als gesetzliche Mitwirkungspflicht ausgestaltet ist.

- 274 **3.** Die Regel, wonach das Auslegungsergebnis zu bevorzugen ist, das **für den Schuldner günstiger** ausfällt (*in dubio mitius*), gebietet dem Auslegenden, im Zweifel für den geringeren Umfang der Schuldpflicht zu entscheiden<sup>391</sup>. Dreht sich nun aber der Auslegungsstreit um die Frage, ob eine Mitwirkungsleistung als Pflicht des Gläubigers zu erachten ist oder nicht, ist die Regel nicht zugunsten des Schuldners, sondern *zugunsten des Gläubigers* anzuwenden. Denn um die Schuldpflicht des Schuldners geht es in diesem Zusammenhang zunächst einmal nicht, vorausgesetzt, der streitige Erfüllungsbeitrag kann zweifelsfrei aus der Leistungspflicht des Schuldners abgegrenzt werden (Rz 21 ff.). Berührt ist vielmehr die Rechtsposition des Gläubigers: Er ist der «potenzielle» Schuldner der Mitwirkung, bei ihm wird also – je nach Auslegungsergebnis – möglicherweise eine Schuldpflicht bejaht oder eben nicht<sup>392</sup>. So verstanden verheisst die Regel also, dass *im Zweifelsfalle gegen eine Mitwirkungspflicht* des Gläubigers zu entscheiden ist. Die Zweifelsregel gebietet dem Auslegenden zudem auch Folgendes: Steht fest, dass der Gläubiger zu einer bestimmten Mitwirkungsleistung verpflichtet ist, nicht aber, ob sich diese Pflicht auch auf andere Mitwirkungsleistungen erstreckt, ist die Pflicht grundsätzlich auf die eine Mitwirkungsleistung zu begrenzen<sup>393</sup>.

---

<sup>391</sup> JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, ZK-OR, Art. 18 N 495 ff.

<sup>392</sup> Vgl. JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, ZK-OR, Art. 18 N 497.

<sup>393</sup> Bsp.: Bauherr B. verpflichtet sich ggü. dem Architekt U., dem letzteren Zutritt zum renovationsbedürftigen Bauobjekt zu gewähren. Durch diese Abrede geraten, in Ermangelung widersprechender ergänzender Auslegungsmittel, nicht schlechthin alle Mitwirkungsleistungen des Bauherrn zu Rechtspflichten.

4. Beruht beim Auslegungsvorgang der Zweifel darin, dass die auszulegende 275 Vertragsbestimmung unklar formuliert ist, hat das Gericht auch die **Unklarheitenregel** zu beachten. Sie gilt nach der Rechtsprechung bei der Auslegung von AGB<sup>394</sup>, doch soll die Regel nach Teilen der Lehre auch auf Individualvereinbarungen Anwendung finden<sup>395</sup>. Voraussetzung hierfür ist, dass die unklare Vertragsbestimmung (i.) von einer Partei (der «Verfasserin») verfasst oder wenigstens in die Vertragsanbahnung eingeführt worden ist<sup>396</sup>, (ii.) im Rahmen der Vertragsverhandlungen der anderen Partei nicht zugeigen geworden ist<sup>397</sup> und (iii.) mehr als eine Bedeutung zulässt, von denen eine für den Verfasser ungünstiger, jedenfalls aber noch vertretbar ist<sup>398</sup>. Hinsichtlich einer Abrede, die sich zur Verbindlichkeit der Gläubigermitwirkung äussert und sowohl das eine Ergebnis (Mitwirkungspflicht) als auch das andere (Mitwirkungsobliegenheit) zulässt, gilt:

- Ist der *Schuldner* Verfasser des unklaren, die Mitwirkung beschlagenden 276 Vertragsteils, ist zu seinen Ungunsten auf eine Mitwirkungsobliegenheit des Gläubigers zu schliessen. Die Regel der für den Schuldner günstigeren Variante (Rz 274) bleibt mit Blick auf den Schuldner unbeachtlich, weil die Streitfrage sich nicht um die Ausweitung oder Einschränkung der Schuldpflicht dreht. *In dubio mitius* wirkt hier zugunsten des Gläubigers und deckt sich mit dem Ergebnis der Unklarheitenregel, weil die Annahme einer Mitwirkungsobliegenheit auf das für den Gläubiger günstigere Ergebnis hinausläuft.
- Ist der *Gläubiger* Verfasser des auszulegenden, die Mitwirkung beschla- 277 genden Vertragsteils, ist zu seinen Ungunsten auf eine Mitwirkungspflicht zu schliessen. Die Regel der für den Schuldner – hier: den Gläubiger – günstigeren Variante (Rz 274) geht im Verhältnis zur Unklarheitenregel grundsätzlich nach<sup>399</sup>.

<sup>394</sup> BGE 99 II 290/292 f. E. 5.

<sup>395</sup> JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, ZK-OR, Art. 18 N 498 ff. m.w.N.

<sup>396</sup> Vgl. JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, ZK-OR, Art. 18 N 500.

<sup>397</sup> Die Unklarheitenregel kommt nicht in Betracht, wenn die betreffende Passage von beiden Parteien gemeinsam durchberaten worden ist (JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, ZK-OR, Art. 18 N 502).

<sup>398</sup> Vgl. JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, ZK-OR, Art. 18 N 503.

<sup>399</sup> Vgl. zum Verhältnis von Unklarheitenregel und *favor debitoris*: JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, ZK-OR, Art. 18 N 509 f.

- 278 – Im letztgenannten Fall darf ausnahmsweise auf die für den Gläubiger (siehe Rz 274) günstigere Regel (eine Mitwirkungsobliegenheit) geschlossen werden, wenn sich diese Auslegung auf den Vertragswortlaut stützen lässt, während die gegenteilige Behauptung des Schuldners (die auf eine Mitwirkungspflicht zielt) sich ausschliesslich aus anderen Auslegungsmitteln nährt<sup>400</sup>.

#### d. Ergebnis des Auslegungsvorgangs

- 279 Nachdem erstellt ist, dass es sich beim strittigen Erfüllungsbeitrag um eine Mitwirkungsleistung handelt, mündet die Auslegung des Verbindlichkeitsgrads entweder in einem positiven Auslegungsergebnis, in einem negativen Auslegungsergebnis oder einem Auslegungsmisserfolg<sup>401</sup>. Ein **positives Auslegungsergebnis**<sup>402</sup> liegt vor, wenn unter Berücksichtigung aller zur Verfügung stehender Auslegungsmittel und in Anwendung aller einschlägigen Auslegungsregeln die Frage nach der Verbindlichkeit der Gläubigermitwirkung entweder bejaht oder verneint werden kann. Bei der subjektiven Vertragsauslegung liegt ein positives Auslegungsergebnis vor, wenn sich die Parteien zur Verbindlichkeit der streitigen Mitwirkungsleistung nachweislich übereinstimmend (im bejahenden oder verneinenden Sinne) erklärt haben. Bei der objektivierten Vertragsauslegung liegt ein positives Auslegungsergebnis vor, wenn anhand der Auslegungsmittel darauf zu schliessen ist, dass vernünftige und redliche Parteien in der Situation und mit den Kenntnissen der konkreten Vertragsparteien mit dem übereinstimmend Erklärten die streitige Mitwirkung hinsichtlich ihrer Verbindlichkeit (wiederum bejahend oder verneinend) geregelt haben.

- 280 **Negativ**<sup>403</sup> ist das Auslegungsergebnis demgegenüber, wenn feststeht, dass hinsichtlich der Verbindlichkeit der streitigen Mitwirkung keine Abrede besteht. Das ist namentlich dann der Fall, wenn die Parteien die Frage gar nicht bedacht haben, oder sie zwar bedacht haben, dann aber vergessen haben, sie zu regeln. Einen **Misserfolg** zeitigt der Auslegungsvorgang demgegenüber dann, wenn der Prozessstoff nicht ausreicht, um die Frage zu beantworten, ob ein wirklicher oder mutmasslicher Parteiwillen vorgelegen

---

<sup>400</sup> So noch JÄGGI/GAUCH, ZK-OR, Art. 18 N 461.

<sup>401</sup> Vgl. JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, ZK-OR, Art. 18 N 323 ff.

<sup>402</sup> JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, ZK-OR, Art. 18 N 324.

<sup>403</sup> Vgl. JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, ZK-OR, Art. 18 N 325.

hat<sup>404</sup>. Sowohl beim negativen Auslegungsergebnis als auch beim Misserfolg wird das Gericht den Vertrag in der Regel ergänzen müssen (Rz 281 ff.), weil sich in der streitigen Rechtsfrage eine *Vertragslücke* auftut.

### 3. Mitwirkungspflichten als Gegenstand der Vertragsergänzung

#### a. Methode der Vertragsergänzung

1. Führt die Vertragsauslegung nicht zu einem positiven Ergebnis, ist der Vertrag **lückenhaft**, was bedeutet, dass er eine bestimmte Rechtsfrage, die den Vertragsinhalt betrifft, nicht oder nicht vollständig regelt<sup>405</sup>. Die Unvollständigkeit des Vertrags rührt etwa daher, dass die Parteien die Frage nicht bedacht oder zwar bedacht, aber bewusst oder irrtümlich offengelassen haben, oder dass sie die Frage nur grundsätzlich geregelt haben und die Regel mit Blick auf den konkreten Einzelfall konkretisiert werden muss<sup>406</sup>. In solchen Fällen ist das Gericht methodisch auf die Vertragsergänzung verwiesen, muss also den lückenhaften Vertrag im streitigen Punkt mit einer passenden Regel ergänzen.

2. Auszufüllen ist die Vertragslücke grundsätzlich mit **dispositivem Gesetzesrecht**<sup>407</sup>, so namentlich durch allgemeine oder spezialvertragliche Normen, welche die Rechtsfrage entweder direkt beantworten (Sachnormen) oder aber auf das Ermessen des Gerichts oder auf die Verkehrsübung verweisen (Verweisnormen). Enthält das dispositive Gesetzesrecht eine einschlägige Norm, wendet das Gericht sie auf den Vertrag an. Dazu stellt es zunächst den Tatbestand der ergänzungsweise herangezogenen Norm fest, prüft anschliessend, ob sich der Normtatbestand verwirklicht hat und entscheidet schliesslich die streitige Rechtsfrage im Sinne der Norm<sup>408</sup>. Enthält das dispositive Gesetzesrecht demgegenüber keine einschlägige Regel, hat das Gericht analog ZGB 1 II nach einer Lösung im *Gewohnheitsrecht* zu suchen.

<sup>404</sup> Vgl. JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, ZK-OR, Art. 18 N 326.

<sup>405</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz 1248.

<sup>406</sup> Vgl. JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, ZK-OR, Art. 18 N 554 f. Davon abzugrenzen ist das «qualifizierte Schweigen» der Parteien, durch welches sie konkludent einen negativen Regelungsentscheid fällen (a.a.O., Rz 546, 636).

<sup>407</sup> JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, ZK-OR, Art. 18 N 567, was freilich umstritten ist (siehe a.a.O., N 568 m.w.N.).

<sup>408</sup> JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, ZK-OR, Art. 18 N 579–582. Dies allenfalls auch erst im Wege eines Analogieschlusses (a.a.O., Rz 584 f.).

Solches ist im schweizerischen Vertragsrecht kaum<sup>409</sup> und hinsichtlich der Verbindlichkeit der Gläubigermitwirkung wohl überhaupt nicht vorhanden, weshalb auf diese Rechtsquelle hier nicht weiter eingetreten wird.

- 283 **3.** Von der Anwendung des dispositiven Gesetzesrechts bzw. des Gewohnheitsrechts hat das Gericht freilich in drei Fällen abzu sehen: Erstens, wenn diese Rechtsquellen keine für die streitige Rechtsfrage einschlägige Regel enthalten. Zweitens, wenn diese Rechtsquellen zwar eine für die streitige Rechtsfrage einschlägige Regel enthalten, die Regel aber nicht zum übrigen Vertragsinhalt passt, d.h. nicht zu einem widerspruchsfreien Gesamtergebnis führt<sup>410</sup>. Und drittens, wenn die streitige Rechtsfrage einen vorbehaltenen Nebenpunkt im Sinne von OR 2 II betrifft; diesfalls hat das Gericht «nach der Natur des Geschäftes» zu entscheiden. In allen diesen Fällen hat das Gericht nach Massgabe des **hypothetischen Parteiwillens** eine eigene Regel zu schaffen. Das ist keine empirische, sondern eine *normative* Massgabe<sup>411</sup>: Das Gericht «ermittelt» nicht den hypothetischen Willen der konkreten Vertragsparteien, sondern kreiert eine Regel auf Grundlage dessen, was vernünftig und redlich handelnde Vertragspartner gewollt haben würden, hätten sie die Vertragslücke vor Vertragsschluss erkannt und ausfüllen wollen<sup>412</sup>. Diesen Willen hat das Gericht nach Recht und Billigkeit (ZGB 4) zu fingieren, doch hat es sich dabei an die Tatsächlichkeiten des Einzelfalles zu halten: Einzu beziehen sind namentlich die Lage, in der sich die Parteien zu Vertragsschluss befanden, sowie Wesen und Zweck des konkreten Vertrags<sup>413</sup>. In Anbetracht dieser Umstände hat das Gericht eine Regel zu schaffen, die vernünftige und redliche Parteien (nicht: die konkreten Vertragsparteien) im Lichte dieser Umstände und zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses getroffen

---

<sup>409</sup> Vgl. JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, ZK-OR, Art. 18 N 584.

<sup>410</sup> JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, ZK-OR, Art. 18 N 586.

<sup>411</sup> Deshalb oft auch: Ergänzung nach «Treu und Glauben» oder «nach der Natur des Geschäftes» (vgl. OR 2 II).

<sup>412</sup> GAUCH, Auslegung, S. 224. Vgl. auch JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 559. Das Abstellen auf den hypothetischen Parteiwillen ist nicht unumstritten, wobei abweichende Auffassungen oft auf einen anderen Begriff des «Parteiwillens» zurückzuführen sind. Siehe etwa KRAMER, BK-OR, Art. 2 N 23, der zwischen dem hypothetischen Parteiwillen im hier verstandenen normativen Sinne einerseits und einer Art «offensichtlichem», gleichsam mutmasslich-tatsächlichem Parteiwillen differenziert.

<sup>413</sup> JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, ZK-OR, Art. 18 N 559 m.w.N. zur Rechtsprechung.



hätten, was bejaht werden kann, wenn die Regel innerhalb des konkreten Vertrags für eine «angemessene Interessenabwägung»<sup>414</sup> sorgt.

4. Ist das Gericht gehalten, den Vertrag zu ergänzen, so stellt sich ihm auch 284 die Frage, ob der Streit eine **typische Vertragslücke** beschlägt. Gemeint ist eine Lücke, die sich nicht nur im streitigen Vertrag zeigt, sondern im gesetzlichen Vertragstyp bzw. dem verkehrüblichen Innominatvertrag, zu dem der Vertrag zu zählen ist, überhaupt. Das ist zu bejahen, wenn der Vertrag die wesentlichen Merkmale eines gesetzlichen Vertragstyps oder eines verkehrstypischen Innominatvertrags trägt und er ausserdem in der sich stellenden Rechtsfrage gegenüber diesem Typus nicht in besonderer Weise ausgestaltet ist<sup>415</sup>. Diesfalls taugt nämlich die richterlich geschaffene Vertragsregel zur schematischen Verallgemeinerung, womit dem Gericht nicht nur die Vertrags- sondern gleichermassen die **Gesetzesergänzung** gemäss ZGB 1 II/III offensteht<sup>416</sup>.

#### b. Eingrenzung des Streitgegenstands

1. Vorliegend interessiert die richterliche Ergänzung des Vertrags mit Blick 285 auf die Frage, ob eine Mitwirkungsleistung oder die Mitwirkung schlechthin eine Rechtspflicht des Gläubigers bilde oder nicht. Vorausgesetzt ist einerseits, dass die Frage zwischen den Parteien überhaupt streitig wird<sup>417</sup>. Andererseits auch, dass im Wege der Vertragsauslegung erstellt wurde, dass sich der Streit um einen erfüllungsrelevanten Beitrag dreht, der nicht vom Schuldner zu erbringen ist (dazu Rz 21 ff.; 228 f.); ist das nicht der Fall, verbleibt zwar Raum für Vertragsergänzung, nicht aber in der hier interessierenden Rechtsfrage. Vorausgesetzt ist zudem, dass in der Frage des Verbind-

<sup>414</sup> JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, ZK-OR, Art. 18 N 559 m.w.N.

<sup>415</sup> Vgl. JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, ZK-OR, Art. 18 N 605.

<sup>416</sup> Dogmatisch gesehen ergänzt in diesem Fall das Gericht zunächst das lückenhafte Gesetz mit derjenigen Regel, «die es als Gesetzgeber aufstellen würde» (ZGB 1 II/III), und ergänzt anschliessend den Vertrag mit dieser «gesetzlichen» Regel. Vgl. JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, ZK-OR, Art. 18 N 604. Vgl. KRAMER, Methodenlehre, S. 158 f. m.w.N.

<sup>417</sup> Eine Vertragslücke bleibt ohne Bedeutung, wenn die Rechtsfrage sich zwischen den Parteien nie stellt oder wenn die Parteien die Lücke beim (bzw. durch den) Vertragsvollzug selber ausfüllen. Letzteres ist etwa der Fall, wenn die eine Partei den Vertrag so erfüllt, wie sie es trotz der fehlenden Regel für richtig hält, und diese Erfüllungshandlung von der anderen Partei akzeptiert wird (vgl. SCHÖNENBERGER/JÄGGI, ZK-OR, Art. 2 N 46).

lichkeitsgrads kein positives Auslegungsergebnis erzielt werden konnte. Die Antwort auf die Rechtsfrage darf sich namentlich nicht bereits aus zwingendem Gesetzesrecht ergeben und auch nicht aus der objektivierten Vertragsauslegung oder einem «qualifizierten Schweigen» der Parteien<sup>418</sup> (zum Beispiel indem die Frage bewusst dem dispositiven Gesetzesrecht überlassen wird). Ausgangspunkt ist mithin, dass über die streitige Frage keine Abrede getroffen worden ist (negatives Auslegungsergebnis) oder dass das (Nicht-)Vorhandensein einer solchen Abrede nicht abschliessend festzustellen ist (Auslegungsmisserfolg); vgl. Rz 279 f.

- 286 **2.** Für die *Ergänzung des Mitwirkungspensums an sich* um weitere oder andere Mitwirkungsleistungen besteht theoretisch kein Raum, aber normalerweise auch kein Bedarf. Denn nach OR 91 obliegen dem Gläubiger ohnehin alle Erfüllungsbeiträge, die erfüllungsrelevant sind und zugleich nicht zu dessen Leistungspflicht gehören. Aufgrund dieser gesetzlichen Konzeption ist grundsätzlich kein Vertrag mit Blick auf den Mitwirkungsinhalt lückenhaft<sup>419</sup>. Wohl aber kann es indirekt zur Änderung des Mitwirkungspensums kommen, wenn das Gericht zunächst die **Pflicht des Schuldners ergänzen** muss. Sowohl die Ausweitung als auch die Einschränkung der Schuldpflicht kann nämlich dazu führen, dass der Gläubiger, abgeleitet von der nunmehr veränderten Leistungspflicht (vgl. Rz 22, 80), mehr, weniger oder andere Mitwirkungsleistungen zur Erfüllung beizutragen hat. Jedenfalls hat das Gericht sich in solchen Fällen zunächst einmal bei der Schuldpflicht festzulegen, bevor die Verbindlichkeit der damit korrespondierenden, «neu begründeten» Mitwirkungsleistungen beurteilt werden können.

### c. Dispositive Gesetzesregel: Keine Mitwirkungspflicht

- 287 **1.** Zu suchen ist die richterlich zu schaffende Regel zunächst, wie dargestellt, im dispositiven Gesetzesrecht (Rz 282). Auf die Frage, ob der Gläubiger zu den Mitwirkungsleistungen verpflichtet sei oder nicht, findet sich nach dem bisher Gesagten im Gesetzesrecht eine Antwort. Zwar bleibt der Verbindlichkeitsgrad der Gläubigermitwirkung vom Gesetzeswortlaut unerwähnt,

---

<sup>418</sup> Andernfalls liegt nach dem hier verwendeten Begriff der Vertragslücke zum Vornherein keine solche vor (vgl. JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, ZK-OR, Art. 18 N 546 f.).

<sup>419</sup> Davon zu unterscheiden ist der Fall, in dem eine Veränderung der Umstände zu einer Veränderung der geeigneten und tauglichen Mitwirkungsverhalten führt (vgl. Rz 83). Die Gesamtheit dieser Mitwirkungsverhalten ist dynamisch und den «Gezeiten» des faktischen Vertragsvollzugs ausgesetzt.

und ausserdem ist der Verbindlichkeitsgrad nicht eine «Regel», die dem Gesetz im Sinne einer «Wenn-dann-Verknüpfung» abgelesen werden könnte. Auch die in einer einzelnen Gesetzesnorm angeordneten Rechtsfolgen können trügerisch sein, wurde doch festgestellt, dass die typischen Rechtsfolgen der Pflichtverletzung in Einzelfällen auch für erlaubtes Verhalten angeordnet werden, wie auch, dass die typischen Rechtsfolgen der Obliegenheitsverletzung manchmal auch pflichtwidriges Verhalten sanktionieren (Rz 152). Doch wurde vorne nach einer ganzheitlichen Betrachtung des gesetzlichen Sanktionensystems der Gläubigermitwirkung festgestellt, dass das Gesetz zu der hier interessierenden Streitfrage ein **System von Sachnormen** enthält, von dem die Verbindlichkeit der Gläubigermitwirkung im Allgemeinen und im Besonderen abgeleitet werden kann (Rz 189 ff.). So behandelt das Gesetz die Gläubigermitwirkung im Grundsatz weder wie eine Obliegenheit noch wie eine Rechtspflicht, doch ist das Mitwirkungsversäumnis des Gläubigers prinzipiell als *erlaubtes Gläubigerverhalten* normiert. Demnach ist von folgender Ordnung auszugehen:

- Stipuliert das Gesetz für die streitige Mitwirkungsleistung bzw. für die Mitwirkung nichts Besonderes, ist der Gläubiger nicht zur Mitwirkung verpflichtet. 288
- Stipuliert das Gesetz für die streitige Mitwirkungsleistung (für die Mitwirkung im Allgemeinen kommt das nicht vor) die typische Sanktion der Obliegenheit, so ist auch hier der Gläubiger nicht zur Mitwirkung verpflichtet, auch wenn sich die Rechtsfolgen seines Versäumnisses regelmässig von denen in OR 92 ff. unterscheiden. 289
- Stipuliert das Gesetz für die streitige Mitwirkungsleistung (zum Beispiel OR 204 I, 257h) bzw. für die Mitwirkung im Allgemeinen (zum Beispiel OR 418f I) eine Mitwirkungspflicht des Gläubigers, so ist der Gläubiger ausnahmsweise gesetzlich zur Mitwirkung verpflichtet. 290

**2.** Die Gläubigermitwirkung kann entweder allein im Forderungsrecht des Gläubigers verkörpert sein oder zugleich auch eine Rechtspflicht des Gläubigers darstellen; Mitwirkung ist mithin entweder Recht oder Recht und Pflicht zugleich. Einen alternativen dritten Verbindlichkeitsgrad kennt die Gläubigermitwirkung nicht<sup>420</sup>, auch dann nicht, wenn sie vom Gesetz ausnahmsweise wie eine Obliegenheit sanktioniert wird (siehe Rz 51 ff.). Mit anderen Worten enthält das **dispositive Gesetzesrecht immer eine einschlägige Re-** 291

<sup>420</sup> Vgl. SCHRANER, ZK-OR, Art. 91 OR N 25: «tertium non datur».

gel für die hier interessierende Rechtsfrage: Die Antwort wird im Grundsatz auf eine Nichtpflicht, nur im Ausnahmefall auf eine Pflicht lauten. Das Problem, dass das Gesetzesrecht keine Regel für diese Rechtsfrage bereithält, dürfte sich deshalb nicht stellen; im Vordergrund steht vielmehr die Frage, ob die dem Gesetz entnommene Verbindlichkeitsregel zum konkreten, ergänzungsbedürftigen Vertrag passt. Darauf ist als nächstes einzugehen.

#### d. Die Ausnahme: Mitwirkungspflicht

##### i. Ausgangspunkt

- 292 1. Zwar sieht das dispositive Gesetzesrecht nach dem Gesagten immer eine Regel vor für die Frage, welchen Verbindlichkeitsgrad die Mitwirkung für den Gläubiger haben soll. Passt aber der vom Gesetz vorgesehene Verbindlichkeitsgrad nicht zu den Eigenarten des konkreten, ergänzungsbedürftigen Vertrags, hat das Gericht eine andere, eigene Regel nach Massgabe des hypothetischen Parteiwillens zu schaffen (Rz 283). Weil es in einem Schuldverhältnis nur Rechte und Pflichten gibt<sup>421</sup>, sind nur zwei Konstellationen denkbar, in denen das zutrifft: Erstens, das Gesetzesrecht sieht für die streitige Mitwirkungsleistung bzw. die Mitwirkung keine Mitwirkungspflicht vor, während eine **Mitwirkungspflicht besser zum Vertrag passt**. Zweitens, das Gesetzesrecht sieht für die streitige Mitwirkungsleistung bzw. die Mitwirkung eine Mitwirkungspflicht vor, während eine blossе Mitwirkungsobliegenheit besser zum Vertrag passt. Die im Zusammenhang mit Verträgen dominierende Streitkonstellation wird regelmässig die erste sein, weshalb anschliessend nur sie zu vertiefen ist.
- 293 2. Ein Widerspruch zwischen dem dispositiven Gesetzesrecht und dem Vertrag ergibt sich nach hier vertretener Auffassung, wenn sich eine blossе Mitwirkungsobliegenheit des Gläubigers nicht mit dem **Vertragszweck** im weitesten Sinn verträgt. Der Vertragszweck ist, wie gezeigt, bereits im Zuge der Vertragsauslegung ein wichtiges Auslegungsmittel (siehe Rz 237 ff.) und kann schon dort zu einem positiven Auslegungsergebnis führen, etwa wenn aus den Äusserungen der Parteien, die im Verlaufe der Vertragsanbahnung gemacht wurden, Deutungsstreitigkeiten entschieden werden können<sup>422</sup>. Im hier interessierenden Fall, da im Wege der Auslegung keine Antwort auf die

---

<sup>421</sup> Siehe Fn 420.

<sup>422</sup> JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 410, 416.

Rechtsfrage zu finden war, stehen demgegenüber zwei Elemente im Vordergrund, aus denen sich der Vertragszweck konstituiert: Der *Inhalt des konkreten Vertrags* und die *Interessenlage der Parteien* bei Vertragsabschluss<sup>423</sup>. Vertieft wird nachfolgend die Bedeutung dieser beiden Anhaltspunkte im Ergänzungsvorgang.

ii. *Gestützt auf den Vertragsinhalt*

1. Vertragsinhalt im formellen Sinne sind die **gegenseitigen Rechte und Pflichten** der Parteien, einschliesslich allfälliger Obliegenheiten. Im materiellen Sinne ist der Vertragsinhalt eine bestimmte «Gestaltung des gemeinsamen Lebensbereichs der Vertragsparteien»<sup>424</sup>. Vom Vertragsinhalt wird auf den Vertragszweck geschlossen, indem die *Wirkung* des Vereinbarten untersucht wird<sup>425</sup>. Für gewöhnlich ist diese Betrachtungsweise bei der Auslegung ebenso naheliegend wie zielführend, um die Bedeutung des Vereinbarten zu ermitteln. Mit Blick auf die Verbindlichkeit einer Mitwirkungsleistung oder der Mitwirkung im Allgemeinen aber liefert der so verstandene Vertragsinhalt bzw. der davon abgeleitete Vertragszweck normalerweise nur sehr beschränkt Anhaltspunkte, soweit die Parteien – wie es hier vorausgesetzt ist – die Frage vertraglich nicht geregelt haben. Das hat sich schon im Zusammenhang mit der Auslegung des Verbindlichkeitsgrads gezeigt, auf die hier zu verweisen ist: Bei der Vertragsergänzung bieten Abreden über Art, Inhalt und Umfang der Schuldnerleistung, deren Modalitäten (Zeit, Ort, Personen) sowie Art, Inhalt und Umfang der Gegenleistung des Gläubigers keine geeignete Grundlage für das Gericht, um Mitwirkungspflichten des Gläubigers zu schaffen (dazu Rz 263 ff., 269 ff.). Vorausgesetzt, die versprochene Leistung ist mitwirkungsbedürftig, so erlangt die Gläubigermitwirkung nicht in Abhängigkeit der Leistung bzw. der Gegenleistung mehr oder weniger Bedeutung. Vielmehr ist sie *per se* für die Erfüllung fundamental, weil bei ihrem Ausbleiben *jede Leistung* vorübergehend verunmöglicht wird. Daran ändern die Parameter nichts, worin die Leistung besteht, durch wen sie zu erbringen ist und wann und wo sie zu erfolgen hat.

<sup>423</sup> JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 411–415.

<sup>424</sup> JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 288.

<sup>425</sup> JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 414.

- 295 2. Potenzial für einen Widerspruch zwischen der dispositiven Gesetzesregel und dem Vertragsinhalt gibt es immerhin dann, wenn «der Vertrag vereinbarte Regeln enthält, welche die zu entscheidende Streitfrage zwar nicht beantworten [ansonsten keine Lücke vorläge], mit dieser aber doch zusammenhängen»<sup>426</sup>. Enthält nämlich der Vertrag eine Regel, die mit der *Verbindlichkeit der Gläubigermitwirkung* – wenn auch nicht mit derjenigen der streitigen Mitwirkungsleistung(en) – *in irgendeiner Weise zusammenhängt* und die unter Beizug aller Auslegungsmittel auf eine Abweichung vom gesetzlichen Grundsatz der Nichtpflicht hindeutet, so lässt sich im Ergänzungsvorgang möglicherweise analog an eine solche **vorbestehende Mitwirkungsregel** anknüpfen. Während die Vielfalt solcher Abreden theoretisch unlimitiert ist, sind als Fallbeispiele Abreden zu erwähnen,
- 296 – wonach eine oder mehrere Mitwirkungsleistungen – wenn auch nicht die zum Streit stehende Mitwirkungsleistung – zu Mitwirkungspflichten des Gläubigers erklärt werden;
- 297 – wonach für einzelne Mitwirkungsleistungen – aber nicht die streitige – Rechtsfolgen stipuliert werden, die über die von OR 92 ff. hinausgehen;
- 298 – wonach der Gläubiger zu Verhalten verpflichtet ist, die zwar nicht auf Mitwirkungsleistungen zielen, aber doch mitwirkungsähnlich sind (vgl. die mitwirkungsähnlichen Gesetzesnormen in Rz 56 ff.) usw.
- 299 Vorbestehende Mitwirkungsregeln drücken, wenn nicht den Vertragszweck an sich<sup>427</sup>, so mindestens einen Teilzweck<sup>428</sup> aus, den die Parteien mit der betreffenden Regel verfolgen. Dieser Teilzweck wird vom Gericht zu ermitteln sein, was praktisch voraussetzt, auch auf die konkrete Interessenlage der Parteien (dazu Rz 301 ff.) bei Vertragsabschluss zurückzugreifen. Ist der Teilzweck etabliert, lässt sich in Abhängigkeit davon beurteilen, ob vernünftige und redlich handelnde Parteien zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses in Kenntnis der Lücke die *analoge Anwendung der vorbestehenden Mitwirkungsregel auf die streitige Mitwirkungsleistung bzw. die Mitwirkung im Allgemeinen* als angemessene Interessenabwägung (vgl. Rz 283 a.E.) angesehen hätten.

---

<sup>426</sup> JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 582.

<sup>427</sup> Dass auf der Seite des Schuldners die Gläubigermitwirkung *per se* Bestandteil des Gegenleistungsinteresses verkörpert, dürfte selten sein, ist aber in Fällen des qualifizierten Durchführungsinteresses nicht ausgeschlossen (vgl. Rz 671 ff.).

<sup>428</sup> Zum Teilzweck: JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 408.

3. Abreden dagegen, welche die Verbindlichkeit der Mitwirkung nicht tangieren, sondern lediglich – zum Beispiel – auf **Inhalt und Zeitpunkt der Gläubigermitwirkung** zielen, qualifizieren normalerweise nicht als vorbestehende Mitwirkungsregeln. Wie dargestellt, regeln solche Abreden den Verbindlichkeitsgrad der Mitwirkung vermutungsweise nicht (Rz 263 ff., 269 ff.). Dementsprechend ist es unzulässig, von solchen Abreden auf die Verbindlichkeit einer anderen, der streitigen Mitwirkungsleistung zu schliessen. Vielmehr müsste das Gericht zunächst durch Auslegung der Abrede zum Schluss kommen, dass dort (auch) die Verbindlichkeit der Gläubigermitwirkung mitgeregelt ist, soll die Abrede anschliessend als vorbestehende Mitwirkungsregel analog auf die streitige Mitwirkungsleistung angewendet werden.

iii. *Gestützt auf die Parteiinteressen*

1. Ein weiterer Grund dafür, dass die gesetzliche Mitwirkungsobliegenheit nicht zum Vertrag passt, kann in der subjektiven und objektiven **Interessenlage der Parteien** bei Vertragsschluss zu finden sein. Gemeint sind damit «sämtliche Umstände, die bei Abschluss des Vertrags auf die Willensbildung der Parteien eingewirkt [...], also deren Zweckvorstellungen [...] hervorgehoben und bedingt haben»<sup>429</sup>. Mit der Interessenlage der Parteien wird von der *Ursache* des Vertrags her auf den Vertragszweck geschlossen<sup>430</sup>. Die Interessenlage des *Gläubigers* mit Blick auf die Verbindlichkeit seiner Mitwirkung ist klar: Für ihn gibt es im Regelfall keinen Grund, seine Mitwirkungsobliegenheit zur Mitwirkungspflicht zu verstärken. Die Interessenlage des *Schuldners* ist prinzipiell die umgekehrte, doch ist hier nach der Qualität seines Interesses zu differenzieren:

2. Das **Kostenminimierungs- und Kompensationsinteresse** des Schuldners («Kompensationsinteresse») zielt auf seinen eigenen *Leistungsaufwand*. Es geht dahin, den Aufwand für die gehörige Erfüllung seiner Leistungspflicht möglichst klein zu halten und allfälligen Mehraufwand, der ihm im Zuge der Erfüllung widerfährt, ersetzt zu erhalten. Weil es ein allgemeines, vertragstypenübergreifendes Interesse ist, stellt sich die Frage nach seiner Bewertung nicht nur im konkreten Vertrag, sondern vor dem Hintergrund der gesetzlichen Grundregel in OR 91 generell. Doch genügt ein solches Interesse, um

<sup>429</sup> JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 414.

<sup>430</sup> JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 414.

es vernünftigen Kontrahenten zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses als angemessene Interessenabwägung erscheinen zu lassen, den Gläubiger zur Mitwirkung zu verpflichten? Das ist m.E. *zu verneinen*:

- 303 **a.** Für das Vertragsrecht wurde bereits festgestellt, dass die Willenserklärung des Gläubigers, die Leistung zu wollen, gestützt auf Treu und Glauben *nicht* dahingehend ausgelegt werden kann, dass er sich zur Mitwirkung verpflichte (Rz 203). Das Kompensationsinteresse des Schuldners ändert an dieser Feststellung nichts, denn dieses ist ein universelles Interesse, welches, ökonomisch rational handelnde Vertragsparteien unterstellt, im Rahmen kommerzieller Verträge des Geschäftsverkehrs *objektiv jedem Schuldner innewohnt*: Jeder Wirtschaftsteilnehmer hat in jeder Transaktion ein Interesse an der Minimierung seiner Kosten und seines Kostenrisikos, und zwar auch mit Blick auf solche Kosten, die ihm durch das Mitwirkungsversäumnis seines Vertragspartners entstehen. Dieses Interesse ist so *offensichtlich*, dass es der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des Verbindlichkeitsgrads der Gläubigermitwirkung mitberücksichtigt haben muss.
- 304 **b.** Das zeigt sich einmal im gesetzlichen *Sanktionierungssystem der Gläubigermitwirkung*, aus welchem sich ergibt, dass das Kompensationsinteresse gerade nicht generell, sondern nur punktuell durch die Implementierung einer Mitwirkungspflicht des Gläubigers geschützt wird (Rz 189 ff.). Sodann strebt es das Gesetz unter der *Teleologie des Gläubigerverzugs* nicht an, dass der Schuldner vom Gläubiger die Mitwirkung oder allenfalls ein finanzielles Liquidationsäquivalent erzwingen könne. Vielmehr soll der Schuldner sich im Gläubigerverzug vom Schuldverhältnis befreien können, allerdings – soweit irgend möglich – bei gleichzeitiger Begünstigung des Leistungserfolgs (dazu Rz 180 ff.).
- 305 **c.** Erhebt man allein gestützt auf das Kompensationsinteresse die Gläubigermitwirkung zur Pflicht, scheint das nicht nur systemwidrig, sondern läuft das auch der gesetzlichen Teleologie zuwider, die den Schuldner nicht vollumfänglich, sondern *nur hinsichtlich seiner auf die Erfüllung gerichteten Alternativverhalten* schadlos halten will. Zum anderen unterstellte man damit, dass ein durchschnittlicher Gläubiger sich *unabhängig vom Vertragsinhalt und seinem eigenen Interesse an der Erlangung der Leistung* bereit erkläre, dem Schuldner jedes Aufwandrisiko abzunehmen, das von einem allfälligen Mitwirkungsversäumnis ausgeht; auch das überzeugt prinzipiell nicht. Erforderlich wäre hierfür mindestens, dass sich der Schutz des Kompensationsinteresses aus weiteren Anhaltspunkten, zum Beispiel einer entsprechenden,



Vertragsinhalt gewordenen Erklärung des Schuldners oder einer vorbestehenden Mitwirkungsregel (dazu Rz 295 ff.), zu einem dahingehenden hypothetischen Parteiwillen verdichten lässt.

**d.** Eine andere, vom Verbindlichkeitsgrad der Gläubigermitwirkung losgelöste Frage ist, ob die gesetzliche Regelung *angesichts ihrer teleologischen Zielsetzung* das Kompensationsinteresse des Schuldners *hinreichend berücksichtigt*, um ihm einen Anreiz für die Fortführung der Vertragserfüllung trotz Gläubigerverzug zu verschaffen. Das ist beim Sachleistungsschuldner zu bejahen (OR 92 I/93), beim Dienstleistungsschuldner zu verneinen, jedenfalls aber an anderer Stelle zu erörtern (Rz 1132 ff.). 306

**3.** Noch weniger als das Kompensationsinteresse fällt mit Blick auf die Verbindlichkeit der Mitwirkung das **Gegenleistungsinteresse** des Schuldners ins Gewicht, wenn diesem denn eine Gegenleistung versprochen ist. Dieses Interesse geht dahin, dass der Gläubiger seine Gegenleistungspflicht gehörig erfüllt. Nicht zu verwechseln ist es mit dem Interesse daran, dass der Wert der Gegenleistung durch mitwirkungsbedingte Mehraufwände insgesamt (sozusagen «netto») nicht geschmälert wird; dieses Interesse ist nichts anderes als das bereits besprochene Kompensationsinteresse (Rz 302 ff.). Auch das Gegenleistungsinteresse ist ein typisches, das im zweiseitigen Vertrag prinzipiell jedem Schuldner unterstellt werden kann. Wie dargelegt allerdings (Rz 248), steht die Zwei- bzw. Mehrseitigkeit des Vertrags mit der Frage, ob der Gläubiger zur Mitwirkung verpflichtet sei, in keinem logischen Zusammenhang. Erhöhte, wenn auch mittelbare Bedeutung hat die Mitwirkung für den Schuldner allenfalls, wenn sie der Gegenforderung erst zur Fälligkeit verhilft. Doch ist es hier nicht sachgerecht, ein Problem, das sich letztlich um den Fälligkeitszeitpunkt der Gegenforderung dreht, dadurch zu lösen, dass ein Recht des Gläubigers in eine Pflicht verkehrt wird (vgl. Rz 1160). 307

**4.** Das **Befreiungsinteresse** des Schuldners<sup>431</sup> ist ein ebenso universelles wie sein Kompensationsinteresse. Es geht dahin, sich von der Leistungspflicht, die er übernommen hat oder die ihm von Gesetzes wegen auferlegt ist, zu befreien, sei es durch Erfüllung oder anderswie. Als subjektives Motiv verstanden kann dieses Interesse erst nach Vertragsschluss entstehen, anders als etwa das Interesse des Schuldners an der eigenen Leistungserbringung oder an der Gegenleistung, die – wiederum als Motive verstanden – typischer- 308

<sup>431</sup> Auch: sein «Liberationsinteresse» (WELLER, Habil., S. 464).

weise bereits für die Eingehung des Vertrags ursächlich sind. Das Befreiungsinteresse darf objektiv jedem Schuldner unterstellt werden und ist, anders etwa als sein Kompensationsinteresse, nach der Teleologie der Gläubigerverzugsregeln in vollem Umfang geschützt. Dies nämlich insofern, als dem Sach- (OR 92/93) bzw. dem Dienstleistungsschuldner (OR 95) jeweils ein alternatives Befreiungsrecht zur Verfügung gestellt wird. Das Befreiungsinteresse des Schuldners steht deshalb nur dann, aber immerhin dann im Widerspruch zur gesetzlichen Mitwirkungsobliegenheit, wenn der Schuldner sich aufgrund allfälliger Regelungslücken im Gesetz *nicht* einseitig befreien kann und diesem Missstand nicht anders abgeholfen werden kann, als durch die Annahme einer Mitwirkungspflicht des Gläubigers.

- 309 **a.** Fälle, in denen die gesetzlichen Befreiungsrechte von OR 92/93 versagen, gibt es mehrere. Ausgangspunkt ist regelmässig das *Ausbleiben einer Vorbereitungshandlung*, was es dem Schuldner verunmöglicht, die Leistung gehörig anzubieten. Während dem Dienstleistungsschuldner in solchen Fällen mit dem Rücktrittsrecht nach OR 95 geholfen ist (vgl. freilich als Alternative das Substituierungsrecht in Rz 481 ff.), ist dem Sachleistungsschuldner die alternative Erfüllung durch Sach- bzw. Erlöshinterlegung versperrt. Eine solche Konstellation ist das *Spezifikationsgeschäft*, bei dem nur der Gläubiger, nicht aber der Schuldner die geschuldete (Sach-)Leistung kennt bzw. spezifizieren kann. Gerät der Gläubiger in Gläubigerverzug, weil er die Sache nicht spezifiziert, kann der Schuldner die geschuldete Sache nicht hinterlegen, weil er nicht weiss, was er zu leisten hat. Bei der *Wahlobligation* kennt zwar der Schuldner die von ihm (alternativ) geschuldeten (Sach-)Leistungen, doch ist es ihm, wenn der Gläubiger keine Wahlerklärung abgibt und dadurch in Gläubigerverzug gerät, unzumutbar, alle Alternativleistungen zu hinterlegen, wenn nur eine davon geschuldet ist. Stellt der Gläubiger dem Schuldner eine *Rechnung* in Höhe des angeblich geschuldeten Betrags, substantiiert er den Rechnungsbetrag aber nicht, ist es dem Schuldner zwar möglich, aber nicht zumutbar, den Rechnungsbetrag zu hinterlegen, wenn er sich nicht zuvor von Bestand und Umfang des Anspruchs überzeugen kann<sup>432</sup>.
- 310 **b.** Für die meisten dieser Regelungslücken werden in der Literatur unterschiedliche Lösungsansätze vorgeschlagen, wobei einer davon dahingeht, dass dem Schuldner in solchen Fällen ein *klagbarer Anspruch auf Vornahme der Vorbereitungshandlung* einzuräumen sei. Bei der Wahlobligation soll

---

<sup>432</sup> Z.G. KOLLER A., OR AT, Rz 56.139–146.

also der Schuldner den Gläubiger auf Abgabe der ausbleibenden Wahlerklärung einklagen können<sup>433</sup>. Bei der Rechnungsstellung soll der Schuldner den Gläubiger auf Substanziierung der Rechnung einklagen können<sup>434</sup>. Weil es sich dabei um eine reine Billigkeitslösung handelt, ist m.E. nur dann auf sie zurückzugreifen, wenn dieselbe Lösung nicht mit einem weniger weitgehenden Eingriff ins Schuldverhältnis bewerkstelligt werden kann. Überzeugender ist es deshalb beim Spezifikationsgeschäft bzw. bei der Wahlschuld, das Spezifikations- bzw. Wahlrecht des Gläubigers nach fruchtlosem Ablauf einer vom Schuldner angesetzten, angemessenen Nachfrist auf den Schuldner übergehen zu lassen<sup>435</sup> oder aber dem Schuldner in solchen Fällen auch bei der Sachleistung das Rücktrittsrecht nach OR 95 analog einzuräumen<sup>436</sup>. Von letzterer Lösung wird für den Fall der unsubstanzierten Rechnung zu Recht vertreten, sie berge für den Schuldner unter Umständen Gefahren hinsichtlich seiner Rückleistungspflicht<sup>437</sup>. Dem lässt sich entgegenhalten, dass im Gläubigerverzug von den Interessen schuldnereits das Befreiungsinteresse, nicht die Schadloshaltung im Vordergrund steht.

**5. Von den bislang umschriebenen Interessen des Schuldners ist sein **Durchführungsinteresse** zu unterscheiden<sup>438</sup>.** Umschrieben ist damit das Interesse des Schuldners, die geschuldete Leistung *effektiv zu erbringen*. Dieses ist nicht zu verwechseln mit dem Interesse, sich durch Erfüllung von der Leistungspflicht zu *befreien*, das der Schuldner regelmässig erst nach Vertragsabschluss aufweist. Gemeint ist vielmehr ein vorgelagertes Interesse an der Leistungserbringung, das für ihn Grund zum Abschluss des betreffenden Vertrags war. Nach hier vertretener Auffassung lässt es ein *qualifiziertes Durchführungsinteresse* des Schuldners grundsätzlich als sachgerecht er- 311

<sup>433</sup> OSER/SCHÖNENBERGER, ZK-OR, Art. 72 N 11/35; a.M. KOLLER A., OR AT, Rz 56.142.

<sup>434</sup> KOLLER A., OR AT, Rz 56.145; vgl. STAUBER, Diss., Rz 647. Ähnlich wird im Kontext des Bauwerkvertrags vertreten, dass der «Abruf» der Werkleistung durch den Bauherrn (vgl. Rz 462) dessen Pflicht sei (offenbar ZELTNER, Diss., Rz 93; betreffend VOB/B-Bauwerkvertrag: JOUSSEN/VYGEN, IngKor-VOB/B, § 9 Abs. 1 N 21).

<sup>435</sup> KOLLER A., OR AT, Rz 56.142. Vgl. BGE 110 II 148/151 E. 1a m.V.a. BGB § 264 II, wobei nach hier vertretener Auffassung beim treuwidrigen Mitwirkungsversäumnis auch auf OR 156 analog abgestellt werden könnte (Rz 372 ff.). Vgl. sodann BGE 42 II 219/225 E. 3 m.V.a. HGB § 375 (siehe Fn 1536).

<sup>436</sup> WEBER, BK-OR, Art. 72 N 51.

<sup>437</sup> KOLLER A., OR AT, Rz 56.145; STAUBER, Diss., Rz 647.

<sup>438</sup> Auch: sein «Leistungserbringungsinteresse» (WELLER, Habil., S. 464).

scheinen, auf der Seite des Gläubigers für den betreffenden Vertrag eine Mitwirkungspflicht anzunehmen. Dies freilich mit zahlreichen Einschränkungen:

- 312 **a.** Das Interesse daran, die Leistung real zu erbringen, ist zumindest in Verträgen des kommerziellen Geschäftsverkehrs schon für sich genommen *kein typisches Schuldnerinteresse*, sondern stellt die Ausnahme zur Regel dar. Ob der streitige Vertrag ein einseitiger oder ein mehrseitiger ist, vermag lediglich tatsächliche Vermutungen zu begründen, die umgestossen werden können. So wird etwa im einseitigen Vertrag das Interesse des Schuldners an der eigenen Leistungserbringung tendenziell ein höheres sein, weil auf der Seite des Schuldners ein altruistisches Motiv – und damit das Interesse daran, die Leistung wirklich zu erbringen – dominieren dürfte; zwingend ist das aber nicht. Im synallagmatischen Vertrag dagegen wird *prima vista* anzunehmen sein, dass der Schuldner den Vertrag nicht oder nicht primär aus einem Durchführungsinteresse heraus abschliesst, sondern weil er die Gegenleistung erlangen will. Alle diese Vermutungen können umgestossen werden, doch bedarf es hierfür eines Minimums an geeigneten Anhaltspunkten (zum qualifizierten Durchführungsinteresse des Unternehmers: Rz 663 ff.).
- 313 **b.** Die Tatsache allein, dass der Schuldner durch die einwandfreie Erbringung der eigenen Leistung *wirtschaftliche Nah- und Fernziele aller Art verfolgt*, begründet kein qualifiziertes Durchführungsinteresse im hier verstandenen Sinne. Positive Branchen- und Publikumswahrnehmung, die mittelfristige Aufrechterhaltung und Vergrößerung der Absatzbasis, die Erhöhung des Gewinns, volumenmässige, sortimentsbezogene und geographische Expansion usw. sind übliche Zielsetzungen der Wirtschaftsteilnehmer, die primär dadurch erreicht werden, dass sie ihrer Geschäftstätigkeit mit einem gewissen Erfolg nachgehen. Dementsprechend zielt dieses Interesse genau genommen nicht auf die Erbringung der eigenen Leistung, sondern auf die finanziellen und anderweitigen, positiven Auswirkungen, die durch die *aggregierte Erbringung einer Vielzahl solcher Leistungen* erzielt werden könnten. Die Erfüllung ist demnach in diesen Fällen für den Schuldner Mittel zum Zweck, nicht Zweck an sich. Wirtschaftliche Nah- und Fernziele bilden insofern keinen Anlass, den Vertrag mit einer Mitwirkungspflicht des Gläubigers zu ergänzen.
- 314 **c.** Bestätigt wird das Gesagte von einer sehr ähnlichen Einschätzung im Einzelarbeitsvertragsrecht, wo das *Durchführungsinteresse des Arbeitnehmers nur sehr zurückhaltend bejaht* wird. Ein Anspruch auf effektive «Beschäfti-

gung» – und damit auf die «Annahme» der Arbeitsleistung<sup>439</sup> durch den Arbeitgeber – wird dort allenfalls Profisportlern, Künstlern, Akrobaten, Forschern oder Piloten eingeräumt, oder auch Lehrlingen im Rahmen von Lehrverträgen. Dies zudem unter dem Vorbehalt, dass nicht «gewichtige Interessen des Arbeitgebers» einer solchen Mitwirkungspflicht entgegenstehen<sup>440</sup>. Kerngedanke dabei ist, dass in solchen Fällen die Berufsfähigkeit des Arbeitnehmers und damit, wirtschaftlich gesprochen, der Wert seiner Arbeitskraft direkt von der Möglichkeit abhängt, die versprochene Arbeitsleistung effektiv zu erbringen. Die Verhinderung der Arbeitsleistung führt zu einer Entwertung seiner Arbeitskraft, was ihn im schlimmsten Fall zwingt, sie mit Abschlügen am Arbeitsmarkt anzubieten. Solche Überlegungen können nur sehr beschränkt auf andere Schuldnerarten als den Arbeitnehmer, geschweige denn auf den *Schuldner im Allgemeinen* übertragen werden. Im Kontext des Arbeitsvertrags, wo die Arbeitsleistung begriffsnotwendig von einer natürlichen Person geschuldet ist, dominieren offensichtlich besondere Motive des Sozialschutzes, die sich im Übrigen auch in der gesetzlich verankerten Schutzpflicht des Arbeitgebers (OR 328) widerspiegeln. Das wirtschaftliche Fortkommen des Schuldners in so weitgehender Weise zu schützen rechtfertigt sich in allen anderen Konstellationen jedenfalls nur unter Hinzutreten besonderer, in der Person des Schuldners oder äusseren Tatsachen begründeter Umstände.

#### e. Ergebnis des Ergänzungsvorgangs

1. Im Fall einer Vertragslücke greift zunächst die dispositive Gesetzesregel, 315 nach der die Gläubigermitwirkung eine Obliegenheit des Gläubigers ist, deren Verletzung mithin keine Pflichtwidrigkeit begründet. Diese Regel **passt** freilich in drei Fällen **nicht zum ergänzungsbedürftigen Vertrag**:

- Erstens, wenn der Vertrag eine *vorbestehende Mitwirkungsregel* enthält 316 (Rz 295 ff.), die von vernünftigen und redlich handelnden Vertragsparteien in Kenntnis der Lücke und unter Berücksichtigung aller übrigen Eigenarten des Vertrags auf die streitige Mitwirkung analog angewendet worden wäre.

<sup>439</sup> Vgl. die Bedenken zum Begriff der «Annahme» im Zusammenhang mit einer Dienst- bzw. Arbeitsleistung: Rz 70 ff.

<sup>440</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, ArbV-Komm-OR, Art. 319 N 17 m.w.N.

- 317 – Zweitens, wenn das *Befreiungsinteresse* des Schuldners (Rz 305 ff.), das unter den Regeln des Gläubigerverzugs absoluten Schutz genießt bzw. genießen soll, auf keinem anderen Wege gewahrt werden kann; die Fälle werden aber selten sein.
- 318 – Drittens, wenn der Schuldner bereits bei Vertragsschluss ein *qualifiziertes Durchführungsinteresse* aufgewiesen hat (Rz 311 ff.), d.h. eines, das sich von typischen Schuldnerinteressen, namentlich den üblichen wirtschaftlichen Nah- und Fernzielen, unterscheidet.
- 319 Keinen hinreichenden Widerspruch zur gesetzlichen «Obliegenheitsregel» begründet demgegenüber das blosse *Kompensationsinteresse* des Schuldners, solange sich dieses nicht mit weiteren Anhaltspunkten, namentlich mit einer vorbestehenden Mitwirkungsregel verbindet. Auch keinen Widerspruch begründet das allein das *Gegenleistungsinteresse* des Schuldners.
- 320 2. Gelangt das Gericht zur Auffassung, dass der Vertrag um eine Mitwirkungspflicht des Gläubigers zu ergänzen sei, wird es sich dabei eine gewisse **Zurückhaltung** auferlegen müssen. Dies einerseits wegen des Grundsatzes, wonach Ausnahmen vom dispositiven Recht möglichst eng auszulegen – im Fall der richterlichen Vertragsergänzung: möglichst eng zu gestalten – sind (Rz 273). Andererseits deshalb, weil zumindest dort, wo der Widerspruch sowohl mit einer mehr als auch einer weniger weitgehenden Mitwirkungspflicht aufzulösen ist, im Zweifel zugunsten des Gläubigers (hier: *favor creditoris*) und damit zugunsten der weniger weitgehenden Mitwirkungspflicht zu entscheiden ist (Rz 274). Der Umfang der ergänzten Mitwirkungspflicht richtet sich dabei nach der Natur des aufzulösenden Widerspruchs: Wird an einem Durchführungsinteresse des Schuldners angeknüpft, rechtfertigt es sich, die Mitwirkungspflicht *klagbar* auszugestalten (*real vollstreckbare Mitwirkungspflicht*). Wird stattdessen eine vorbestehende Mitwirkungsregel analog ausgeweitet, rechtfertigt sich eine klagbare Mitwirkungspflicht nur, wenn die Regel mit einem Durchführungsinteresse des Schuldners in Verbindung zu bringen ist. Steht hinter der vorbestehenden Mitwirkungsregel lediglich der Schutz des Kompensationsinteresses des Schuldners – was die Regel sein dürfte – genügt es, dem Schuldner einen Anspruch auf Schadloshaltung einzuräumen (*kompensatorische Mitwirkungspflicht*); vergleiche dazu auch Rz 1231 ff.

## V. Beizug Dritter

### A. Vertreter und Hilfspersonen

1. Der Schuldner ist nach OR 68 verpflichtet, persönlich zu erfüllen, «wo es 321 auf seine Persönlichkeit ankommt». Die Bestimmung richtet sich an den Träger einer Leistungspflicht und gilt insofern nicht für den Gläubiger, dem die Mitwirkung nur obliegt (vgl. Rz 139 ff.; 165 ff.). Faktisch aber gilt auch für den Gläubiger, dass er **persönlich mitzuwirken** hat, wo es für den Mitwirkungserfolg auf seine Persönlichkeit ankommt. Auf seine Persönlichkeit kommt es an, wenn nur der Gläubiger selbst imstande ist, eine bestimmte Mitwirkungsleistung zu erbringen. Das ist etwa der Fall, wenn eine Wissensmitteilung oder eine Sachübertragung nur vom Gläubiger ausgehen kann (*faktische* Mitwirkungsleistung; Rz 76), weil nur der Gläubiger über das Wissen oder über die Sache verfügt, oder wenn nur der Gläubiger (zum Beispiel durch seine Unterschrift) die erforderliche Rechtslage herbeiführen kann (*rechtliche* Mitwirkungsleistung; Rz 77). In solchen Fällen ist der Beizug Dritter zur Ausübung der Mitwirkung nicht nur faktisch unzweckmässig, sondern auch rechtlich riskant; selbst wenn der mit der Mitwirkung betraute Dritte im Prinzip mitzuwirken bereit ist, begründet bei gegebenen Voraussetzungen die Tatsache, dass es der Gläubiger nicht ist, ein Mitwirkungsver-säumnis.

2. In allen Fällen demgegenüber, in denen die Mitwirkungsleistung nicht 322 solcherart ist, dass der Gläubiger persönlich mitwirken müsste, ist der Gläubiger frei, einen Dritten – sei es eine natürliche oder juristische Person – **an seiner Stelle mitwirken zu lassen**. Dabei sind vornehmlich zwei Institute des allgemeinen Schuldrechts bedeutsam: die Stellvertretung (OR 32 ff.) und die Hilfspersonenhaftung (OR 101).

3. Für die Abgabe einer *rechtserheblichen Erklärung* an den Schuldner oder 323 für die Entgegennahme einer solchen kann der Gläubiger einen **Stellvertreter** einsetzen, indem er ihn hierzu ermächtigt<sup>441</sup>. Setzt der Gläubiger im Rahmen seiner Mitwirkung einen Stellvertreter ein, ist das in mehrfacher Hinsicht beachtlich. Erstens: Das Mahngeschäft des Schuldners ist eine rechtsgeschäftsähnliche Willenserklärung (Rz 100 ff.) und muss dem Gläu-

<sup>441</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz 1311. Vgl. auch a.a.O., Rz 1307 («rechtserhebliches Handeln»); ebenso bei HUGUENIN, Rz 1022.

biger bzw. einer mit der Empfangnahme ermächtigten Person zugehen<sup>442</sup>. Die anschliessende Säumnis des Gläubigers bzw. seines mit der Mitwirkung betrauten Stellvertreters führt zum Gläubigerverzug<sup>443</sup>. Richtet der Schuldner das Mahngeschäft demgegenüber an eine andere Person, bleibt es unwirksam<sup>444</sup>. Genügend ist unter Umständen das Mahngeschäft an einen blossen Empfangsboten des Gläubigers<sup>445</sup>. Unterschiedlich bemisst sich dann allerdings die dem Gläubiger zustehende Reaktionsfrist (dazu Rz 115 ff.): Gelangt das Mahngeschäft dem Stellvertreter zur Kenntnis, beginnt die Frist bereits ab diesem Zeitpunkt zu laufen<sup>446</sup>; beim Empfang durch den Boten dagegen läuft die Frist ab dem Zeitpunkt, da nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge mit der Zustellung an den Gläubiger gerechnet werden durfte<sup>447</sup>. Zweitens: Besteht das Mitwirkungsverhalten im Abgeben einer rechtsgeschäftsähnlichen Willenserklärung<sup>448</sup>, so ist dem Gläubiger die Erklärung, die ein Dritter gegenüber dem Schuldner abgibt, nur zuzurechnen, wenn der Dritte als Stellvertreter des Gläubigers handelt. Mitteilungen in anderer Funktion (z.B. im eigenen Namen des Dritten) oder aus anderer Quelle zeitigen keinen Mitwirkungserfolg und es droht dem Gläubiger bei gegebenen Voraussetzungen Gläubigerverzug. Drittens: Der Einsatz eines Stellvertreters bewirkt Wissenszurechnung<sup>449</sup>. Erfährt der Stellvertreter z.B. von der Leistungsfähigkeit des Schuldners, mag das dazu führen, dass das Erfordernis des Mahngeschäfts entfällt (dazu Rz 120 ff.) oder sich die Reaktionsfrist des Gläubigers (Rz 115 ff.) verkürzt, gleich, ob das Wissen des Stellvertreters seinen Weg tatsächlich zum Gläubiger gefunden hat oder nicht.

---

<sup>442</sup> Der Stellvertreter kann nicht nur *Willenserklärungen*, sondern auch *rechtsgeschäftsähnliche Willenserklärungen* mit Wirkung für den Vertretenen annehmen und abgeben: SCHWENZER, Rz 40.11; WATTER, BSK-OR, Art. 32 N 4.

<sup>443</sup> WEBER, BK-OR, Art. 91 N 119, mit der Anmerkung, dass es einem Stellvertreter offenstehe, von seiner Vollmacht keinen Gebrauch zu machen und den Schuldner an den Gläubiger weiter zu verweisen; diesfalls bedarf es eines erneuten Mahngeschäfts an den Gläubiger (beachte freilich die Ausnahmen a.a.O.).

<sup>444</sup> Vorbehalten und hier nicht vertieft sind die Ausnahmefälle, in denen eine Vertretungswirkung der fehlenden Ermächtigung des «Vertreters» zum Trotz eintritt (durch Genehmigung, durch die Regeln des Gutgläubensschutzes oder kraft OR 37; vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz 1378 ff., 1389 ff.).

<sup>445</sup> WEBER, BK-OR, Art. 91 N 115.

<sup>446</sup> Vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz 197, 1359 («passive» Stellvertretung).

<sup>447</sup> HUGUENIN, Rz 1036. Vgl. auch SCHWENZER, Rz 40.07.

<sup>448</sup> Bspw. die Erklärung des Bestellers an den Unternehmer, i.S.v. OR 369 an seiner Weisung festzuhalten. Vgl. Fn 442.

<sup>449</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz 1440; KOLLER A., OR AT, Rz 21.35.



Nicht zur Anwendung gebracht werden die Stellvertretungsregeln 324 für die Vornahme von *Tathandlungen*<sup>450</sup>. Besteht also ein Mitwirkungsverhalten allein in einer Tathandlung, so ist das kein Tatbestand der Stellvertretung, wenn der Gläubiger damit einen Dritten betraut, auch wenn die Tathandlung des Dritten faktisch für den Gläubiger (zu seinen «Gunsten») erfolgt bzw. hätte erfolgen sollen<sup>451</sup>. Dass dieser Fall nicht unter das Stellvertretungsrecht fällt, verhindert freilich nicht den Eintritt des Gläubigerverzugs, wenn der Dritte untätig bleibt, denn hierfür genügt schon das rein negative Unterbleiben der Gläubigermitwirkung (vgl. Rz 168).

4. Setzt der Gläubiger für die Mitwirkung einen Dritten ein und verursacht 325 dieser Dritte in Ausübung seiner Verrichtungen dem Schuldner einen Schaden<sup>452</sup>, so ist nach den Regeln der **Hilfspersonenhaftung** zu beurteilen, ob der Gläubiger für den Schaden aufzukommen habe. OR 101 I lautet: «Wer die *Erfüllung einer Schuldpflicht* oder die *Ausübung eines Rechtes* aus einem Schuldverhältnis, wenn auch befugterweise, durch eine Hilfsperson, wie Hausgenossen oder Arbeitnehmer vornehmen lässt, hat dem andern den Schaden zu ersetzen, den die Hilfsperson in Ausübung ihrer Verrichtungen verursacht» (H.h.). Nachdem festzustellen war, dass die Mitwirkung des Gläubigers grundsätzlich Ausdruck seines Forderungsrechts ist und nicht einer wie auch immer gearteten Pflicht (Rz 134 ff., 165 ff.), sind Hilfspersonen, die der Gläubiger mit der Mitwirkung betraut, nicht Erfüllungs-, sondern sogenannte **Ausübungsgehilfen**<sup>453</sup> (anders freilich, wenn der Gläubiger ausnahmsweise einer Mitwirkungspflicht unterliegt und hierfür Dritte einsetzt – siehe zur Haftung des Unternehmers für den Erfüllungsgehilfen: Rz 1335 ff.). Das wirft die Frage auf, inwiefern der Gläubiger für den Schaden, den sein Ausübungsgehilfe dem Schuldner durch das Mitwirkungsver-säumen verursacht, einzustehen hat:

a. Soweit die Parteien des Schuldverhältnisses nicht rechtsgeschäftlich vom 326 gesetzlichen Modell der Mitwirkungsobliegenheit (vgl. Rz 164) abgewichen sind, ist die Frage zu verneinen. Der Gläubiger ist hiernach zur Mitwirkung

<sup>450</sup> SCHWENZER, Rz 40.10; VON THUR/PETER, S. 351 f.; WATTER, BSK-OR, Art. 32 N 6.

<sup>451</sup> Vgl. WATTER, BSK-OR, Art. 32 N 6.

<sup>452</sup> Ausgeklammert wird im Folgenden der Fall, in dem die Hilfsperson des Gläubigers einem Dritten Schaden zufügt; die Haftungsfolgen richten sich dort nach den Regeln der Geschäftsherrenhaftung (OR 55).

<sup>453</sup> Vgl. KOLLER A., Diss., Rz 478 ff.; WEBER, BK-OR, Art. 101 N 51; WIEGAND, BSK-OR, Art. 101 N 6. Siehe auch BGE 130 III 591/606.

berechtigt, nicht verpflichtet; sie obliegt ihm nur (z.G. Rz 133 ff.). Obliegenheiten gehören nicht zu den «Schuldpflichten» im Sinne von OR 101 I<sup>454</sup>. Unter die «Rechte» im Sinne von OR 101 I fallen sie nur insoweit, als mit ihrer (Nicht-)Ausübung *zugleich gewisse Pflichten, insbesondere Sorgfaltpflichten verbunden sind*<sup>455</sup>. Das lässt sich damit erklären, dass OR 101 I eine reine Zurechnungsnorm und keine eigenständige Haftungsgrundlage ist<sup>456</sup>: Zwischen dem Geschäftsherrn und dem Geschädigten werden allein durch den Beizug einer Hilfsperson nicht mehr Pflichten begründet als vor der Schädigung zwischen den Parteien bestanden haben. Vielmehr setzt die Hilfspersonenhaftung auch unter dem Titel der «Rechtsausübung» die Verletzung einer Pflicht voraus, deren Erfüllung der Geschäftsherr aus einem besonderen Rechtsgrund heraus schuldet<sup>457</sup>. Die Mitwirkung aber schuldet der Gläubiger gerade nicht, weshalb es keine Rolle spielt, ob dem Gläubiger das Verhalten seiner Hilfsperson vorwerfbar gewesen wäre, wäre es sein

---

<sup>454</sup> KOLLER A., Diss., Rz 149 f.

<sup>455</sup> Deutlich das Bsp. bei WEBER, BK-OR, Art. 101 N 51: Der Mieter habe für seinen Untermieter, der als Ausübungsgehilfe Gebrauch vom Nutzungsrecht macht, einzustehen, wenn dieser zum Schluss des Mietverhältnisses die Mietsache nicht instand stellt und dem Vermieter dadurch einen Schaden verursacht. Gemeint ist augenscheinlich nicht eine Haftung aus der Rechtsausübung (dem Gebrauch der Sache) an sich, sondern aus einer mit der Rechtsausübung verbundenen Sorgfalts- bzw. Instandstellungspflicht des Mieters (*in casu* OR 267 I). Vgl. weiter die Bsp. bei KOLLER A., Diss., Rz 478: Der Chauffeur, der den vom Mieter gemieteten Car lenkt; der Arbeiter, der die von seinem Geschäftsherrn gemieteten Werkzeuge benutzt; derjenige, der vom Verleiher das Buch entlehnt usw.

<sup>456</sup> WIEGAND, BSK-OR, Art. 101 N 2. A.M. GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz 3014.

<sup>457</sup> FURRER/WEY, CHK-OR, Art. 101 N 6; KOLLER A., Diss., Rz 150, 288, 332 ff. WIEGAND, BSK-OR, Art. 101 N 5. Vgl. auch WIEGAND, BSK-OR, Art. 101 N 11: Ob das Verhalten der Hilfsperson dem Geschäftsherrn zum Verschulden gereicht, beurteile sich am Verhalten, das der Geschäftsherr *geschuldet hätte*. Im vorliegenden Fall allerdings schuldet der Gläubiger dem Schuldner gerade kein Verhalten. Zum selben Ergebnis gelangt man, wenn man mit SCHWENZER (Rz 23.02), GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (Rz 3034) und dem Bundesgericht (BGE 92 II 15/18) unter dem Kriterium des «funktionalen Zusammenhangs» versteht, dass das Verhalten der Hilfsperson zugleich eine Nicht- oder Schlechterfüllung der vertraglichen Schuldpflicht des Geschäftsherrn darstellt.

eigenes gewesen<sup>458</sup>; eine Haftung für das Mitwirkungsversäumnis seines Ausübungsgehilfen trifft den Gläubiger mangels Pflichtwidrigkeit nicht<sup>459</sup>.

**b.** Eine Haftung des Gläubigers für einen Ausübungsgehilfen (dann eigentlich: einen Erfüllungsgehilfen), dem die Gläubigermitwirkung überlassen ist, kommt vor diesem Hintergrund zum einen dann in Betracht, wenn den Gläubiger bei der (Nicht-)Mitwirkung *Treuepflichten* treffen (Rz 351 ff., 697 ff., 1405). Mit Blick auf solche Treuepflichten, wenn auch nicht mit Blick auf die Mitwirkung an sich, ist der Gläubiger auch Schuldner. Zieht nun der Gläubiger für die Mitwirkung, zu der er nicht verpflichtet ist, eine Hilfsperson bei, so haftet er für den Schaden, den die Hilfsperson dem Schuldner bei dieser Verrichtung adäquat kausal verursacht, wenn ihr schädigendes Verhalten zugleich die Verletzung einer solchen Treuepflicht konstituiert<sup>460</sup> und der Gläubiger nicht beweist, dass der Erfüllungsgehilfe «alle Sorgfalt angewendet hat, die nach dem Schuldverhältnis von ihm selbst zu erwarten war»<sup>461</sup>. 327

**c.** Zu einer Hilfspersonenhaftung des Gläubigers kommt es zum anderen 328 dann, wenn der Gläubiger gesetzlich oder vertraglich zur *Mitwirkung verpflichtet* ist und sein Erfüllungsgehilfe die Mitwirkung versäumt. Dabei spielt es keine Rolle, ob die Mitwirkung als Haupt- oder (leistungsbezogene oder sonstige) Nebenpflicht ausgestaltet ist, weil OR 101 I in all diesen Fällen Anwendung findet<sup>462</sup>. Zieht also der Gläubiger – hier also: der Schuldner der Mitwirkung – einen Dritten bei, der für ihn mitwirken soll, wird der Dritte nicht nur Ausübungsgehilfe (die Mitwirkung bleibt Bestandteil des Forderungsrechts, Rz 138), sondern auch Erfüllungsgehilfe (die Mitwirkung ist hier zugleich Pflicht). Wirkt diese Hilfsperson dann in einer Weise nicht

<sup>458</sup> Vgl. WIEGAND, BSK-OR, Art. 101 N 11 ff.

<sup>459</sup> Nicht eine Haftung, aber immerhin ein Mitverschulden kommt in Betracht, wenn der Schuldner den Gläubiger anlässlich der Erfüllung schädigt und der Schaden vom Ausübungsgehilfen des Gläubigers *mitverursacht* wird. In diesen Fällen ist der Schadensbeitrag des Ausübungsgehilfen analog OR 101 dem Gläubiger zuzurechnen und die Haftung des Schuldners nach OR 99 III i.V.m. 44 I zu reduzieren, sofern das Verhalten des Ausübungsgehilfen dem Gläubiger, hätte er selber so gehandelt, vorwerfbar gewesen wäre (KOLLER A., Diss., Rz 324 ff., 332). Vgl. GAUCH, Werkvertrag, Rz 1922, mit Bezug auf die vom Besteller selbst verschuldeten Mängel, die nach OR 369 zum Verlust seiner Gewährleistungsrechte führen.

<sup>460</sup> Vgl. GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz 3034 (zum funktionellen Zusammenhang, m.w.N.).

<sup>461</sup> WIEGAND, BSK-OR, Art. 101 N 15 m.w.N.

<sup>462</sup> KOLLER A., Diss., Rz 145 ff.

gehörig mit, die dem Gläubiger vorwerfbar wäre, hätte dieser selbst so gehandelt, und fügt sie dem Schuldner dabei Schaden zu, so haftet hierfür der Gläubiger (dazu im Kontext des Bauwerkvertrags: Rz 1335 ff.).

## B. «Auslagerung» der Mitwirkung an Dritte

- 329 1. Erwähnung verdient in diesem Zusammenhang die Konstellation, in der Vertragsparteien übereinkommen, dass eine bestimmte Mitwirkungsleistung nicht vom Gläubiger erbracht wird und auch nicht vom Schuldner zu übernehmen bzw. zu substituieren sei, sondern **von einem Dritten erbracht und verantwortlich** werden soll («Auslagerungsvereinbarung»)<sup>463</sup>. Diese Übereinkunft stellt eine besondere Wegbedingungsvereinbarung dar, deren Tragweite im Einzelfall auszulegen ist.
- 330 a. *Prima vista* erweckt die Abrede den Eindruck, dass die Parteien die normierte Mitwirkungsleistung in dem Sinne «wegbedingen», dass sie nicht Vertragsinhalt bilden und zur «Sache des Dritten» werden soll. Doch solange die Mitwirkungsleistung für die geschuldete Leistung vorausgesetzt ist, *bleibt sie Vertragsinhalt*. Das komplementäre Gefüge von Leistung und Mitwirkungsleistung würde in logisch nicht begründbarer Weise durchbrochen, wenn sich eine mit der Leistung korrespondierende Mitwirkungsleistung in dem Sinne «verselbstständigen» könnte, dass sie – bei gleichbleibender Leistungspflicht – aus dem Vertragsinhalt ausscheidet und neu einem Dritten, nicht mehr aber dem Gläubiger obliegt. Etwas Anderes liesse sich nur vertreten, wenn man annimmt, dass die «Abrede» tatsächlich den fehlenden Rechtsbindungswillen der Parteien indiziert (Rz 28), sodass die Auslagerung der Mitwirkungsleistung darauf hinausläuft, die Leistungspflicht schlechthin als unverbindlich dastehen zu lassen. Doch das tun die Parteien mit einer Auslagerungsvereinbarung vermutungsweise nicht; im Gegenteil ist hiernach anzunehmen, dass die Mitwirkung (und demnach auch die Leistungsbewirkung) durchaus erfolgen soll, nur eben nicht durch den Gläubiger selbst bzw. nicht durch seine Stellvertreter oder Hilfspersonen.

---

<sup>463</sup> Zu beobachten sind solche Abreden bspw. bei Mehrparteienverträgen der Bauwirtschaft («Projektallianzen»/«Projektbündnisse»; vgl. etwa Bertram Zichel, Das Projektbündnis – Kooperation statt Konfrontation, in: Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht, Universität Freiburg i.Ü. [Hrsg.], Schweizerische Baurechtstagung 2015, S. 121 ff.). Regelmässig treten hier der Schuldner (Unternehmer) und der «mitwirkende» Dritte (z.B. ein Planer) hinsichtlich dieser «Mitwirkungsleistung» in ein Vertragsverhältnis, an welchem auch der Gläubiger (der Bauherr) beteiligt ist.

**b.** Daran ändert sich nichts, wenn die Parteien je einzeln oder gemeinsam *mit dem Dritten, dem die Mitwirkungsleistung übertragen werden soll, in ein Vertragsverhältnis* treten. So kann sich zum einen der Schuldner vom Dritten vertraglich versprechen lassen, die Mitwirkungsleistung anstelle des Gläubigers zu erbringen, und so ein klagbares Forderungsrecht auf Mitwirkung gegen den Dritten erwerben. Der Gläubiger kann sich seinerseits vom Dritten versprechen lassen, dass dieser an seiner Stelle die Mitwirkungsleistung an den Schuldner ausrichten werde. Vereinbaren sie dies im Sinne eines echten Vertrags zugunsten eines Dritten (in diesem Fall: zugunsten des Schuldners; OR 112 II), entsteht dem Schuldner hieraus ein Forderungsrecht gegen den Dritten, ohne dass er selbst mit diesem in einem Vertrag stünde. Durch alle diese Rechtsgeschäfte freilich ändert sich im Verhältnis zwischen Schuldner und Gläubiger nichts daran, dass die dem Dritten überantwortete Leistung ihrer Natur nach Gläubigermitwirkung ist und demnach zwischen Schuldner und Gläubiger Vertragsinhalt bleibt.

**2.** Bleibt die ausgelagerte Mitwirkungsleistung nun aber Inhalt des Vertrags, ist dies für die Parteien insofern relevant, als allfällige Versäumnisse des Dritten bei der Erbringung der Mitwirkungsleistung grundsätzlich weiterhin **ein Mitwirkungsversäumnis des Gläubigers** im Sinne von OR 91 begründen. Verletzt der Dritte ausserdem eine auf dem Gläubiger lastende Mitwirkungs- oder Treupflicht (vgl. Rz 1229 ff., 1239 ff.), haftet der Gläubiger dem Schuldner für den entstehenden Schaden nach Massgabe von OR 101 I (vgl. Rz 1335 ff., 1405), und zwar der «Auslagerung» der Mitwirkungsleistung zum Trotz. Das alles gilt zumindest insoweit, als mit der Auslagerungsvereinbarung die Rechtsfolgen des Gläubigerverzugs (die dispositiv sind: Rz 26) und der Hilfspersonenhaftung (vgl. OR 101 II) nicht wenigstens konkludent ausgeschlossen worden sind und der Vertrag diesbezüglich auch sonst keine einschränkenden Abreden enthält. Eine solche «Freizeichnung» des Gläubigers für das Versäumnis des Dritten wird nach den Umständen anzunehmen sein, wenn die Abrede im Ergebnis darauf zielt, den Gläubiger nicht nur von der faktischen Last der Mitwirkung zu erleichtern, sondern ihm auch die Verantwortung für die Mitwirkung abzunehmen. Nicht genügen dürfte hierfür die Vereinbarung, nach welcher der Schuldner den Vertragsvollzug nicht mit dem Gläubiger, sondern mit einem Dritten zu koordinieren habe.

## VI. Verhältnis zu vertraglichen Nebenpflichten des Gläubigers

- 333 Im Schuldverhältnis trägt der Gläubiger regelmässig gewisse Nebenpflichten, die sich aus Gesetz, Vereinbarung oder Gesetzes- bzw. Vertragsergänzung ableiten. Dass die Gläubigermitwirkung im Grundsatz keine Gläubigerpflicht ist, wurde bereits erörtert (Rz 165 ff.); sie gehört mithin nicht zu diesen Gläubigernebenpflichten. Noch ungeklärt und im Folgenden zu vertiefen ist das *Verhältnis* solcher Nebenpflichten zur Gläubigermitwirkung. Weil in der vorliegenden Arbeit die Gläubigermitwirkung aus Vertrag im Vordergrund steht, wird hier auf typische Nebenpflichten fokussiert, die dem Gläubiger im Vertragsverhältnis entstehen: Die leistungsbezogenen Nebenpflichten (**A.**), die Treuepflichten (**B.**) und die Pflicht, sich nicht rechtsmissbräuchlich zu verhalten (**C.**). Ausgeklammert werden spezialvertragliche Nebenpflichten.

### A. Leistungsbezogene Nebenpflichten

- 334 1. Während die Hauptleistungspflichten<sup>464</sup> den Kern des Vertrags ausmachen, bestehen im Schuldverhältnis nach moderner Lehre und Rechtsprechung regelmässig weitere, nicht Hauptleistung bildende, aber **auf die Hauptleistung bezogene Nebenpflichten**<sup>465</sup>. Sie richten sich auf die Herbeiführung und Sicherung des Leistungserfolgs<sup>466</sup>. Sie entspringen entweder einer Gesetzesvorschrift, einer Abrede oder werden unter dem Titel der richterlichen Gesetzes- bzw. Vertragsergänzung – oftmals losgelöst vom erklärten Parteiwillen, unter Berufung auf das Gebot von Treu und Glauben (ZGB 2 I) – zum Vertrag «hinzugezogen», wobei umstritten ist, was für die-

---

<sup>464</sup> Hier verstanden als diejenigen Leistungspflichten, «welche die Parteien veranlasst haben, in rechtsgeschäftlichen Kontakt zueinander zu treten» (HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, BK-ZGB, Art. 2 N 127).

<sup>465</sup> WIEGAND, BSK-OR, Art. 97 N 33 m.w.N. Zum Sprachlichen: GUHL/KOLLER A., § 31 Rz 15: «leistungsorientiert»; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, BK-ZGB, Art. 2 N 127: «leistungsbegleitend» bzw. «leistungsergänzend»; KOLLER A., OR AT, Rz 58.03, 58.05: «leistungsbezogene» Nebenpflichten, die entweder dem Leistungsvollzug oder der Sicherung des Leistungserfolgs dienen (Rz 58.03, 58.05). WEBER, BK-OR, Art. 97 N 73, spricht u.a. von «Durchführungspflichten».

<sup>466</sup> Vgl. WIEGAND, recht 1997, S. 91.

sen Vorgang die Rechtsgrundlage bilde<sup>467</sup>. Ihrer Natur nach jedenfalls sind sie vertragliche Pflichten und deren Verletzung richtet sich nach dem Pflichtverletzungsrecht der OR 97 ff.<sup>468</sup>. In der Literatur finden sich zahlreiche Ansätze, leistungsbezogene Nebenpflichten zu kategorisieren; dabei wird zuweilen an ihrem Schutzobjekt<sup>469</sup>, an ihrer inhaltlichen Nähe zur Leistung, am angeforderten Verhalten (zum Beispiel Aufklärung, Obhut, Beratung) oder an ihre (Nicht-)Klagbarkeit angeknüpft<sup>470</sup>. Zu dieser Kategorisierung kann und soll hier nichts beigetragen werden, doch wird auch keinem dieser Ansätze im Besonderen gefolgt; unter dem Titel der leistungsbezogenen Nebenpflichten sind hier alle mit diesen Ansätzen kategorisierten Pflichten gemeint.

2. Dass Nebenpflichten im Allgemeinen sowohl den Schuldner als auch den 335 Gläubiger treffen können, muss nicht vertieft werden. Nicht von selbst versteht sich allerdings, dass **auch der Gläubiger** Träger von ergänzungsweise geschaffenen, **leistungsbezogenen** Nebenpflichten sein kann. In der Tat werden leistungsbezogene Nebenpflichten in Literatur und Rechtsprechung häufig nur beim Schuldner thematisiert, sodass der Eindruck entsteht, nur er als Träger der Hauptleistungspflicht könne Träger von quasi «akzessorischen», leistungsbezogenen Nebenpflichten sein<sup>471</sup>. Wäre dem so, würde sich

<sup>467</sup> Vgl. HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, BK-ZGB, Art. 2 N 130. KOLLER A., OR AT, Rz 2.77, versteht solche Nebenpflichten als Produkt der Vertrags- und Gesetzesergänzung *modo legislatoris* analog zu bzw. im Sinne von ZGB 1 II/III; JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, ZK-OR, Art. 18 N 614, umschreiben den Vorgang als Vertragsergänzung.

<sup>468</sup> BAUMANN, ZK-ZGB, Art. 2 N 290; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, BK-ZGB, Art. 2 N 131; WIEGAND, BSK-OR, Art. 97 N 32.

<sup>469</sup> Von der Begünstigung des Leistungserfolgs bis zum Schutz absoluter Rechtsgüter des Leistungsempfängers, vgl. HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, BK-ZGB, Art. 2 N 127.

<sup>470</sup> Vgl. z.G. WIEGAND, BSK-OR, Art. 97 N 32–37 und KRAMER, BK-OR, Einl N 89 ff.

<sup>471</sup> So in theoretisch-grundsätzlicher Weise bei WEBER, BK-OR, Art. 97 N 71 und FIK-ENTSCHEER/HEINEMANN, Schuldrecht, Rz 36. KOLLER A., BK-OR, Art. 363 N 260, 262, der die «leistungsorientierten» und «nicht leistungsorientierten» Nebenpflichten offenbar streng dem Schuldner zuweist und dem Gläubigerinteresse dienend darstellt. Vgl. die auf den Schuldner zugeschnittenen Anwendungsbeispiele bei BAUMANN, ZK-ZGB, Art. 2 N 291, u.a. Pflicht des Verkäufers (als Schuldner der Kaufsache) nach CISG 34, dem Käufer die sich auf die Kaufsache beziehenden Dokumente zu verschaffen. Sodann MERZ, BK-ZGB, Art. 2 N 260 («Der Schuldner ist nach Treu und Glauben verpflichtet, alles zu tun, um die richtige Erfüllung der Hauptleistung und die Verwirklichung des Leistungserfolgs zu sichern»). Bestätigt in BGE 113 II 246/247 E. 4, wobei hier unklar bleibt, ob der Schuldner der Hauptleistungspflicht oder ledig-

eine Gegenüberstellung der Gläubigermitwirkung mit leistungsbezogenen Nebenpflichten erübrigen, weil den Gläubiger solche Pflichten nicht treffen könnten. Dass dies aber nicht zutrifft, sei am Beispiel solcher leistungsbezogener Nebenpflichten veranschaulicht, die in der Literatur häufig als Mitwirkungs- und Verschaffungspflichten<sup>472</sup> bezeichnet werden (nachfolgend: «*Mitwirkungsnebenpflichten*»). Ihrem Inhalt nach sollen sie Verhaltensweisen umfassen, die für die Wirksamkeit und/oder Durchführbarkeit des geschlossenen Vertrags oder auch nur eines einzelnen Rechtsgeschäfts erforderlich sind<sup>473</sup>, und die sich in Abhängigkeit vom Geschäftszweck konkretisieren<sup>474</sup>. Dass leistungsbezogene Nebenpflichten offenbar auch den Gläubiger treffen können, ergibt sich zunächst aus *gesetzlichen Mitwirkungsnebenpflichten*, die zugleich echte Mitwirkungspflichten bilden. Zu nennen sind zum Beispiel die bereits erwähnte Mitwirkung des Käufers bei der Verwahrung der beanstandeten Kaufsache (OR 204 I; eine Obhutspflicht), oder die Mitwirkung des Mieters durch die Anzeige der nicht selbst zu behebenden Mängel an den Vermieter (OR 257g I; eine Informationspflicht)<sup>475</sup>. Hinweise dafür, dass Mitwirkungsnebenpflichten ganz allgemein auch den Gläubiger treffen können, ergeben sich in der Literatur sodann einerseits aus *theoretischen Darstellungen*<sup>476</sup>, andererseits aus *Anwendungs-*

---

lich der Schuldner der Nebenpflicht gemeint ist [der dann auch Gläubiger der Hauptleistung sein könnte]). Ähnlich HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, BK-ZGB, Art. 2 N 132 m.V.a. BGE 129 III 604/610 f. E. 4.1., wenn auch ohne die Formel explizit auf den Schuldner einzuschränken.

<sup>472</sup> Vgl. «Verschaffungspflichten» und «Mitwirkungspflichten» als eigenständige Kategorie bei MERZ, SPR VI/1, S. 67 f.; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz 2649 f.; GUHL/KOLLER A., § 2 Rz 29. Demgegenüber «Mitwirkungs- und Verschaffungspflichten» als einheitliche Kategorie bei BAUMANN, ZK-ZGB, Art. 2 N 291.

<sup>473</sup> Vgl. MERZ, SPR VI/1, S. 68 und BAUMANN, ZK-ZGB, Art. 2 N 291.

<sup>474</sup> BAUMANN, ZK-ZGB, Art. 2 N 291.

<sup>475</sup> Zum (Neben-)Pflichtcharakter dieser Bestimmungen siehe HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, BK-ZGB, Art. 2 Fn 228.

<sup>476</sup> So wohl immerhin MERZ, SPR VI/1, S. 68 f. (ohne Unterscheidung der Parteien und unter ausdrücklicher Erwähnung der Schadensverhütungspflicht des Gläubigers in OR 204 III). Sodann BAUMANN, ZK-ZGB, Art. 2 N 291 («[...] welche Mitwirkungs- und Verschaffungsleistungen die Parteien gegenseitig verlangen dürfen [...]»; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, BK-ZGB, Art. 2 N 127 (wonach Nebenpflichten im Allgemeinen u.a. dem Leistungserfolg und dem Schutz der absoluten Rechte «der Gegenpartei» dienen); vgl. a.a.O. auch N 132 I. Lemma, wonach die Verhaltenspflicht, «den Vertragszweck zu fördern und alles zu unterlassen, was diesem entgegensteht», offenbar



*beispielen*: So beispielsweise sei es eine Mitwirkungsnebenpflicht des Arbeitgebers (als Gläubiger der Arbeitsleistung), die Arbeitsbewilligung einzuholen<sup>477</sup> (vgl. AIG 11 III<sup>478</sup>), oder sei es eine Mitwirkungsnebenpflicht der verbeiständeten Person (als Gläubigerin der ihr versprochenen Leistung), das getätigte Rechtsgeschäft von der zuständigen Erwachsenenschutzbehörde genehmigen zu lassen (vgl. ZGB 416)<sup>479</sup>.

3. Wesen und Inhalt von Mitwirkungsnebenpflichten des Gläubigers sollen hier nicht abschliessend untersucht werden. Doch lässt sich schon aus den genannten Beispielen zweierlei ableiten. Erstens **decken** sich die solcherart umschriebenen Mitwirkungsnebenpflichten inhaltlich **mit der Gläubigermitwirkung**, teilweise **aber auch nicht**. Letzteres zeigt sich, wenn man das Beispiel des Gläubigers betrachtet, der (bzw. dessen Beistand) die Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde beizubringen hat<sup>480</sup>. Zweitens sind Mitwirkungsnebenpflichten entgegen ihrer Bezeichnung **nicht immer Pflichten im Rechtssinne**. So resultiert, um auf die Anwendungsbeispiele der Literatur zurückzukommen, das Versäumnis des Arbeitgebers, eine Arbeitsbewilligung gemäss AIG 11 III einzuholen, normalerweise in seinem Gläubigerverzug gemäss OR 324, aber nicht in einer Pflichtverletzung<sup>481</sup>.

---

nicht auf den Schuldner begrenzt wird (anders im dort zitierten BGE 129 III 603 E. 4.1 [recte: E. 4.2.1]).

<sup>477</sup> Vgl. MERZ, SPR VI/1, S. 68.

<sup>478</sup> Die Arbeitsbewilligung ist bei unselbstständiger Erwerbstätigkeit des (ausländischen) Arbeitnehmers vom Arbeitgeber (als Gläubiger der Arbeitsleistung) einzuholen (AIG 11 III). Wird die Arbeitstätigkeit ohne Arbeitsbewilligung aufgenommen, setzen sich die Parteien – auch der Arbeitnehmer – einer strafrechtlichen Verfolgung nach AIG 115 ff. aus, weshalb die Einholung der Bewilligung zu Recht als erfüllungsrelevante «Vorbereitungshandlung» des Arbeitgebers bezeichnet wird (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, ArbV-Komm-OR, Art. 324 N 3).

<sup>479</sup> Die Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde (bspw. zur Bebauung der Liegenschaft des Verbeiständeten) ist vertretungsweise vom Beistand bzw. direkt von der betreuten Person einzuholen (VOGEL, BSK-ZGB, Art. 416/417 N 2 m.V.).

<sup>480</sup> Diese Mitwirkung dient nicht dazu, dem Schuldner die Leistung rechtlich oder faktisch zu ermöglichen bzw. zumutbar zu machen (Erfüllungsrelevanz), denn eine Leistungspflicht existiert mangels gültigem Vertrag noch nicht (siehe zum Zeitraum der Gläubigermitwirkung Rz 90 ff.). Die Zustimmung führt vielmehr zur Gültigkeit *ex tunc* des bis anhin in der Schwebe befindlichen Rechtsgeschäfts des Verbeiständeten und damit zur Gültigkeit *ex tunc* des Vertrags (BIDERBOST, FamKomm-ZGB, Art. 418 N 2; PETERMANN, OFK-ZGB, Art. 19b N 2).

<sup>481</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, ArbV-Komm-OR, Art. 324 N 3.

Auch der verbeiständete Gläubiger, der es versäumt, die Genehmigung vonseiten der Erwachsenenschutzbehörde einzuholen, verhält sich nicht pflichtwidrig (vgl. Fn 480). Die Rechtsfolge dieser «Verletzung» liegt allein darin, dass der in der Schwebе befindliche Vertrag nicht gültig wird. Schadenersatzpflichtig wird der verbeiständete Kontrahent nur, wenn er den anderen zur irrtümlichen Annahme seiner Handlungsfähigkeit verleitet hat (OR 452 III), was freilich ein ausserhalb der Mitwirkung liegender Pflichtwidrigkeitstatbestand ist. Die Verbindlichkeit des angeforderten Verhaltens ergibt sich damit nicht schon aus der Bezeichnung eines Verhaltens als Mitwirkungsnebenpflicht (oder als «Mitwirkungs- und Verschaffungspflicht»), sondern, wie dies auch für den Sammelbegriff der «Obliegenheit» festzustellen ist (Rz 142), aus der jeweiligen Rechtsgrundlage der Verhaltensanforderung im Einzelfall.

337 **4. Im Ergebnis** sind solche «Mitwirkungs- und Verschaffungspflichten», die hier illustrativ als Typus der leistungsbezogenen Nebenpflicht dargestellt sind, relativ *konturenlos*: Mitwirkungsnebenpflichten können sowohl den Schuldner als auch den Gläubiger treffen. Inhaltlich beschlagen sie auf der Seite des Gläubigers schwergewichtig dessen Mitwirkung im hier verstandenen Sinne, gehen aber auch darüber hinaus. Punkto Verbindlichkeitsgrad können sie – gerade im Fall der gesetzlichen Beispiele – echte Rechtspflichten sein, können aber auch vertragliche oder vorvertragliche Obliegenheiten meinen. In diesem terminologisch sehr weiten Sinne verwendet, liesse sich die Gläubigermitwirkung mithin *immer* als «Mitwirkungs- und Verschaffungspflicht» oder als Mitwirkungsnebenpflicht des Gläubigers bezeichnen. Doch wird dieser Terminologie in dieser Arbeit aus folgenden Gründen nicht gefolgt:

338 **a.** Der weitere Begriff ist notwendigerweise auch der *unpräzisere*. Mitbezeichnet werden mit «Mitwirkungs- und Verschaffungspflichten», wie gesehen, auch solche Gläubigerverhalten, die nicht zu seiner Mitwirkung zählen, und noch dazu wird vernebelt, ob das angeforderte Verhalten nun eine Rechtspflicht bilde oder nicht. Diese terminologische Schwäche haftet nicht nur den Mitwirkungsnebenpflichten an, sondern der Kategorie der leistungsbezogenen Nebenpflicht schlechthin: Soweit es um Produkte der Gesetzes- oder Vertragsergänzung geht, sollen mit dieser Kategorie ungeschriebene Verhaltensanforderungen erfasst werden, die der modernen Vorstellung entspringen, dass das Schuldverhältnis nicht nur von der Hauptleistungspflicht

lebt, sondern ein «Biotop» weiterer Verhaltensanforderungen bildet<sup>482</sup>. Die Kategorie hat damit aber rein *deskriptive Funktion* und umschreibt weder Rechtsgrundlage noch Verbindlichkeit der bezeichneten Verhaltensanforderung.

**b.** Anders als gewisse Nebenpflichten wird die Gläubigermitwirkung *inhaltlich* nicht durch Gesetzes- oder Vertragsergänzung bestimmt; die Regel von OR 91 impliziert vielmehr, dass dem Gläubiger automatisch alle erfüllungsrelevanten Beiträge zur Leistungsbewirkung obliegen, zu denen der Schuldner nicht selbst verpflichtet ist (Rz 10 f.). Mitwirkungsnebenpflichten, aber auch leistungsbezogene Nebenpflichten schlechthin vermögen diese Erfüllungsbeiträge begrifflich (mit) zu erfassen, nicht aber inhaltlich zu bestimmen. Mit anderen Worten findet sich in der Kategorie der leistungsbezogenen Nebenpflicht des Gläubigers keine Antwort auf die Frage, welche Mitwirkungsleistungen der Gläubiger zu erbringen habe, weil die Antwort im Vertrag durch den Inhalt der Leistung determiniert ist. 339

**c.** Auch in der anderen, nebst dem Inhalt der Gläubigermitwirkung interessierenden Frage des *Verbindlichkeitsgrads* vermögen leistungsbezogene Nebenpflichten nichts beizutragen, weil, wie gesagt, die Rechtsgrundlage einer Verhaltensanforderung – und nicht die Terminologie – bestimmt, wie verbindlich das angeforderte Verhalten für den Gläubiger ist. Ist also der Verbindlichkeitsgrad eines Gläubigerverhaltens innerhalb eines streitigen Vertrags zu erforschen, ist man wiederum auf die Auslegung und gegebenenfalls Ergänzung des betreffenden Vertrags verwiesen (dazu schon Rz 210 ff., 281 ff.). 340

## B. Treue- und Sorgfaltspflichten («Treuepflichten»)

### 1. Grundlegung

**1.** Die Vertragsparteien tragen neben den dargestellten leistungsbezogenen Nebenpflichten (dazu Rz 334 ff.) weitere Nebenpflichten, die nicht auf den Leistungserfolg – aus Sicht des Gläubigers: auf sein Erfüllungsinteresse – zielen, sondern auf den gegenseitigen Schutz des Status quo ihres jeweiligen 341

<sup>482</sup> Vgl. auch HÜFFER, Habil., S. 221 f. («Schuldverhältnis im weiteren Sinne»); ESSER/SCHMIDT, S. 87 (das Schuldverhältnis als «Gefüge», «Organismus», «konstante Rahmenbeziehung»).

Rechtsgüterbestands<sup>483</sup>, oder wie auch gesagt wird, auf die Erhaltung ihrer «Kontaktrechtsgüter»<sup>484</sup>. Verhaltensweisen, die solcherart das **Erhaltungs- bzw. Integritätsinteresse** der Parteien schützen, sind Gegenstand gegenseitiger Sorgfalts- und Treuepflichten und werden nachfolgend vereinfachend unter die «Treuepflichten» der Parteien gefasst<sup>485</sup>. Hierunter sind die Parteien zu einem loyalen, die Interessen der Gegenpartei berücksichtigenden Verhalten verpflichtet<sup>486</sup>. Auch vertragliche Treuepflichten entstehen von Gesetzes wegen (beispielsweise OR 328), durch Vereinbarung oder durch richterliche Gesetzes- bzw. Vertragsergänzung. In letzterem Fall wird dies auf die Grundlage von Treu und Glauben gestellt (ZGB 2 I) und die Treuepflichten direkt von diesem Gebot abgeleitet, ohne dass sie auf das konkrete rechtsgeschäftliche Handeln der Parteien zurückgeführt werden könnten. Ihrer Wertung nach gleichen die so geschaffenen Treuepflichten den Verhaltenspflichten des Deliktsrechts, doch werden sie, weil sie im vertraglichen Kontext stehen, als *vertragliche Pflichten* angesehen<sup>487</sup>, was freilich nicht ohne Kritik

---

<sup>483</sup> Vgl. KRAMER, BK-OR, Einl N 98 m.w.N.

<sup>484</sup> Vgl. MIDDENDORF, Diss., Rz 168 m.w.N.; siehe auch KRAMER, BK-OR, Einl N 98: «Kontaktschädigungen».

<sup>485</sup> Die Ansätze in der Literatur, diese Gruppe von Nebenpflichten zu kategorisieren und zu strukturieren, sind vielfältig. Die wohl umfassendste Bezeichnung ist die «Verhaltenspflicht» (BERGER, Diss., S. 6 ff.; WIEGAND, BSK-OR, Art. 97 N 34). Bei vertraglichen Nebenpflichten, die auf die Bewahrung absolut geschützter Rechtsgüter zielen, ist oft von Verkehrssicherungs-, Sicherungs- oder Schutzpflichten die Rede. Siehe etwa HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, BK-ZGB, Art. 2 N 127, 132 und BGE 113 II 246/250 E. 6c («vertragliche Nebenpflicht»); KOLLER A., OR AT, Rz 2.83; KRAMER, BK-OR, Einl N 97 ff.; MERZ, BK-ZGB, Art. 2 N 266 ff., 269; SCHWENZER, Rz 50.33 (Gleichsetzung der Verkehrssicherungspflichten mit dem Gefahrensatz); DIES., Rz 67.08 («Obhuts- und Schutzpflichten»); WEBER, BK-OR, Art. 97 N 73. In dieser Arbeit wird der Begriff der Treuepflicht verwendet, weil er andeutet, dass (i.) im hier interessierenden Kontext (namentlich: die Pflicht des Gläubigers zur Säumnisanzeige) nicht absolut geschützte Rechtsgüter des Vertragspartners im Vordergrund stehen, sondern reine Vermögensschäden, und (ii.) es nicht um irgendein «Schutzverhalten» des Schuldners geht, sondern um die vernünftigerweise zu erwartende Loyalität und «Fairness», eben «Treue» im Vertragsvollzug.

<sup>486</sup> WIEGAND, BSK-OR, Art. 97 N 34. Vgl. RIEMER, § 5 Rz 4.

<sup>487</sup> Vgl. z.G. HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, BK-ZGB, Art. 2 N 127, 138 (Treu und Glauben als «eigenständige Haftungsgrundlage»), N 139 («vertragsergänzende Verhaltenspflichten» im Rahmen eines bestehenden Vertragsverhältnisses); WIEGAND, BSK-OR, Art. 97 N 35 f.; siehe auch BGE 121 III 358/360 E. 4a («vertragliche» Haftung des Bergbahnunternehmens, weil die Skifahrer nach dem «Vertrauensgrundsatz» nicht nur mit dem Transport rechnen dürfen, sondern auch mit der Pistensicherheit und dem

bleibt<sup>488</sup>. Im Unterschied zum Deliktsrecht und der dort herrschenden objektiven Widerrechtlichkeitstheorie jedenfalls bedarf es hier zur Begründung der Pflichtwidrigkeit bei reinen Vermögensschäden keiner Umwege<sup>489</sup>; es genügt bereits die Verletzung des vertraglichen Handlungsgebots<sup>490</sup>.

2. Vertragliche Treuepflichten, die weder gesetzlich verankert noch vereinbart sind, sondern richterlich ergänzt werden müssen, konkretisieren sich (i.) normalerweise erst im Nachgang zur Verletzung eines Rechtsguts und im Rahmen der damit einhergehenden gerichtlichen Auseinandersetzung, und (ii.) stets unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalls. Der Streit um den (Nicht-)Bestand und Umfang vertraglicher Treuepflichten läuft in der Praxis somit auf eine rückwärtsgerichtete Wiederaufbereitung der konkreten Geschehnisse hinaus, von denen dann vor dem Hintergrund der vereinbarten Leistungspflichten abgeleitet wird, wie sich der pflichtwidrig Handelnde richtigerweise zu verhalten gehabt hätte, um die Rechtsgüter seines Vertragspartners pflichtgemäss zu schonen. Dennoch sei hier versucht, den **Inhalt** zumindest jener Treuepflichten, die später im Zusammenhang mit der Gläubigermitwirkung interessieren, **abstrakt zu umreissen**. 342

a. Zurückgreifen lässt sich hierfür auf die in *Rechtsprechung und Literatur* entwickelten *Umschreibungen* vertraglicher und ausservertraglicher Sorgfaltspflichten. Deren vollständige Wiedergabe würde den Rahmen dieser Untersuchung sprengen, doch genügen zur Illustration schon ausgewählte Konkretisierungen. So gilt nicht nur im Deliktsrecht, sondern auch im Vertrag, dass derjenige, der einen Gefahrenzustand schafft, verpflichtet ist, alle zur Vermeidung des drohenden Schadens nötigen Vorsichtsmassnahmen zu 343

---

Rettungsdienst) m.V.a. BGE 113 II 246/250 E. 6c. Bekräftigend betr. deren Natur als *vertragliche* Pflicht: BGE 130 III 193/195 E. 2.2.

<sup>488</sup> Z.G.: HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, BK-ZGB, Art. 2 N 138 f., 145 ff.; HAUSHEER/JAUN, Rz 3.76 ff. Andere Lösungen liegen etwa darin, die auf absolut geschützte Rechtsgüter gerichteten «Schutzpflichten» auf die Grundlage des Deliktsrechts zu stellen (KOLLER A., AJP 1992, S. 1486; SCHWENZER, Rz 67.08: «an das Vertragsrecht angepasste deliktische Verhaltenspflichten») oder alle auf Vertrauensschutz zielenden Nebenpflichten als Ausfluss des sog. einheitlichen gesetzlichen Schuldverhältnisses aufzufassen (KRAMER, BK-OR, Einl N 98; dazu auch WIEGAND, BSK-OR, Art. 97 N 35).

<sup>489</sup> Vgl. GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz 2879 f.; SCHWENZER, Rz 14.17.

<sup>490</sup> Vgl. WIEGAND, BSK-OR, Art. 97 N 33, wonach es bei solchen Nebenpflichten um den Schutz der «Integrität der Rechts- und Vermögenssphäre» des Vertragspartners gehe (H.h.).

treffen (Gefahrensatz<sup>491</sup>; auch: *neminem laedere*<sup>492</sup>). Diese Pflicht trifft eine Vertragspartei sowohl, wenn sie einen gefährlichen Zustand geschaffen hat als auch wenn sie diesen Zustand zwar nicht selber geschaffen hat, wohl aber aufrechterhält<sup>493</sup>. Dieselbe Wertung widerspiegelt sich im Grundsatz, wonach die Vertragsparteien ihre Rechtsgüter gegenseitig bewahren müssen und jede Partei zu diesem Zweck alle in ihrem Machtbereich liegenden, geeigneten und zumutbaren Schutz- und Schonungsmassnahmen zu treffen habe, die erforderlich sind, um die andere vor voraussehbaren Gefahren zu schützen<sup>494</sup>. Dabei steht weniger im Vordergrund, wer sich in wessen Machtsphäre begibt und bewegt, sondern vielmehr, dass die Machtsphären schlechthin in Kontakt geraten: Weil jede Partei bei der Berührung des Machtbereichs der anderen Partei schonend umzugehen hat<sup>495</sup>, muss sowohl diejenige Partei, die sich in den Machtbereich der anderen «begibt», als auch

---

<sup>491</sup> MERZ, SPR VI/1, S. 65; BGE 129 III 604/612 E. 4.2.1: «En particulier, lorsqu'un état de choses dangereux est créé en rapport avec l'exécution du contrat, l'obligation principale est assortie d'un devoir général d'assurer la sécurité du cocontractant, de protéger sa vie et sa santé [...]». Vgl. für das Deliktsrecht zwar BGE 124 III 297/300 f. E. 5b, wonach der Gefahrensatz allein keine eigenständige Schutznorm darstellt, aus welcher der Schutz reiner Vermögensschäden abgeleitet werden könne. Im Vertrag lässt sich das in Berufung auf den «Vertrauensgrundsatz» umschiffen, BGE 121 III 358/360 E. 4a: vertragliche Haftung des Bergbahnunternehmens, weil die Skifahrer nach dem Vertrauensgrundsatz nicht nur mit dem Transport, sondern auch mit der Pistenicherheit rechnen dürfen.

<sup>492</sup> Vgl. BGE 133 III 6/10 E. 5.1.

<sup>493</sup> BGE 123 III 306/312 E. 4a («Quant à la faute, elle peut consister, notamment, dans le fait de créer ou de laisser subsister un état de choses dangereux pour autrui sans prendre toutes les mesures commandées par les circonstances afin d'empêcher un dommage de se produire [...]»). Vgl. auch FELLMANN/KOTTMANN, Rz 580 (Voraussetzung, dass der Gläubiger die Gefahr bei genügender Aufmerksamkeit überhaupt erkennen kann) m.V.a. OFTINGER/STARK, Bd. II/1, § 16 Rz 31 f.; siehe auch SCHWENZER, Rz 50.32.

<sup>494</sup> Vgl. WEBER, BK-OR, Art. 97 N 72–74 (offenbar ohne zu differenzieren, ob die Gefahr vom verpflichteten Vertragsteil geschaffen worden ist oder nicht). Vgl. BGer 4A\_494/2010 (07.12.2010) E. 4, wonach eine solche Massnahme auch in der Mitteilung der Gefahr an den Vertragspartner liegen kann, wenn die Gefahr für letzteren «nur schwer erkennbar» ist (m.V.a. GAUCH, Werkvertrag, Rz 1321).

<sup>495</sup> WEBER, BK-OR, Art. 97 N 75 (Bsp.: Schadensverhütungspflicht; sorgfältiges Umgehen mit anvertrauten Sachen).

diejenige Partei, welche die andere in ihrem Machtbereich «empfängt», die geeigneten Schutzmassnahmen treffen<sup>496</sup>.

**b.** Sodann sind auch Tatbestände der *Vertrauenshaftung* heranzuziehen, mit 344 denen im ausservertraglichen Bereich reine Vermögensschäden ersatzfähig gemacht werden<sup>497</sup>. Auch diese Tatbestände konkretisieren, worin – auch im Vertrag – die gegenseitig geschuldete Sorgfalt besteht, mit der auf die Bewahrung der Rechtsgüter hinzuwirken ist. Unter dem Titel der *culpa in contrahendo* leitet das Bundesgericht aus Treu und Glauben ab, dass «die Parteien bei Aufnahme von Vertragsverhandlungen zur gegenseitigen richtigen Aufklärung mit Bezug auf erhebliche Tatsachen [verpflichtet sind], welche die Gegenpartei nicht kennt und nicht zu kennen verpflichtet ist, die aber ihren Entscheid über den Vertragsschluss oder dessen Bedingungen beeinflussen können». Zu berücksichtigen ist unter anderem, wie lange die Parteien bereits miteinander in Beziehung stehen, ob sie geschäftserfahren sind, ob dem Geschädigten die Selbstinformation zumutbar ist und auch, ob die Parteien gegenseitig allzu voreiliges Vertrauen «proaktiv» vereitelt haben<sup>498</sup>. Treuwidrig ist insbesondere das Erwecken von unberechtigtem Vertrauen in eine künftige Tatsache, obwohl der vertrauenserweckende Teil weiss, dass diese Tatsache so nicht eintreffen wird<sup>499</sup>. Der *Haftung für Rat und Auskunft* lässt sich der Gedanke entleihen, dass gegenseitige Auskünfte und Mitteilungen, welche die Parteien einander im Zusammenhang mit dem Vertragsvollzug zukommen lassen, wahr sein müssen oder wenigstens nicht wider besseres Wissen, leichtfertig oder unvollständig erteilt werden dürfen, soweit die Auskunft erkennbar der Willensbildung der Gegenseite dient. Stützen lassen sich diese Überlegungen sinngemäss auch auf das Gebot der Ernsthaftigkeit bei Vertragsverhandlungen<sup>500</sup>.

<sup>496</sup> Vgl. GAUCH, Werkvertrag, Rz 1321 (mit besonderem Blick auf den Besteller im Werkvertrag, m.E. aber verallgemeinerungsfähig).

<sup>497</sup> Vgl. HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, BK-ZGB, Art. 2 N 175 ff.

<sup>498</sup> Vgl. HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, BK-ZGB, Art. 2 N 163 im Kontext der *culpa in contrahendo*.

<sup>499</sup> Analog zum Fall, da ein Verhandlungspartner beim anderen das Vertrauen in einen möglichen Vertragsabschluss erweckt, obwohl er weiss, dass es nicht so weit kommen wird (HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, BK-ZGB, Art. 2 N 163; eingehend zu den einzelnen Pflichten im Vertragsverhandlungsverhältnis: MONN, Diss., Rz 671 ff.).

<sup>500</sup> HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, BK-ZGB, Art. 2 N 169 f.

345 c. Mit Blick auf die *konkreten Verhaltensweisen*, die unter der Treuepflicht anlässlich des Vertragsvollzugs geschuldet sind: Hat eine Vertragspartei im Rahmen der Vertragserfüllung etwas zu tun, hat sie dieses *Tun* allzeit mit der objektiv gebotenen Sorgfalt zu verbinden, damit das Tun dem Vertragspartner nicht gefährlich wird. Das entzieht sich einer vom Einzelfall losgelösten Beschreibung. Hat sie zugunsten der anderen Partei etwas zu *dulden* oder zu *unterlassen*, birgt aber die konkrete Situation für die andere Partei Gefahren, so stehen dem Duldenden/Unterlassenden zwei Optionen zur «Entschärfung» der Gefahr offen: Er kann entweder die Gefahr eigenhändig eliminieren bzw. neutralisieren, oder stattdessen seinen Vertragspartner über Bestand und Umfang der Gefahr aufklären. Indem der Verpflichtete die Informationsasymmetrie zwischen ihm und seinem Vertragspartner ausgleicht, versetzt er diesen in den Stand, selber Schutzmassnahmen gegen die drohende Gefahr zu treffen. Eine Ausnahme gilt, wenn die Gefahr dem Einflussbereich des Verpflichteten entstammt und deren Realisierung vernünftigerweise selbst dadurch nicht verhindert werden könnte, dass er seinen Vertragspartner angemessen aufklärt und dieser infolgedessen alle nötige Vorsicht an den Tag legt<sup>501</sup>. Hier muss der Treuepflichtige überdies die Gefahr beherrschen bzw. beseitigen oder allenfalls seinen Vertragspartner bei ebendem unterstützen («*Massnahmenfall*»). Alle dem Verpflichteten abgeforderten Massnahmen aber müssen ihm jedenfalls zumutbar sein (Rz 348, 361).

346 3. Die **Massgabe für die «Pflichthaftigkeit»** der gegenseitig zu pflegenden Vorsicht, Sorgfalt und Treue ist das Gebot von Treu und Glauben (ZGB 2) und damit eine Blankettnorm, die einen Wertungsentscheid des Gerichts erfordert. Zur Pflicht wird für eine Partei die angeforderte Sorgfalt und Treue, wenn das Vertrauen der Gegenpartei darauf als berechtigt und schützenswert erscheint<sup>502</sup>, was wiederum der Fall ist, wenn es der Erwartung entspricht, die eine vernünftige und redlich handelnde Vertragspartei an das unausgesprochene bzw. ungeschriebene Mass an Rücksichtnahme der Gegenpartei haben darf. Geschützt ist die objektiv berechnete Erwartung einer Vertragspartei, dass die Gegenpartei ihre vertraglichen Rechte und Pflichten im Vertragsvollzug<sup>503</sup> so wahrnehmen werde, dass sie den Status quo des

---

<sup>501</sup> Vgl. BGE 130 III 193/196 E. 2.3.

<sup>502</sup> HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, BK-ZGB, Art. 2 N 138.

<sup>503</sup> Der *Konnex zum Vertragsvollzug* ist zwingend, ansonsten der massgebliche Haftungsgrund seiner Natur nach nur als ausservertraglich erachtet werden kann. Vgl. das Bsp. bei CHAPUIS, AJP 2005, S. 654 Fn 9: Der Verkäufer, der seinen Kunden zufällig auf der Strasse anfährt, verletzt keine vertragliche Pflicht.



Rechtsgüterbestands ihres Vertragspartners nicht in vermeidbarer Art und Weise verschlechtert. Die *Pflichtwidrigkeit* ergibt sich umgekehrt aus der Verletzung dieser objektiv gebotenen Sorgfalt und Umsicht durch die schädigende Partei<sup>504</sup>. Aus diesen Grundsätzen ergeben sich bei der ergänzungsweisen Schaffung von Treuepflichten gewisse **Limitierungen**:

a. Es wurde festgestellt, dass auch derjenige sich verantwortlich macht, der eine Gefahr zwar nicht schafft, aber pflichtwidrig bestehen lässt (Rz 343). Massgeblich für die Begründung einer Treuepflicht ist damit nicht die Verursachung der Gefahr, sondern erst deren *objektive Erkennbarkeit*. Abzustellen ist dabei auf den im Zivilrecht geltenden objektivierten Sorgfaltsmassstab: Eine Gefahr ist hiernach erkennbar, wenn sie von einem vernünftigen Dritten aus dem betreffenden Verkehrskreis unter denselben Umständen erkannt worden wäre<sup>505</sup>. Die Erkennbarkeit der Gefahr ist auf beiden Seiten des Vertrags entscheidend. Soweit die Gefahr nur für den Schädiger erkennbar war, für den Geschädigten aber nicht oder zumindest «nur schwer»<sup>506</sup>, trifft den Schädiger grundsätzlich eine Treuepflicht, unabhängig davon, ob er die Gefahr effektiv erkannt hat oder nicht. War die Gefahr demgegenüber auch für die geschädigte Partei objektiv erkennbar, fragt sich, ob überhaupt Raum für eine Treuepflicht verbleibt und falls ja, ob die geschädigte Partei nicht wenigstens eine Reduktion ihres Schadenersatzanspruchs in Kauf nehmen muss, weil sie ihre Schadenminderungsobliegenheit verletzt hat (vgl. Rz 1510). Auf die objektive Erkennbarkeit kommt es bei einer Partei demgegenüber nicht an, wenn sie von der Gefahr wusste.

b. Selbst wenn eine Gefahr dem Schädiger bekannt ist bzw. für ihn objektiv erkennbar ist, schuldet er nicht alle denkbaren Gefahrenverhinderungs- oder Gefahrenverhütungsmassnahmen, sondern nur die im Rahmen der Verkehrsübung erforderlichen und möglichen, d.h. ihm *zumutbaren Massnahmen*<sup>507</sup>. Welche Massnahmen zum zumutbaren Kreis gehören, beurteilt sich im kon-

---

<sup>504</sup> Vgl. WEBER, BK-OR, Art. 97 N 38 zur Unterscheidung der Sorgfalt als Gegenstand des Geschuldeten (Leistungsinhalt) einerseits und – wie sie hier interessiert – als Verhaltensmaxime anlässlich der Erfüllung von Leistungspflichten andererseits.

<sup>505</sup> Vgl. SCHWENZER, Rz 22.03 (objektivierter Fahrlässigkeitsmassstab).

<sup>506</sup> Vgl. GAUCH, Werkvertrag, Rz 1321 (dort im Kontext des Werkvertrags).

<sup>507</sup> Anschaulich KOLLER A., OR AT, Rz 48.08–48.11.

kreten Einzelfall<sup>508</sup>. In Bezug auf Massnahmenfälle (Rz 345) ist zusätzlich zu beachten, dass eine über die Information des Vertragspartners hinausgehende Schutzmassnahme des Verpflichteten im Grundsatz nicht zumutbar ist, wenn die Gefahr ausserhalb seines Einflussbereichs begründet liegt und er sie nicht selbst gesetzt hat.

- 349 c. Ein massgeblicher Faktor ist der *Zeitpunkt, in dem der Verpflichtete die Gefahr anzeigt bzw. die schadensverhütende Massnahme vornimmt oder vornehmen sollte*. Kann der Treuepflicht schon dadurch nachgelebt werden, dass dem Vertragspartner die Gefahr einfach *mitgeteilt* wird, steht im Vordergrund, wann die Gefahr erkennbar wurde<sup>509</sup> und wieviel Zeit bis zur Mitteilung verstrichen ist. Teilt der Verpflichtete seinem Vertragspartner die Gefahr mit, sobald sie erkennbar wird, erfüllt er grundsätzlich seine Treuepflicht. Erkennt der Verpflichtete die Gefahr so spät, dass seinem Vertragspartner die Abwendung des Schadens vernünftigerweise nicht mehr möglich ist, so gereicht ihm die späte Anzeige nicht zum Vorwurf, wenn die Gefahr nicht früher zu erkennen war; ein Pflichtwidrigkeitsvorwurf trifft ihn möglicherweise dennoch, wenn er die Gefahr selbst gesetzt hat<sup>510</sup>. Erkennt der Verpflichtete die Gefahr erst nachdem er sie hätte erkennen müssen, erfüllt er seine Treuepflicht trotzdem, wenn der zeitliche Vorlauf für den Vertragspartner noch so gross ausfällt, dass diesem die Schadensabwendung vernünftigerweise noch möglich ist. Hat der Verpflichtete demgegenüber die Gefahr erkannt, aber so lange mit deren Mitteilung zugewartet, dass dem anderen Vertragsteil die Schadensabwendung vernünftigerweise nicht mehr möglich ist, verletzt er wiederum seine Treuepflicht. Liegt ein Massnahmenfall vor (Rz 345), ist zu beachten, dass die Vertragspartei auch dann noch zur blossen Mitteilung der Gefahr verpflichtet sein kann, wenn die Zeit vernünftigerweise nicht mehr für die Beseitigungs- oder Verhütungsmassnahme aus-

---

<sup>508</sup> Im Wesentlichen so abzuleiten aus BGE 130 III 193/196 E. 2.3. Vgl. HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, BK-ZGB, Art. 2 N 162 zum Kriterium der Zumutbarkeit auch im Zusammenhang mit der *culpa in contrahendo*.

<sup>509</sup> Anderes gilt natürlich, wenn der Verpflichtete bereits vor Eintritt der objektiven Erkennbarkeit nachweislich von der Gefahr wusste: Diesfalls bemisst sich die Zeitspanne zwischen dem Zeitpunkt, in welchem der Verpflichtete Kenntnis der Gefahr erlangt hat und der Massnahme.

<sup>510</sup> Wiederum anders aber, wenn die späte (oder ausbleibende) Anzeige daher rührt, dass für den Verpflichteten nicht vorauszusehen war, dass er eine Gefahr setzen würde. Bsp. i.Z.m. dem Mitwirkungsversäumnis: Der Gläubiger wird überraschend von Dritten an der Mitwirkung gehindert.

reicht; mit anderen Worten kann sich der Verpflichtete nicht auf den Standpunkt stellen, wenn ihm eine Massnahme zeitlich nicht mehr möglich sei, müsse er zugunsten des Vertragspartners überhaupt nichts mehr unternehmen.

d. Bei den vertraglichen Treuepflichten decken sich im Wesentlichen das *Pflichtwidrigkeits-* und das *Verschuldenskriterium*: Die objektive Pflichtverletzung indiziert immer zugleich auch das Verschulden<sup>511</sup>, weil beide Kriterien an derselben Massgabe, der Sorgfalt anknüpfen. War also beispielsweise eine Gefahr dem schädigenden Vertragsteil unbekannt und für diesen auch nicht erkennbar, scheitert seine Haftbarkeit nicht nur am fehlenden Verschulden, sondern bereits an der eigentlichen Sorgfaltsanforderung, die Gefahr zu beseitigen und damit am Fehlen einer Treuepflicht schlechthin. Siehe die weiteren Präzisierungen im Kontext des Bauwerkvertrags: Rz 1403 f.

## 2. Treuepflichten infolge des Mitwirkungsversäumnisses

1. Anlässlich der Gläubigermitwirkung werden sich die Vollzugshandlungen der Parteien regelmässig in irgendeiner Weise berühren, womit der für Treuepflichten konstitutive «Kontakt» zwischen den Parteien bzw. ihren Rechtsgütern entsteht. Dabei ist unbeachtlich, dass der Gläubiger im Zuge seiner (Nicht-)Mitwirkung lediglich ein Recht (nicht) ausübt: Treuepflichten *des Gläubigers*, die weder gesetzlich verankert noch vereinbart sind, sondern richterlich ergänzt werden, beruhen auf dem Gedanken, dass jede Vertragspartei sowohl bei der Erfüllung ihrer Pflichten als auch **bei der Ausübung ihrer Rechte nach Treu und Glauben** zu handeln habe, wie dies ZGB 2 I ausdrücklich vorsieht<sup>512</sup>. Das trifft auch und vor allem den Gläubiger, dessen Mitwirkung an der Leistungsbewirkung nichts anderes ist als die Ausübung seines Forderungsrechts (Rz 134 ff.). Aber auch seine Nichtmitwirkung, d.h. sein vorübergehender Verzicht auf die Geltendmachung seines Forderungsrechts, ist eine Form der Rechtsausübung, weil jedes Recht normalerweise auch das Recht beinhaltet, auf dessen Geltendmachung zu verzichten (vgl.

---

<sup>511</sup> Siehe z.B. SCHWENZER, Rz 22.21. Vgl. zur Überlappung des Pflichtwidrigkeits- und Verschuldenskriteriums bei Treuepflichten, die nach hier vertretener Auffassung keine vollständige ist: Rz 1403 f.

<sup>512</sup> MERZ, BK-ZGB, Art. 2 N 17.

Rz 134)<sup>513</sup>. Nach Treu und Glauben zu handeln hat der Gläubiger also sowohl dann, wenn er mitwirkt, als auch, wenn er nicht mitwirkt.

- 352 **2.** Im erstgenannten Fall geht es um die Treuepflicht des Gläubigers, *wenn* er denn mitwirkt, dies mit der gebotenen Sorgfalt zu tun, ansonsten er dem Schuldner für den unsorgfältig verursachten Schaden verantwortlich wird<sup>514</sup>. Von dieser Pflicht, deren Verletzung die *Schlechtmitwirkung* ist, ist im Weiteren nicht die Rede (vgl. dazu Rz 708 ff.). Im Vordergrund stehen hier stattdessen die Treuepflichten, die der Gläubiger trägt, **wenn und weil er die Mitwirkung versäumt bzw. versäumen wird**. Nicht gemeint sind damit eigentliche Mitwirkungspflichten des Gläubigers, denn Treuepflichten richten sich nicht auf die Leistungsbewirkung, sondern auf den Rechtsgüterschutz. Durch die Ergänzung des Vertrags mit einer Treuepflicht wird nie eine Mitwirkungsobliegenheit des Gläubigers in eine Mitwirkungspflicht «verwandelt». Treuepflichten beinhalten vielmehr *besondere Vorsichtsmassnahmen*, die dem Gläubiger *im Zuge und im Vorfeld* des Mitwirkungsversäumnisses abverlangt werden. Die gesetzliche Mitwirkungsobliegenheit des Gläubigers im Sinne von OR 91 bleibt dabei unberührt. Stattdessen geht es um deren Überlagerung bzw. Nebeneinanderstehen mit anderen – Pflicht bildenden – Verhaltensanforderungen<sup>515</sup>. Bezugnehmend auf die in Rz 341 ff. erarbeiteten Grundsätze heisst das:

---

<sup>513</sup> Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob der Gläubiger das Schuldverhältnis aufheben kann, indem er auf sein Forderungsrecht definitiv verzichtet, was vor dem Hintergrund von OR 115 zu verneinen ist (dazu STAUBER, Diss., Rz 181 ff. m.w.N.).

<sup>514</sup> Vgl. GAUCH, Werkvertrag, Rz 1321, 1341; ZELTNER, Diss., Rz 147.

<sup>515</sup> In der deutschen Literatur wird mithilfe der Figur der «Überlagerung» vereinzelt postuliert, dass sich eine *Pflicht* zur Mitwirkung *über* die Mitwirkungsobliegenheit legen könne; dazu etwa HÜFFER, S. 55 ff.; MÜLLER-FOELL, Diss., S. 41, 130. Vgl. auch BGHZ 11, 80, I ZR 140/52 (13.11.1953). Im Ergebnis bejahend, aber kritisch ggü. der Dogmatik TEICHMANN, Soergel-BGB, § 242 N 7. Richtig RÜTTEN, Diss., S. 147 und KAPPELMANN/SCHIFFERS/MARKUS, Bd. 1, Rz 1283, wenn sie feststellen, dass eine Verhaltensanforderung aufgrund ein und derselben Rechtsgrundlage nicht zugleich Obliegenheit und Rechtspflicht sein könne. – In den hier interessierenden Fällen jedenfalls geht es nicht um die Verletzung *einer* Verhaltensnorm mit wie auch immer gearteter Doppelnatur, sondern um die Verletzung *mehrerer* eigenständiger, inhaltlich voneinander unterscheidbarer Verhaltensnormen (Obliegenheit, mitzuwirken; Pflicht, ein diesbezügliches Versäumnis anzuzeigen) im Zuge desselben Vorgangs (des Mitwirkungsversäumnisses). Anders offenbar ZELTNER, Diss., Rz 146 ff., der Pflichten des Bauherrn, die auf «Schadensverhütung» zielen, zu dessen Gläubigermitwirkung

a. Der Gläubiger ist verpflichtet, Gefahren, die dem Schuldner aus dem Mitwirkungsversäumnis drohen, zu vermeiden, soweit die Gefahren für den Gläubiger erkennbar und ihm ausserdem die angemessenen Vermeidungsmassnahmen zumutbar sind. Solche Gefahren konkretisieren sich erst im Einzelfall, doch wird in der Praxis regelmässig die *vermeidbare Erhöhung des schuldnnerischen Leistungsaufwands* im Vordergrund stehen. Dazu gehören sowohl der Mehraufwand, den der Schuldner für die Erfüllung zu tätigen hat (beim Unternehmer: vgl. Rz 751 ff.), als auch alle übrigen Vermögens-einbussen (vgl. Rz 834 ff.), die sich mitwirkungsbedingt beim Schuldner einstellen, zum Beispiel, weil er aufgrund der eingetretenen Verzögerung Dritten gegenüber haftbar wird. Gefährdet und unter dieser Treuepflicht geschützt ist mit anderen Worten ein Bestandteil des Kostenminimierungs- und Kompensationsinteresses des Schuldners<sup>516</sup> (siehe Rz 302 ff.): Dieses richtet sich darauf, seine Leistungspflicht mit dem kleinstmöglichen Aufwand zu erfüllen und allfällige Mehrkosten kompensiert zu erhalten. Dieses Interesse zählt zum *Integritätsinteresse* des Schuldners<sup>517</sup>.

b. Worin genau *die gebotenen Vorsichtsmassnahmen* bestehen, ist ebenfalls eine Frage des Einzelfalls, doch lässt sich in allgemeiner Weise sagen: Gleich ob sich das Mitwirkungsversäumnis in einem Tun, Dulden oder Unterlassen äussert<sup>518</sup>, darf der Gläubiger den Schuldner über ein drohendes oder eingetretenes Mitwirkungsversäumnis nicht im Dunkeln lassen oder ihm leichtfertig oder gar wider besseres Wissen unwahre oder unvollständige

---

zählt. Dem ist nur insoweit zuzustimmen, als die Verletzung einer Schadenverhütungspflicht für den Unternehmer zur temporären Unzumutbarkeit der Erfüllung führen und sich so mit der Verletzung einer Mitwirkungsobliegenheit überschneiden kann (dazu Rz 704 ff.).

<sup>516</sup> Ersatzfähig ist nicht der gesamte Leistungsmehraufwand, sondern nur jener, der sich bei rechtzeitiger Säumnisanzeige vonseiten des Gläubigers hätte vermeiden lassen. Eingehender im Kontext des Bauwerkvertrags: Rz 1389 ff.

<sup>517</sup> Die hier interessierenden Treuepflichten zielen darauf, «dem Gläubiger das zu erhalten, was er unabhängig von seinem Leistungsinteresse schon besitzt [...]» (FUCHS, Diss., S. 80).

<sup>518</sup> Immerhin bringt diese Unterscheidung ggf. weitere Treuepflichten mit sich. Äussert sich das Mitwirkungsversäumnis etwa in einem Tun (z.B. das Schliessen eines Rollgitters zwecks Zutrittsverweigerung), so hat der Gläubiger den Schuldner nicht nur frühzeitig vom Mitwirkungsversäumnis zu informieren, sondern auch das Tun in sorgfältiger Weise umzusetzen (z.B. das Rollgitter nicht auf das Fahrzeug des Schuldners niederfahren zu lassen).

Angaben hierzu machen<sup>519</sup>. Das von ihm geforderte Verhalten wird sich normalerweise also darin niederschlagen, den Schuldner auf geeignetem Wege vollständig, richtig und möglichst frühzeitig über ein anstehendes oder gegebenenfalls schon eingetretenes Mitwirkungsversäumnis (Rz 1373 ff.) zu informieren<sup>520</sup>. Versäumt der Gläubiger dies und ist das Mitwirkungsversäumnis noch nicht eingetreten, gerät der Gläubiger in die faktische Zwangslage – aber nicht in die Pflicht! –, auf das Mahngeschäft des Schuldners hin mitzuwirken, weil dies die letzte Möglichkeit ist, die mit dem Mitwirkungsversäumnis verbundenen Gefahren für den Schuldner abzuwenden. Versäumt er auch die Mitwirkung, verletzt er zwar keine Mitwirkungspflicht, wohl aber seine Treuepflicht.

- 355 **3.** Das hier unterstellte Interesse des Schuldners daran, dass der Gläubiger zu seinen Gunsten solche Vorsichtsmassnahmen ergreift, ist nicht prinzipiell geschützt, sondern nur, wenn es nach Treu und Glauben **objektiv berechtigt und schützenswert** erscheint. Das ist der Fall, wenn die Schädigungsgefahr für den Gläubiger **erkennbar** ist (vgl. Rz 1380 ff.). Dann nämlich handelt der Gläubiger in Ausübung seines Rechts auf Mitwirkungsverweigerung gerade nicht nach Treu und Glauben, d.h. nicht nach der im Rechtsverkehr vernünftigerweise zu erwartenden Umsicht und Rücksichtnahme, wenn er keine geeigneten Massnahmen zur Eliminierung der Schädigungsgefahr – die er allein durch sein Mitwirkungsversäumnis schafft oder schaffen wird – ergreift.
- 356 **a.** *Erkennbar* ist die Schädigungsgefahr für den Gläubiger vor allem dann, wenn die Mitwirkung gemäss Vertrag *hinreichend genauen zeitlichen Modalitäten* unterworfen ist. Sofortige Fälligkeit und Erfüllbarkeit, wie sie etwa die Regel von OR 75 vorsieht, genügt nicht immer: Während sich die Parteien bei Handgeschäften meistens im Klaren darüber sind, wann die Leistung ergeht und die Mitwirkung erforderlich wird, vermag der Gläubiger etwa bei einem Fernkauf mit Bringschuld möglicherweise nicht zu erkennen, wann

---

<sup>519</sup> Vgl. KOLLER A., Werkvertragsrecht, Rz 174 mit dem Beispiel des nicht mitwirkenden und deshalb anzeigespflichtigen Bauherrn; DERS., OR AT, Rz 56.22 mit dem Beispiel des an der Abnahme verhinderten und deshalb anzeigepflichtigen Käufers. Ähnlich im österreichischen Bauwerkvertragsrecht offenbar (wenn auch nicht weiter begründet) KARASEK, Komm-ÖNORM, Pkt. 7.3 N 1260. Vgl. zu den Informationspflichten im Umfeld der Verhandlungsabrede MONN, Diss., Rz 1276 ff.

<sup>520</sup> FUCHS, Diss., S. 80, spricht bei solchen Treuepflichten von «Informationsschutzpflichten».

genau die Leistung ergeht bzw. die Mitwirkung (die Annahme der Kaufsache) erforderlich wird<sup>521</sup>. Besonders akzentuiert ist das bei Dienstleistungen, die sich über einen längeren Zeitraum erstrecken und nur punktuell oder phasenweise die Mitwirkung des Gläubigers erfordern: Kennt der Gläubiger den genauen Stand der Erfüllungshandlungen nicht, ist es ihm hier regelmässig unmöglich abzuschätzen, wann er in welcher Weise mitzuwirken hat. Anders aber, wenn hinreichende Anhaltspunkte bestehen:

- Solche Anhaltspunkte finden sich etwa im *Vertragsinhalt im engeren Sinne*, wenn die vereinbarten Rechte und Pflichten der Parteien die Mitwirkung schlechthin oder einzelne Mitwirkungsleistungen in zeitlicher Hinsicht direkt oder indirekt festlegen. Das ist zum Beispiel der Fall, wenn für eine bestimmte Erfüllungshandlung des Schuldners, deren korrespondierende Mitwirkungshandlung des Gläubigers sachlich-logisch zum Zeitpunkt der Erfüllungshandlung erfolgen muss, ein hinreichend bestimmter Zeitpunkt vereinbart ist. Anhaltspunkte geben freilich auch *unverbindliche* Vertragsinhalte ab, zum Beispiel, wenn eine bestimmte Mitwirkungsleistung des Gläubigers zeitlich spezifiziert ist (Rz 269 ff.). Dabei spielt es keine Rolle, dass die Mitwirkung an sich unverbindlich bleibt, denn von einem umsichtigen Verhalten entbindet diese Unverbindlichkeit den Gläubiger nach Treu und Glauben nicht. In schriftlichen Verträgen muss sodann der *Vertragsinhalt im weiteren Sinne* berücksichtigt werden: Grundsätzlich können auch beliebige, in der Vertragsurkunde oder in sonstigen Erklärungsträgern untergebrachte Informationen eine zeitliche Spezifizierung der Mitwirkung bewirken, selbst wenn damit unmittelbar keine Rechte oder Pflichten begründet werden. Zu denken ist etwa an einen unverbindlichen, als rein deskriptive Arbeitshilfe eingebundenen Zeitplan für den Vertragsvollzug (Rz 1385 ff.).
- Relevante zeitliche Modalitäten ergeben sich sodann aus dem *Verhalten der Vertragsparteien im Vertragsvollzug*. Gemeint ist vornehmlich der Fall, da die Parteien nach Vertragsabschluss zeitliche Modalitäten der Mitwirkung oder der Erfüllung in gegenseitiger Absprache konkretisieren, wenn auch ohne anstelle der Mitwirkungsobliegenheit des Gläubi-

<sup>521</sup> Bsp.: Selbst wenn die Parteien auf einem Online-Marktplatz einen Kaufvertrag unter dem Vermerk «Vollzug per sofort» abschliessen, weiss der Käufer mangels anderer Abreden schliesslich nicht, wann *genau* ihm die Kaufsache vorbeigebracht oder zugestellt wird, und mithin auch nicht, wann er für die Empfangnahme der Kaufsache zugegen sein muss.

gers eine Mitwirkungspflicht zu vereinbaren. Gerade bei Langzeitverträgen (vgl. Rz 658) werden die Parteien im Zuge der Erfüllung nach und nach gewisse Erfüllungshandlungen bzw. Mitwirkungsleistungen terminieren oder wenigstens zeitlich so delimitieren, dass beiden Parteien möglichst klar wird, wann, wo und wie zur Erfüllung beizutragen ist (vgl. Rz 1380 ff.). Solche Abreden bewirken oftmals zugleich die nachträgliche Anpassung des Vertrags, nicht aber die Rechtsgrundlage für die hier postulierte Treuepflicht des Gläubigers; diese findet sich vielmehr im Grundsatz von Treu und Glauben. Gleichwohl wird das urteilende Gericht solche Parteiinteraktionen im Rahmen seiner Rechtsanwendung heranziehen, um den Inhalt solcher Treuepflichten zu konkretisieren.

- 359 **b.** Damit die mitwirkungsbedingte Gefahr als erkennbar qualifiziert, ist zudem eine hinreichende *sachlich-inhaltliche Spezifikation der Mitwirkung* erforderlich. Das beginnt damit, dass der Gläubiger weiss oder wenigstens wissen müsste, dass die betreffende Erfüllungshandlung eine Mitwirkungsleistung erfordert und gegebenenfalls welche. Das war bereits im Zusammenhang mit dem Wegfall des Mahnerfordernisses zu besprechen (Rz 120 ff.): Bei einfachen Zielschuldverhältnissen des Alltags wird dieses Wissen beim Gläubiger fast immer vorauszusetzen sein, während es tendenziell zu verneinen sein wird, je fachspezifischer, komplexer und undurchschaubarer die mitwirkungsbedürftige Leistung aus Sicht des Gläubigers ausfällt. Immerhin werden sich solche Vermutungen gestützt auf den Vertragsinhalt oder auf die Parteiinteraktion während des Vertragsvollzugs bestätigen oder umstossen lassen.
- 360 **c.** Ob die Gefahr für den Gläubiger erkennbar war, entscheidet sich im konkreten Einzelfall. Eine Treuepflicht *entsteht gar nicht erst*, wenn der Gläubiger unverschuldet so spät bemerkt, dass er zur Mitwirkung nicht imstande sein wird, dass eine Anzeige an den Schuldner vernünftigerweise keine Schadensbegrenzung mehr bewirken kann<sup>522</sup>. Demgegenüber kann eine einmal entstandene Treuepflicht auch *nachträglich entfallen*, wenn der Schuldner bereits ohne Zutun des Gläubigers so frühzeitig vom drohenden Mitwirkungsversäumnis erfährt, dass es fortan in seine eigene Verantwortung fällt, rechtzeitig geeignete Schadensbegrenzungsmassnahmen einzuleiten.

---

<sup>522</sup> Bsp.: Der Berater wartet bereits vor der elektronisch gesteuerten Eingangstüre des Kunden auf Einlass, als sein Kunde bemerkt, dass sich die Eingangstüre nicht öffnen lässt.



4. Gemäss den vorne erarbeiteten Grundlagen ist zudem erforderlich, dass 361 dem Gläubiger die schadensverhütende Massnahme – hier: die rechtzeitige und vollständige Säumnisanzeige an den Schuldner – **zumutbar** ist bzw. gewesen wäre (Rz 348). Das Kriterium wird hier nicht als pflichtbegründend aufgefasst, ist also zunächst für die Frage unbeachtlich, ob dem Gläubiger eine Treuepflicht entsteht oder nicht. Stattdessen beschlägt es die Frage, ob den Gläubiger bei der Verletzung der Treuepflicht ein Verschulden trifft, was indirekt nach OR 97 I vermutet wird und ausser in seltenen Ausnahmefällen kaum zu widerlegen sein wird (vgl. dazu Rz 350; 1403 f.). Weil die Schutzmassnahme häufig darin bestehen wird, dass der Gläubiger den Schuldner über das drohende Mitwirkungsversäumnis rechtzeitig unterrichtet, wird die wirtschaftliche Zumutbarkeit für den Gläubiger praktisch immer zu bejahen sein. Doch sind auch andere, nicht wirtschaftliche Aspekte zu berücksichtigen. Vorübergehend unzumutbar ist dem Gläubiger eine Anzeige beispielsweise dann, wenn er verunfallt, schwer krank wird oder von einem Todesfall in der Familie überrascht wird. Unzumutbarkeit liegt auch vor, wenn Umstände aus der Risikosphäre des Schuldners es dem Gläubiger unmöglich machen, diesem die Anzeige zukommen zu lassen<sup>523</sup>.

5. Die weiteren Voraussetzungen des Treuepflichttatbestands sowie die 362 Rechtsfolgen ihrer Verletzung werden im Zusammenhang mit dem Mitwirkungsversäumnis des Bauherrn in Rz 1369 ff. vertieft.

### C. Tatbestände des Rechtsmissbrauchs

1. Das Verbot des Rechtsmissbrauchs **verbietet den «offenbaren Missbrauch eines Rechtes»** (ZGB 2 II). Verpönt sind hierunter Handlungen, «die zwar im Einklang mit der entsprechenden gesetzlichen Norm oder einer privatautonomen Vertragsbestimmung stehen, aber objektiv eine Verletzung des Redlichkeitsstandards von Treu und Glauben darstellen und damit das Vertrauen der Rechtsgenossen auf redliches und sachangemessenes Verhalten enttäuschen»<sup>524</sup>. Das Rechtsmissbrauchsverbot greift zunächst einmal, wenn der Gläubiger *mitwirkt*. Denn seine Mitwirkung ist Ausdruck seines Forderungsrechts; wirkt er mit, fordert er. Im Vordergrund dieser Untersuchung steht freilich der Fall, in dem der Gläubiger *nicht mitwirkt*. Denn auch

<sup>523</sup> Anders, wenn *der Schuldner selbst* den Gläubiger an der Erfüllung seiner Treuepflicht hindert – in solchen Fällen entsteht dem Gläubiger keine Treuepflicht bzw. entfällt die Treuepflicht, wenn sie denn schon entstanden ist.

<sup>524</sup> BGE 125 III 257/259 E. 2a.

darin liegt eine Rechtsausübung, weil das Forderungsrecht im Prinzip auch das Recht umfasst, dieses nicht geltend zu machen. Mithin gilt das Rechtsmissbrauchsverbot auch für das Mitwirkungsversäumnis, insoweit die Fallgruppen des Rechtsmissbrauchs den *Missbrauch* des Rechts nicht zwingend an dessen *Gebrauch* knüpfen. Mit anderen Worten darf der Gläubiger die Mitwirkung nicht in widersprüchlicher, schonungsloser, unnützer oder schikanöser Art und Weise verweigern<sup>525</sup>.

- 364 **2.** Hier zeigt sich freilich, dass das Rechtsmissbrauchsverbot im Zusammenhang mit dem Mitwirkungsversäumnis entweder **keinen Anwendungsbereich** findet oder sich weitgehend mit dem **Anwendungsbereich** der bereits erörterten **Treupflichten deckt**. Das wird im Folgenden anhand dreier Fallgruppen des Rechtsmissbrauchs illustriert:
- 365 **a.** *Verbot des widersprüchlichen Verhaltens*: Der Rechtsinhaber darf schutzwürdiges Vertrauen des anderen darauf, dass er das Recht geltend machen werde bzw. nicht geltend machen werde, nicht enttäuschen. Ein in diesem Sinne widersprüchliches Mitwirkungsversäumnis würde voraussetzen, dass der Gläubiger durch das Mitwirkungsversäumnis schutzwürdige Erwartungen des Schuldners verletzt, die der Gläubiger durch frühere Handlungen begründet hat<sup>526</sup>. Schützenswert im vorgenannten Sinne ist die Erwartung des Schuldners auf die Mitwirkung im Grundsatz nicht, mag er sie möglicherweise auch hegen (Rz 203 ff.). Rechtlichen Schutz genießt die Erwartung des Schuldners auf die Mitwirkung nur, wenn eine Mitwirkungspflicht vereinbart ist; bei deren Verletzung allerdings ist der Schuldner nicht auf das Rechtsmissbrauchsverbot angewiesen. In allen anderen Fällen fehlt es im Zusammenhang mit dem Mitwirkungsversäumnis an einem Anknüpfungspunkt für pflichtwidrig enttäushtes Vertrauen. Um enttäushtes Vertrauen geht es allenfalls im «peripheren» Schutzbereich der bereits erörterten Treupflicht (Rz 351 ff.). Bei ihr liegt die Pflichtwidrigkeit freilich nicht im Mitwirkungsversäumnis begründet, sondern in der Anzeigesäumnis des Gläubigers. Angesichts der daraus fließenden Haftungsfolgen allerdings ist der Schuldner auch dort nicht auf die Rechtsbehelfe des Rechtsmissbrauchsverbots (Rz 368) angewiesen.

---

<sup>525</sup> Vgl. zu diesen Fallgruppen MIDDENDORF/GROB, CHK-ZGB, Art. 2 N 16–23.

<sup>526</sup> Vgl. MIDDENDORF/GROB, CHK-ZGB, Art. 2 N 19, wo unter Berufung auf BGE 125 III 257/259 E. 2a zusätzlich verlangt wird, dass das Vertrauen des Schuldners diesen zu nachteiligen Dispositionen veranlasst hat (m.w.N.)

**b. Gebot der schonenden Rechtsausübung:** Im Obligationenrecht erstreckt sich die Fallgruppe der schonenden Rechtsausübung zwar nicht auf den *Inhalt* subjektiver Rechte, immerhin aber auf die *Art und Weise ihrer Durchsetzung*<sup>527</sup>. Setzt der Gläubiger nun sein Recht auf die Mitwirkungsverweigerung «durch», indem er nicht mitwirkt, so gibt es je nach den Umständen schonende und weniger schonende Wege, das Mitwirkungsversäumnis gegenüber dem Schuldner zu «begehen». Schonungslos geht der Gläubiger etwa vor, wenn er die Mitwirkung ohne jede Voranzeige unterlässt, obwohl er weiss oder wissen muss, dass der Schuldner im konkreten Fall eine entsprechende Säumnisanzeige erwartet. Die Pflicht zum quasi «schonungsvollen Mitwirkungsversäumnis» aber geht vollends in der bereits erörterten Treuepflicht auf (Rz 351 ff.). Deren Verletzung resultiert schon kraft ZGB 2 I und OR 97 I in einer Vertragsverletzung, womit der Schuldner nicht auf die Behelfe des Rechtsmissbrauchsverbots (Rz 368) angewiesen ist. 366

**c. Schikaneverbot (auch: Verbot der nutzlosen Rechtsausübung):** Als Schikane wird die Rechtsausübung verstanden, die dem Ausübenden keinen oder nur geringen Nutzen verschafft, einem Dritten aber Schaden zufügt<sup>528</sup>. Dem Rechtsinhaber sei in diesen Fällen vorzuwerfen, dass er kein sachliches Interesse an der Rechtsausübung habe<sup>529</sup>. Das ist aber beim Gläubiger nicht schon der Fall, wenn er unverschuldet oder fahrlässig nicht mitwirkt. Ihren Anwendungsbereich findet diese Fallgruppe vielmehr in der Konstellation, da der Gläubiger die Mitwirkung unterlässt, obwohl er sie vornehmen könnte, und dabei die Schädigung oder sonstige Beeinträchtigung des Schuldners beabsichtigt. Dadurch aber verletzt der Gläubiger wiederum die bereits erörterte Treuepflicht, den Schuldner im Zuge des Mitwirkungsversäumnisses nicht unnötig zu schädigen. Möglicherweise begeht der Gläubiger so zugleich einen antizipierten Vertragsbruch, soweit er eine Gegenleistung schuldet (vgl. Rz 110). Auf die Behelfe des Rechtsmissbrauchsverbots (Rz 368) wird der Schuldner insoweit auch in diesen Fällen nicht angewiesen sein. 367

<sup>527</sup> BAUMANN, ZGB-ZK, Art. 2 N 299.

<sup>528</sup> HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, BK-ZGB, Art. 2 N 207 m.w.N. Vgl. BAUMANN, ZGB-ZK, Art. 2 N 369, der für die Konstellation der «nutzlosen» Rechtsausübung voraussetzt, dass der mit der Rechtsausübung angestrebte Zweck aus objektiven Gründen nicht mehr erfüllt werden kann. Die Anwendung auf das Mitwirkungsversäumnis fiele unter dieser Definition ausser Betracht, weil das «Recht» auf Mitwirkungsverweigerung keinen angestammten «Zweck» verfolgt, sondern im Gegenteil ein «zweckloses», planwidriges Leistungshindernis verursacht.

<sup>529</sup> HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, BK-ZGB, Art. 2 N 210.

368 **3.** Während einzelne Fallgruppen des Rechtsmissbrauchsverbots zumindest theoretisch auf das Mitwirkungsversäumnis angewendet werden könnten, werden die Fälle, in denen dadurch «der Gerechtigkeitsgedanke in grober Weise verletzt worden ist»<sup>530</sup>, rar sein. Im Zweifel ist das Verbot restriktiv anzuwenden<sup>531</sup> und ein «offenbarer» Rechtsmissbrauch, wie er von ZGB 2 II vorausgesetzt ist, zu verneinen. In den seltenen Fällen, in denen das Mitwirkungsversäumnis einen offenbaren Rechtsmissbrauch darstellt, wird praktisch immer schon eine andere Pflichtverletzung vorliegen, deren Rechtsfolgen die Interessen des Schuldners schützt. Die gegebenenfalls neben diesen Schadenersatzanspruch tretenden **Behelfe des Rechtsmissbrauchs nützen dem Schuldner normalerweise wenig**: Die erste Rechtsfolge, die sich aus ZGB 2 II ableitet, nämlich dass die Rechtsausübung *keinen* «Schutz» finde<sup>532</sup>, hilft beim Mitwirkungsversäumnis prinzipiell nicht: Dieses entfaltet seine Wirkung unvermeidlich aufgrund der faktischen Gestaltungsmacht, über die der Gläubiger kraft der Erfüllungsrelevanz seines Verhaltens verfügt; es gibt freilich gewisse Konstellationen, in denen die Rechtsfolge von ZGB 2 II indirekt weiterhilft<sup>533</sup>. Eine *Modifikation* der vertraglichen Rechte und Pflichten scheint nur bei Fällen der *clausula rebus sic stantibus* in Frage zu kommen, die freilich (wesentlich) veränderte Umstände voraussetzt<sup>534</sup>; es fällt damit regelmässig ausser Betracht, dass das Gericht die Mitwirkungsobliegenheit des Gläubigers gestützt auf offenbaren Rechtsmissbrauch in eine Mitwirkungspflicht verwandelt<sup>535</sup>. Ein letzter Mechanismus des Interessenausgleichs findet sich schliesslich in dem auf ZGB 2 II abgestützten Schadenersatzanspruch zugunsten des Schuldners<sup>536</sup>. Der Nutzen dieses Anspruchs beschränkt sich freilich auf die praktisch kaum denkbaren Fälle, in denen das Rechtsmissbrauchsverbot eine weitergehende Schadensliquidation zulässt als eine Mitwirkungs- und/oder Treuepflichtverletzung des Gläubigers.

---

<sup>530</sup> HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, BK-ZGB, Art. 2 N 202.

<sup>531</sup> HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, BK-ZGB, Art. 2 N 198 ff.

<sup>532</sup> HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, BK-ZGB, Art. 2 N 204.

<sup>533</sup> Im Fall des treuwidrigen Mitwirkungsversäumnisses lässt sich das in Rz 481 ff. diskutierte Substituierungsrecht des Unternehmers analog auf OR 156 stützen, der seinerseits Elemente des Rechtsmissbrauchsverbots in sich trägt (Rz 372 und Fn 545).

<sup>534</sup> HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, BK-ZGB, Art. 2 N 204, 225 ff., 249.

<sup>535</sup> Vgl. HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, BK-ZGB, Art. 2 N 204, 297, 299.

<sup>536</sup> HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, BK-ZGB, Art. 2 N 204, 190 ff., 212, 299.

## D. Verbot der treuwidrigen Bedingungsmanipulation

### 1. Ausgangspunkt

1. OR 156 lautet: «Eine Bedingung gilt als erfüllt, wenn ihr Eintritt von dem 369  
einen Teile **wider Treu und Glauben verhindert worden ist**» (H.h.). Die Bestimmung steht systematisch im Kontext von OR 151 I, wo das Rechtsinstitut der Bedingung verankert ist: «Ein Vertrag, dessen Verbindlichkeit vom Eintritte einer ungewissen Tatsache abhängig gemacht wird, ist als bedingt anzusehen». Beide Bestimmungen sind nach einhelliger Ansicht extensiv auszulegen: Entgegen dem zu engen Wortlaut des OR 151 I erstrecken sich OR 156 und die übrigen Regeln der OR 151 ff. auch auf solche Bedingungen, die lediglich über die Gültigkeit einzelner Obligationen, nicht auch ganzer Verträge bestimmen<sup>537</sup>. Verboten ist sodann nach OR 156 nicht nur die treuwidrige Verhinderung des Eintritts einer (Suspensiv-)Bedingung, sondern auch die treuwidrige Herbeiführung einer (Resolutiv-)Bedingung<sup>538</sup>. Erfasst wird von der Bestimmung zudem auch die treuwidrige Verzögerung des Eintritts bzw. des Ausbleibens einer Bedingung<sup>539</sup>.

2. Bedingungen im Sinne von OR 151 I stehen **mit der Gläubigermitwirk-** 370  
**ung zunächst einmal in keinem Zusammenhang**. Mit Bedingungen berücksichtigen die Parteien unterschiedliche Zukunftsentwicklungen<sup>540</sup>, indem sie dem Vertrag oder auch nur einzelnen Obligationen je nach Eintritt bzw. Ausbleiben von «objektiv irrelevanten, aber subjektiv wichtigen Erwartungen, Möglichkeiten, Motiven»<sup>541</sup> *Rechtswirksamkeit* verleihen oder eben nicht. Sie entstehen auf entsprechende (ausdrückliche oder stillschweigende<sup>542</sup>) Parteiabrede hin. Die Mitwirkungsobliegenheit des Gläubigers zielt dagegen nicht auf die Wirksamkeit gegenseitiger Rechte und Pflichten; sie entstammt vielmehr gerade der Tatsache, dass eine durchsetzbare Leistungs-

<sup>537</sup> BUCHER, OR AT, S. 506.

<sup>538</sup> BGer 5C.192/2004 (14.12.2004) E. 2.3.1: «[...] une condition *résolutoire* est réputée non avenue lorsque sa réalisation a été provoquée par un comportement contraire aux règles de la bonne foi» (H.h.). Vgl. auch BGE 109 II 20/22 E. 2b. Vgl. im Gegensatz dazu EHRAT/WIDMER, BSK-OR, Art. 156 N 2, die von der treuwidrigen Herbeiführung einer *aufschiebenden* Bedingung sprechen.

<sup>539</sup> DUBS/ROTH PELLANDA, CHK-OR, Art. 156 N 6.

<sup>540</sup> Vgl. BUCHER, OR AT, S. 505.

<sup>541</sup> EHRAT/WIDMER, BSK-OR, Vor Art. 151–157 N 2.

<sup>542</sup> EHRAT/WIDMER, BSK-OR, Vor Art. 151–157 N 1.

pflcht *besteht*, die es gläubigerseits zu bewirken gilt. Mitwirkungsleistungen müssen nicht rechtsgeschäftlich «geschaffen» werden, denn das Mitwirkungspensum (Rz 74) entsteht und konkretisiert sich schon durch die Vereinbarung einer mitwirkungsbedürftigen Leistung. Anders als die Bedingung kann die Mitwirkungsobliegenheit ohne die mitwirkungsbedürftige Leistung nicht existieren bzw. die mitwirkungsbedürftige Leistung nicht ohne die Mitwirkungsobliegenheit vereinbart werden, andernfalls sich grundlegende Fragen zu Bestand und Qualifikation des «Vertrags» stellen (vgl. Rz 28).

- 371 **3. Bedingungen interessieren im Zusammenhang mit der Gläubigermitwirkung aber immerhin deshalb, weil die Gläubigermitwirkung eine **wertungsmässige Verwandtschaft mit der Potestativbedingung** aufweist.** Bedingungsinhalt bildet bei der Potestativbedingung eine Tatsache, deren Herbeiführung bzw. Ausbleiben allein dem Willen einer Vertragspartei überlassen ist<sup>543</sup>. Die Manipulation der Bedingung, d.h. ihre «eigenhändige» Herbeiführung bzw. Nichtherbeiführung, wird damit ins Ermessen des Berechtigten gestellt. Er ist insbesondere nicht zur Ausübung seiner Rechtsmacht verpflichtet, hätten doch die Parteien ansonsten gerade eine Pflicht und keine Bedingung vereinbaren müssen<sup>544</sup>. Die Bedingungsmanipulation ist in solchen Fällen, wie die Gläubigermitwirkung prinzipiell auch, *Rechtsausübung*. In diesen Fällen ist das mit der Manipulation verbundene rechtliche Schicksal der Gegenpartei genauso einseitig dem Berechtigten in die Hände gelegt, wie dasjenige des Schuldners von der Mitwirkung des Gläubigers abhängt. In beiden Fällen entscheidet die berechnigte Partei allein durch ihr Verhalten (Ausübung/Nichtausübung des ihr gegebenen Rechts) einseitig und eigenmächtig über die rechtliche Position ihrer Gegenpartei. Im Folgenden wird untersucht, ob sich daraus im Wege einer Analogie für den Schutz des Schuldners im Mitwirkungsversäumnis etwas gewinnen lässt.

## 2. Analogie der «fingierten Mitwirkung»

- 372 **1. Der **Rechtsgedanke** des Verbots der treuwidrigen Bedingungsmanipulation in OR 156 beruht auf dem Gebot von Treu und Glauben (ZGB 2) und stellt eine gesetzliche Konkretisierung desselben dar<sup>545</sup>. Die Norm legt für**

---

<sup>543</sup> Vgl. BUCHER, OR AT, S. 507; MERZ, SPR VI/1, S. 154 f.

<sup>544</sup> EHRAT/WIDMER, BSK-OR, Vor Art. 151–157 N 2.

<sup>545</sup> EHRAT/WIDMER, BSK-OR, Art. 156 N 1. Ihrer Sanktion nach trägt die Norm nicht nur Elemente von ZGB 2 I in sich, sondern offenbar auch von Abs. 2: Zumindest bei der Potestativbedingung bedeutet die Fiktion des Bedingungseintritts bzw. -ausbleibens

einen ausgewählten Aspekt des Rechtsverkehrs fest, was als redliches, treues Verhalten im Sinne von ZGB 2 gelten darf: Vereinbaren die Parteien eine Bedingung, so gehen damit auf beiden Seiten des Vertrags nach ZGB 2 objektiv schützenswerte Erwartungen einher. Eine davon geht dahin, dass die andere Partei die Bedingung nicht in treuwidriger Weise manipulieren wird (zum Begriff der Treuwidrigkeit: Rz 373 ff.). Die Regel von OR 156 gilt auch dann, wenn die Manipulation der Bedingung in deren Natur liegt, namentlich weil eine *Potestativbedingung* vereinbart ist (Rz 371)<sup>546</sup>. Denn wenn der einen Partei vertraglich die Manipulation der Bedingung anheimgestellt wird, verzichtet die andere Partei damit nicht auf jeglichen Vertrauensschutz im Rechtsverkehr<sup>547</sup>. Vielmehr ist in Ermangelung einer Abrede, wonach die Bedingung nachgerade *willkürlich* zum Eintritt gebracht werden darf<sup>548</sup>, anzunehmen, dass eine Vertragspartei auch bei der Potestativbedingung nicht mit der treuwidrigen oder rechtsmissbräuchlichen Rechtsausübung ihrer Gegenpartei rechnen muss.

2. Schon bei der Bedingung, die nicht Potestativbedingung ist, ist nach 373 OR 156 die Manipulation nicht *per se* verboten, sondern nur insofern, als sie treuwidrig ist. Wann freilich eine Manipulation als **treuwidrig** einzustufen ist, entzieht sich einer abstrakten Umschreibung.

a. Die Frage kann jedenfalls nicht allein deswegen bejaht werden, weil der 374 Manipulierende die Bedingung absichtlich oder fahrlässig zum Eintritt bzw. Nichteintritt gebracht hat, also weil den Manipulierenden *bei der Manipulation an sich* ein *Verschulden* im engeren Sinne trifft. Verboten ist nach OR 156 nur die treuwidrige Manipulation der Bedingung, nicht die Manipulation *per se*. Wendet man OR 156 auch auf Potestativbedingungen an, versteht sich das von selbst, weil deren Manipulation nach dem Vertragsinhalt vorgesehen ist und für sich genommen keine Pflichtverletzung darstellen kann. Aus OR 156 lässt sich also kein generelles Verbot ableiten, die Bedingung – sei es fahrlässig, sei es absichtlich – zu manipulieren. Selbst also die *absichtliche* Bedingungsmanipulation wird nur dann einen Verstoß gegen Treu und Glauben darstellen, wenn über die Handlungsgesinnung des Manipulierenden hinaus besondere Umstände des konkreten Einzelfalls vorliegen,

---

(OR 156) nichts anders, als dass die «Ausübung» des in der Potestativbedingung liegenden Rechts zur Manipulation «keinen Rechtsschutz» (vgl. ZGB 2 II) findet.

<sup>546</sup> Vgl. DUBS/ROTH PELLANDA, CHK-OR, Art. 156 N 3 m.w.N.

<sup>547</sup> Vgl. GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz 4017; BGE 117 II 273/279 E. 5c.

<sup>548</sup> Ihre unverrückbare Grenze findet diese Abrede immerhin in ZGB 27 II.

die eine solche Treuwidrigkeit begründen<sup>549</sup>. All dies schliesst nicht aus, dass der Manipulierende im Zuge der Manipulation eine andere, also nicht in OR 156 begründete, vertragliche Treuepflicht verletzt und dem anderen dadurch schadenersatzpflichtig wird<sup>550</sup>.

- 375 **b.** Ob der Manipulierende treuwidrig handelt, richtet sich vielmehr nach den *konkreten Umständen*<sup>551</sup> und dem *konkreten Vertragsinhalt*, namentlich nach der Veranlassung der manipulierenden Partei, nach dem mit der Manipulation verfolgten Zweck, aber auch nach dem Zweck der vereinbarten Bedingung sowie des Vertrags überhaupt<sup>552</sup>. Die Parteien trifft grundsätzlich keine Pflicht, den Eintritt bzw. Nichteintritt der Bedingung zu fördern, und ebenfalls nicht, ihre eigenen Interessen zugunsten des Eintritts bzw. Nichteintritts zu opfern<sup>553</sup>. Der Manipulierende handelt namentlich dann nicht treuwidrig, wenn er zum Schutz eigener überwiegender Interessen handelt, sodass der Eintritt bzw. Nichteintritt der Bedingung daneben als blosser Kollateralfolge

---

<sup>549</sup> Vgl. DUBS/ROTH PELLANDA, CHK-OR, Art. 156 N 7 m.w.N.; EHRAT/WIDMER, BSK-OR, Art. 156 N 6. Vgl. demgegenüber die ältere Lehre, wonach es genügt, dass der Manipulierende absichtlich handelt (BECKER, BK-OR, Art. 156 N 4; OSER/SCHÖNENBERGER, ZK-OR, Art. 156 N 5). Dem kann nicht gefolgt werden, weil weder OR 156 im Besonderen noch ZGB 2 im Allgemeinen ein solches intentionales Moment voraussetzen. Tatsächlich lässt sich unter Ausserachtlassung des Vertragsinhalts, der Umstände und des Bedingungsziels, d.h. allein gestützt auf die rechtliche Struktur der Bedingung nicht zuverlässig bewerten, ob die Bedingungsmanipulation bei der Gegenpartei ein Interesse verletzt, das nach Treu und Glauben schutzwürdig ist. Im Übrigen spricht das Verb «verhindern» in OR 156 nicht ein intentionelles Moment beim Manipulierenden an, sondern lediglich die Kausalität zwischen dem Verhalten des Manipulierenden und dessen Auswirkung auf die Bedingung (BGE 109 II 20/22 E. 2b). An derselben Stelle stellt das Bundesgericht fest, dass der französische Marginalientext von OR 156 («Empêchement frauduleux») sowohl «une tromperie intentionnelle» als auch «des infractions pouvant aussi être commises par négligence» bezeichnet (vgl. auch BGE 117 II 273/281 E. 5c).

<sup>550</sup> Schadenersatzansprüche als mögliche, aber offenbar nicht zwingende Folge einer Verletzung von OR 156: EHRAT/WIDMER, BSK-OR, Art. 156 N 9; DUBS/ROTH PELLANDA, CHK-OR, Art. 156 N 3 («sei es analog zu OR 97 ff oder aus culpa in contrahendo»).

<sup>551</sup> DUBS/ROTH PELLANDA, CHK-OR, Art. 156 N 6; EHRAT/WIDMER, BSK-OR, Art. 156 N 5 m.w.N.

<sup>552</sup> BGer 4C.281/2005 (15.12.2005) E. 3.5; vgl. OSER/SCHÖNENBERGER, ZK-OR, Art. 156 N 5.

<sup>553</sup> DUBS/ROTH PELLANDA, CHK-OR, Art. 156 N 6 m.w.N.; EHRAT/WIDMER, BSK-OR, Art. 156 N 5 f.



in Erscheinung tritt<sup>554</sup>. Gefordert ist unter dem in OR 156 verwendeten Begriff der Treuwidrigkeit also offenbar die Abwägung der involvierten Parteiinteressen im konkreten Einzelfall, bei jeweils restriktiver Auslegung der vereinbarten Bedingung<sup>555</sup>.

3. Die Mitwirkung des Gläubigers ist keine Bedingung im Rechtssinne 376 (Rz 370) und deren Versäumnis bedeutet entsprechend auch nicht die Herbeiführung eines Bedingungseintritts bzw. -nichteintritts. Doch wurde festgestellt, dass wertungsmässig eine gewisse Verwandtschaft zwischen der Gläubigermitwirkung und der Potestativbedingung besteht, weil der säumige Gläubiger und der Manipulierende gleichermassen einseitig und eigenmächtig auf das rechtliche Schicksal der anderen Vertragspartei einwirken. Gestützt auf OR 156 bietet sich für das Mitwirkungsversäumnis also die folgende **Analogie** an: Wirkt der Gläubiger nicht mit und ist sein Versäumnis nach analoger Massgabe von OR 156 «trewidrig», bietet es sich an, die Rechtsfolge von OR 156 kraft eines Analogieschlusses (ZGB 1 I)<sup>556</sup> oder richterlicher Gesetzesergänzung (ZGB 1 II/III) sinngemäss auf den Tatbestand des Mitwirkungsversäumnisses anzuwenden. Wie unter OR 156 kommt es dabei nicht allein darauf an, ob der Gläubiger die Mitwirkung absichtlich oder fahrlässig versäumt; das muss schon deshalb unbeachtlich bleiben, weil das Mitwirkungsversäumnis eine Rechtsausübung des Gläubigers ist. Nach dem besonderen Treuwidrigkeitsbegriff von OR 156 hat vielmehr eine Abwägung der im konkreten Einzelfall involvierten Parteiinteressen zu erfolgen, unter Berücksichtigung der Umstände und des vereinbarten Vertragsinhalts (Rz 373). Handelt der Gläubiger durch sein Mitwirkungsversäumnis im konkreten Fall treuwidrig im Sinne von OR 156, so folgt daraus nach dem Wortlaut dieser Bestimmung, dass die Bedingung «als erfüllt gilt». Auf das Mitwirkungsversäumnis gemünzt hiesse dies, dass die treuwidrig unterlassene Mitwirkungsleistung **kraft gesetzlicher Fiktion als erbracht erachtet wird**. Zweckmässig erscheint diese Analogie freilich nur mit Blick auf solche Mitwirkungsleistungen, die ihrer Natur nach dieser Rechtsfolge zugänglich sind:

<sup>554</sup> Vgl. DUBS/ROTH PELLANDA, CHK-OR, Art. 156 N 6 m.w.N.

<sup>555</sup> BGer 4C.281/2005 (15.12.2005) E. 3.5.

<sup>556</sup> EMMENEGGER/TSCHECHTER, BK-ZGB, Art. 1 N 377 f., wonach der Analogieschluss noch zur «Auslegung» des Gesetzes i.S.v. ZGB 1 I zähle.

- 377 a. Kaum je wird das bei *faktischen Mitwirkungsleistungen* zutreffen (Rz 76), deren Erfolg ganz oder teilweise in der Verwirklichung einer *äusseren, beobachtbaren, physischen Tatsache* liegt. Schuldet der Gläubiger dem Schuldner beispielsweise Zutritt durch Öffnung der – gebäudespezifischen – Haustüre oder durch Versand des – türspezifischen – Schlüssels, und unterlässt der Gläubiger dies, so kann der Zutritt rechtlich nicht «fingiert» werden. Die Erfüllung bleibt für den Schuldner vorübergehend unmöglich. In Betracht kommt für den Schuldner immerhin – unter gegebenen Voraussetzungen (Rz 481 ff.) – die *Substituierung der Mitwirkungsleistung*, wenn die Mitwirkungs(sach-)leistung vertretbare Sachen beschlägt: Besteht etwa die Mitwirkungsleistung in der Lieferung von Sachen, die «im Verkehr nach Zahl, Mass oder Gewicht bestimmt zu werden pflegen»<sup>557</sup>, so wäre es dem Schuldner zumindest theoretisch möglich, eine vergleichbare Sache selbst zu beschaffen. Dort, wo der physische Vorgang nur in der Entgegennahme einer Sache durch den Gläubiger besteht, ist die Analogie demgegenüber unnötig, weil dem Schuldner in diesen Fällen gemäss OR 92/93 durch Hinterlegung der Sache bzw. des Erlöses die Erfüllung offensteht.
- 378 b. Einen grösseren Anwendungsbereich findet die Analogie bei *faktischen Mitwirkungsleistungen* (Rz 76), die auf die Bewirkung einer *intellektuellen Tatsache* beim Schuldner abzielen, so namentlich, wenn der Gläubiger seinen Willen und/oder sein Wissen dem Schuldner vermitteln muss. In der Literatur und Rechtsprechung ist heute etabliert, dass der Sachleistungsschuldner, der mangels Wahlerklärung bzw. Spezifikation vonseiten des Gläubigers die Sachleistungsschuld nicht hinterlegen kann, das Wahl- bzw. Spezifikationsrecht anstelle des Gläubigers ausüben dürfen soll (dazu Rz 309 f.)<sup>558</sup>. Der Wahlrechtsübergang kann m.E. zumindest für das (im Sinne von OR 156) treuwidrige Mitwirkungsversäumnis auch auf die hier vertretene Fiktion abgestützt werden, denn im Ergebnis wird der Schuldner mit dieser Rechtsfolge so gestellt, wie wenn der Gläubiger mitgewirkt hätte<sup>559</sup>. Die Analogie kann ausserdem auf den Dienstleistungsschuldner ausgedehnt werden (dazu Rz 481 ff.).

---

<sup>557</sup> BGB § 91.

<sup>558</sup> KOLLER A., OR AT, Rz 56.142. Vgl. BGE 110 II 148/151 E. 1a m.V.a. BGB § 264 II; BGE 42 II 219/225 E. 3 (dort noch mit Bezug auf HGB § 375).

<sup>559</sup> Natürlich kann die «richtige» Information, also die Wahl oder die Spezifikation, die der Gläubiger *tatsächlich* getroffen hätte, so nicht fingiert werden. Doch ist das zur Wahrung der Schuldnerinteressen auch nicht nötig.

c. Wird eine *rechtliche Mitwirkungsleistung* (Rz 77) unterlassen, so findet 379  
die Analogie einen gewissen Anwendungsbereich, weil Rechtstatsachen  
fingiert werden können. Praktisch allerdings beschränkt sich die Fiktion auf  
Rechte und Pflichten im Verhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner, weil  
sie nicht das Rechtsverhältnis der Parteien gegenüber Dritten zu gestalten  
vermag, sondern nur die Parteien des Schuldverhältnisses in ihren *gegensei-*  
*tigen* Rechten und Pflichten so stellen will, wie wenn die treuwidrige Mani-  
pulation nicht stattgefunden hätte. Mit anderen Worten ist ausgeschlossen,  
dass etwa die Erteilung einer öffentlich-rechtlichen Bewilligung (zum Bei-  
spiel einer Arbeitsbewilligung, einer Baubewilligung usw.) fingiert wird,  
deren Einholung der Gläubiger unterlassen hat. Ebenso wenig fingieren lässt  
sich die Einwilligung Dritter (zum Beispiel das Recht, das Nachbargrund-  
stück zu überqueren). Denkbar ist demgegenüber zum Beispiel der fingierte  
Eintritt gewillkürter Erfüllungsvoraussetzungen (Rz 461 ff.).

4. Es ist evident, dass die Fiktion der treuwidrig unterlassenen Mitwirkungs- 380  
leistung und die dem Schuldner hierdurch gewährte Rechtsausdehnung mit  
**Risiken für den Gläubiger** einhergehen. Diese Risiken hat der Gläubiger  
teilweise in Kauf zu nehmen, doch hat der Schuldner nach Treu und Glauben  
(ZGB 2) das Seinige beizutragen, dass die Risiken soweit als möglich elimi-  
niert oder minimiert werden. Den Schuldner treffen bei der Ausübung seines  
neu erlangten Rechts deshalb gewisse, von den Umständen des konkreten  
Einzelfalls abhängende Treuepflichten gegenüber dem Gläubiger, auf die in  
genereller Weise an dieser Stelle nicht einzugehen ist. Sie werden weiter  
hinten im Zusammenhang mit den Mitwirkungsleistungen des Bauherrn  
wieder aufgegriffen (Rz 491 ff.).



## Zweiter Teil: Besondere Aspekte der Bauherrenmitwirkung

1. Im ersten Teil wurden die Grundzüge der Gläubigermitwirkung dargestellt. Im folgenden zweiten Teil ist zu prüfen, wie es sich mit einzelnen dieser Merkmale im Bauwerkvertrag bei der **Mitwirkung des Bauherrn** verhält. Untersucht wird im Wesentlichen, woher der (regelmässig hohe) Mitwirkungsbedarf im Bauwerkvertrag rührt, welches strukturell und inhaltlich die typischen Mitwirkungsleistungen sind (**I.**), wie Mahngeschäft und Reaktionszeit im Bauwerkvertrag ausgestaltet sind (**II.**), welchen Verbindlichkeitsgrad die Bauherrenmitwirkung aufweist (**III.**) und schliesslich, wie sich die Bauherrenmitwirkung zu ausgewählten anderen Rechten und Pflichten des Bauherrn verhält (**IV.**). Ziel dieser Untersuchung ist es, spezifisch auf den Bauwerkvertrag zugeschnittene Erkenntnisse zur Gläubigermitwirkung (d.h. zur Bestellermithwirkung) zu erarbeiten, auf die dann im dritten Teil (Rz 742 ff.) bei der Darstellung der Rechtsfolgen des Mitwirkungsversäumnisses zurückgegriffen werden kann. 381

2. **Begrifflich** wird im Folgenden unter «Bauwerkvertrag» ein Werk- oder Werklieferungsvertrag im Sinne von OR 363 ff. verstanden, dessen Gegenstand die Herstellung und Ablieferung eines Bauwerks gegen eine Vergütung ist. Als Bauwerk wird jedes körperliche Arbeitsergebnis bezeichnet, zu dessen Herstellung Bauarbeiten nötig sind<sup>560</sup>. Durch Bauarbeiten «wird ein mit dem Erdboden verbundener Bau (oder Bauteil) körperlich gestaltet»<sup>561</sup>. Der Ort, an dem das Bauwerk entstehen soll bzw. entsteht und an dem der überwiegende Teil der Bauarbeiten stattfindet, ist der Baugrund, die darauf errichtete Arbeitsanlage des Unternehmers die Baustelle. Vertragsparteien sind der Bauherr (der Besteller) und der (Bau-)Unternehmer. Mehrere Unternehmer, die mit dem Bauherrn je in einem Bauwerkvertrag stehen und deren Bauleistungen – Teil-Werke – sich auf die Herstellung eines Teils desselben Werks – eines Gesamtwerks – richten<sup>562</sup>, sind Nebenunternehmer. Schliesst das Teil-Werk eines Nebenunternehmers zeitlich und funktionell an das eines 382

---

<sup>560</sup> Vgl. GAUCH, Werkvertrag, Rz 209.

<sup>561</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rz 206.

<sup>562</sup> Vgl. GAUCH, Werkvertrag, Rz 209.

anderen Nebenunternehmers an, so wird unterschieden zwischen Vor- und Nachunternehmern sowie Vor- und Nachunternehmerwerken<sup>563</sup>. Bauwerkverträge, die unter Einbezug von branchenüblichen AGB abgeschlossen werden, heißen SIA-Bauwerkvertrag (für die SIA-Norm 118), VOB/B-Bauwerkvertrag (für die deutsche VOB/B-Norm<sup>564</sup>) und ÖNORM-Bauwerkvertrag (für die österreichische ÖNORM B 2110<sup>565</sup>). Bauwerkverträge, die auf den Einbezug solcher AGB verzichten und auch sonst keine von den Regeln des OR bzw. des BGB bzw. des ABGB abweichende Abreden enthalten, sind OR-, BGB- oder ABGB-Bauwerkträge.

## I. Der Mitwirkungsbedarf

### A. Strukturelle Ursachen

- 383 Die Mitwirkung des Bauherrn ist im Bauwerkvertrag von hervorragender Bedeutung und entsprechend oft Gegenstand von Streitigkeiten zwischen den Vertragsparteien. Dies nicht deshalb, weil die Mitwirkung für die Leistung des Unternehmers bedingend ist, denn diese Eigenschaft teilt sich die Bauherrenmitwirkung mit der Gläubigermithwirkung ganz allgemein. Vielmehr

---

<sup>563</sup> Vgl. GAUCH, Werkvertrag, Rz 219 (dort: «Nachfolgeunternehmer»). Siehe auch KOLLER A., Werkvertragsrecht, Rz 12.

<sup>564</sup> Die Norm «Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen» besteht aus den drei Teilen A, B und C, wobei Teil B «Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen» enthält. Die Norm wird seit 1926 herausgegeben, zuerst vom Reichsverdingungsausschuss (RVA; damals noch als «Vergabe- und Verdingungsordnung für Bauleistungen»), heute vom Deutschen Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen (DVA). Referenziert ist hier die Fassung von 2016 (<http://dejure.org/gesetze/vob-b>). Die Norm hat nicht die Bedeutung von gesetzlichen Normen, sondern stellt Allgemeine Geschäftsbedingungen dar, die im Bauwerkvertrag nur wirksam werden, wenn sie durch übereinstimmende Willenserklärung der Parteien zum Vertragsbestandteil erklärt wird. Zum Ganzen: LEUPERTZ/VON WIETERSHEIM, IngKor-VOB, Einl N 1, 7, 53, 60.

<sup>565</sup> Die ÖNORM B 2110 enthält «Allgemeine Vertragsbestimmungen für Bauleistungen» und bezeichnet sich im Titel als «Werkvertragsnorm». Sie wird unter dieser Bezeichnung seit 1947 herausgegeben, seit 1971 vom Österreichischen Normierungsinstitut (ON; *Austrian Standards Institute*). Referenziert ist hier die Fassung vom 15. März 2013. Auch die ÖNORM B 2110 ist ein AGB-Werk ohne gesetzlichen Rang, das mithin erst durch übereinstimmende Willenserklärung Bestandteil des Bauwerkvertrags wird (KARASEK, ÖNORM-Komm, Vor Pkt. 1 N 5; Pkt. 5.1 N 261 ff).

fällt ins Gewicht, dass im Bauwerkvertrag die Machtbereiche der Vertragsparteien verglichen mit anderen Vertragstypen des Geschäftsverkehrs vielfältiger miteinander verschränkt sind. Im Folgenden werden die Zusammenhänge erörtert, die zu diesem erhöhten Mitwirkungsbedarf im Bauwerkvertrag führen.

## 1. Ausgangspunkt

1. Im Werkvertrag verpflichtet sich der Unternehmer, ein Werk herzustellen und dem Besteller dieses abzuliefern<sup>566</sup>. Seine Pflicht unterteilt sich damit in zwei Hauptobligationen, die **Herstellungspflicht** und die **Ablieferungspflicht**<sup>567</sup>, die beide gleichermassen die Mitwirkung des Bestellers erfordern können. Unter seiner Herstellungspflicht hat der Unternehmer durch sein Wirken den vertraglich vereinbarten Arbeitserfolg, das Werk, zu erschaffen<sup>568</sup>. Mitwirkungsleistungen des Bestellers ermöglichen dem Unternehmer in dieser Phase, das Werk wie geschuldet *auszuführen*. Die Ablieferungspflicht beinhaltet demgegenüber die körperliche *Übertragung* des vollendeten Werks in die tatsächliche Verfügungsgewalt des Bestellers<sup>569</sup>. Mitwirkungsleistungen richten sich dort nicht (mehr) auf den Herstellungsvorgang, sondern auf diesen punktuellen Transfer als letzten Erfüllungsschritt.

2. Weil die Ablieferung immer zunächst schon *faktisch* die Herstellung des Werks voraussetzt, beide Leistungen aber auch rechtlich geschuldet sind, ist der Erfüllungsvorgang im Werkvertrag gewissermassen **prozessbezogen**, anders als etwa in Verträgen, die lediglich auf einen «punktuellen Leistungsaustausch»<sup>570</sup> abzielen. Das erlaubt zwar einfache Schlüsse zur Bedeutung der Mitwirkung im Werkvertrag, wie zum Beispiel, dass nebst der Herstellung immer auch die Ablieferung vorübergehend verunmöglicht ist, *wenn* die Herstellung mitwirkungsbedürftig ist und dort nicht mitgewirkt wird, oder dass die Herstellung durch Mitwirkungsversäumnisse nicht behindert werden kann, *wenn* allein die Ablieferung mitwirkungsbedürftig ist usw. Die Frage

<sup>566</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rz 7 f. Vgl. auch OR 363, 367 I, 370 I, 371 II, 372 I.

<sup>567</sup> KOLLER A., Werkvertragsrecht, Rz 129 ff.

<sup>568</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rz 19, 126 f., 668; KOLLER A., Werkvertragsrecht, Rz 143; KOLLER A., BK-OR, Art. 363 N 54.

<sup>569</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rz 88, 90. Die «Ablieferung» bezeichnet aus Sicht des Unternehmers denselben Vorgang wie die «Abnahme» aus Sicht des Bestellers (vgl. GAUCH, Werkvertrag, Rz 97).

<sup>570</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rz 19.

allerdings, *ob, warum und inwiefern* die Herstellungs- und/oder Ablieferungsleistung mitwirkungsbedürftig ist, beantwortet das Gesetzesrecht nicht<sup>571</sup>. Die Frage wäre denn auch durch Gesetzesvorschriften nicht zu beantworten, weil es dabei ausschliesslich auf die Natur des vereinbarten Werks und die damit einhergehenden Herstellungsbedingungen im Einzelfall ankommt. Mit anderen Worten ist der Mitwirkungsbedarf im Werkvertrag nicht schon im gesetzlichen Vertragstypus angelegt. Ursprung und Bedeutung der Bauherrenmitwirkung müssen daher anhand des typischen Inhalts des Bauwerkvertrags und der typischen Umstände seines Vollzugs erörtert werden.

## 2. Verschränkungen mit der Bauherrensphäre

- 386 **1.** Ursache für den üblicherweise hohen Mitwirkungsbedarf im Bauwerkvertrag sind diverse typische Berührungspunkte zwischen der Tätigkeit des Unternehmers und der Sphäre des Bauherrn, in denen **das Wirken der Parteien miteinander verschränkt** ist<sup>572</sup>. Diese Verschränkung äussert sich regelmässig in Form von physischen, intellektuellen oder rechtlichen Mitwirkungsbedürfnissen des Unternehmers oder einer Verbindung hiervon, deren Erfüllung er selbst nicht schuldet (vgl. Rz 21 ff.), die aber für die gehörige Erbringung der Werkleistung bedingend (erfüllungsrelevant, Rz 13 ff.) sind.
- 387 **2.** Eine Verschränkung mit der Bauherrensphäre ergibt sich einmal aus **physischen Mitwirkungsbedürfnissen** des Unternehmers. Regelmässig geht es um die Verschaffung von unbeweglichen und beweglichen Sachen. Zunächst benötigt der Unternehmer Zutritt und Zugriff auf den Baugrund. Ist nicht ausnahmsweise der Unternehmer selbst Eigentümer des Baugrunds, so bedarf es hierfür gegebenenfalls physischer Vorgänge (beispielsweise die Übergabe eines Schlüssels, die Öffnung einer Türe), die von der diesbezüglich verfügungsmächtigen und -berechtigten Person ausgehen müssen. Leistet der Unternehmer sein Werk als Nachunternehmer und schuldet er demnach ein Nachunternehmerwerk (ein «Anschlusswerk»<sup>573</sup>), so ist er nicht nur auf Zutritt angewiesen, sondern auch darauf, dass der Bauherr ihm das Vorunternehmerwerk im hierfür erforderlichen Zustand zur Verfügung stellt. Für

---

<sup>571</sup> Das Gesetzesrecht beschränkt sich auf Regeln, die *für den Fall* gelten, dass im konkreten Werkvertrag Mitwirkung erforderlich ist (z.B. OR 91, 365 I/II, 376 I, 376 III).

<sup>572</sup> Vgl. ZELTNER, Diss., Rz 21 ff.; NICKLISCH, BB, S. 533 f.

<sup>573</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rz 2038.



seine Mannschaft und seine Maschinen benötigt der Unternehmer sodann elektrische Energie sowie Trink- und Brauchwasser. Soweit er sich nicht verpflichtet, diese Ressourcen selbst sicherzustellen, muss er auf die bereits vorhandenen Strom- bzw. Wasseranschlüsse zurückgreifen können, die möglicherweise in der Verfügungsmacht des Bauherrn liegen. Obliegt die Lieferung des Baustoffs dem Bauherrn, so ist der Unternehmer auch in diesem Punkt auf dessen Mitwirkung angewiesen, da es sich ohne Baustoff nicht bauen lässt.

**3. Intellektuell** sind die Sphären der Parteien dort miteinander verschränkt, 388 wo der Unternehmer für die gehörige Werkausführung auf eine Information angewiesen ist, die ihm nur der Bauherr bzw. seine Hilfspersonen verschaffen können. Typisch ist die Abrede, dass das Bauwerk nicht schon zu Vertragsschluss, sondern während der Werkausführung laufend konkretisiert werde («rollende Planung»). Weil das Bauwerk in diesen Fällen bei Vertragsschluss nicht abschliessend festgelegt ist, benötigt der Unternehmer für die gehörige Werkausführung zwingend die konkretisierenden Anweisungen vonseiten des Bauherrn. Informationen benötigt er aber auch, wenn einzelne Erfüllungshandlungen vom Bauherrn zeitlich mit den Arbeitsvorgängen von Dritten koordiniert werden müssen oder wenn technische Unvorhersehbarkeit dazu führen, dass vom Bauherrn Weisungen erforderlich werden, ohne die der Unternehmer die Erfüllung nicht weiter vorantreiben kann.

**4. Eine rechtliche** Verschränkung der Parteisphären ergibt sich überall dort, 389 wo der Unternehmer darauf angewiesen ist, dass ihm der Bauherr vor Baubeginn oder auch im Verlaufe der Ausführung gewisse Rechte verschafft. Dieses Bedürfnis kann sich teilweise mit den bereits genannten Sachverschaffungs- und Informationsverschaffungsbedürfnissen des Unternehmers überlagern. Beispielsweise benötigt der Unternehmer nicht nur den physischen Zugang zum Baugrund, sondern, soweit dieser im Eigentum eines Dritten liegt, auch die Einwilligung des Grundeigentümers. Sind weitere Einwilligungen Dritter nötig, so beispielsweise vonseiten der Nachbarn für den Bau einer Baustellenzufahrt, so müssen auch diese Einwilligungen eingeholt werden. Weil die Bautätigkeit des Unternehmers auf dem Baugrund gegen öffentliches Baupolizeirecht verstösst, wenn es nicht vorgängig bewilligt wird, ist der Unternehmer zudem darauf angewiesen, dass der Bauherr die entsprechende Bewilligung beschafft oder, soweit der Unternehmer die Aufgabe übernommen hat, an der Einholung der Bewilligung mitwirkt, wo sie gläubigerfixe (Rz 23) Erfüllungsbeiträge (namentlich die handschriftliche Unterzeichnung durch den Bauherrn) erfordert. Schliesslich sind die Partei-

sphären auch dort verschränkt, wo ein an sich nicht erfüllungsrelevantes Bauherrenverhalten vertraglich zur Erfüllungsvoraussetzung für die gehörige Erfüllung des Unternehmers erklärt worden ist. Beispielsweise kann vereinbart sein, dass der Unternehmer im Beisein des Bauherrn Zwischenabnahmen oder – etwa bei Industrieanlagen – Testläufe durchzuführen habe. Hierzu zählt aber auch die Vereinbarung, dass der Baubeginn erst «auf Abruf» des Bauherrn erfolgen solle, weil in der Regel erst mit dem Abruf die Erfüllbarkeit der Werkleistungspflicht eintritt. Sorgt der Bauherr in diesen Fällen nicht dafür, dass sich die vereinbarten Erfüllungsvoraussetzungen einstellen, wird der Unternehmer in der Erfüllung seiner Leistungspflicht blockiert.

### 3. Abgrenzungen zu Scheinursachen

- 390 1. Kein Grund für den Mitwirkungsbedarf im Bauwerkvertrag ist zunächst einmal die im gesetzlichen Vertragstyp angelegte **Erfolgsbezogenheit** der Herstellungsleistung. Bezeichnet wird damit üblicherweise der Umstand, dass der Unternehmer dem Besteller im Zuge seiner Arbeitsleistung nicht nur ein sorgfältiges Tätigwerden schuldet, sondern die Arbeitsleistung in einem objektiv messbaren Erfolg – dem Werk – münden muss (*obligation de résultat*; Rz 73). Von der Erfolgsbezogenheit wird gesagt, sie grenze den Werkvertrag einerseits gegenüber den Veräußerungs- und Gebrauchsüberlassungsverträgen<sup>574</sup>, andererseits gegenüber anderen auf Arbeitsleistung gerichteten Vertragstypen ab<sup>575</sup>. Freilich wird zu Recht kritisch eingewendet, dass die so verstandene Erfolgsbezogenheit eine Frage der «Flughöhe» sei, weil letztlich von jeder Leistungspflicht gesagt werden kann, sie sei erfolgsbezogen, wenn nur der «Erfolg» nach dem Geschuldeten umschrieben

---

<sup>574</sup> Der Arbeitserfolg setzt eine Arbeitsleistung voraus. Diese schuldet der Unternehmer zwar nicht *per se*, doch «gehört sie ebenfalls zum Schuldinhalt» (GAUCH, Werkvertrag, Rz 19; vgl. auch KOLLER A., BK-OR, Art. 363 N 54). Könnte der Unternehmer den geschuldeten Erfolg erzielen, ohne zuvor Arbeit und Produktionsmittel in die Herstellung zu investieren (ohne «irgendetwas zu tun»), so müsste das heissen, dass der geschuldete Erfolg zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses bereits existiert. Die anschliessende «Ablieferung» des «Werks» wäre dann aber keine im werkvertraglichen Sinne, sondern würde das Schuldverhältnis vielmehr in die Nähe der Veräußerungs- und Gebrauchsüberlassungsverträge rücken.

<sup>575</sup> Dass nicht nur Arbeit (vgl. Fn 574), sondern auch ein Arbeitserfolg geschuldet ist, bedeutet, dass der Unternehmer seine Pflicht nicht bereits durch seine Arbeitstätigkeit erfüllt, sondern die Werkleistung zu einem Ende mit vorbestimmtem Ausführungsstand bringen muss.

wird<sup>576</sup>. Das Kriterium bleibt in seiner Aussagekraft deshalb noch hinter der bereits gemachten Feststellung zurück, dass der Werkvertrag strukturell *prozessbezogen* ist, d.h. dass der Erfüllungsvorgang des Unternehmers zwingend in Stufen (zuerst Herstellung, dann Ablieferung) verläuft. Weder aus dem einen noch aus dem anderen Kriterium lässt sich ableiten, ob und inwiefern die Werkleistung der Mitwirkung bedarf. Zumindest theoretisch ist denkbar, dass eine Werkherstellung und -ablieferung einmal trotz ihrer Prozess- und Erfolgsbezogenheit keine Mitwirkung erheischt. Genauere Aussagen über den Mitwirkungsbedarf müssen beim Inhalt der versprochenen Bauleistung und bei den vorherrschenden Herstellungsbedingungen anknüpfen.

2. Häufig wird festgestellt, dass der Bauwerkvertrag Ähnlichkeit mit einem **Dauerschuldvertrag** habe. Das rührt daher, dass das geschuldete Bauwerk 391 naturgemäss zu Beginn des Erfüllungsvorgangs noch nicht existiert und vom Unternehmer erst noch geschaffen werden muss. Die vom Unternehmer geschuldete Bauleistung muss deshalb unausweichlich während eines gewissen Zeitraums kontinuierlich – eben dauerhaft – erbracht werden, und erst zu dessen Ende hin ist der Unternehmer imstande, dem Bauherrn das vollendete Bauwerk abzuliefern, also zu erfüllen. Weil dieser Zeitraum beim Bauwerkvertrag in der Regel Wochen, Monate oder Jahre dauert, ist häufig auch die Rede von einem *Langzeitvertrag*<sup>577</sup>. Vom typischen Dauerschuldvertrag unterscheidet den Werkvertrag, dass er nicht durch Zeitablauf endigt<sup>578</sup>, sondern durch Erfüllung, also durch rechtzeitige Ablieferung des vollendeten und vertragsgemässen Werks. So oder anders aber trifft die Dauer der Herstellungsphase keine inhaltliche Aussage über den im konkreten Werkvertrag herrschenden Mitwirkungsbedarf: Sie besagt nicht, in wessen Verfügungsgewalt der Baugrund liegt, ob für das Projekt bereits eine rechtskräftige Baubewilligung vorliegt, ob das Bauwerk im Verlaufe der Ausführung noch konkretisiert werden muss, ob andere Baubeteiligte mit dem Unternehmer koordiniert werden müssen usw. Unvorhersehbarkeiten, die irgendwann in irgendeiner Weise die Mitwirkung des Bauherrn nötig machen (zum Beispiel in Form von Weisungen), können zwar auftreten, doch besteht kein logischer

<sup>576</sup> SIEGENTHALER, BR/DC 2016, S. 329.

<sup>577</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rz 7; ZELTNER, Diss., Rz 27; vgl. auch Rz 658.

<sup>578</sup> Vgl. SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, Rz 88 ff.; vgl. auch GAUCH, Diss., S. 6 ff.

Zusammenhang zwischen der Langfristigkeit eines Vertrags und der Unvorhersehbarkeit eines künftigen, leistungerschwerenden Sachverhalts<sup>579</sup>.

- 392 **3.** Auch die gegebenenfalls hohe **Komplexität** eines Bauvorhabens besagt nicht, dass im konkreten Bauwerkvertrag Mitwirkungsbedarf besteht. Ist es das Bauwerk selbst, das komplex ausfällt, zum Beispiel sein Aufbau, seine Gestaltung, seine Funktionsweise, das Zusammenspiel seiner Teile usw., so lässt sich einwenden, dass auch komplexe Werke theoretisch bereits bei Vertragsschluss feingeplant werden können. Die Umsetzung kann und wird erfahrungsgemäss zwar technische Unvorhersehbarkeiten mit sich bringen, doch sind Unvorhersehbarkeiten grundsätzlich keine naturwissenschaftliche Notwendigkeit der Komplexität, wenn es auch eine gewisse Korrelation zwischen ihr und dem nicht Vorhersehbaren geben dürfte. Ist es der Herstellungsvorgang, der komplex ist, namentlich wegen einer hohen Anzahl Baubeteiligter und dem Zusammenspiel ihrer individuellen Leistungen, so schafft dies nur dann Mitwirkungsbedarf auf der Seite des Bauherrn, wenn diese Baubeteiligten *vertraglich ihm angegliedert sind*. Das aber ist nicht eine Frage der Komplexität, sondern der Vertragsgestaltung, namentlich der Frage, ob der Unternehmer die gesamte Werkplanung und -ausführung übernommen hat oder auch Dritte damit betraut sind, die ihrerseits mit dem Bauherrn in einem Vertrag stehen.
- 393 **4.** Ebenfalls kein Grund für Mitwirkungsbedarf ist der Umstand, dass der Bauherr hohe **Geldsummen**<sup>580</sup> und/oder grosse **ideelle Wertschätzung** für das Bauvorhaben aufbringt. Beide Merkmale sagen nichts über die Mitwirkungsintensität eines Bauvorhabens aus. Ihre Bedeutung liegt eher woanders: Sie bilden allenfalls Motive für den Bauherrn, den Werkvertrag so auszugestalten, dass ihm möglichst viel Freiheit bei der zeitlichen, inhaltlichen und sonstigen Festlegung des Bauwerks verbleibt. Oder er besteht zum Beispiel auf besonderen Erfüllungsbedingungen wie Zwischenabnahmen und Testläu-

---

<sup>579</sup> Vgl. GAUCH, Werkvertrag, Rz 1081 (dort im Zusammenhang mit der Unvorhersehbarkeit i.S.v. OR 373 II). Zu konzedieren ist zwar, dass «sich ein Bauprojekt nicht bis in alle Einzelheiten vorprogrammieren lässt und dementsprechend bei der Ausführung immer wieder Fragen und Probleme auftauchen, die der Entscheidung des Auftraggebers bedürfen» (NICKLISCH, BB, S. 534). Doch hat das seinen Grund nicht in erster Linie in der Dauer des Vertrags, sondern in der wirtschaftlichen Unsinnigkeit und/oder in der technischen Unmöglichkeit, Bauvorhaben im Voraus bis ins Kleinste zu planen (vgl. ZELTNER, Diss., Rz 55).

<sup>580</sup> ZELTNER, Diss., Rz 24.

fen (vgl. Rz 467 ff.). Aus dieser Vertragsgestaltung heraus dann – nicht schon aus der Investitionssumme oder der Wertschätzung des Bauherrn allein – entsteht Mitwirkungsbedarf.

## B. Annahme- und Vorbereitungshandlungen des Bauherrn

1. Solange das Bauwerk nicht vollendet ist, befindet sich der Unternehmer in der **Herstellungsphase**. Hier schuldet er eine (erfolgsbezogene) Arbeitsleistung, nämlich die Erfüllungshandlungen, die zur Herstellung des vertragsgemässen Bauwerks erforderlich sind. Im Zusammenhang mit Dienstleistungsschulden wurde bereits festgestellt, dass eine Annahme im engeren Sinne begrifflich nicht in Betracht kommt (Rz 70 ff.). So verhält es sich auch bei der Herstellungsleistung des Unternehmers:

a. Der Begriff der Annahme in OR 91 (*pro memoria*: der «letzte Erfüllungsakt»), wie auch der damit verbundene Begriff des gehörigen Leistungsangebotes in OR 91 (der «Realoblation»), ist weitgehend von der Vorstellung geleitet, dass der Schuldner dem Gläubiger eine Sache zu Besitz und/oder Eigentum zu verschaffen habe. Bei der Sachleistungsschuld passt die Umschreibung, die *Annahme überführe das gehörige Leistungsangebot in die Erfüllung*: Der Verkäufer beispielsweise besorgt alle ihm obliegenden Erfüllungshandlungen (Ausscheidung, Verpackung, Versand, Bereitstellen usw.); der letzte Erfüllungsakt ist allein dem Käufer «überlassen», indem dieser die Ware entgegen nimmt, ohne dass der Verkäufer auch auf diesen Vorgang noch irgendwie einwirken müsste.

b. Soweit die Herstellungsleistung im Werkvertrag mitwirkungsbedürftig ist, kann es der Unternehmer nun aber nicht bei den dem Mitwirkungsakt vorgelegerten Erfüllungshandlungen belassen, denn seine Arbeitsleistung erbringt er damit ja gerade nicht oder nicht vollständig. Vielmehr zeichnet die mitwirkungsbedürftige Arbeitsleistung aus, dass sie *erst gehörig angeboten werden kann* (und muss), wenn die Mitwirkungsleistung erbracht wird. Das äussert sich so in vielen typischen Mitwirkungsversäumnissen des Bauherrn:

- Häufig muss der Unternehmer auf einem Baugrund tätig werden, der nicht in seinem Eigentum steht. Gewährt ihm der Eigentümer des Grundstücks nicht Zugang zum Baugrund, ist der Unternehmer schon *örtlich* nicht imstande, seine Leistung gehörig anzubieten; er kann sie wohl inhaltlich (das «Bauen») anbieten, aber nicht am richtigen Ort.

- 398 – Soll der Bauherr zuhanden des Unternehmers Materialien auswählen, Ausführungsunterlagen bereitstellen oder andere Konkretisierungen mitteilen, so ist der Unternehmer ohne diese Informationen *inhaltlich* an der Werkleistung verhindert. Selbst wenn er hinreichenden Zugang zur Baustelle hat und mithin örtlich zum gehörigen Leistungsangebot befähigt wäre, wird er die Leistung nicht vertragsgemäss (nämlich wie vom Bauherrn gewünscht) anbieten können, weil er die geschuldete Werkbeschaffenheit nicht kennt.
- 399 – Ein ähnliches Problem trifft den Unternehmer, wenn der Bauherr ihm den benötigten Baustoff, Trink- und Brauchwasser oder elektrische Energie nicht zur Verfügung stellt: Er kann dann zwar wohl örtlich, zeitlich und intellektuell (im Wissen um die geschuldete Werkbeschaffenheit) zur Herstellung bereit sein, doch wird es ihm *technisch* unmöglich sein, die Herstellungsleistung gehörig anzubieten. Ohne Baustoff gibt es nichts zu verbauen, ohne Wasser kann kein Zement gemischt, kein Material gereinigt und keine Arbeitskraft versorgt werden, ohne elektrische Energie funktionieren strombetriebene Maschinen nicht usw.
- 400 – Wirkt der Bauherr demgegenüber mit, so ermöglicht das – und erst das – dem Unternehmer das gehörige Angebot seiner Herstellungsleistung. Gleichzeitig ermöglicht es dem Unternehmer nicht nur das gehörige Leistungsangebot, sondern auch die eigentliche Leistungserbringung. Mit anderen Worten tritt der Unternehmer bei hinreichender Mitwirkung zunächst einmal in einen dauerhaften Zustand<sup>581</sup>, in welchem die *Leistung kontinuierlich sowohl angeboten als auch erbracht wird*.
- 401 c. Die Mitwirkung des Bauherrn hat in der Herstellungsphase mithin eine «Doppelfunktion»: Mindestens solange die Mitwirkungsleistung nicht ergeht, hat sie die Bedeutung einer *Vorbereitungshandlung*, indem erst ihre Erbringung dem Unternehmer ermöglicht, die Herstellung gehörig anzubieten; das hat eine gewisse Relevanz mit Blick auf das Recht des Unternehmers, Mitwirkungsleistungen gegebenenfalls zu substituieren (Rz 481 ff.). Wirkt aber der Bauherr einmal mit, ermöglicht er dem Unternehmer sowohl das gehörige Leistungsangebot als auch *zugleich* die Erfüllung seiner Arbeitspflicht; in diesem kontinuierlichen Zustand von Angebot und Erfül-

---

<sup>581</sup> Der Zustand ist zwar «von Dauer», aber nur von vorübergehender; natürlich endet er spätestens dann, wenn die Herstellungspflicht erfüllt ist oder die Herstellungsschuld aus einem anderen Grund erlischt.

lungshandeln kommt der Mitwirkung begrifflich nicht mehr die Bedeutung einer Vorbereitungshandlung zu, denn der Unternehmer vermag nun die Leistung anzubieten. Die Mitwirkung des Bauherrn verwandelt sich im Zuge der Mitwirkung damit in eine *Annahmehandlung*, mit der Erfüllungshandlungen des Unternehmers dauerhaft in die Erfüllung überführt werden.

2. Anders gestaltet sich die Lage bei der **Ablieferung** des vollendeten Bauwerks. Bei ihr geht es um die Verschaffung einer bereits existierenden (hier: unbeweglichen) Sache. Die Ablieferung äussert sich deshalb als punktueller Leistungsaustausch, wie er dem Begriff der *Annahme* in OR 91 konzeptionell zugrunde liegt: Es lässt sich unterscheiden zwischen den Erfüllungshandlungen des Unternehmers einerseits, die darauf zielen, dem Bauherrn die Verfügungsmacht am Bauwerk zu verschaffen (dem gehörigen Leistungsangebot), und der «Entgegennahme» des Bauwerks durch den Bauherrn andererseits, mit welcher dieser ohne weiteres Zutun des Unternehmers die Erfüllung herbeiführen kann. Vorbereitungshandlungen des Bauherrn sind für die Ablieferung nach Vollendung des Bauwerks normalerweise nicht erforderlich<sup>582</sup>. Doch bedarf dies einiger Differenzierungen:

a. Das Bauwerk abzuliefern bedeutet, dem Bauherrn daran unmittelbaren Besitz zu verschaffen; das Bauwerk muss in die tatsächliche Verfügungsgewalt des Bauherrn übergehen<sup>583</sup> (vgl. ZGB 919 I). Dieser Vorgang ist *nicht zwingend annahmehedürftig*. Bei Bauwerken, die innerhalb bereits bestehender Strukturen und auf dem Grund und Boden des Bauherrn entstehen (zum Beispiel die Renovation eines Badezimmers), ist es die Regel, dass der Bauherr die Verfügungsmacht über das Bauwerk bereits innehat. In solchen und allen anderen Fällen, in denen eine Mitwirkung bei der Ablieferung nicht erforderlich ist, genügt vonseiten des Unternehmers die blossе *Vollendungsanzeige*. Sie kann konkludent oder ausdrücklich ergehen, etwa, indem er das Bauwerk für den Bauherrn ersichtlich als vollendet und verfügbar «hinstellt» oder indem er ihm die Vollendung telefonisch oder schriftlich anzeigt<sup>584</sup>.

<sup>582</sup> Vor der Vollendung des Bauwerks lässt sich das natürlich nicht sagen, weil die Herstellungsleistung, die der Ablieferung notwendigerweise vorausgeht, regelmässig Vorbereitungshandlungen erfordert (Rz 394 ff./406 ff.), die so auch zu Vorbereitungshandlungen der Ablieferungsleistung werden (vgl. Rz 71 a.E.).

<sup>583</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rz 87 f.

<sup>584</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rz 92 f. Vgl. auch WEBER, BK-OR, Art. 91 N 15, 16 6. Lemma. Die Vollendungsanzeige wird teilweise als Verbaloblation, also als Gläubigerver-

- 404 **b.** Verfügt aber der Bauherr noch nicht über das Bauwerk und kann er sich die Verfügungsmacht auch nicht eigenhändig verschaffen, so zum Beispiel bei Neubauten, so erfordert das vom Unternehmer gewisse, auf die Besitzverschaffung gerichtete Erfüllungshandlungen, die *unter Umständen* vom Bauherrn *angenommen* werden müssen. So muss etwa der Unternehmer dem Bauherrn die Hausschlüssel und den Code für die Alarmanlage zukommen lassen. Soll die Übergabe postalisch ergehen, erfordert dies eine Entgegennahme der Sendung durch den Bauherrn; soll die Übergabe persönlich erfolgen, so bedarf dies der persönlichen Anwesenheit des Bauherrn und zudem seines physischen «Entgegennehmens».
- 405 **c.** Den Parteien steht es frei, *die Ablieferung vertraglich beliebig auszubauen*, namentlich indem sie die Wirkungen der Ablieferung an zusätzliche Tatbestandsvoraussetzungen knüpfen; dazu Rz 471.

### C. Typische Mitwirkungsbedürfnisse des Unternehmers

- 406 Nachdem die typischen Ursachen für den Mitwirkungsbedarf im Bauwerkvertrag dargestellt und die dabei auftretenden Mitwirkungstypen qualifiziert sind (Annahme/Vorbereitungshandlungen), bietet es sich fürs Folgende an, die typischen Mitwirkungsbedürfnisse des Unternehmers darzustellen. Mit behandelt werden jeweils auch die Fragen, unter welchen Voraussetzungen dem Bauherrn einzelne Leistungen als Mitwirkungsobliegenheit auferlegt sind oder nicht, und wann der in der Mitwirkungsleistung verkörperte Erfolg obliegenheitsgemäss erwirkt ist.

#### 1. Verschaffung von Sachen

- 407 Bauen setzt voraus, dass der Unternehmer Zutritt zum und Zugriff auf den Baugrund hat, dass ihm der nötige Baustoff zur Verfügung steht, dass die nötigen Betriebsmittel für seine Produktionsmittel zur Verfügung stehen usw. Soweit es vertraglich dem Bauherrn obliegt, dem Unternehmer diese

---

zug auslösendes Mahngeschäft aufgefasst (WEBER, BK-OR, Art. 91 N 130 m.w.N.). Doch kann dies nur zutreffen, wo eine Annahme des Bauherrn erforderlich ist, dessen Mitwirkungsversäumnis also die Ablieferung hemmt. Ist das nicht der Fall, kann die Vollendungsanzeige kein Mahngeschäft konstituieren, weil es schon am Mitwirkungsbedarf fehlt und der Unternehmer entsprechend ohne Zutun des Bauherrn zu erfüllen vermag.



Sachen<sup>585</sup> zu verschaffen, sind dies Mitwirkungsbedürfnisse des Unternehmers. Die «Verschaffung» wird hier im weitesten Sinne verstanden, ungeachtet dessen, ob die Sache vom Bauherrn zu «bringen» oder vom Unternehmer zu «holen» ist: Gemeint ist sowohl die Bereitstellung von beweglichen Sachen im Machtbereich des Bauherrn als auch die Bereitstellung und das dauerhafte Bereithalten unbeweglicher Sachen am Ort der gelegenen Sache, als auch die eigentliche Lieferung (das «Verschaffen» im engeren Sinne) von Sachen an den Unternehmer.

#### a. Baugrund

1. Ob der Bauherr dem Unternehmer den Baugrund zu verschaffen hat<sup>586</sup>, 408 hängt davon ab, ob die Werkleistungspflicht des Unternehmers dahingeht, dass dieser sich selbst Zugang zum Baugrund zu verschaffen habe oder eben nicht. Trifft letzteres zu, d.h. ist die Verschaffung aus seiner Leistungspflicht ausgenommen, obliegt sie automatisch dem Bauherrn (vgl. Rz 21 ff.). Bei der Auslegung des Bauwerkvertrags ist zu beachten, dass der Baugrund weder Werkstoff im Sinne von OR 365 noch Baustelleneinrichtung des Unternehmers<sup>587</sup> noch ein Arbeitsmittel des Unternehmers im Sinne von OR 364 III ist. Soweit mit Blick auf solche Sachen gesetzliche oder vertragliche Normen regeln<sup>588</sup>, wer sie zu be- bzw. verschaffen habe, sind diese Normen also zunächst unbeachtlich, wobei sie ergänzungsweise herangezogen werden können, wenn sie zum Vertrag passen<sup>589</sup>. Abzustellen ist m.E. in der

<sup>585</sup> «Sachen» sind hier im sachenrechtlichen Sinne zu verstehen, d.h. als «unpersönliche, körperliche, für sich bestehende Gegenstände, die der menschlichen Herrschaft unterworfen werden können» (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rz 4).

<sup>586</sup> Siehe GAUCH, Werkvertrag, Rz 1331. Vgl. die «tatsächliche» und die «rechtliche» Bereitstellungs- und Bereithaltungsobliegenheit des Bauherrn bei ZELTNER, Diss., Rz 96, 98–117.

<sup>587</sup> Vgl. SIA-118 123: «[...] sämtliche Einrichtungen, die der Unternehmer für die vertragsgemässe Ausführung seiner Arbeit benötigt, wie z.B. Fahrnisbauten, Gerüste, Einwandungen, Abschränkungen, Maschinen, Fahrzeuge, Geräte (ohne Handwerkzeug), Zufahrten und Plätze, provisorische Verbindungswege, Leitungen aller Art.»

<sup>588</sup> Qualifizieren könnte der Baugrund im weitesten Sinne (z.B. das zu renovierende Badezimmer) als *Werkgegenstand* oder *Werkgrundlage*, zu welcher es freilich keine allgemeinen gesetzlichen Vorschriften gibt. Dabei handelt es sich um «[...] bereits vorhandene Sachen [...], an denen der Unternehmer den geschuldeten Arbeitserfolg herbeiführen muss» (GAUCH, Werkvertrag, Rz 73). KOLLER spricht vom «Leistungssubstrat» (KOLLER A., Werkvertragsrecht, Rz 134).

<sup>589</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rz 68.

vorliegenden Frage auf die **Eigentums-** und gegebenenfalls auf die **Besitzverhältnisse am Baugrund** zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses.

- 409 **a.** Ist der *Unternehmer Eigentümer des Baugrunds*, kann er über diesen «in den Schranken der Rechtsordnung [...] nach seinem Belieben verfügen» (ZGB 641 I). Das Eigentum des Unternehmers bedeutet, dass der Unternehmer für die Werkleistung hinreichenden Zugang zum Baugrund hat bzw. sich diesen nötigenfalls verschaffen kann oder können müsste. Es gerät damit zur Sache des Unternehmers, sich den Zugang zum Baugrund zu sichern; tut er das nicht und vermag er deswegen mit der Herstellung des Bauwerks nicht zu beginnen, verletzt er früher oder später seine Herstellungspflicht (OR 366 I). Dasselbe gilt in Fällen, in denen der Unternehmer eine schwächere dingliche Berechtigung am Baugrund hält oder auch nur eine obligatorische: Selbst wenn der Unternehmer lediglich Mieter des Baugrunds ist, wird in der Regel anzunehmen sein, dass sich der Unternehmer zum Baugrund selber Zugang verschaffen muss.
- 410 **b.** Ist dagegen der *Bauherr Eigentümer des Baugrunds*, wie das beim Bauwerkvertrag häufig der Fall ist, gilt das Umgekehrte. Als Eigentümer des Baugrunds ist vom Bauherrn zu erwarten, dass er diesen dem Unternehmer zur Verfügung stellt. Das gilt auch, wenn zeitweilig Dritte die tatsächliche Verfügungsgewalt über den Baugrund rechtmässig (zum Beispiel Mieter) oder unrechtmässig (zum Beispiel demonstrierende Besetzer) erlangt haben. Es obliegt dann dem Bauherrn, die Verfügungsgewalt daran wieder zu erlangen bzw. die Dritten zu veranlassen, dem Unternehmer den Baugrund zu verschaffen.
- 411 **c.** Ebenfalls dem Bauherrn obliegt m.E. die Verschaffung des Baugrunds, wenn der Baugrund bei Vertragsschluss im *Eigentum eines Dritten* steht oder im Verlaufe des Bauwerkvertrags vom Bauherrn an einen Dritten veräussert wird, unabhängig davon, inwiefern und auf welche Weise der Bauherr dann selber noch am Baugrund – zum Beispiel als Mieter oder Immobilienverwalter – berechtigt ist<sup>590</sup>. Mangels anderer Abreden muss hier die Werkleistungspflicht des Unternehmers *im Zweifel* (vgl. Rz 274) eng ausgelegt werden, wenn nicht er selbst den Baugrund veräussert hat oder andere

---

<sup>590</sup> Hiervon scheint auch die Marginalie von SIA-118 116 auszugehen, wonach der Bauherr dem Unternehmer ohne Rücksicht auf die Eigentumsverhältnisse die «notwendigen Grundstücke und Rechte» zur Verfügung zu stellen habe.

hinreichende Anhaltspunkte dafür sprechen, dass die Baugrundbeschaffung seine Sache sein soll.

**d.** Eine *reduzierte Verschaffungsobliegenheit* ist anzunehmen, wenn sich der Baugrund teilweise in der Verfügungsmacht des Bauherrn, teilweise in derjenigen des Unternehmers befindet. Zum Beispiel kann der Baugrund zwar im Eigentum des Unternehmers, aber im unmittelbaren Besitz des Bauherrn (der zum Beispiel Mieter ist) sein. Umgekehrt kann zwar der Baugrund im Eigentum des Bauherrn liegen, doch der Unternehmer in anderer Weise am Baugrund berechtigt sein (zum Beispiel als Dienstbarkeitsberechtigter). Jedenfalls ist in solchen Fällen anzunehmen, dass beide Parteien in den Schranken ihrer jeweiligen Berechtigung am Baugrund eine Verschaffungsobliegenheit trifft (beispielsweise hat der Mieter die Türe zu seiner Wohnung zu öffnen, doch hat der Eigentümer sich selbst Zugang zu den Hauptsicherungen des ihm gehörenden Gebäudes zu verschaffen). 412

**2.** Wen die Verschaffungsobliegenheit trifft, ist wenig relevant, solange der Unternehmer sich den Zutritt zum Baugrund selbst zu verschaffen vermag (Bsp.: eine Aussenanlage, die für den Landschaftsgärtner von der angrenzenden Quartierstrasse her frei zugänglich ist). Doch aktualisiert sich die Frage, wenn zu Beginn der Ausführung Zugangshindernisse bestehen oder sich solche Hindernisse im Verlaufe der Ausführung einstellen<sup>591</sup> und sie der Unternehmer nicht selber verschuldet hat (zum Beispiel ein versperrter oder zugeschütteter Baugrund<sup>592</sup>; ein streitlustiger Nebenunternehmer, der den Unternehmer nicht zum Baugrund zulässt). Die Verschaffungsobliegenheit diktiert in diesem Fall, **welche Vertragspartei das Hindernis zu vertreten hat**. Normalerweise wird sich die Obliegenheit auf eine Vertragspartei konzentrieren. Wie gesehen aber, kann sich die Verschaffungsobliegenheit «reduzieren», wenn beide Parteien am Baugrund berechtigt sind (Rz 412). Diesfalls ist für jede Partei entsprechend ihrer Berechtigung am Baugrund zu prüfen, inwiefern das Hindernis in «ihrer» Sphäre zu liegen kommt; in diesem Umfang jedenfalls trifft sie ihre Verschaffungsobliegenheit (Bsp.: der Eingang zum Mehrfamilienhaus fällt in die Zuständigkeit des Eigentümers 413

<sup>591</sup> Die Verschaffungsobliegenheit trägt die betreffende Vertragspartei solange, wie sie für die Herstellung erforderlich ist; der «dauerleistungsähnliche» Charakter der Herstellungspflicht (vgl. Rz 658) überträgt sich so gewissermassen auf die Verschaffungsobliegenheit.

<sup>592</sup> Vgl. etwa ZH-HGer HG120098 (04.08.2015) E. 3.2.4. bzw. BGer 4A\_507/2015 (16.02.2016); vgl. STÖCKLI H./REY P., BR/DC 2016, S. 332 ff.

und Unternehmers; die Türe zur Mietwohnung ist Sache des Bauherrn und Mieters). Ob allerdings ein Zutrittshindernis im genannten Sinne vorliegt, ist immer *im Lichte der Werkleistungspflicht* zu prüfen: Ist beispielsweise der Abbruch einer bestehenden Baute mitsamt Grundstücksmauer oder die Rodung einer Waldfläche bestellt, ist das verschlossene Zufahrtstor bzw. die Bewaldung kein solches Zutrittshindernis; vielmehr zählt die Beseitigung solcher «Hindernisse» dann gerade zur Werkleistungspflicht des Unternehmers.

414 **3.** Obliegt die Verschaffung des Baugrunds dem Bauherrn, so besteht seine Mitwirkungsleistung darin, dem Unternehmer den richtigen Baugrund in der richtigen Qualität und zum richtigen Zeitpunkt zur Verfügung zu stellen, wie es für die vertragsgemässe Herstellung und Ablieferung des Bauwerks nötig ist. Der in der Mitwirkungsleistung verkörperte **Erfolg** liegt mithin im dauerhaften Zugriff auf den tauglichen Baugrund. Zur Verwirklichung dieses Erfolgs führen im Normalfall mehrere alternative Mitwirkungsverhalten. So bewirkt das Aufschliessen der Umzäunung durch den Bauherrn dasselbe wie die Überlassung eines Schlüssels. Doch ist zu beachten:

415 **a.** Der Erfolg ist solange nicht verwirklicht, als dem Unternehmer nicht die tatsächliche Verfügungsgewalt am tauglichen Baugrund verschafft worden ist (Rz 18). Die Tauglichkeit zur Erfüllung der Werkleistungspflicht ist massgeblich, denn der Zugang zum Baugrund ist aus Sicht des Unternehmers erst dann gewährleistet, wenn der Baugrund sich in dem *für die Werkleistung erfüllungsrelevanten Zustand* befindet; ist das nicht der Fall, verletzt der Bauherr prinzipiell seine Verschaffungsobliegenheit (für den Zusammenhang mit OR 369: Rz 474). Hat der Unternehmer einen Neubau zu erstellen, so betrifft das den Baugrund im engeren Sinne, also die qualitative Veranlagung von Grund und Boden der betreffenden Bauparzelle. Soweit der Unternehmer sich nicht auch zur Planung oder wenigstens zur Vermessung des Baugrunds verpflichtet hat, ist es zudem Obliegenheit des Bauherrn, auch die erste Vermessung vorzunehmen<sup>593</sup>. Aber auch Bestand und Zustand allfälliger vorbestehender Bestandteile (ZGB 642 II) und von Zugehör (ZGB 644) muss dergestalt sein, dass die Werkleistung des Unternehmers durch sie nicht

---

<sup>593</sup> Die erste Vermessung (vgl. auch SIA-118 114) dient dazu, den Standort des künftigen Bauwerks und dessen geometrische Form durch körperliche Fixpunkte auf dem Baugrund zu markieren (GAUCH/PRADER/SCHWERY, Komm-SIA-118, Art. 114 N 1.1–1.4). Es handelt sich insofern um eine faktische, äusserlich-physische Mitwirkungsleistung. Vgl. auch ZELTNER, Diss., Rz 78.

behindert wird. Im Baualltag betrifft das zum Beispiel vorbestehende Bauwerke oder Werkteile, Anlagen, Pflanzen, Material- und Fahrzeuglagerplätze, Tiere<sup>594</sup>, die Tätigkeit von anderen Baubeteiligten auf dem Baugrund<sup>595</sup> usw.

**b.** Der Gläubigerverzug trifft den Bauherrn in dem Sinne *kausal*, als es keine 416 Rolle spielt, ob der Baugrund aufgrund einer Verfehlung von ihm selbst oder eines Dritten nicht zur Ausführung des vereinbarten Bauwerks taugt: Die Verschaffungsobliegenheit des Bauherrn geht deshalb auch dahin, dass die Bauleistungen allfälliger Nebenunternehmer qualitativ und zeitlich so erfolgen, wie sie für die Bauleistungen des Unternehmers vorausgesetzt sind<sup>596</sup>. Der Bauherr gerät mithin in Gläubigerverzug, wenn seine diesbezüglichen Versäumnisse zu Versäumnissen von Nebenunternehmern führen, und wenn das wiederum dazu führt, dass der Unternehmer aus Gründen der Technik, Organisation, Arbeitssicherheit usw. nicht auf den Baugrund zugreifen kann<sup>597</sup>. Ist dem Unternehmer die Werkausführung zwar möglich, aber aus ebensolchen Gründen nicht unter Einhaltung der vertraglichen Sorgfaltsanforderungen an seine Arbeitsleistung bzw. der vertraglichen Qualitätsanforderungen an das Werk, so führt auch das zum Gläubigerverzug, soweit nicht der Unternehmer wider seine Sorgfaltspflicht weiterarbeitet und das bauherrenseitig verursachte Schlechterfüllungsrisiko auf ihn überwälzt wird (OR 369; dazu Rz 474 ff.).

<sup>594</sup> Bsp.: Eine grasende Kuhherde verunmöglicht die Ausmessung des Baugrunds. Ein aggressiver Kampfhund tobt im Garten vor dem renovationsbedürftigen Geräteschuppen.

<sup>595</sup> Solches ist oft die Folge eines Koordinationsversagens vonseiten des Bauherrn (vgl. Rz 444 ff.), das regelmässig dazu führt, dass der Unternehmer nicht oder nur mit verminderter Produktivität arbeiten kann.

<sup>596</sup> Dass der Nebenunternehmer im Verhältnis zum Unternehmer i.d.R. nicht als Hilfsperson des Bauherrn i.S.v. OR 101 I auftritt, ist zwar haftungsrechtlich relevant (Rz 1352 ff.), nimmt den Bauherrn aber bei mangelhaften Neben- und Vorunternehmerleistungen nicht von den Rechtsfolgen des Gläubigerverzugs aus.

<sup>597</sup> REETZ, Komm-SIA-118, Art. 94 N 11.6, scheint die Verspätung eines Nebenunternehmers nicht zur Säumigkeit des Bauherrn i.e.S. zu zählen, sondern zu «andere[n] Umständen [...]», welche zu Verzögerungen in der Arbeit des Unternehmers führen und im Verantwortungsbereich des Bauherrn liegen» (dies in Anlehnung an SIA-118 96 I Satz 2). Die Auffassung übersieht m.E., dass das Nebenunternehmerversagen sich unausweichlich *auch* darin äussert, dass der Bauherr den Baugrund nicht oder nicht in der benötigten Qualität bereitstellt, was durchaus ein Mitwirkungsversäumnis i.e.S. darstellt.

**b. Baustoff**

- 417 **1.** Die Sachen, aus denen das Werk hergestellt wird und die **Teil des Werks werden und bleiben**, bilden den Werkstoff<sup>598</sup>. Im Zusammenhang mit Bauwerken wird im Folgenden vom Baustoff gesprochen. Ob der Bauherr im Rahmen seiner Mitwirkungsobliegenheiten dem Unternehmer den Baustoff zu verschaffen hat, hängt davon ab, ob sich der Unternehmer zur Lieferung des Baustoffs verpflichtet hat (Werklieferungsvertrag<sup>599</sup>) oder nicht. Ist die Lieferung des Baustoffs Sache des Unternehmers, fällt eine diesbezügliche Verschaffungsobliegenheit des Bauherrn ausser Betracht. Führt die Auslegung aber zu keinem Ergebnis und bleibt der Vertrag insofern lückenhaft, ist er zu ergänzen. In der Literatur geschieht dies zuweilen über OR 365 I (vgl. Rz 557), mit dem Vermerk, die Bestimmung auferlege die Stofflieferung grundsätzlich dem Besteller bzw. Bauherrn<sup>600</sup>. Der Wortlaut von OR 365 I gibt diesen Schluss m.E. nicht ohne weiteres her, denn die Bestimmung besagt nur, was gelten soll, «soweit der Unternehmer die Lieferung des Stoffes übernommen hat», nicht aber, *ob* die Stofflieferung Sache des Unternehmers ist, wenn die Parteien hierzu nichts vereinbaren. Doch gelangt man zum selben Ergebnis auch über die Annahme, dass wenigstens in Bausachen die Besorgung und Lieferung des Baustoffs – wenn auch nicht unbedingt dessen Selektion – eine Vorbereitungsarbeit darstellt, die der Leistungspflicht, aber auch dem Macht- und Fachbereich des Unternehmers deutlich näher steht als der Sphäre des Bauherrn. Der Bauherr darf in Ermangelung einer Abrede deshalb objektiv darauf vertrauen, dass der Unternehmer nicht nur die Werkausführung verspricht, sondern es konkludent auch übernimmt, den Baustoff zu besorgen, den er für die Werkausführung benötigt. Zumindest bei nicht-gewerblichen, dem privaten Gebrauch natürlicher Personen dienenden Bauwerken entspricht das nach GAUCH der Branchenübung<sup>601</sup>. Im SIA-Bauwerkvertrag ergibt sich das aus der Regel von SIA-118 10<sup>602</sup>.

---

<sup>598</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rz 66 f.

<sup>599</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rz 121.

<sup>600</sup> Vgl. GAUCH, Werkvertrag, Rz 1332; EGLI, Komm-SIA-118, Art. 10 N 13.1.

<sup>601</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rz 74 f. m.w.N. (die Branchenübung ist bei der Vertragsauslegung mangels abweichender gesetzlicher Anordnung freilich nur beachtlich, wenn sich dem Vertrag ein wenigstens konkludenter Verweis auf dieselbe entnimmt). Vgl. auch KOLLER A., Werkvertragsrecht, Rz 172.

<sup>602</sup> EGLI, Komm-SIA-118, Art. 10 N 2.

2. Die Obliegenheit des Bauherrn, den Baustoff zu verschaffen, gilt nach der Vorstellung von OR 365 I mit Bezug auf allen Baustoff, doch sind die Parteien natürlich frei, dem Bauherrn auch **nur einen Teil** der Stofflieferung aufzuerlegen. Das bietet sich an, wenn der Unternehmer einzelne Materialien günstiger beziehen kann als der Bauherr und deshalb der Unternehmer diesen Stoff liefern soll. Umgekehrt ist es im Interesse des Bauherrn, jenen Stoff selbst zu liefern, an den er aus welchen Gründen auch immer (zum Beispiel aufgrund der Geschäftsbeziehungen seines Bauherrenberaters) günstiger herankommt, oder wenn er sicherstellen will, dass der gewünschte Stoff beim Lieferanten seiner Wahl bezogen wird<sup>603</sup>. Jedenfalls erstreckt sich seine Obliegenheit immer nur auf denjenigen Baustoff, zu dessen Lieferung sich nicht bereits der Unternehmer verpflichtet hat. 418

3. Obliegt dem Bauherrn die Verschaffung des Baustoffs, so besteht seine Mitwirkungsleistung darin, dem Unternehmer den richtigen Baustoff in der richtigen Qualität und zum richtigen Zeitpunkt zur Verfügung zu stellen, wie es die gehörige Werkleistung erfordert. Der in der Mitwirkungsleistung verkörperte **Erfolg**, den der Bauherr beim Unternehmer bewirken muss, liegt auch hier in einem dauerhaften Zugriff auf die benötigte Sache (den Baustoff) und damit in der Verschaffung der tatsächlichen Verfügungsgewalt. 419

a. Zu diesem Erfolg führen normalerweise verschiedene alternative Mitwirkungsverhalten (vgl. Rz 81 ff.). Der Bauherr kann den Baustoff eigenhändig dem Unternehmer ausliefern, doch zwingt ihn seine Verschaffungsobliegenheit normalerweise nicht zu einem persönlichen Mitwirken (vgl. Rz 23, 321). Er kann alternativ also den Stoff durch einen Dritten an den Unternehmer ausliefern lassen<sup>604</sup>, den Unternehmer im Namen und auf Rechnung des Bauherrn den Baustoff besorgen lassen oder den Unternehmer ermächtigen, den von ihm gelieferten Baustoff durch einen anderen zu ersetzen<sup>605</sup>. Anders als beim Baugrund, wo der Ort der Verschaffungsleistung normalerweise eindeutig ist, kann sich beim Baustoff die Frage stellen, wo der Stoff bereit-

<sup>603</sup> Davon zu unterscheiden ist der Fall, da der Unternehmer verpflichtet ist, den Baustoff in eigenem Namen und auf eigene Rechnung bei einem vom Bauherrn angewiesenen Lieferanten zu beziehen.

<sup>604</sup> Zur Hilfspersonenstellung des Lieferanten in diesem Fall siehe Rz 1349 ff. (dort – im Kontext der Mitwirkungspflicht – ein Erfüllungsgehilfe). Bleibt allerdings die Lieferung vonseiten des Lieferanten aus, gerät der Bauherr bei gegebenen Voraussetzungen unabhängig davon, ob der Lieferant Hilfsperson ist oder nicht, in Gläubigerverzug.

<sup>605</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rz 78 ff.

zustellen ist, soweit dies nicht vertraglich vereinbart ist. Die analoge<sup>606</sup> Anwendung von OR 74 II Ziff. 2 (für Speziessachen) und Ziff. 3 (für Gattungsware)<sup>607</sup> wird dabei kaum je dem hypothetischen Parteiwillen entsprechen. Vielmehr wird nach OR 74 I anzunehmen sein, dass der Stoff – soweit er denn nicht nur beschafft, sondern auch ausgeliefert werden soll – an denjenigen Ort zu liefern ist, wo er verbaut wird; mutmasslich also auf die Baustelle, ausnahmsweise vielleicht auch in die Werkhallen, ins Magazin, an den Geschäftssitz usw. des Unternehmers.

- 421 **b.** Wie bei allen Verschaffungsobliegenheiten muss auch der Baustoff nicht nur zeitlich gehörig, sondern in der *richtigen Beschaffenheit* geliefert werden. Der Baustoff muss geeignet sein, das vereinbarte Bauwerk mangelfrei herzustellen, wobei es dem Stoff schon abstrakt seiner Art nach an dieser Eignung fehlen kann oder nur gerade der beschaffte Stoff einen individuellen Qualitätsmangel aufweisen kann<sup>608</sup>. Diesbezügliche Verfehlungen des Bauherrn verursachen normalerweise eine Schlechtmithwirkung, deren Folgen hier nicht vertieft werden sollen. Für die Fälle immerhin, in denen eine solche Schlechtmithwirkung auch in einem (gegebenenfalls nur graduellen) Mithwirkungsversäumnis mündet, sei auf die Ausführungen in Rz 474 ff. verwiesen: Ein Mithwirkungsversäumnis des Bauherrn liegt nach diesen Überlegungen nicht nur dann vor, wenn die Herstellung mit dem gelieferten Stoff technisch unmöglich ist, sondern auch, wenn die Werkausführung damit zwar möglich, aber aufgrund der latenten Schlechterfüllungsgefahr für den Unternehmer unzumutbar ist. Zur Sistierung der Werkausführung ist der Unternehmer solange berechtigt, als er aufgrund des Bauherrenverhaltens nach Treu und Glauben nicht annehmen darf, er solle das Werk «entgegen [seinen] ausdrücklichen Abmahnungen» (OR 369) mit dem mangelhaften Baustoff ausführen.

### **c. Energie, Wasser, Betriebsstoffe**

- 422 **1.** Für die Versorgung seiner Arbeitskräfte und für den Betrieb seiner Maschinen und Geräte benötigt der Unternehmer regelmässig elektrische Energie, Wasser und Betriebsstoffe (Treibstoffe, Schmierstoffe usw.). Es fällt in Ermangelung anderer Abreden in die Leistungspflicht des Unternehmers, für

---

<sup>606</sup> Die Mithwirkung ist vom Gläubiger nicht im Sinne einer Pflicht geschuldet, auch nicht im Bauwerkvertrag (Rz 555 ff.).

<sup>607</sup> Vgl. WULLSCHLEGER, CHK-OR, Art. 74 N 8 f.

<sup>608</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rz 1981–1983.



die *Einsatzbereitschaft* seiner Produktionsfaktoren zu sorgen: Seine Arbeitskräfte müssen gepflegt und versorgt sein, seine Maschinen und Geräte müssen gewartet, geschmiert, betankt werden, Elektromotoren (Krane, Betonmischer, Kompressoren usw.) müssen mit Strom versorgt werden. Eine andere Frage ist, ob der Unternehmer die hierfür nötigen **Verbrauchsstoffe** selber bereitzustellen hat oder nicht. Hinsichtlich *Betriebs- und Treibstoffe* für Maschinen und Geräte (Fett, Öl und andere Schmierstoffe, Benzin, Diesel) ist das zu bejahen; es gehört zum Baubetrieb im engsten Sinne des Wortes, dass der Unternehmer solches Verbrauchsmaterial selber bezieht, bezahlt, heranholt und verarbeitet. Bei der Beschaffung von Elementarkräften wie *Wasser und Strom* ist das freilich weniger klar:

a. Zum einen kann, wenn der Baugrund vom Bauherrn bereitzustellen ist 423 (dazu Rz 408 ff.), sich die Frage stellen, ob der Unternehmer verpflichtet ist, diese Ressourcen gänzlich *ohne Inanspruchnahme des Baugrunds* bereitzustellen. Ist diesbezüglich nichts vereinbart, ist das in der Regel zu verneinen, wenn der Baugrund bereits erschlossen ist und entsprechende Anschlüsse aufweist<sup>609</sup>, und erst recht, wenn Arbeiten innerhalb eines bereits vollendeten und durchwegs mit Strom und Wasser versorgten Bauwerks (zum Beispiel ein Bürogebäude) stattfinden sollen. Von dieser Vermutung scheint auch SIA-118 129 I getragen zu sein, wonach der Bauherr dem Unternehmer zumindest ab der «Stromabnahmestelle die für die Ausführung [...] benötigte elektrische Energie» zu liefern hat. Verfügt der Baugrund noch über keine eigenen Anschlüsse, so gehört es demgegenüber nicht zur Obliegenheit des Bauherrn, die Anschlüsse für den Unternehmer sicherzustellen. Vielmehr wird es dann zur Sache des Unternehmers, Anschlüsse der benachbarten Infrastruktur zu ermitteln und die Rechte für deren Benutzung einzuholen.

b. Zum anderen fragt sich, ob und inwiefern der Bauherr bei der *Einholung* 424 *allfälliger Be- und Einwilligungen* für die Zuführung und Verwendung von Elektrizität und Wasser mitzuwirken hat, soweit diese Tatbestände denn eine solche erfordern. Entsprechend den Überlegungen in Rz 458 ist hier ausschlaggebend, ob sich ein Berührungspunkt mit einer anderen Mitwirkungsleistung des Bauherrn ausmachen lässt. Bewilligungen für den Bezug von Wasser und Strom, die aufgrund des öffentlichen Baupolizeirechts einzuholen sind, sind grundsätzlich vom Bauherrn (regelmässig zusammen mit der Baubewilligung, in welcher der erforderliche Strom- und Wasserbezug häu-

<sup>609</sup> Vgl. ZELTNER, Diss., Rz 102 f.

fig in Form von Auflagen geregelt ist) einzuholen. Erfordert aber die Zuführung und die Verwendung von Energie die privatrechtliche Einwilligung allfälliger Dritter, zum Beispiel von Nachbarn, deren Anschlüsse der Unternehmer benötigt, so ist die Einholung dieser Einwilligungen Sache des Unternehmers. Dasselbe gilt m.E., wenn die Dritten vorgängig ihrerseits für eine solche Fremdnutzung eine öffentlich-rechtliche Bewilligung einholen müssen; auch die Erwirkung solcher Bewilligungen ist dann Sache des Unternehmers. Das rechtfertigt sich, weil der Unternehmer im Wissen darum, dass der Baugrund die nötigen Ressourcen nicht aufweist, für die Bereitstellung von Strom und Wasser gleichermassen verantwortlich ist wie für die Einsatzbereitschaft seiner Produktionsmittel und für seine Baustelleneinrichtung überhaupt.

- 425 **2.** Soweit es dem Bauherrn obliegt, den Unternehmer mit Strom und Wasser zu versorgen, ist der **Mitwirkungserfolg** erreicht, wenn dem Unternehmer der tatsächliche Zugriff auf die betreffenden (notabene funktionierenden) Anschlüsse ermöglicht ist.

#### **d. Körperliche Informationsträger**

- 426 **1.** Körperliche Informationsträger wie beispielsweise gedruckte Ausführungsunterlagen, Ordner, USB-Sticks, CDs usw. sind bewegliche Sachen, die ebenfalls Gegenstand der Verschaffungsobliegenheit des Bauherrn bilden können. Unterscheiden lässt sich normalerweise, ob die Mitwirkungsleistung bereits mit der **Sachverschaffung an sich** erbracht ist **oder** ob die Sachverschaffung nur **Mittel zu einem anderen Mitwirkungserfolg** darstellt. Besteht die dem Bauherrn obliegende Mitwirkungsleistung in einem intellektuellen Erfolg, zum Beispiel in der Konkretisierung der Werkleistung gegenüber dem Unternehmer (Rz 431 ff.), so ist die Übergabe eines körperlichen Informationsträgers, der Konkretisierungsanweisungen enthält, eines von mehreren möglichen Mitwirkungsverhalten, um die Mitwirkungsleistung zu erbringen. In anderen Fällen kann das Mitwirkungsverhalten der Sachverschaffung an sich die Mitwirkungsleistung sein: Das Baugesuch zum Beispiel, einschliesslich der dazugehörigen Ausführungspläne, ist bei der zuständigen Baubehörde je nachdem heute noch in Papierform einzugeben. Hat der Bauherr dem Unternehmer, der sich zur Durchführung des Baubewilligungsverfahrens verpflichtet hat, zu diesem Zweck die Ausführungspläne zu liefern, so besteht die Mitwirkungsleistung offensichtlich nicht nur in der damit verbundenen Informationsverschaffung, sondern auch und vor allem in der Verschaffung der gedruckten Ausführungspläne, gegebenenfalls ein-

schliesslich Originalunterschrift vonseiten der Bauherrschaft (Sachverschaffung)<sup>610</sup>.

**2. Der Mitwirkungserfolg** der Sachverschaffung ist erreicht, wenn die zu 427 verschaffende Sache in die Machtsphäre des Unternehmers gelangt. Besteht die Mitwirkungsleistung nur in der Verschaffung von Information, ist das Mitwirkungsverhalten des Bauherrn aber gleichwohl eine Sachverschaffung, so beurteilt sich der Mitwirkungserfolg auch dann sinngemäss nach dem Traditionsprinzip. Mit anderen Worten ist die Mitwirkungsleistung «Informationsverschaffung» erfüllt, wenn der körperliche Informationsträger in der Machtsphäre des Unternehmers eingetroffen ist. Liefert etwa der Bauherr dem Unternehmer die gedruckten Ausführungsunterlagen an den Geschäftssitz und werden diese später aus dem Briefkasten des Unternehmers gestohlen, so hat der Bauherr seine Mitwirkungsobliegenheit nicht verletzt, sondern erfüllt; das Risiko, das vom Verlust der Ausführungsunterlagen ausgeht (Schlechterfüllung, Mehrkosten für die erneute Herstellung usw.) trägt ab dem Zeitpunkt des Zugangs der Unternehmer (Rz 86 ff.).

Gläubigerverzug des Bauherrn tritt nur ein, wenn er diejenige Mitwirkungsleistung 428 versäumt, *mit welcher die Erfüllungshandlung korrespondiert*, für die das Mahngeschäft des Unternehmers ergangen ist (dazu Rz 79). Ist die Sachverschaffung geeignet, dem Unternehmer sowohl eine Information als auch die Sache an sich zu verschaffen, während dem Unternehmer andere Mitwirkungsverhalten (zum Beispiel das Uploaden auf eine Cloud-Lösung) zwar die Information, nicht aber den körperlichen Informationsträger verschaffen, ist nach der mitwirkungsbedürftigen Erfüllungshandlung zu fragen: Erfordert sie lediglich die Informationsverschaffung (beispielsweise weil es um die Konkretisierung des Bauwerks geht), so erfüllt der Bauherr seine Mitwirkungsobliegenheit schon mit dem Upload. Geht es stattdessen um die Verschaffung des körperlichen Informationsträgers (beispielsweise weil die Baueingabe bei der zuständigen Baubehörde ansteht), wirkt der Bauherr allein mit dem Upload nicht gehörig mit, wenn nicht ausnahmsweise vereinbart ist, dass der Unternehmer die gedruckten Pläne anhand der digitalen Daten auf eigene Kosten auszufertigen habe oder dass die Baueingabe elektronisch erfolgen soll.

<sup>610</sup> Vgl. SIA-118 100 II, wonach der Unternehmer verpflichtet ist, einen vollständigen Plansatz auf der Baustelle zur Verfügung zu halten.

## 2. Verschaffung von Information

- 429 **1.** Wenn auch der Wortlaut von OR 369 und von OR 376 III Anderes impliziert («Weisungen», die der Besteller «erteilt»; vom Besteller «vorgeschriebene» Art der Ausführung), steht dem Bauherrn nach Vertragsabschluss hinsichtlich der Herstellung des Bauwerks grundsätzlich **kein Weisungsrecht** zu. Vielmehr ist es Sache des Unternehmers, «auf welche Art und Weise (wo, wann, mit welchen Mitteln usw.) er den angestrebten Erfolg bewerkstelligen will»<sup>611</sup>. Die Freiheit des Unternehmers erstreckt sich sowohl auf die Herstellungsmethode als auch auf die Ausgestaltung des Bauwerks an sich: Der gültige Werkvertrag setzt zwar voraus, dass ein bestimmtes oder wenigstens hinreichend bestimmbares Bauwerk vereinbart ist<sup>612</sup>. Ist ein solches aber vereinbart, so beschränkt sich der Leistungsanspruch des Bauherrn zugleich auf den darin vereinbarten Konkretisierungsgrad. Schuldet der Unternehmer beispielsweise eine «Doppelgarage», so schuldet er dem Bauherrn ein Bauwerk, das zwar immerhin dieser Kategorie zu entsprechen hat, doch entzieht sich dem Bauherrn im Übrigen die präzise Ausgestaltung des Bauwerks<sup>613</sup>, wenn diesbezüglich nichts Besonderes vereinbart ist. An diesem Grundsatz ändert auch nichts, dass das Bauwerk in einem solchen Fall immerhin von «mittlere[r] Qualität» (OR 71 II), d.h. von verkehrs-, branchen- und ortsüblicher Beschaffenheit sein muss<sup>614</sup>, und ausserdem in Beachtung der geschriebenen und ungeschriebenen, anerkannten Regeln der Technik herzustellen ist<sup>615</sup>.
- 430 **2.** Anders liegen die Dinge, wenn dem Unternehmer diese **Autonomie** vertraglich in dem Sinne **entzogen** wird, dass er zwar die Werkleistung schuldet, ihm aber die Berechtigung fehlt, die Werkleistung oder einzelne ihrer Aspekte im Alleingang zu konkretisieren. Typischerweise ist das der Fall, wenn der Bauherr sich vertraglich das Recht vorbehält, das Bauwerk nach Vertragsabschluss inhaltlich zu *konkretisieren* und die Tätigkeit des Unternehmers mit derjenigen von Nebenunternehmern zu *koordinieren*. Das wird anschliessend vertieft.

---

<sup>611</sup> KOLLER A., Werkvertragsrecht, Rz 143 m.w.N.

<sup>612</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rz 382.

<sup>613</sup> Bsp.: Dimensionen, Innen- und Aussenanstrich, Einbau von Lagerregalen.

<sup>614</sup> Vgl. ZELTNER, Diss., Rz 71 m.w.N., Fn 102; siehe auch LEU U., BSK-OR, Art. 71 N 6.

<sup>615</sup> Vgl. GAUCH, Werkvertrag, Rz 1411; STÖCKLI H., BRT 2019, S. 27–31.

### a. Anweisungen betreffend die Konkretisierung des Bauwerks

1. Geradezu typisch für Bauwerkverträge ist die Abrede, dass das Bauwerk 431 vonseiten des Bauherrn laufend, d.h. **erst im Zuge der Werkausführung geplant bzw. weitergeplant** wird<sup>616</sup>. Eine solche Überlappung von Planungs- und Ausführungsphase sichert dem Bauherrn eine gewisse Gestaltungs- und Entscheidungsmacht für die Zeit der Herstellung<sup>617</sup> und führt in der Regel zu einer insgesamt kürzeren Projektzeit und damit zu Zeit- und Geldersparnissen. Ob eine solche Abrede getroffen wurde, ist eine Auslegungsfrage des Einzelfalls.

a. Die Frage stellt sich zunächst nur, wenn die Planung nicht bereits bei Ver- 432 tragsabschluss abgeschlossen ist, wobei es in der Natur gewisser Bauwerke liegt, dass sie bis dahin nicht abschliessend geplant werden können<sup>618</sup>. Ist aber *die Planung nach Vertragsschluss noch nicht abgeschlossen*, so ist zu untersuchen, welcher Partei die Planung auferlegt ist. Die Konkretisierung des Bauwerks folgt notwendigerweise der Planungsobliegenheit (Bauherr) bzw. der Planungspflicht (Unternehmer). Hat sich der Unternehmer nebst der Herstellung auch zur Planung des Bauwerks verpflichtet, so geht darin die Werkkonkretisierung ohne weiteres auf und gehört sie zur Leistungspflicht des Unternehmers. Dem Bauherrn kann die Konkretisierung immerhin noch teilweise obliegen, wenn einzelne Teile der Planung von der Leistungspflicht des Unternehmers ausgenommen werden. Hat sich dagegen der Unternehmer *nur zur Herstellung verpflichtet*, so bedarf es einer konkludenten oder ausdrücklichen Abrede, soll der Bauherr berechtigt sein, das Bauwerk gegenüber dem Unternehmer auch nach Vertragsschluss noch zu konkretisieren, weil der Unternehmer, wie gesagt, andernfalls autonom ist (Rz 429). Eine konkludente Abrede ist immerhin anzunehmen, wenn der Unternehmer beim Vertragsschluss wusste oder hätte erkennen müssen, dass er seine Bauleis-

<sup>616</sup> Vgl. ZELTNER, Diss., Rz 62 ff. – Häufig wird die Überlappung von Planung und Herstellung auch als «rollende Planung» bezeichnet, womit freilich ungesagt bleibt, *wen* die Obliegenheit der «rollenden Planung» trifft; schliesslich kann die Planung sowohl vom Unternehmer als auch vom Bauherrn rollend erbracht werden, je nachdem, wessen Sache die Planung des Bauwerks ist.

<sup>617</sup> Vgl. ZELTNER, Diss., Rz 54–56.

<sup>618</sup> Zu denken ist an Bauvorhaben, im Verlaufe derer sich erst nach und nach eröffnet, ob die geplante Herstellungsweise standhält bzw. im Verlaufe derer erst festgelegt werden kann, wie hergestellt werden soll. Bsp.: Ungewissheiten mit Blick auf den Baugrund.

tungen im Verlaufe der Werkausführung in den zu konkretisierenden Punkten nach den Weisungen des Bauherrn auszurichten haben werde. Dieses Wissen darf dem Bauunternehmer bald einmal unterstellt werden, weil diese Vertragsgestaltung praxisüblich ist und von ihm aufgrund seiner Branchen- und Fachkenntnis erwartet werden darf, dass er um diesen Umstand weiss<sup>619</sup>.

433 **b.** *Abzugrenzen* ist die Konkretisierungsobliegenheit des Bauherrn von seinem *einseitigen Beststellungsänderungsrecht*. Denn auch das einseitige Beststellungsänderungsrecht steht dem Bauherrn in der Regel nur zu, wenn es vereinbart ist<sup>620</sup>. Das Beststellungsänderungsrecht berechtigt den Bauherrn, die Werkleistungspflicht des Unternehmers rechtsgeschäftlich dahingehend anzupassen, dass letzterer mehr oder andere Arbeiten zu leisten, bestimmte Arbeiten wegzulassen oder das Werk anders (insbesondere mit einer anderen Methode) als vereinbart herzustellen habe<sup>621</sup>. Mit der einseitigen Beststellungsänderung verändert der Bauherr mithin das geschuldete Bauwerk, während er mit der Konkretisierung das geschuldete Bauwerk lediglich näher bestimmt<sup>622</sup>. Die Abgrenzung kann im konkreten Einzelfall Schwierigkeiten bereiten<sup>623</sup> und zur Wertungsfrage werden, weil auch die nähere «Bestimmung» der Werkleistung letztlich eine «Veränderung» derselben ist.

434 Knüpft man jedenfalls an diese Unterscheidung, wird zumindest in einfachen Bauwerkverträgen nur die Konkretisierungsanweisung des Bauherrn *erfüllungsrelevant* sein, nicht aber seine Beststellungsänderung<sup>624</sup>. Denn

---

<sup>619</sup> Vgl. weitere Fälle bei ZELTNER, Diss., Rz 67: wenn der Bauherr bei Vertragsschluss selber schon mit der Planung begonnen hat oder wenn der Bauherr mit Bezug auf die Bedürfnisse ans Bauwerk fachkundiger ist als der Unternehmer. – Weiter ist denkbar: Wenn das Bauwerk in der vereinbarten Form ästhetisch oder technisch unvollständig oder mangelhaft erscheint oder sonst aus fachlicher Sicht Zweifel erweckt; wenn der Unternehmer nach Treu und Glauben annehmen muss, dass dem Bauherrn ein Aspekt der Werkausführung nicht gleichgültig sein könne, obwohl er im Werkvertrag nicht spezifiziert ist.

<sup>620</sup> Aus dem Gesetz jedenfalls lässt sich nur gerade das Recht des Bestellers ableiten, analog OR 377 einseitig auf einen abtrennbaren Teil der noch nicht ausgeführten Arbeiten zu verzichten, unter Schadloshaltung des Unternehmers (GAUCH, Werkvertrag, Rz 775; z.G. auch KOLLER A., Werkvertragsrecht, Rz 113 ff.).

<sup>621</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rz 768.

<sup>622</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rz 810b.

<sup>623</sup> Vgl. etwa WEBER, BSK-OR, Art. 397 N 5 f., im Kontext des Auftrags und zur Schwierigkeit, einseitige Weisungen und zweiseitige Vertragsänderungen auseinander zu halten.

<sup>624</sup> So auch ZELTNER, Diss., Rz 60.

hat der Unternehmer die Weisungen des Bauherrn zu beachten, bleiben aber die konkretisierenden Weisungen aus, wird dem Unternehmer die gehörige Erfüllung versperrt, weil er nicht weiss, was er schuldet. Bleibt demgegenüber die Beststellungsänderung aus, so bleibt schlicht das Geschuldete geschuldet; die «Unterlassung» des Bauherrn führt zu keinem neuen Mitwirkungsbedarf des Unternehmers. Dass eine Beststellungsänderung des Bauherrn erfüllungsrelevant ist, ist so betrachtet begrifflich ausgeschlossen. Beststellungsänderungen können immerhin neuen Mitwirkungsbedarf begründen<sup>625</sup>.

Das Gesagte erfährt eine gewichtige *Einschränkung*, wenn die Bauleistung mehrere Teilleistungen beinhaltet, die einander originär oder auch erst im Verlaufe der Werkausführung gegenseitig bedingen. Erfordert es die Ausführung der einen Teilleistung in einem solchen Fall, dass eine andere Teilleistung nicht wie bestellt, sondern modifiziert oder auch gar nicht ausgeführt wird, so gerät die einseitige Veränderung der anderen Teilleistung – soweit der Bauherr über ein solches Recht verfügt<sup>626</sup> – zur Mitwirkungsobliegenheit des Bauherrn. Die Weigerung, die betreffende Teilleistung zu verändern, führt in diesen Fällen zum Gläubigerverzug des Bauherrn, wenn kein Rechtfertigungsgrund im Sinne von OR 91 vorliegt.

c. Ebenfalls ein einseitiges Beststellungsänderungsrecht ist das Recht des Bauherrn, eine vertraglich vordefinierte, von der vereinbarten Ausführung abweichende Werkausführung zu verlangen, d.h. gleichsam eine «*Ausführungsoption*» auszuüben. Dieses Recht unterscheidet sich vom «freien» Beststellungsänderungsrecht des Bauherrn darin, dass der Inhalt der suspensiv bedingten Leistungsänderung bereits bei Vertragsschluss fixiert wird<sup>627</sup>. An der fehlenden Erfüllungsrelevanz der Beststellungsänderung ändert sich dadurch freilich nichts. Die Ausführungsoption zeichnet sich dadurch aus, dass sie eine schwebende Alternative zum bereits Vereinbarten bildet. Übt der Bauherr seine Ausführungsoption nicht aus, so bleibt es für den Unternehmer beim vereinbarten Bauwerk; um dieses auszuführen, ist er auf die Ausübung einer Ausführungsoption im Normalfall nicht angewiesen.

<sup>625</sup> Bsp.: Die Lieferung von Ausführungsunterlagen, die erst durch eine Beststellungsänderung nötig werden (SIA-118 85 II; SIA-118 91).

<sup>626</sup> Fehlt es an einer rechtsgeschäftlichen Begründung, kann das einseitige Beststellungsänderungsrecht beim Besteller auch ergänzungsweise hinzutreten, wenn eine «unvermeidbare, behördlich verlangte oder für die einwandfreie Ausführung des Bauwerkes erforderliche Änderung der Bauleistung» herbeigeführt werden muss (GAUCH, Werkvertrag, Rz 779).

<sup>627</sup> Vgl. SIA-118 102 i.V.m. 8 IV («Eventualpositionen»).

- 437 Dies unterscheidet die Ausführungsoption von *Ausführungsvarianten*: Auch sie sind Typen von Werkausführungen, deren Art und Weise zum Vornherein vereinbart sind und vom Bauherrn gewählt werden können. Doch besteht die Abrede hier darin, dass ohne Bescheid des Bauherrn keine der Varianten realisiert werden darf. Alle vereinbarten Varianten bilden Vertragsinhalt, nur weiss der Unternehmer ohne die Wahlerklärung des Bauherrn nicht, welche Variante er zu realisieren hat<sup>628</sup>. Dogmatisch ist das Recht auf Ausführungsvarianten demnach eine Konkretisierungsobliegenheit des Bauherrn, nicht ein Beststellungsänderungsrecht.
- 438 **2.** Obliegt dem Bauherrn die Konkretisierung des Bauwerks, sind dessen Weisungen für den Unternehmer hinsichtlich der «konkretisierungsbedürftigen» Aspekte der Werkausführung **erfüllungsrelevant**. Denn bleiben die Konkretisierungen aus, ist der Unternehmer weder imstande noch berechtigt, die Werkausführung voranzutreiben: Weil er nicht weiss, welche Beschaffenheit das Werk haben soll, *kann* er nicht weiterarbeiten; weil er, würde er dennoch nach Gutdünken weiterarbeiten, das Werk weisungswidrig – und letztlich: mangelhaft im Sinne von OR 368 – herstellen und den Vertrag verletzen würde, *darf* er im Übrigen auch nicht weiterarbeiten. Anderes gilt nur, wenn der Unternehmer ausnahmsweise berechtigt ist, eine Mitwirkungsleistung zu substituieren (Rz 481 ff.).
- 439 **3.** Der intellektuelle **Erfolg**, auf den die Werkkonkretisierung zielt, besteht darin, dass der Unternehmer von der geschuldeten Werkbeschaffenheit Kenntnis nimmt. Das Risiko der Mitwirkungsleistung trägt der Bauherr freilich bei der Verschaffung von Information nicht solange, bis der Unternehmer tatsächlich von der Information Kenntnis genommen hat. Der Mitwirkungserfolg beschränkt sich darauf, dass die Willenserklärung des Bauherrn dem Unternehmer zugeht (vgl. Rz 87). Erbracht ist die Mitwirkungsleistung entsprechend, wenn die Konkretisierung in den Machtbereich des Unternehmers gelangt und er hiervon Kenntnis nehmen *könnte*. Soweit keine besondere Form vereinbart ist, ist der Bauherr bei der Ausgestaltung seiner Konkretisierungsanweisung frei: Er kann konkrete Handlungsanweisungen mündlich mitteilen oder schriftlich abfassen, wobei er Ausführungsunterlagen (Projektpläne, Ausführungspläne, Bewehrungs- und Schalpläne, Baustofflisten

---

<sup>628</sup> Bsp.: Nimmt der Bauherr anhand der ihm vom Unternehmer zur Auswahl gestellten Muster keine Auswahl vor (vgl. etwa SIA-118 138) und kann das Bauwerk deswegen nicht hinreichend bestimmt werden, ist diese Konkretisierungsleistung für den Unternehmer erfüllungsrelevant.



usw.) regelmässig schriftlich übermittelt oder dem Unternehmer eine digitale Version der schriftlichen Abfassung zukommen lässt.

Erfolgt die Planung und Ausführung des Bauwerks mithilfe von *Building Information Modeling* (BIM), ist im Einzelfall zu beurteilen, ob und welche Konkretisierungsanweisungen vom Bauherrn (bzw. von seinen Planern) über eine BIM-Software erteilt werden müssen, damit sich der Mitwirkungserfolg verwirklicht. Der Einsatz von BIM jedenfalls ändert nichts an der Mitwirkungslast des Bauherrn, mithin auch nicht an der Rechtsfolge des Gläubigerverzugs, wenn der Bauherr die – auch BIM-gestützte – Konkretisierung des Bauwerks versäumt<sup>629</sup>.

## b. Anweisungen betreffend die übrigen Leistungsmodalitäten?

**1. Die zeitlichen Modalitäten der Werkleistung** sind normalerweise im Bauwerkvertrag mittels Ausführungsfristen, Frühestens- und Spätestensterminen festgelegt. Will der Bauherr die vertraglichen Ausführungsfristen und Termine nach Vertragsschluss *einseitig verändern* dürfen, bedarf er hierfür eines spezifischen, einseitigen Beststellungsänderungsrechts. Über das Recht, die vereinbarte Bauzeit einseitig auf einen späteren Zeitpunkt zu verlegen (ein *Retardierungsrecht*), verfügt der Bauherr ohne besondere Abrede nicht, auch nicht aufgrund des «üblichen», auf die Ausgestaltung des Bauwerks gerichteten Beststellungsänderungsrechts wie etwa jenes in SIA-118 84 I<sup>630</sup>. Dasselbe gilt für das Recht, Bauarbeiten vorzuziehen. Die Ausübung solcher und ähnlicher Beststellungsänderungsrechte gehören normalerweise nicht zur Bauherrenmitwirkung<sup>631</sup> (vgl. – hier sinngemäss – die Ausnahme in Rz 435), haben aber Berührungspunkte mit dem Mitwirkungsversäumnis: Verweigert etwa der Bauherr die Mitwirkung in der (unzutreffenden) Meinung, er habe die Bauarbeiten wirksam auf später verlegt, obwohl er nicht über ein Retardierungsrecht verfügt, gerät er in Gläubigerverzug<sup>632</sup>.

<sup>629</sup> Vgl. BEYLER, Jusletter (12.12.2016), Rz 43.

<sup>630</sup> Kein Recht auf «Vertragssistierung» bei ZINDEL/PULVER/SCHOTT, BSK-OR, Art. 377 N 12. Zur SIA-Norm 118: SCHUMACHER/MIDDENDORF, Komm-SIA-118, Art. 99 N 7.3. Vgl. GAUCH, Werkvertrag, Rz 779.

<sup>631</sup> Zur Mitwirkung zählt hingegen der «Abruf» durch den Bauherrn (dazu Rz 462) und die Konkretisierungs- und Koordinationsanweisungen (dazu Rz 431 ff./444 ff.).

<sup>632</sup> So erging es dem Bauherrn in ZH-HGer HG120098 (04.08.2015) E. 3.2.4. bzw. BGer 4A\_507/2015 (16.02.2016); vgl. STÖCKLI H./REY P., BR/DC 2016, S. 332 ff.

- 442 **2.** Soweit es «nach der Natur des Geschäftes nicht auf **persönliche Eigenschaften des Unternehmers**» ankommt, ist dieser nicht verpflichtet, «das Werk persönlich auszuführen oder unter seiner persönlichen Leitung ausführen zu lassen» (OR 364 II; H.h.). Dem Aufbau von OR 364 II nach ist dies zwar die Ausnahme zum Grundsatz, doch wird die Ausnahme im Bauwesen die Regel und der Grundsatz die Ausnahme sein, weil es bei der Ausführung grösserer Bauwerke nur in besonderen Fällen auf die Person des Unternehmers ankommt, und weil solche Bauwerke realistischerweise nicht ohne eine weitverzweigte Arbeitsteilung zu bewerkstelligen sind. Der Unternehmer ist mangels anderer Abreden<sup>633</sup> also berechtigt, die Arbeiten durch und mithilfe von Dritten auszuführen. Will der Bauherr den Unternehmer anweisen, bestimmte Lieferanten oder Subunternehmer beizuziehen, so muss ein solches Weisungsrecht vereinbart sein, sei es, dass der Beizug Dritter und deren Personalien bereits im Vertrag vereinbart werden, sei es, dass dem Bauherrn ein einseitiges Anweisungsrecht für die Vertragsvollzugsphase eingeräumt wird<sup>634</sup>. Bei solchen Rechten handelt es sich um *bestellungsänderungsähnliche* Rechte, weil sie eine Änderung der *Art und Weise* herbeiführen, mit welcher der Unternehmer das Bauwerk herzustellen hat. Bauherrenmitwirkung ist darin nur insoweit zu erkennen, als der Unternehmer im Zusammenhang mit der Anweisung Dritter auch Informationen benötigt, die ihm nur der Bauherr verschaffen kann. Weist der Bauherr den Unternehmer zum Beispiel berechtigterweise an, einen bestimmten Subunternehmer beizuziehen, doch unterlässt es der Bauherr vorläufig, die betreffende Person zu bezeichnen, hemmt er die Werkausführung des Unternehmers zumindest mit Blick auf die weiter zu vergebende Leistung; die Mitteilung der benötigten Informationen (Personalien) wird zur Mitwirkungsleistung.
- 443 **3.** Schliesslich erstreckt sich die Autonomie des Unternehmers auch auf das eingesetzte **Bauverfahren** und die eingesetzten **Hilfsmittel** (Maschinen, Geräte, Werkzeuge, Verbrauchsmaterial usw.). Soll also der Bauherr in diesen Angelegenheiten während der Bauphase Änderungen anbringen dürfen, zum Beispiel, dass anstelle des ursprünglich vereinbarten oder bislang vom Unternehmer gewählten Arbeitsverfahrens neuerdings ein anderes zu wählen sei<sup>635</sup>, oder dass von einem bestimmten Baustoff grössere Vorräte angelegt

---

<sup>633</sup> Siehe z.B. SIA-118 29 III.

<sup>634</sup> Siehe z.B. SIA-118 29 V.

<sup>635</sup> Vgl. GAUCH, Werkvertrag, Rz 768.

werden sollen, als nach dem Baufortschritt erforderlich wäre<sup>636</sup>, oder dass temporäre Bauleistungen zu treffen seien, die sich nicht im vollendeten Werk niederschlagen<sup>637</sup>, so bedarf der Bauherr auch hierfür eines entsprechenden einseitigen Beststellungsänderungsrechts. Um Mitwirkung handelt es sich bei der Ausübung dieses Rechts nicht, doch kann – wie bei jeder Beststellungsänderung – die neuerdings veränderte Leistungspflicht dem Bauherrn neue Mitwirkungsleistungen abfordern.

### c. Anweisungen betreffend die Koordination

1. Sind neben dem Unternehmer **mehrere Nebenunternehmer** an der Herstellung des Bauwerks beteiligt, muss das Wirken dieser Baubeteiligten **koordiniert** werden, wenn es sich *räumlich, zeitlich und/oder technisch berührt*<sup>638</sup>. In räumlicher Hinsicht ergibt sich der Koordinationsbedarf daraus, dass Baugrund und Baustelleneinrichtung knappe Ressourcen sind, die den parallel leistenden Nebenunternehmern in dem Umfang bereitgestellt werden müssen, wie es die gehörige Erfüllung ihrer individuellen Werkleistungspflichten erheischt. Zu organisieren ist der nutzbare Raum zum Beispiel mit Blick auf die Baustelleneinrichtung (Gerüste, Hebewerkzeuge, Abschränkungen, Maschinen und Geräte, Mulden, Zufahrten und Plätze, Leitungen usw.), die der Unternehmer entweder selbst zu erstellen hat<sup>639</sup> (dann bedarf es hierfür des nötigen Raums) oder möglicherweise von anderen Nebenunternehmern in Anspruch nehmen darf<sup>640</sup> (dann bedarf es einer entsprechenden Vertragskoordination durch den Bauherrn). Zeitlich ist sicherzustellen, dass parallel oder sequenziell ineinandergreifende Arbeitsvorgänge (Rz 523 ff.) zum richtigen Zeitpunkt erfolgen. Technisch schliesslich muss dafür gesorgt werden, dass die Nebenunternehmerleistungen sich baulich so zweckmässig zusammenfügen, dass ihre Verbindung zum insgesamt angestrebten Gesamtwerk führt.

2. Die so verstandene Koordination bezweckt das Zusammenspiel von diversen Baubeteiligten, die **nicht miteinander in vertraglicher Beziehung** stehen. Die Obliegenheit, diese Baubeteiligten bzw. ihre Leistungen im Sinne des angestrebten Gesamtwerks zu organisieren, fällt daher derjenigen Person

<sup>636</sup> Siehe z.B. SIA-118 140 I.

<sup>637</sup> Vgl. SCHUMACHER/KÖNIG, Rz 138 («Bauhilfsmassnahmen»).

<sup>638</sup> Vgl. HÜRLIMANN, Komm-SIA-118, Art. 30 N 8.1; ZELTNER, Diss., Rz 119 ff.

<sup>639</sup> Siehe z.B. SIA-118 123, 124 I.

<sup>640</sup> Siehe z.B. SIA-118 126.

zu, die mit allen koordinationsbedürftigen Baubeteiligten in vertraglicher Beziehung steht. Das ist regelmässig der Bauherr, gleich ob es um die Koordination zwischen Unternehmer/Nebenunternehmer oder Unternehmer/Planer geht<sup>641</sup>. Doch steht dem Bauherrn das Recht, dem Unternehmer in diesem Sinne Koordinationsanweisungen zu erteilen, nicht ohne weiteres zu. Denn innerhalb der vertraglichen Fristen und Termine ist der Unternehmer in den Grenzen von OR 366 I grundsätzlich frei, die Reihenfolge und Dauer der einzelnen Arbeitsvorgänge festzulegen (siehe Rz 429). Mit anderen Worten bedarf es einer besonderen, konkludent oder ausdrücklich getroffenen **Abrede**, nach welcher der Bauherr koordinationshalber in den Bauablauf des Unternehmers eingreifen darf. Eine dahingehende, stillschweigende Abrede wird anzunehmen sein, wenn dem Unternehmer bei Vertragsschluss bekannt war oder bekannt sein musste, dass das von ihm geschuldete Werk (bzw. das Teil-Werk) nicht isoliert, sondern im Verbund mit Leistungen anderer Baubeteiligter auszuführen sein wird. Effektiv koordinieren muss und darf der Bauherr hiernach nur Vertragspartner, nicht auch andere Baubeteiligte. Müssen zum Beispiel zwei Subunternehmer zweier unterschiedlicher Nebenunternehmer koordiniert werden, ist diese Koordination wohl im Verhältnis Nebenunternehmer/Nebenunternehmer Sache des Bauherrn, nicht aber im Verhältnis Nebenunternehmer/Subunternehmer<sup>642</sup>. Das ändert freilich nichts daran, dass der Bauherr gegenüber dem einen Nebenunternehmer in Gläubigerverzug gerät, wenn dieser wegen des Koordinationsversäumnisses des anderen Nebenunternehmers in der Werkausführung behindert wird.

- 446 **3.** Die Koordination von Baubeteiligten ist eine Mitwirkungsleistung, die sich dazu eignet, **an Dritte delegiert** zu werden. Häufig überträgt der Bauherr die Koordination einer professionellen Bauleitung. Sie übernimmt nach dem branchenüblichen Verständnis dieser Aufgabe die Leitung, Überwachung und Koordination der Werkausführung<sup>643</sup> und namentlich die «Koordination der Leistungen aller Beteiligten»<sup>644</sup>. Das alles tut sie regelmässig als Hilfsperson und Stellvertreterin des Bauherrn. Ihr Koordinationsversäumnis

---

<sup>641</sup> Vgl. die Koordinationsobliegenheit des Bauherrn als «internationale Anschauung»: GAUCH, Werkvertrag, Rz 221.

<sup>642</sup> In der Praxis werden sich die zu koordinierenden Baubeteiligten oftmals direkt miteinander in Verbindung setzen und ihre Einsätze aufeinander abgleichen. Diese ausserhalb des «rechtlichen Dienstwegs» verlaufende Koordination ändert freilich nichts an den hier umschriebenen Rechtsfolgen für den Bauherrn.

<sup>643</sup> LOCHER, Planerverträge § 10, Rz 10.6.

<sup>644</sup> SIA-102 Ziff. 3.4.1.

wird dem Bauherrn mangels anderer Abreden als Mitwirkungsversäumnis zugerechnet. Lagert dagegen der Bauherr die Koordination im Sinne einer echten Auslagerungsvereinbarung an einen Dritten aus (dazu Rz 329 ff.), so braucht er für dessen Koordinationsversäumnis nicht einzustehen. Eine Auslagerungsvereinbarung bietet sich etwa an, wenn ein Nebenunternehmer von allen Baubeteiligten die alleinige Verantwortung dafür tragen soll, seine Leistung mit denen anderer Baubeteiligter zu koordinieren, zum Beispiel weil seine Leistung im Verhältnis zu den übrigen die massgebliche ist und aufgrund seiner Fachkenntnisse nur er den Prozess qualitativ hinreichend koordinieren kann.

**4.** Der in der Mitwirkungsleistung verkörperte **Erfolg** liegt bei der Koordinationsanweisung darin, dass der Unternehmer Kenntnis davon nimmt bzw. 447 nehmen könnte, wann er wo und in welcher Weise seine Bauleistung erbringen muss, damit diese sich zweckmässig in die Bauleistungen der Nebenunternehmer einfügt. Der Erfolg ist ein intellektueller, das dahinführende Mitwirkungsverhalten läuft demnach auf die – mangels anderer Abrede formfreie – Übermittlung von Information hinaus. Zur Anwendung gelangt auch hier das Empfangsprinzip analog, d.h. erbracht ist die Mitwirkungsleistung, wenn die Information in die Machtsphäre des Unternehmers gelangt. Bleibt dieser Erfolg obliegenheitswidrig aus, ist dem Unternehmer die sinnvolle Einbettung seiner Bauleistung in die anderen Leistungen nicht möglich und der Bauherr gerät in Gläubigerverzug. Koordinationsversäumnisse des Bauherrn können sich auch nur graduell auf die Erfüllungshandlungen auswirken, führen aber gleichwohl zum Gläubigerverzug des Bauherrn (Rz 89). Ein Koordinationsversäumnis begeht der Bauherr gegenüber dem Unternehmer im Übrigen nicht nur dann, wenn er diesen unrichtig oder unvollständig anweist, sondern auch, wenn er einen oder mehrere Nebenunternehmer, mit denen seine Leistungen zu koordinieren sind, unrichtig oder unvollständig anweist und der Unternehmer daraus in seiner Bautätigkeit behindert wird. Beide Fälle können sich zugleich als unzureichende Bereitstellung des Bau-  
grunds äussern<sup>645</sup>.

<sup>645</sup> Bsp.: Es arbeiten zu viele Nebenunternehmer auf derselben Baustelle, sodass der Verkehr sich auf der Zufahrt staut und der Unternehmer die Baustelle nur hin und wieder befahren kann. – Die verfügbare Stromspannung reicht nicht (mehr) für alle gleichentags arbeitenden Nebenunternehmer aus, sodass nur ein Teil des Maschinenparks betrieben werden kann.

### 3. Verschaffung von Rechten

#### a. Baubewilligungen

448 **1.** Gemäss RPG 22 I dürfen Bauten und Anlagen nur mit behördlicher Bewilligung errichtet oder geändert werden. Bauten und Anlagen sind «jene künstlich geschaffenen und auf Dauer angelegten Einrichtungen, die in bestimmter fester Beziehung zum Erdboden stehen und die Nutzungsordnung zu beeinflussen vermögen, weil sie entweder den Raum äusserlich erheblich verändern, die Erschliessung belasten oder die Umwelt beeinträchtigen»<sup>646</sup>. Ein Bauwerk, wie es den Gegenstand des Bauwerkvertrags ausmacht, fällt regelmässig unter den Begriff der «Baute» bzw. «Anlage»; die zur Herstellung des Bauwerks erforderliche Bautätigkeit untersteht damit einer **Bewilligungspflicht** des öffentlichen Baupolizeirechts<sup>647</sup>. Je nach Art des Bauwerks sind eine Vielzahl unterschiedlicher Baupolizeinormen einzuhalten, die ihre Rechtsgrundlage in Bundes-, kantonalen und kommunalen Rechtserlassen haben. Mit den unterschiedlichen Rechtsgrundlagen gehen unterschiedliche Zuständigkeiten einher, sodass namentlich grössere Bauvorhaben regelmässig die Koordination mehrerer gesonderter Bewilligungsverfahren erfordern<sup>648</sup>.

449 **2. Erfüllungsrelevant** ist die Beibringung der Baubewilligung für den Unternehmer praktisch immer. Denn erstens drohen demjenigen, der eine rechtswidrige Bautätigkeit aufnimmt, empfindliche rechtliche Konsequenzen. Die zuständige Baubehörde kann gegen den rechtswidrig bauenden Grundeigentümer regelmässig vielerlei Formen des Verwaltungszwangs ausüben, namentlich kostenfällig vorsorgliche Massnahmen (zum Beispiel einen Baustopp, Bestandsaufnahme), den Abbruch rechtswidriger Bauten und, soweit notwendig, die Ersatzvornahme verfügen<sup>649</sup>. Zudem steht das rechtswidrige Bauen und namentlich die Überschreitung einer erteilten Baubewil-

---

<sup>646</sup> BGE 119 Ib 222/226 E. 3a. m.w.N.

<sup>647</sup> Die kantonalen Baugesetze sehen meistens Ausnahmen vor. Vgl. z.B. Art. 1b Abs. 1 des Bernischen Baugesetzes vom 9. Juni 1985: Keiner Baubewilligung bedürfen u.a. «für eine kurze Dauer erstellte Bauten und Anlagen sowie andere geringfügige Bauvorhaben».

<sup>648</sup> Vgl. z.B. § 46 des Zuger Planungs- und Baugesetzes vom 26. November 1998 (ZG-PBG).

<sup>649</sup> Siehe etwa ZG-PBG, zit. in Fn 648, § 68 («Behördliche Kontrollen an Ort») und § 69 («Verwaltungszwang»).

ligung häufig unter Strafe, wobei sich die Strafe regelmässig auch gegen die störende Person und nicht nur gegen den betreffenden Grundeigentümer richtet<sup>650</sup>. Die Aufnahme der Bauarbeiten ohne Bewilligung ist deshalb für den Unternehmer erstens nicht zumutbar, weil er sich damit einer verwaltungs- und strafrechtlichen Verfolgung aussetzen würde. Zweitens verletzt der Unternehmer, setzt er sich über die Bewilligungspflicht hinweg, regelmässig auch den Bauwerkvertrag, weil die verwaltungs- und strafrechtlichen Konsequenzen des rechtswidrigen Bauens auch den Bauherrn treffen können<sup>651</sup>. Soweit also der Bauherr in diesem Punkt nicht auf ein sorgfältiges Vorgehen des Unternehmers verzichtet hat, verletzt der Unternehmer seine Sorgfalts- bzw. Treuepflicht gegenüber dem Bauherrn (OR 364 I). Die rechtskräftige Baubewilligung ist deshalb für den Unternehmer in doppelter Hinsicht relativ erfüllungsrelevant (vgl. Rz 16 ff.).

**3.** Damit stellt sich die Frage, **welche Vertragspartei** die für das konkrete Bauvorhaben erforderliche Baubewilligung **einzuholen hat**<sup>652</sup>, namentlich die damit verbundenen Vorabklärungen zu treffen (zum Beispiel Bewilligungspflicht, Zuständigkeiten, Anforderungen an das Baugesuch), das Baugesuch zu erstellen, den Kontakt mit der zuständigen Behörde zu führen, allfällige Nachbearbeitungen vorzunehmen und die daraus entstehenden Kosten zu tragen hat:

**a.** Es kommt vor, dass sich der *Unternehmer* zur Einholung der Baubewilligung verpflichtet<sup>653</sup>. Eine solche Abrede ist zulässig und kommt in der Praxis häufig vor, wenn der Unternehmer nicht nur die Herstellung, sondern auch die Planung des gesamten Bauwerks übernommen hat. Auslegungsweise wird eine solche Pflicht, wenn sie nicht ausdrücklich vereinbart ist, zumin-

<sup>650</sup> Siehe etwa ZG-PBG, zit. in Fn 648, § 70, wo u.a. dem rechtswidrig handelnden Bauherrn, dem Eigentümer, dem Projektverfasser, dem Unternehmer, dem Bauleiter usw. eine Busse bis CHF 100'000 angedroht wird.

<sup>651</sup> Siehe Fn 650.

<sup>652</sup> Ausgeklammert werden an dieser Stelle öffentlich-rechtliche Bewilligungen, denen der Unternehmer für die Beschaffung und Erhaltung seiner Produktionsmittel bedarf, namentlich Einfuhrbewilligungen für Bau- oder Sprengstoff oder die Bewilligung von Nacht- und Wochenendarbeit; solcherlei Bewilligungen einzuholen ist in Ermangelung anderer Abreden stets Sache des Unternehmers.

<sup>653</sup> Vgl. etwa BGer 4A\_101/2015 (27.07.2015), wo die Erwirkung der Baubewilligung gemäss Vertrag dem Unternehmer oblag und die (definitive) Verweigerung durch die Baubehörde dem Unternehmer als verschuldete nachträgliche Leistungsunmöglichkeit angelastet wurde.

dest konkludent anzunehmen sein, wenn der Unternehmer sowohl Bau als auch Planung als auch die Bauleitung für das gesamte Bauwerk übernommen hat und auch sonst alles darauf hindeutet, dass der Unternehmer den Bauherrn soweit als möglich vom Planungs- und Bauprozess entlasten soll<sup>654</sup>. Zurückhaltung ist demgegenüber angebracht, wenn der Unternehmer nur einen Teil des Bauwerks herzustellen, zu planen und/oder zu leiten hat. Ausschlaggebend ist jedenfalls nicht, welche Partei den Baugrund zur Verfügung zu stellen hat, weil die Erstellung des Baugesuchs nicht damit, sondern vielmehr mit der Planung des Bauwerks zusammenhängt. Die Obliegenheit, den Baugrund zu verschaffen, gewinnt freilich woanders an Bedeutung: Nach dem Baupolizeirecht der meisten Kantone müssen das Baugesuch bzw. die Baupläne vom Eigentümer des Baugrundstücks unterzeichnet sein<sup>655</sup>. Die Obliegenheit, diese Unterzeichnung zu erwirken, folgt m.E. der Obliegenheit, den Baugrund zu verschaffen. Ist also der Bauherr Grundeigentümer, trifft ihn die Unterzeichnungsobliegenheit als gläubigerfixe Mitwirkungsleistung (vgl. Rz 23). Ist ein Dritter Grundeigentümer, so hat jene Vertragspartei die Unterzeichnung zu erwirken, die den Baugrund vom Dritten beschaffen muss.

- 452 **b.** Haben die Parteien hierzu allerdings nichts vereinbart und kommt nicht ausnahmsweise eine andere Auslegung bzw. Ergänzung des Vertrags in Betracht, ist die Beschaffung der Baubewilligung *Bauherrensache*<sup>656</sup>. Nicht ausschlaggebend ist aus den genannten Gründen, wer den Baugrund zu beschaffen hat, sondern wem die Planung des Bauwerks obliegt (Rz 431 ff.). Fraglos trägt deshalb der Bauherr die Bewilligungsobliegenheit, wenn der Unternehmer mit der Planung des Bauwerks überhaupt nicht befasst ist und umso mehr, wenn er nicht das gesamte Bauwerk, sondern lediglich einen Teil des Bauwerks herzustellen hat. Keine Rolle spielt dagegen, ob der Bauherr die Planung selbst oder mithilfe von Dritten (zum Beispiel eines Architekten) erwirkt.

---

<sup>654</sup> In der Praxis wird von einem Totalunternehmer-Vertrag gesprochen.

<sup>655</sup> Bsp.: § 188 Abs. 1 des Luzerner Planungs- und Baugesetzes vom 7. März 1989: Unterzeichnung sowohl durch die Bauherrschaft als auch durch die Grundeigentümerschaft.

<sup>656</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rz 1331.



4. Der **Mitwirkungserfolg** liegt bei der Baubewilligung in der rechtskräftigen Beseitigung des generellen öffentlich-rechtlichen Bauverbots hinsichtlich des fraglichen, konkreten Bauvorhabens<sup>657</sup>. Die Mitwirkungsleistung ist erfüllt, wenn die Baubewilligung von der zuständigen Baubehörde dem Eigentümer des Baugrundstücks als Verfügungsadressaten formrichtig mitgeteilt worden und in formelle Rechtskraft erwachsen ist<sup>658</sup>. Weitere Rechtsverschaffungshandlungen vonseiten des Bauherrn an den Unternehmer sind nicht erforderlich: Auch wenn er normalerweise nicht Verfügungsadressat der Baubewilligung ist, beseitigt diese aus Sicht des Unternehmers die umschriebene Unzumutbarkeit (vgl. Rz 16 ff.). Vom Bauherrn darf nach Treu und Glauben immerhin erwartet werden, dass er dem Unternehmer die Erteilung der Baubewilligung anzeigt, was wiederum eine – empfangsbedürftige – Wissenserklärung an den Unternehmer voraussetzt. Im Übrigen ist die rechtskräftige Baubewilligung als öffentlich-rechtliche Verfügung *kein teilbarer Erfolg*; es kann von der Baubewilligung nicht ein Teil von der einen Vertragspartei, ein anderer Teil von der anderen zu erwirken sein. Die Bewilligung einzuholen, kann demnach nicht beiden Parteien überlassen sein, sondern obliegt der einen oder der anderen. Davon zu unterscheiden ist die *Zusammenarbeit* bei der Erstellung und Zusammenstellung des Baugesuchs und seiner Anlagen. Dort ist denkbar, dass gewisse Inhalte des Baugesuchs (zum Beispiel die Projektpläne) von der einen Partei, andere Inhalte (zum Beispiel statische Berechnungen) von der anderen Partei erstellt werden, wobei sich eine solche Aufgabenteilung freilich aus einer besondere Abrede ergeben muss. Wo es zwingende kantonale Vorschrift ist, dass das Baugesuch und/oder die Ausführungspläne nur mit der Unterschrift des Grundeigentümers wirksam eingereicht werden könne, so liegt darin jedenfalls eine gläubigerfixe Mitwirkungsleistung des Bauherrn, soweit er Eigentümer des Baugrunds ist (siehe Rz 451).

#### b. Private Einwilligungen

1. Beim Bauen oder bei dessen Vor- oder Nachbereitung greift der Unternehmer praktisch unvermeidlich in **fremde Rechtsgüter** ein. Ist der Bauherr oder ein Dritter Eigentümer des Baugrunds, so greift der Unternehmer in das Eigentum des Bauherrn oder des Dritten ein. Beschafft der Bauherr den Baustoff oder überreicht er dem Unternehmer einen körperlichen Informations-

<sup>657</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rz 392.

<sup>658</sup> KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Rz 817 ff., 848 f.

träger, so behündigt sich der Unternehmer wiederum des Eigentums des Bauherrn oder aber eines Dritten, wenn der Bauherr Sachen liefert, die ihm nicht gehören. Nutzt der Unternehmer ein benachbartes Grundstück, um das Bauwerk herzustellen, beispielsweise indem er mit seinen Maschinen die benachbarte (private) Zufahrtsstrasse befährt, auf dem Grundstück Baustoffe lagert oder gar vom Drittgrundstück aus seine Maschinen betreibt (zum Beispiel einen Kran), greift er ins Grundeigentum des Nachbarn ein. Realisiert der Unternehmer ein Bauvorhaben, das von einem Dritten entworfen wurde und urheberrechtlichen Schutz im Sinne von URG 2 genießt, so greift er ins Recht des Urhebers ein. Benutzt er das Baugerüst eines Nebenunternehmers, greift er auf Inventar zu, das im Eigentum des Nebenunternehmers oder eines Dritten steht.

- 455 **2.** Wenn die Werkausführung mit Rechten Dritter verwoben ist, ist dem Unternehmer die Werkausführung regelmässig nur dann zumutbar, wenn der damit einhergehende Eingriff in diese Rechte legitim ist. Die Einwilligung der betreffenden Rechteinhaber ist für ihn insofern **relativ erfüllungsrelevant** (Rz 16 ff.), weil ihn ein rechtswidriger Eingriff der privatrechtlichen Rechtsverfolgung durch Dritte<sup>659</sup>, der strafrechtlichen Verantwortung<sup>660</sup> und zudem einer Vertragsverletzung gegenüber dem Bauherrn aussetzen würde.
- 456 **3.** Dementsprechend stellt sich im Bauwerkvertrag die Frage, **welcher Vertragspartei es obliegt**, dem Unternehmer private Einwilligungen zu verschaffen<sup>661</sup>. Die Frage kann nicht losgelöst vom Einzelfall beantwortet werden:
- 457 **a.** Soweit die Werkausführung *Einwilligungen vonseiten des Bauherrn* erfordert, die zwingend von seiner Person auszugehen haben, ist diese Mitwirkungsleistung gläubigerfix (Rz 23). Die Frage des Obliegenheitsbelasteten wird sich hier zunächst nicht stellen, weil der Unternehmer objektiv davon

---

<sup>659</sup> In Betracht kommen bei der Verletzung von Sacheigentum etwa Ansprüche aus OR 41 I, ZGB 641 II oder 679. Bei der Verletzung von geistigem Eigentum stehen z.B. dem verletzten Urheber die zivilrechtlichen Schutzbehelfe von URG 71 ff. zur Verfügung.

<sup>660</sup> Bsp.: Hausfriedensbruch, StGB 186; Sachbeschädigung, StGB 144.

<sup>661</sup> Ausgeklammert werden Einwilligungen, die der Unternehmer für die Beschaffung und Erhaltung seiner Produktionsmittel benötigt, so z.B. die «Einwilligung» vonseiten des Personalverleihers oder des Leasinggebers usw. Solcherlei Willenserklärungen einzuholen ist in Ermangelung anderer Abreden Sache des Unternehmers.

ausgehen darf, dass ihm der Bauherr mit Abschluss des Vertrags die nötigen Einwilligungen erteilt. So zum Beispiel im Fall des Baugrunds, der im Eigentum des Bauherrn steht: Von ihm darf der Unternehmer normalerweise annehmen, dass der Bauherr dem Zugriff des Unternehmers zustimmt.

**b.** Die *Einwilligungen von Dritten* einzuholen ist demgegenüber keine gläubigerfixe Leistung: Dritte können ihre Einwilligung sowohl auf Anfrage des Bauherrn als auch des Unternehmers abgeben. Fehlt es nun an einer Abrede darüber, wem es obliegt, die Einwilligung einzuholen, wird im Zweifel eine Beschaffungsobliegenheit des Bauherrn anzunehmen sein<sup>662</sup>, wenn die Einwilligung eng mit Erfolgen zusammenhängt, die dem Bauherrn im Rahmen seiner Mitwirkungsleistungen obliegen. Muss er den Baugrund, den Baustoff, körperliche Informationsträger oder Ausführungsunterlagen bereitstellen, so gehören zu diesen Mitwirkungsleistungen nicht nur alle faktischen, sondern auch alle rechtlichen Mitwirkungsleistungen (Rz 77), die nötig sind, damit der Unternehmer über die ihm bereitgestellten Sachen und Informationen im Sinne der Werkausführung verfügen kann. Hat also der Bauherr den Baugrund bereitzustellen und liegt dieser nicht in seinem Eigentum, hat er für die Einwilligung des Eigentümers zu sorgen. Besorgt er die Planung und Konkretisierung, hat er sich die Urheberrechte an den Bauplänen (URG 12) übertragen oder wenigstens ein Lizenzrecht daran einräumen zu lassen. Verspricht er dem Unternehmer zum Beispiel gemäss SIA-118 126 I, dass dieser die Gerüste von Nebenunternehmern verwenden darf, obliegt es dem Bauherrn, vorgängig dieses Nutzungsrecht einschliesslich Berechtigung zur Übertragung auf Dritte vom betreffenden Nebenunternehmer einzuholen.

**c.** Obliegt demgegenüber *die Beschaffung des Baustoffs dem Unternehmer*,<sup>459</sup> so hat er die nötigen Rechte am Baustoff zu sichern. Das ergibt sich aus OR 365 I, wonach der Unternehmer dem Bauherrn für den Werkstoff Gewähr zu leisten habe wie ein Verkäufer – auch letzterem obliegt es nämlich nach OR 192 I sicherzustellen, dass kein Dritter ein besseres Recht an der Kaufsache (hier: am Baustoff) innehat oder auch nur geltend macht<sup>663</sup>. Für die nötigen Rechte hat der Unternehmer unter seiner Werkleistungspflicht auch bei allen anderen Gütern zu sorgen, die von ihm zu besorgen sind. Das

<sup>662</sup> Zu *favor debitoris* bzw. *in dubio mitius*: Rz 274.

<sup>663</sup> Die Bestimmung hat freilich nur insoweit Bedeutung, als der Dritte sein Eigentum am Stoff nicht aufgrund dessen Verarbeitung oder Einbau verliert oder der Besteller nicht nach den Regeln des gutgläubigen Besitzes geschützt ist (vgl. GAUCH, Werkvertrag, Rz 1463).

beschlägt namentlich die Urheberrechte an den Bauplänen, wenn der Unternehmer die Planung vertraglich übernimmt und einen Dritten damit beauftragt. Ein Sonderfall ist die Verschaffung von Rechten an Nachbarsgrundstücken: Selbst wenn der Baugrund vom Bauherrn zu verschaffen ist und nicht vom Unternehmer (vgl. Rz 458), so gehört das Planen und Aufsetzen von Fuss- und Fahrwegen, Lager- und Umschlagplätzen, Mannschaftsräumen, Maschinenstandorten, Installationen usw. grundsätzlich zur Planung der Baustelleneinrichtung. Sie wiederum ist Sache des Unternehmers. Meines Erachtens fällt es deshalb auch dann in die Zuständigkeit des Unternehmers, die Einwilligungen allfälliger Nachbarn zur Benützung ihrer Grundstücke einzuholen, wenn er den Baugrund nicht zu verschaffen hat<sup>664</sup>. Dasselbe gilt für Einwilligungen, die für den Anschluss an Wasser- und Stromleitungen auf Drittgrundstücken erforderlich sind (Rz 422 ff.). Vertragliche Sorgfaltspflichten können dem Unternehmer freilich gebieten, die Nachbarn nicht ohne vorgängige Rücksprache mit dem Bauherrn anzugehen.

- 460 **4.** Obliegt es dem Bauherrn, eine private Einwilligung einzuholen, so liegt der **Mitwirkungserfolg** darin, dass diese Einwilligung vom Dritten in dem für die Werkleistung erforderlichen Umfang erteilt wird. Ob das der Fall ist, beurteilt sich nach denselben Modalitäten, nach denen Leistungspflichten inhaltlich umschrieben werden (OR 68 ff.). So muss die Einwilligung in *persönlicher Hinsicht* genügen. Gegenüber welcher Vertragspartei sie erklärt wird – dem Bauherrn, dem Unternehmer, einer Hilfsperson usw. –, ist unbeachtlich, solange die Einwilligung der Betätigung des Unternehmers gilt. Unzureichend wäre es, wenn der Nachbar des Bauherrn nur diesen, nicht aber seine Handwerker auf seinem Grundstück duldet. Die Einwilligung muss überdies *inhaltlich*, *örtlich* und *zeitlich* so geartet sein, dass die von der Einwilligung abhängigen Teile der Werkleistung in der für sie vorgesehenen Art und Weise, an dem für sie vorgesehenen Ort und in der für sie vorgesehenen Zeit erbracht werden können.

---

<sup>664</sup> Vgl. freilich SIA-118 116 I: «Der Bauherr stellt dem Unternehmer *die für die Einrichtung der Baustelle notwendigen* Grundstücke [...] zur Verfügung» (H.h.); das könnte so verstanden werden, dass der Bauherr auch andere als die eigentliche Bauparzelle bereitzustellen habe.

#### 4. Gewillkürte Erfüllungsvoraussetzungen

Unter diesem Titel werden Vorbereitungshandlungen des Bauherrn besprochen, die nicht wegen der konkreten Ausgestaltung des geschuldeten Bauwerks erfüllungsrelevant sind, sondern schlicht deshalb, weil die Parteien sie durch Abrede zur Voraussetzung für die gehörige Erfüllung des Schuldners erhoben haben. Es handelt sich mit anderen Worten um *Erfüllungsbeiträge von gewillkürter Erfüllungsrelevanz*, die nachfolgend Erfüllungsvoraussetzungen genannt werden. Erfüllungsvoraussetzungen können im Rahmen der Vertragsfreiheit beliebig vereinbart werden. Sie können ihrem Inhalt nach faktische oder rechtliche Erfolge voraussetzen. Im Bauwesen üblich sind der «Abruf» der Bauleistung, Zustimmungserfordernisse und besondere Tat-handlungen des Bauherrn im Zuge der Herstellung oder Ablieferung; auf sie ist nachfolgend einzugehen.

##### a. Eintritt der Erfüllbarkeit auf «Abruf»

Steht bei Vertragsschluss noch nicht fest, wann genau die Bauleistungen erfolgen sollen oder können, wird häufig vereinbart, dass der Startzeitpunkt eines bestimmten Arbeitsvorgangs oder auch der gesamten Werkleistung vom Bauherrn einseitig angewiesen werden kann, die Werkleistung also sozusagen vom Bauherrn «abgerufen» werden darf<sup>665</sup>. Abzugrenzen ist das Abrufsrecht von vertraglichen Retardierungs- und verwandten Rechten des Bauherrn (vgl. Rz 441): Dort handelt es sich um Beststellungsänderungsrechte, mit denen die *vereinbarten* zeitlichen Modalitäten verändert werden können. Hier geht es dagegen um das Recht, den Termin des Baubeginns innerhalb einer regelmässig vorbestimmten Zeitspanne (zum Beispiel «im März») einseitig zu konkretisieren. Das Abrufsrecht ähnelt der Konkretisierungsobliegenheit des Bauherrn, doch unterscheidet es sich hiervon darin, dass der Unternehmer die Werkleistung hier durchaus kennt und erbringen *könnte*, aber nicht erbringen *darf*, weil die Leistungspflicht erst durch den Abruf erfüllbar wird (vgl. dazu Rz 108). Der Mitwirkungserfolg besteht hier in der Herbeiführung der Erfüllbarkeit durch Willenserklärung. Weil die letztere empfangsbedürftig ist, ist die Mitwirkungsleistung erfüllt, wenn der Abruf des Bauherrn in den Machtbereich des Unternehmers gelangt (siehe Rz 87).

<sup>665</sup> Z.G. ZELTNER, Diss., Rz 91–93.

**b. Zustimmung- und Weisungserfordernisse**

- 463 **1.** Erfüllungsvoraussetzungen sind häufig in der Form von Zustimmungserfordernissen vereinbart. Solche Abreden gehen in der Regel dahin, dass der Unternehmer zu gewissen Zeitpunkten oder auf bestimmte Ereignisse hin vom Bauherrn die **Zustimmung zur (Weiter-)Ausführung** einzuholen hat. In solchen Fällen ist der Unternehmer nicht zur Weiterarbeit berechtigt, solange der Bauherr seine Zustimmung nicht erklärt. Das Zustimmungserfordernis kann zum Beispiel darin bestehen, dass der Bauherr gewisse Ausführungsunterlagen oder Baustellenbereiche genehmigen muss, bevor der Unternehmer mit dem betreffenden Arbeitsvorgang beginnen darf<sup>666</sup>. Zustimmungserfordernisse können aber auch für die Herstellungsphase vereinbart sein, indem der Unternehmer zu bestimmten Zeitpunkten oder unter bestimmten Umständen für die Fortsetzung der Werkleistung die Zustimmung des Bauherrn einzuholen hat.
- 464 **2.** Zustimmungen sind eine Unterart von **Weisungen**. Sie sind Weisungen, deren Inhalt bereits feststeht, bevor sie ergehen. Beim Zustimmungserfordernis kann die Weisung entweder in der Zustimmung (der Gutheissung) oder der Verweigerung der Zustimmung (der Ablehnung) bestehen. Andere vertragliche Weisungserfordernisse sind inhaltlich grundsätzlich offen. Sie können beispielsweise so ausgestaltet sein, dass der Unternehmer angesichts einer unvorhergesehenen Schwierigkeit den Bauherrn um «Weisungen für das weitere Vorgehen» anzugehen und die Arbeit so lange einzustellen hat, bis die Weisungen erteilt sind<sup>667</sup>. Ein solches Weisungserfordernis stipuliert auch das gesetzliche Werkvertragsrecht in OR 365 III, wonach der Unternehmer dem Bauherrn generell «Verhältnisse, die eine gehörige oder rechtzeitige Ausführung des Werkes gefährden», anzuzeigen und gegebenenfalls diesbezüglich Weisungen (vgl. auch OR 369) einzuholen hat (dazu auch Rz 474 ff.). *Abzugrenzen* sind die Erfüllungsvoraussetzungen von vertraglichen Ausführungsoptionen (Rz 436), die nur auf besondere Anweisung (eigentlich: Bestellungsänderung) vonseiten des Bauherrn auszuführen sind; auf deren Ausübung ist der Unternehmer, wie dargestellt, nicht im Sinne einer Mitwirkungsleistung angewiesen. Ebenfalls keine Erfüllungsvoraussetzung ist die Rückmeldung des Bauherrn im Fall, da ihm der Unternehmer einen

---

<sup>666</sup> Bsp.: SIA-118 101 III, 109 I, 128 III.

<sup>667</sup> SIA-118 122 I (dort für den Fall, dass der Unternehmer beim Bau auf «bemerkenswerte natürliche oder künstliche Gegenstände» stösst).

vertraglich nicht vorgesehenen und auch nicht erforderlichen Ausführungsvorschlag unterbreitet. Solches kann der Bauherr grundsätzlich ablehnen, annehmen oder auch unkommentiert lassen, zumal er nicht gehalten ist, auf solche Anfragen einzutreten. Acht zu geben hat er immerhin, dass sein Schweigen nach Treu und Glauben nicht als konkludente Zustimmung zum Ausführungsvorschlag verstanden werden darf<sup>668</sup>.

3. Zustimmungen und Weisungen zeichnen sich durch die Besonderheit aus, 465 dass sie für den Unternehmer nur dann erfüllungsrelevant werden, **wenn er sie vom Bauherrn einfordert**. Dass dem Unternehmer nicht zumutbar wäre, ohne die Weisung des Bauherrn weiterzuarbeiten, *wenn* er den Weisungsbedarf entdeckt, begründet zwar die Erfüllungsrelevanz der Weisung für den Fall, *dass* er die Weisung vom Bauherrn einfordert. Unterlässt es aber der Unternehmer, den Bauherrn um die Weisung anzugehen und setzt er seine Arbeit fort, so fehlt es an einem Mahngeschäft (dazu Rz 94 ff.) und die Weisungsobliegenheit des Bauherrn aktualisiert sich nicht. Vielmehr verletzt der Unternehmer dadurch regelmässig seine Sorgfaltspflicht (ausser er hätte ausnahmsweise nicht erkennen müssen, dass er den Bauherrn um Weisungen angehen muss). Gläubigerverzug des Bauherrn aber fällt dann ausser Betracht: Dessen Mitwirkung (die Abgabe der Weisung) benötigt der Unternehmer nur, um den Vertrag gehörig zu erfüllen; den Vertrag durch Schlechterfüllung verletzen kann er demgegenüber allein. Gläubigerverzug tritt dagegen ein, wenn der Unternehmer pflichtgemäss eine Weisung vom Bauherrn anfordert und der Bauherr sich bis zum Ablauf der hierfür angemessenen (oder gegebenenfalls vereinbarten) Frist nicht erklärt<sup>669</sup>.

Fordert der Unternehmer vom Bauherrn aber deswegen eine Reakti- 466 on, weil der Bauherr die Mitwirkung bereits versäumt oder schlecht erbracht hat und seine Verfehlung die mängelfreie Ausführung des Werks gefährdet, so ist der Bauherr zu diesem Zeitpunkt normalerweise bereits in Gläubigerverzug geraten (vgl. Rz 474 ff.).

<sup>668</sup> Vgl. GAUCH, Werkvertrag, Rz 771.

<sup>669</sup> Vgl. im Anwendungsbereich der SIA-Norm 118 i.Z.m. der Genehmigung der Pläne durch die Bauleitung bzw. die Bauherrschaft: SCHUMACHER/MIDDENDORF, Komm-SIA-118, Art. 101 N 11.6. Geht es um eine formfreie *Zustimmung* des Bauherrn, so kann das Schweigen des Bauherrn nach den Umständen auch als stillschweigende Zustimmung (OR 6) zu verstehen sein (vgl. REETZ, Komm-SIA-118, Art. 95 N 30.4, wenn auch dort nicht im Kontext eines erfüllungsrelevanten Zustimmungserfordernisses).

**c. Tathandlungen**

- 467 **1.** Nebst Erklärungshandlungen können auch **besondere Tathandlungen des Bauherrn** vertraglich zu Erfüllungsvoraussetzungen gemacht werden, und zwar sowohl für die Herstellungs- als auch für die Ablieferungsleistung. Im Rahmen der *Herstellung* besteht die Abrede regelmässig darin, dass der Unternehmer die Bauarbeiten erst beginnen, fortsetzen oder vollenden darf, wenn der Bauherr sich entsprechend der Erfüllungsvoraussetzung verhält, er also zum Beispiel an einer besonderen Baustellensitzung teilnimmt, für einen bestimmten Arbeitsvorgang persönlich zugegen ist usw. Unterlässt in solchen Fällen der Bauherr die vereinbarte Tathandlung, hindert er den Unternehmer faktisch an der Weiterarbeit. Im Zusammenhang mit der *Ablieferung* zielt eine solche Abrede in der Praxis häufig darauf, dass die Rechtswirkungen der Ablieferung erst eintreten, wenn der Bauherr anlässlich der Ablieferungshandlung anwesend ist, einer gemeinsamen Prüfung beiwohnt, ein Protokoll unterzeichnet oder Ähnliches tut.
- 468 **2.** Tathandlungen, die der Bauherr **während der Werkausführung** vorzunehmen hat, können im Rahmen der Vertragsfreiheit beliebig vereinbart werden. Häufig werden im Bauwesen Tathandlungen vereinbart, die *gegenseitigen Beweisbedürfnissen* dienen:
- 469 **a.** Beispielsweise sieht SIA-118 142 I vor, dass die Parteien das *tatsächliche Ausmass* der geleisteten Einheiten «gemeinsam, fortlaufend und zeitgerecht» zu ermitteln haben<sup>670</sup>. Das Erfordernis der «Gemeinsamkeit» gebietet den Parteien im Regelfall, einen passenden Termin zu vereinbaren, gleichzeitig anwesend zu sein, die für die Ausmassermittlung nötigen Handlungen – Messen und Aufschreiben – sinnvoll unter sich aufzuteilen und bei alledem die pflichtgemässe Sorgfalt an den Tag zu legen<sup>671</sup>. Zumindest dort, wo die Ausmasse «nach dem Fortschreiten des Baues nicht mehr festgestellt werden können» (SIA-118 142 II), könnte die Weigerung des Bauherrn, an der Ausmassermittlung teilzunehmen, dem Unternehmer die weitere Ausführung unzumutbar machen, weil andernfalls die Höhe seiner Vergütungsforderung nie mehr zu ermitteln wäre. Diese potenzielle Erfüllungsrelevanz der Bauher-

---

<sup>670</sup> SCHUMACHER/MONN sprechen i.Z.m. dieser Bestimmung von einer «Mitwirkungsobliegenheit» des Bauherrn, werfen ihm aber «pflichtwidriges» Verhalten vor, wenn er «säumig» werde (Komm-SIA-118, Art. 142 N 1.2). Tatsächlich handelt er lediglich obliegenheitswidrig.

<sup>671</sup> SCHUMACHER/MONN, Komm-SIA-118, Art. 142 N 4.1 f.



renpartizipation eliminiert die Bestimmung von SIA-118 142 II freilich wieder, indem der Bauherr dann, «wenn die Aufnahme nicht nachgeholt werden kann oder er ein zweites Mal säumig wird», das Aufnahmeergebnis des Unternehmers anzuerkennen hat. Würde nun aber SIA-118 142 II kein solches «Ventil» stipulieren, hinge die weitere Werkausführung gänzlich von der gemeinsamen Ausmassermittlung und damit von der Anwesenheit und der Mitarbeit des Bauherrn ab. Die gemeinsame Ausmassermittlung wäre dann eine Erfüllungsvoraussetzung.

**b.** Ein weiteres Beispiel findet sich in SIA-118 144 III, wonach der Unternehmer für die monatliche Abschlagsrechnung das vorläufige tatsächliche Ausmass «*unter Mitwirkung der Bauleitung*» festzustellen hat. Während die Verantwortung für die Feststellung allein beim Unternehmer liegt, hat der Bauherr unter dieser Bestimmung immerhin «beratende Mithilfe» zu leisten<sup>672</sup>. Es kann aufgrund von Informationsasymmetrien zwischen den Parteien vorkommen, dass das tatsächliche Ausmass ohne die Mithilfe des Bauherrn nicht zu ermitteln ist. Weigert sich der Bauherr, dem Unternehmer die benötigte Auskunft zu erteilen, so hindert gegebenenfalls auch das den Unternehmer an der weiteren Werkausführung, soweit hier nicht die «Ventilregel» von SIA-118 142 II analog greift (vgl. Rz 469). 470

**3.** Wie dargestellt (Rz 402 ff.), bedarf die **Ablieferung** des Bauwerks normalerweise *keiner besonderen Annahmehandlung* vonseiten des Bauherrn. Die Parteien sind allerdings frei, die Voraussetzungen für den Eintritt der Ablieferung – genauer: ihrer Rechtsfolgen – vertraglich auszubauen. Vereinbaren sie, dass die Ablieferung nicht oder nicht allein dadurch eintritt, dass der Unternehmer dem Bauherrn die Verfügungsmacht über das vollendete Bauwerk verschafft, sondern von weiteren Tathandlungen des Bauherrn abhängt, tritt die Ablieferung beim Ausbleiben dieser Tathandlungen grundsätzlich nicht ein<sup>673</sup>. Typisch ist bei grösseren Bauwerken die Abrede, dass dieses nach Vollendung zunächst von beiden Parteien gemeinsam zu prüfen sei<sup>674</sup>, bevor bzw. damit die Ablieferung eintritt. Vorgesehen ist eine ähnliche Regelung in SIA-118 158 II, wenn auch mit der gewichtigen Einschränkung, dass die Ablieferung auch dann eintritt, wenn der Bauherr es bis zum Ablauf 471

<sup>672</sup> SCHUMACHER/MONN, Komm-SIA-118, Art. 144 N 20.1.

<sup>673</sup> Vgl. GAUCH, Werkvertrag, Rz 2469.

<sup>674</sup> Auch die zusätzlichen «Ablieferungshandlungen» des Unternehmers müssen vereinbart sein, damit sie geschuldet sind (hier: die Prüfung des Werks obliegt dem Besteller grundsätzlich allein, vgl. GAUCH, Werkvertrag, Rz 2467).

eines Monats seit Empfang der Vollendungsanzeige verweigert, an der gemeinsamen Prüfung teilzunehmen (SIA-118 164 I)<sup>675</sup>. Wäre aber im konkreten Fall SIA-118 164 I einmal wegbedingt, so hinge die Ablieferung von der Durchführung der gemeinsamen Prüfung, einer Erfüllungsvoraussetzung ab. Denn auch wenn die Ablieferung zum Schluss der Prüfung keiner weiteren Parteierklärungen bedarf<sup>676</sup>, bedürfte die Ablieferung immerhin des Abschlusses der gemeinsamen Prüfung<sup>677</sup>, d.h. überhaupt einer gemeinsamen Prüfung, und damit auch der Anwesenheit der Vertragsparteien. Verweigerte es der Bauherr diesfalls, an der Prüfung teilzunehmen, vermöchte er so die wirksame Ablieferung des Bauwerks zu verhindern. Dasselbe gilt bei Anlagebauten, deren Ablieferung zunächst vom Ergebnis komplexer Funktionalitätsprüfungen abhängig gemacht wird<sup>678</sup>, wofür der Unternehmer regelmässig physischen Zugang zum Bauwerk oder wenigstens Zugriff auf Resultate von Testläufen usw. benötigt. Das Eingrenzen von Fehlerquellen kann erfordern, dass der Bauherr die Anlage versuchsweise in Betrieb nimmt und besondere Überwachungs- und Reporting-Massnahmen zuhanden des Unternehmers trifft<sup>679</sup>. Die Unterlassung solcher Tathandlungen bauherrenseits verhindert die Ablieferung, wenn weder gesetzlich noch vertraglich eine «Ventilregel» im Stil des SIA-118 164 I vorgesehen ist (siehe SIA-118 164 I).

- 472 4. Tathandlungen verwirklichen sich naturgemäss nur, indem sie vom Bauherrn effektiv vorgenommen werden. Die Tathandlung beinhaltet keine Erklärung, sondern ist ein **Realakt**. Seiner Natur nach kann ein Realakt, anders als eine Willenserklärung, nicht ausgelegt werden, weshalb das unkommen-tierte Ausbleiben der Tathandlung, die «Nichthandlung», nicht analog zu

---

<sup>675</sup> Gläubigerverzug des Bauherrn fällt hier m.E. ausser Betracht, weil nach dem hypothetischen Parteiwillen nicht anzunehmen ist, dass sich der Unternehmer schon während der vereinbarten, einmonatigen «Wartezeit» vom Vertrag lösen können solle; dies zumindest solange, als das Mitwirkungsversäumnis des Bauherrn einzig die Ablieferungshandlungen beschlägt und nicht allfällige andere, mitwirkungsbedürftige Nebenpflichten des Unternehmers.

<sup>676</sup> GAUCH/STÖCKLI H., Komm-SIA-118, Art. 159 N 5. Keine Voraussetzung ist namentlich, dass die Parteien zum Schluss der gemeinsamen Prüfung ein Protokoll erstellen und unterzeichnen (siehe GAUCH/STÖCKLI H., Komm-SIA-118, Art. 158 N 24).

<sup>677</sup> Zudem auch der Abwesenheit wesentlicher Mängel, vgl. SIA-118 159/160.

<sup>678</sup> Vgl. LUCHESCHI, Diss., S. 19, betr. Industrieanlagebauverträge («Inbetriebsetzung» und «Personaltraining»).

<sup>679</sup> Vgl. STRAUB, S. 278, dort mit Blick auf die Implementierung von Informatiksystemen.

OR 6 zur «Handlung» werden kann. Eine andere Frage ist, ob der Bauherr durch das stillschweigende Passivbleiben nach Treu und Glauben so verstanden werden darf, dass er auf das Tathandlungserfordernis *verzichtet*; solches wird angesichts des Zwecks der gewillkürten Erfüllungsvoraussetzung nur zurückhaltend anzunehmen sein.

## D. Eliminierung des Mitwirkungsbedarfs

Die Erfüllungsrelevanz eines Bauherrenbeitrags kann im Verlaufe des Vertragsvollzugs dahinfallen, wenn sich die **Leistungspflicht** des Unternehmers so **verändert**, dass eine ehemals erforderliche Mitwirkungsleistung für die gehörige Erfüllung nicht mehr nötig ist. Die Leistungspflicht des Unternehmers kann sich aus einer Vielzahl von Gründen verändern, so zum Beispiel aufgrund einer einseitigen Beststellungsänderung des Bauherrn, einer einvernehmlichen Vertragsanpassung oder einer richterlichen Vertragsanpassung unter den Voraussetzungen von OR 373 II. Vertieft werden an dieser Stelle zwei Fälle, die im Bauvertragsrecht von besonderem Interesse sind: die Reduktion der Unternehmerhaftung (1.) und die Substituierung von Mitwirkungsleistungen durch den Unternehmer (2.).

### 1. Durch Haftungsreduktion

1. Soweit der Unternehmer den Erfüllungsbeitrag des Bauherrn deshalb benötigt, weil ihm andernfalls droht, die Leistung nicht oder nur schlecht erbringen zu können, wird die (relative, Rz 16 ff.) Erfüllungsrelevanz des Bauherrenbeitrags dadurch beseitigt, dass die **Haftung des Unternehmers** gegenüber dem Bauherrn für die drohende Schlechterfüllung **nachträglich** (d.h. im Vertragsvollzug) **dahinfällt**. Dass der Erfüllungsanspruch des Bauherrn solcherart partiell «verwirken» soll, können die Parteien rechtsgeschäftlich vereinbaren, ist aber in einigen Fällen auch vom Gesetz so vorgesehen, entspricht das doch dem typischen Sanktionierungsmechanismus der Obliegenheit und auch einiger (aber nicht aller) Mitwirkungsobliegenheiten (vgl. Rz 161).

2. Im Werkvertragsrecht findet sich ein **gesetzlicher Prototyp** einer solchen Regel in der Verbindung von **OR 365 III und 369**, nämlich für den Fall, dass der Unternehmer dem Bauherrn «Mängel an dem [...] gelieferten Stoffe oder an dem angewiesenen Baugrunde» oder «sonst Verhältnisse, die eine gehörige oder rechtzeitige Ausführung des Werkes gefährden» (OR 365 III) anzeigt, und der Bauherr an «Weisungen, die er entgegen den ausdrücklichen

Abmahnungen des Unternehmers über die Ausführung erteilte» festhält, oder «auf andere Weise die Mängel selbst verschuldet» (OR 369). Dann nämlich fallen «die dem Besteller bei Mangelhaftigkeit des Werkes gegebenen Rechte [...] dahin» (OR 369), d.h. der Bauherr verliert (nur) mit Blick auf die so verursachten Werkmängel seine Mängelrechte<sup>680</sup> und damit seinen Erfüllungsanspruch. Im selben Umfang, wie er seinen Anspruch auf die mängelfreie Werkleistung verliert, wird auch seine Mitwirkung zur Leistungsbewirkung obsolet<sup>681</sup>.

- 476 **3.** Die Haftungsreduktion gemäss OR 369 greift nicht nur Platz, wenn der Besteller die Werkmängel durch Mitwirkungsfehler verursacht, doch zählt dieser Fall praktisch zum Hauptanwendungsbereich der Norm<sup>682</sup>. Keine Rolle scheint es nach dem Wortlaut von OR 369 zu spielen, ob der Mitwirkungsfehler ein *Mitwirkungsversäumnis* oder eine *Schlechtmitwirkung* ist. Das geht auf die Teleologie von OR 369 zurück, nach welcher der Unternehmer nicht für Werkmängel haften soll, die der Besteller selbst verursacht – gleich auf welche Weise er sie verursacht («auf andere Weise», OR 369). In der Praxis ist die Schlechtmitwirkung, also der Fall, in dem der Besteller die Mitwirkungsleistung zwar erbringt, aber fehlerhaft<sup>683</sup>, viel eher geeignet, Werkmängel hervorzurufen<sup>684</sup>. Aber auch das Mitwirkungsversäumnis mag zu Mängeln der Ausführung führen (vgl. Rz 478). Damit wirft OR 369 die Frage auf, in welchem **Verhältnis** diese Regel zum **Mitwirkungsversäumnis** und den Regeln des **Gläubigerverzugs** steht:

---

<sup>680</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rz 2038 f.

<sup>681</sup> Vgl. SCHEUBE, Diss., S. 142–145.

<sup>682</sup> Die nach OR 365 III anzuzeigenden Verhältnisse erfassen darüber hinaus alle möglichen, die Werkausführung gefährdenden Verhältnisse, wie namentlich die Einwirkung Dritter, höhere Gewalt oder Leistungshindernisse aus der Sphäre des Unternehmers (ZINDEL/PULVER/SCHOTT, BSK-OR, Art. 365 N 18).

<sup>683</sup> Vgl. HENNINGER, BRT 2005, S. 251; ZELTNER, Diss., Rz 187.

<sup>684</sup> Zu denken ist an die Bereitstellung eines mangelhaften Vorunternehmerwerks, die Bereitstellung von mangelhaftem Baustoff, die Übermittlung falscher Informationen, die unzureichende Verschaffung von Urheber- und anderen Rechten usw.

- a. Vorweg sind OR 369 und der Gläubigerverzug nur dann zu koordinieren, 477 wenn der Unternehmer das Mitwirkungsversäumnis *bemerkt*<sup>685</sup>, dieses dem Bauherrn pflichtgemäss *anzeigt* und gestützt darauf *die Werkausführung sistiert*. Weiss der Unternehmer vom Mitwirkungsversäumnis oder hätte er dieses bei der gebotenen Sorgfalt erkennen müssen, zeigt er dieses dem Bauherrn aber pflichtwidrig nicht an<sup>686</sup> und setzt er stattdessen – soweit das im konkreten Fall überhaupt möglich ist<sup>687</sup> – die Arbeiten fort, so stellt sich die Frage des Gläubigerverzugs nicht. Dies zumindest dann nicht, wenn das bauherrenseits gesetzte Leistungshindernis *einzig* darin besteht, dass dem Unternehmer die mangelhafte Werkausführung droht (relative Erfüllungsrelevanz). Dann nämlich wird das Mitwirkungsversäumnis von der pflichtwidrigen Unsorgfalt des Unternehmers gleichsam «absorbiert» und zum Schlechterfüllungsrisiko des Unternehmers gemacht (siehe OR 365 III/369). Der Unternehmer haftet diesfalls für die aus dem Mitwirkungsfehler resultierenden Baumängel.
- b. Bemerkt der Unternehmer das Mitwirkungsversäumnis, zeigt er dieses 478 dem Bauherrn pflichtgemäss an (OR 365 III) und sistiert er die Werkausführung, so fragt sich, ob beim Bauherrn Gläubigerverzug eintrete oder nicht. Im Allgemeinen ist das zu bejahen. Wenn aber das Mitwirkungsversäumnis

<sup>685</sup> Das Mitwirkungsversäumnis wird der Unternehmer regelmässig bemerken, wenn der Bauherr sich mit einer *absolut* erfüllungsrelevanten Mitwirkungsleistung (Rz 15) verspätet. Dagegen mag dem Unternehmer das Mitwirkungsversäumnis auch einmal entgehen, wenn der Bauherr eine bloss *relativ* erfüllungsrelevante Mitwirkungsleistung (Rz 16 ff.) nicht erbringt (z.B. unterlassene Koordination mit Nebenunternehmern, resultierend in Platzproblemen und suboptimalen Arbeitsbedingungen); häufig hindert solches den Unternehmer zumindest *faktisch* nicht vollständig an der (Weiter-)Arbeit.

<sup>686</sup> Nicht pflichtwidrig ist die Unterlassung, wenn der Unternehmer die Verhältnisse selber und unter Anrechnung des Wissens seiner Hilfspersonen nicht hat erkennen müssen (GAUCH, Werkvertrag, Rz 831). Eine Anzeigepflicht entfällt zudem dann, wenn sich auch bei unverzüglicher Anzeige am Geschehensablauf nichts geändert hätte, z.B. weil der Bauherr bereits über die betreffenden Verhältnisse informiert war (Kausalitätsargument; vgl. GAUCH, Werkvertrag, Rz 832). Vgl. auch HÜRLIMANN/SIEGENTHALER, CHK-OR, Art. 365 N 5.

<sup>687</sup> Die Weiterarbeit ist beim Ausbleiben von *absolut* erfüllungsrelevanten Mitwirkungsleistungen (Rz 15) regelmässig unmöglich, beim Ausbleiben von *relativ* erfüllungsrelevanten Mitwirkungsleistungen (Rz 16 ff.) dagegen regelmässig möglich (aber nicht geschuldet); siehe Fn 685.

zugleich die *mängelfreie Ausführung des Bauwerks gefährdet*<sup>688</sup>, so fragt sich überdies, ob der (Nicht-)Eintritt des Gläubigerverzugs mit dem in OR 369 implizit vorausgesetzten Vorgehen der Vertragsparteien harmonisiert werden muss. Denn: Die Anzeigepflicht des Unternehmers dient dazu, dem Bauherrn Gefahren bewusst zu machen und, soweit es in seiner Macht liegt, zu beseitigen, oder aber sich für die Kündigung des Vertrags zu entscheiden<sup>689</sup>. Um die Anzeige bzw. Abmahnung des Unternehmers zu beantworten, steht dem Bauherrn daher eine *angemessene Antwortfrist* zu. Sie dient ihm dazu, den Fehler in seinen Implikationen für den Bauverlauf und das Bauwerk zu verstehen, nötigenfalls Rücksprache mit seinen Hilfspersonen vom betreffenden Fach zu nehmen und eine überlegte Entscheidung über das weitere Vorgehen zu fällen. Auf der anderen Seite bezweckt die Antwortfrist, dass der Unternehmer innert nützlicher Frist von der Absicht des Bauherrn erfährt und sich auf den weiteren Bauverlauf einstellen kann. Während dieser Antwortfrist ist der Unternehmer unter seiner Sorgfaltspflicht überdies gehalten, die Reaktion des Bauherrn abzuwarten<sup>690</sup>, d.h. die Arbeiten wenigstens innerhalb des mangelgefährdeten Arbeitsstrangs einzustellen.

- 479 c. Es lässt sich vor diesem Hintergrund die Frage aufwerfen, *ob die gläubigerverzugsrechtliche Reaktionsfrist* (dazu Rz 115 ff.) nicht gleich bemessen werden sollte, wie die Antwortfrist, die dem Bauherrn unter OR 369 zusteht. Die Frage ist m.E. ist zu *verneinen*. Zweck von OR 369 ist es, den Unternehmer bei gegebenen Voraussetzungen nicht für Mängel haften zu lassen, die der Bauherr selbst verschuldet hat. Mögen auch Mitwirkungsversäumnisse eine mangelhafte Ausführung hervorrufen, so ist es nicht auch Zweck der

---

<sup>688</sup> Die mängelfreie Ausführung ist tendenziell stärker gefährdet, wenn der Bauherr sich mit einer *relativ* erfüllungsrelevanten Mitwirkungsleistung verspätet. Beispiel: Unterlassene Koordination mehrerer Nebenunternehmer anlässlich eines kritischen Arbeitsvorgangs. – Die mängelfreie Ausführung kann freilich auch gefährdet sein, wenn absolut erfüllungsrelevante Mitwirkungsleistungen ausbleiben. Beispiel: Verspätete Zutrittsverschaffungen führen ggf. dazu, dass spätere Arbeitsvorgänge mit ungeeignetem Personal vorgenommen werden müssen; die Fehlergefahr steigt.

<sup>689</sup> Vgl. KOLLER A., BK-OR, Art. 365 N 57, 122.

<sup>690</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rz 1949 (betr. OR 369) und Rz 1990 (betr. OR 365 III). Vgl. auch SIA-118 122 I («Funde»), wonach «die Arbeiten sofort und so lange eingestellt» werden müssen, bis der Bauherr «Weisungen für das weitere Vorgehen erteilt hat». Demgegenüber davon ausgehend, dass der Unternehmer prinzipiell mit der Werkausführung fortzufahren habe, wobei Treu und Glauben ihm im Einzelfall gebieten könnten, damit zuzuwarten: KOLLER A., BK-OR, Art. 365 N 123, 127; ZINDEL/PULVER/SCHOTT, BSK-OR, Art. 365 N 23.

Bestimmung, den Bauherrn vor dem Eintritt des Gläubigerverzugs zu schützen. Es wäre deshalb nicht zu rechtfertigen, dem Bauherrn in solchen, die mängelfreie Werkausführung gefährdenden Fällen jeweils eine «zweite Mitwirkungschance» zuzusprechen, indem ihm eine längere Reaktionsfrist eingeräumt wird. Schliesslich hemmen alle Mitwirkungsversäumnisse, also auch diejenigen, welche die mängelfreie Ausführung nicht gefährden, die gehörige Werkausführung gleichermassen. Auch wiegt das Befreiungsinteresse des Unternehmers (vgl. Rz 308 ff.) in Fällen der relativen Erfüllungsrelevanz nicht leichter. Mithin gerät der Bauherr schon mit Ablauf der gläubigerverzugsrechtlich bemessenen Reaktionsfrist und nicht erst nach Ablauf der Antwortfrist im Sinne von OR 365 III/369 in Gläubigerverzug<sup>691</sup>.

**d.** Im Übrigen *hängt es von der (Nicht-)Reaktion des Bauherrn ab*, ob der Bauherr in Gläubigerverzug bleibt oder nicht. Weist er etwa den Unternehmer innert angemessener Frist an, der Mängelgefahr zum Trotz weiter zu erfüllen, so fällt Gläubigerverzug fortan ausser Betracht, denn unzumutbar ist dem Unternehmer die weitere Ausführung jetzt nicht mehr: Ergeben sich später aus dem Mitwirkungsfehler Baumängel, so haftet er nach OR 369 hierfür nicht. Wenn der Bauherr demgegenüber innert der Antwortfrist auf die Anzeige des Unternehmers reagiert, ihn aber weder anweist, die Werkausführung trotz Mängelgefahr fortzusetzen, noch das Leistungshindernis anderweitig ausräumt (durch unverzügliches Nachholen der relativ erfüllungsrelevanten Mitwirkungsleistung), so bleibt er in Gläubigerverzug. Läuft schliesslich die angemessene Antwortfrist des Bauherrn unbenutzt ab, d.h. schweigt der Bauherr über den Fristablauf hinaus, bleibt er ebenfalls in Gläubigerverzug<sup>692</sup>. Ist sein Schweigen ausnahmsweise als Reaktion zu werten (vgl. OR 6), so endet der Gläubigerverzug nur, wenn dieses Schweigen das Leistungshindernis beseitigt<sup>693</sup>. Praktisch denkbar ist letzteres eigentlich nur, wenn das Schweigen des Bauherrn unter den Umständen als Zustimmung zur weiteren Ausführung zu verstehen ist, sodass der Unternehmer nach OR 369 fortan von der Mängelhaftung befreit ist. Fehlt es allerdings nebenher noch an einer *anderen* Mitwirkungsleistung, nützt dem Unternehmer auch die Haftungsreduktion nichts, weil die Ausführung gleichwohl

<sup>691</sup> Trotzdem ist der Unternehmer nach OR 365 III gehalten, den Bauherrn unverzüglich über das Versäumnis zu informieren (zu den Ausnahmen: Rz 1054).

<sup>692</sup> Der Gläubigerverzug erstreckt sich in diesen Fällen nicht nur, aber *auch* auf die ausbleibende Reaktion des Bauherrn (sinngemäss im Zusammenhang mit SIA-118 101 III bei SCHUMACHER/MIDDENDORF, Komm-SIA-118, Art. 101 N 11.6).

<sup>693</sup> Vgl. auch GAUCH, Werkvertrag, Rz 1990.

unmöglich oder unzumutbar bleibt; der Bauherr steht weiterhin im Gläubigerverzug.

## 2. Durch Substituierung von Mitwirkungsleistungen

### a. Grundlegung

- 481 **1.** Der Mitwirkungsbedarf kann auch dadurch entfallen, dass dem Unternehmer das Recht eingeräumt wird, die Mitwirkungsleistung mit eigenen Mitteln **zu ersetzen** bzw. den durch sie angestrebten Mitwirkungserfolg **eigenhändig herbeizuführen**. Übt der Unternehmer dieses Recht aus, modifiziert er die Werkleistung – die im Übrigen grundsätzlich wie vereinbart geschuldet bleibt – einseitig und punktuell so, dass er für die (ehemals) mitwirkungsbedürftige Erfüllungshandlung die Mitwirkung des Bauherrn nicht mehr benötigt.
- 482 **2.** Als **Rechtsgrundlage** für dieses Substituierungsrecht dient zweierlei: Zum einen die in der Literatur teilweise vertretene und vom Bundesgericht bestätigte Praxis, dass dann, wenn die Vorbereitungshandlung des Gläubigers in einer Wahl- oder Spezifikationserklärung besteht, das Wahl- bzw. Spezifikationsrecht auf den Schuldner übergehen soll, wenn der Gläubiger mit der Erklärung in Gläubigerverzug gerät und sie auch bis zum Ablauf einer angemessenen Frist nicht abgibt (dazu schon Rz 308 ff.). Zum anderen die in Rz 372 ff. beschriebene Analogie zur treuwidrigen Bedingungsmanipulation, nach der zumindest beim treuwidrigen Mitwirkungsversäumnis fingiert werden darf, dass der Bauherr die Mitwirkungsleistung gehörig erbracht hat, wozu man gelangt, wenn man dem Unternehmer – in Grenzen – das Recht einräumt, die Mitwirkungsleistung zu *substituieren*. Präzisierungen:
- 483 **a.** Der *Übergang des Wahl- bzw. Spezifikationsrechts* auf den Schuldner («Rechtsübergang») wird, soweit ersichtlich, im Werkvertragsrecht nicht aufgegriffen. Das ist darauf zurückzuführen, dass der Rechtsübergang ursprünglich darauf abzielt, eine Dysfunktion des Hinterlegungsrechts (OR 92 und 93) zu beheben: Dem Schuldner soll so die ursprünglich unmögliche oder unzumutbare Hinterlegung der geschuldeten Sache möglich oder zumutbar gemacht werden. Dem Bauunternehmer freilich steht das Hinterlegungsrecht im Gläubigerverzug nicht zu (vgl. Rz 1164). Vielmehr ist er als Dienstleistungsschuldner berechtigt, den Vertrag nach OR 95 zu kündigen bzw. davon zurückzutreten. Erachtet man es als alleinigen Zweck der Gläubigerverzugsregeln, dem Schuldner die einseitige Befreiung von seiner Leis-



tungspflicht zu ermöglichen, wäre diesem Zweck mit der Lösung von OR 95 Genüge getan. Doch schützen die Regeln von OR 92/93, wie an anderer Stelle erörtert (Rz 180 ff.), nicht nur das Befreiungsinteresse des Schuldners, sondern *auch den Geschäftserfolg*. Die Regel von OR 95 scheint im Lichte dieses Grundgedankens in mehrfacher Hinsicht unzulänglich, so einmal mit Blick auf die Ersatzansprüche des Dienstleistungsschuldners für die Zeit des Gläubigerverzugs (dazu Rz 1132 ff.), aber eben auch mit Blick auf die Situation, da eine Wahl- oder Spezifikationserklärung ausbleibt, deren Inhalt praktisch auch vom Unternehmer festgelegt werden könnte (die also nicht gläubigerfix ist; Rz 23): Ist der Gläubiger vorübergehend ausserstande, eine solche Erklärung abzugeben und wird dem Dienstleistungsschuldner nur das Rücktrittsrecht eingeräumt, beschränkt sich die gesetzliche Lösung unnötigerweise auf OR 95 und mithin auf die Volatilisierung des Schuldverhältnisses. Dabei gibt es Konstellationen, in denen sowohl dem Schuldner- als auch dem Gläubigerinteresse besser gedient wäre, wenn dem Schuldner erlaubt wird, die Wahl bzw. Spezifikation anstelle des Gläubigers zu treffen. Das ist zumindest dann anzunehmen, wenn der Rechtsübergang für den Gläubiger insgesamt günstiger ausfällt als der Rücktritt des Schuldners, beispielsweise weil die Mitwirkungsleistung einen untergeordneten Punkt der Leistungserbringung betrifft.

**b.** Selbst aber wenn man den Rechtsübergang im Dienstleistungsvertrag 484 prinzipiell verneint, so lässt sich nach der in Rz 372 ff. dargestellten Analogie zuhanden des Unternehmers wenigstens ein Substituierungsrecht für jene Fälle konstruieren, in denen der Bauherr die Mitwirkung *treuwidrig* verweigert. Wann Treuwidrigkeit vorliegt, lässt sich, wie gesagt, nur nach den konkreten Umständen des Einzelfalls beurteilen (Rz 373 ff.). Zur Treuwidrigkeit gereicht es jedenfalls nicht, dass der Bauherr die Mitwirkung absichtlich oder fahrlässig unterlässt, obwohl er zur Mitwirkung imstande wäre. Zur Mitwirkungsunterlassung müssen sich weitere Umstände gesellen, namentlich eine besondere Gesinnung des Bauherrn, die auf Dinge zielt, die über den reinen Unterlassungsakt hinausgehen. In Betracht kommen vor allem Rechtsmissbrauchstatbestände wie namentlich die Schikane (Rz 367).

**3.** Anzumerken ist, dass das hier vertretene Substituierungsrecht Ergebnis 485 einer **Vertrags- bzw. Gesetzesergänzung** ist. Dass der Vertrag richterlich durch eine solche Regel ergänzt werden darf, setzt zunächst voraus, dass der Vertrag diesbezüglich lückenhaft ist (siehe Rz 281 ff.). Eine Lücke wird zu verneinen sein, wenn die Parteien ein Substituierungsrecht oder Rechte mit ähnlicher Zwecksetzung durch Abrede zum Vertragsinhalt gemacht haben,

oder wenn sie die Rechtsfolgen des Gläubigerverzugs in dem Sinne abschliessend geregelt haben, dass ausserhalb des Geregelteten keine weiteren Rechtsfolgen eintreten sollen. Selbst aber wenn der Vertrag lückenhaft ist, fällt die Ergänzung mit dem Substituierungsrecht ausser Betracht, wenn dieses im Verhältnis zum Vertragsinhalt logische oder wertungsmässige Inkonsistenzen hervorruft, also nicht zum Vertrag passt (siehe Rz 282 f.).

## **b. Anwendungsbereich und Durchführung**

- 486 **1.** Voraussetzung für ein solches Substituierungsrecht ist zunächst einmal, dass der Bauherr sich im **Gläubigerverzug** befindet. Hierzu muss die Leistungspflicht erfüllbar, der Unternehmer leistungsbereit, das Mahngeschäft ergangen und das (ungerechtfertigte) Mitwirkungsversäumnis eingetreten sein (vgl. zu den Voraussetzungen im Einzelnen Rz 1204 ff.).
- 487 **2.** Die **Typen von Mitwirkungsleistungen**, für die sich das Substituierungsrecht des Unternehmers eignen, wurden bereits in Rz 377 ff. in allgemeiner Weise umschrieben. Konkret mit Blick auf den Bauwerkvertrag:
- 488 **a.** Mitwirkungsleistungen, die auf die Verwirklichung von *physischen Tatsachen* zielen, können zumindest dann substituiert werden, wenn es um *vertretbare Sachen*<sup>694</sup> geht oder *intellektuelle Erfolge* zu erzielen sind. So kann sich der Unternehmer zum Beispiel eigenhändig geeigneten, mängelfreien Baustoff besorgen, wenn der Bauherr seiner Verschaffungsobliegenheit (wenn er sie denn trägt) nicht nachkommt<sup>695</sup>. Stellt der Bauherr obliegenheitswidrig Trink- und Brauchwasseranschlüsse sowie Stromanschlüsse nicht zur Verfügung, kann der Unternehmer sich Wasser und Strom aus alternativen Quellen besorgen. Intellektuelle Erfolge können insoweit substituiert werden, als schöpferische geistige Leistungen, wie sie bei der Planung und Ausführung des Bauwerks allenthalben erforderlich sind, auch vom Unternehmer erbracht werden können, obwohl sie eigentlich dem Bauherrn oblie-

---

<sup>694</sup> Nicht in Betracht kommt die Substituierung, wenn unvertretbare Sachen (z.B. ein vom Bauherrn eigenhändig hergestellter, nicht marktüblicher Baustoff oder der Baugrund schlechthin) oder besondere Tathandlungen (Rz 467 ff.) Gegenstand der Mitwirkungsleistung bilden: Deren «Ersatz» lässt sich naturgemäss nicht fingieren.

<sup>695</sup> Vgl. KOLLER A., OR AT, Rz 56.141, wonach der Schuldner, dem der Gläubiger obliegenheitswidrig das Verpackungsmaterial nicht zur Verfügung stellt, befugt sei, die Mitwirkungsleistung anstelle des Gläubigers vorzunehmen, d.h. «das Verpackungsmaterial – auf Kosten des Gläubigers (Schadensanrechnung [...]) – zu beschaffen».

gen. Versäumt es also der Bauherr, konkretisierende Anweisungen zum Bauwerk zu erteilen, kann sich der Unternehmer die ausbleibenden Anweisungen im besten Interesse des Bauwerks (vgl. Rz 494 f.) selbst erdenken – d.h. selbst festlegen – und implementieren. Gegebenenfalls können auch ausbleibende Zustimmungen oder Weisungen anderer Art substituiert werden. Unmöglich ist es dagegen, *Tatsacheninformationen* zu substituieren, über die nur der Bauherr verfügt, zum Beispiel die Uhrzeit eines bestimmten Arbeitsvorgangs eines Nebenunternehmers. Dem Unternehmer kann in solchen Fällen immerhin erlaubt werden, die Tatsacheninformation eigenhändig in Erfahrung zu bringen, ohne auf den Bauherrn zurückzugreifen, was freilich voraussetzt, dass ausser dem Bauherrn noch andere Personen über die Information verfügen.

**b.** Soweit es um die *Verschaffung von Rechten* geht, so können solche nur im 489 Verhältnis Bauherr/Unternehmer fingiert werden. Zustimmungen und andere Weisungen lassen sich grundsätzlich substituieren, so zum Beispiel auch der ausbleibende «Abruf» der Werkleistung durch den Bauherrn<sup>696</sup>. Nicht fingieren lassen sich demgegenüber Rechte, die ihre Grundlage ausserhalb dieses Schuldverhältnisses haben, namentlich private Einwilligungen von Nachbarn und öffentlich-rechtliche Baubewilligungen.

**3.** Beim Rechtsübergang (Rz 309 f.) wird der Schuldner berechtigt, anstelle 490 des Gläubigers eine Wahl bzw. Spezifikation innerhalb von Optionen zu treffen, die vertraglich bereits definiert sind. Durch die Ausübung des Wahl- bzw. Spezifikationsrechts wird der Vertrag insofern nicht um eine «neue» Leistung ergänzt, sondern der Schuldner hat auch nach Übergang des Wahlrechts etwas zu leisten, das, wenn auch suspensiv bedingt, bereits als Vertragsgegenstand vereinbart war. Das wirft die Frage auf, ob der konkrete Inhalt der ausbleibenden Mitwirkungsleistung, wenn er schon nicht bestimmt oder bestimmbar ist, so sich wenigstens aus einer **Mehrzahl bestimmbarer Optionen** ergeben muss, damit der Schuldner zur Wahl bzw. zur Substituierung der Mitwirkungsleistung zugelassen wird. Das ist m.E. zu verneinen. Sicherlich fällt es dem Unternehmer leichter, im Interesse des Bauherrn zu entscheiden, wenn er auf Varianten zurückgreifen kann, die vertraglich vereinbart oder wenigstens im Verlaufe des Vertragsvollzugs diskutiert worden

<sup>696</sup> Der Nutzen der Substituierung ist beschränkt, wenn man annimmt, dass die Erfüllbarkeit nach Ablauf einer nach Treu und Glauben zu bemessenden Frist auch dann eintritt, wenn der Bauherr den Abruf versäumt (vgl. Rz 108 sowie JOUSSEN/VYGEN, Ing-Kor-VOB/B, § 9 Abs. 1 N 21).

sind. Die Ersatzlösung des Unternehmers kann sich von dem aus Sicht des Bauherrn Wünschbaren stärker entfernen, wenn er nicht auf solche Alternativlösungen zurückgreift. Doch können sich auch vereinbarte Wahlschulden inhaltlich voneinander so stark unterscheiden, dass der Gläubiger je nachdem mit der einen Wahlleistung viel, mit der anderen Wahlleistung überhaupt nichts anfangen kann. Wird dem Schuldner trotzdem ermöglicht, anstelle des Gläubigers die Wahl zu treffen, so wird dem Gläubiger dort letztlich dasselbe Risiko zugemutet wie hier dem Bauherrn.

- 491 4. Für den Gläubiger bzw. Bauherrn stellt es eine Verschlechterung seiner Rechtsposition dar, wenn er sein Wahl- und Spezifikationsrecht verliert bzw. der Unternehmer berechtigt wird, die ausbleibende Mitwirkungsleistung zu substituieren. Auch wenn dem Unternehmer daraus kein Anspruch auf Werkausführung erwächst und der Bauherr ihm die Substitution verbieten darf (Rz 498 ff.), verliert der Bauherr, der nicht erreichbar ist oder die Kommunikation mit dem Unternehmer verweigert, gewissermassen die Herrschaft über einen Aspekt des Bauwerks. Den Unternehmer treffen deshalb gewisse **Pflichten bei der Durchführung**, die sich aus seiner Sorgfaltpflicht sowie aus Treu und Glauben ableiten. Die wichtigsten davon:
- 492 a. Für den Übergang des Wahl- oder Spezifikationsrechts auf den Schuldner wird verlangt, dass der Schuldner dem Gläubiger zuvor für die Abgabe seiner Wahl- bzw. Spezifikationserklärung eine *angemessene Frist ansetzt* (siehe Rz 310). Das entspricht zum einen der Lösung von BGB § 264 II<sup>697</sup> und auch dem (analog verstandenen) Gedanken von OR 107 II. Die Fristansetzung scheint aber auch unter dem Gebot der gegenseitigen Rücksichtnahme im Schuldverhältnis (ZGB 2; Rz 341 ff.) zwingend. Dies einerseits, weil der damit verbundene Rechtsnachteil unter Umständen schwer wiegt. Andererseits, weil der Bauherr vernünftigerweise über das Mahngeschäft hinaus – das normalerweise die erstmalige Aufforderung zur Mitwirkung darstellt – mindestens ein weiteres Mal ermahnt werden sollte. Die Ansetzung einer angemessenen Frist, die sich stets nach den konkreten Umständen bemisst, ist deshalb nicht nur für den Rechtsübergang, sondern auch für die Substitution von Mitwirkungsleistungen Voraussetzung.

---

<sup>697</sup> «Ist der wahlberechtigte Gläubiger im Verzug, so kann der Schuldner ihn unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Vornahme der Wahl auffordern. Mit dem Ablauf der Frist geht das Wahlrecht auf den Schuldner über, wenn nicht der Gläubiger rechtzeitig die Wahl vornimmt.»

**b.** Für den Bauherrn muss erkennbar werden, welche Konsequenzen der unbenützte Fristablauf nach sich zieht. Der Unternehmer hat ihm deshalb auch mitzuteilen, *wie und mit welchen Mitteln* er die Mitwirkungsleistung substituieren wird. Geht es zum Beispiel um die gestalterische Konkretisierung des Bauwerks, so hat der Unternehmer dem Bauherrn darzulegen, wie er plant, den betreffenden Werkteil auszuführen. Diese Anzeige hat der Unternehmer dem Bauherrn zusammen mit der Fristansetzung zu machen, weil die Frist dem Bauherrn nicht nur dazu dient, die Mitwirkung nachzuholen, sondern auch die vom Unternehmer in Aussicht gestellte Ersatzhandlung zu überprüfen. 493

**c.** Den Substituierungsentscheid hat der Unternehmer so zu treffen, wie es dem *Vertragszweck aus Sicht des Bauherrn*, d.h. der Herstellung des vertragsgemässen Bauwerks unter Berücksichtigung seiner bisherigen und künftigen Beschaffenheit sowie seiner Zweckbestimmung, *am besten dient*. Wo dem Vertragszweck nichts Hinreichendes entnommen werden kann, hat der Unternehmer zu überlegen, was «dem Vorteile und der mutmasslichen Absicht des anderen [des Bauherrn] entspricht» (OR 419). Die Beurteilung ist anspruchsvoll; kaum eine Substituierung wird nicht zugleich in technischer, zeitlicher, organisatorischer, gestalterischer und/oder finanzieller Hinsicht auf die Werkausführung durchschlagen. Diese Faktoren gilt es vernünftig – wiederum: aus der Perspektive des Bauherrn – abzuwägen, wobei dem Unternehmer ein gewisses Ermessen einzuräumen ist<sup>698</sup>. Halten sich mehrere Optionen gesamthaft die Waage, muss es dem Unternehmer freistehen, sich für die eine oder auch für die andere zu entscheiden, selbst wenn die Optionen unterschiedliche Faktoren in unterschiedlicher Weise beeinflussen. Bei der Abwägung hat der Unternehmer die Sorgfalt walten zu lassen, die von ihm nach der Verkehrsanschauung erwartet werden darf, wenn er ein Werk wie das vereinbarte zur Ausführung übernimmt<sup>699</sup>. Gerade die von ihm zu substituierende Mitwirkungsleistung kann freilich Kompetenzen erfordern, 494

<sup>698</sup> Keine pflichtgemässe Ermessensausübung wäre darin zu erblicken, dass der Unternehmer Kosten und Ertrag allein aus seiner eigenen betriebswirtschaftlichen Perspektive beurteilt, z.B. indem er ohne vorgängige Abwägung kurzerhand die teuerste Substituierungslösung wählt.

<sup>699</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rz 841. Ein reduzierter Sorgfaltsmassstab aufgrund von Gläubigerverzug (vgl. BGB § 300 I; SCHRANER, ZK-OR, Art. 92 N 12) kommt hier nicht in Frage, weil der Gläubigerverzug mit der Substituierung endet und der Unternehmer mit der Weiterausführung kein Geschäft übernimmt, das «für den Schuldner keinerlei Vorteil bezweckt» (OR 99 II).

über die er selber nicht verfügt. In diesen Fällen hat der Unternehmer Fachwissen beizuziehen, will er sich nicht der Gefahr einer Schlechterfüllung aussetzen.

- 495 **d.** Der Unternehmer untersteht bei der Ausübung seines Substitutionsrechts dem Gebot der *schonenden Rechtsausübung* (Rz 366). Lässt sich beispielsweise der Erfolg, der mit der ausbleibenden Mitwirkungsleistung angestrebt wird, technisch, gestalterisch und/oder organisatorisch in sinnvolle Teil-Erfolge zerlegen, so soll der Unternehmer grundsätzlich nur jenen Teil der Mitwirkungsleistung substituieren, der für den unmittelbar anstehenden Arbeitsfortschritt erforderlich ist.

### **c. Rechtsfolgen**

- 496 **1.** Läuft die dem Bauherrn angesetzte Frist zur Nachholung der Mitwirkung unbenutzt ab, **fällt der Gläubigerverzug dahin**, weil der Unternehmer im Zuge der Substituierungsleistung berechtigt wird und imstande ist, die «ehemals» mitwirkungsbedürftige Erfüllungshandlung umzugestalten und auszuführen. Mit dem Gläubigerverzug fallen auch seine Rechtsfolgen dahin. Namentlich verliert der Unternehmer das Recht, nach OR 95 vom Vertrag zurückzutreten bzw. zu kündigen. Er haftet im Zuge der Weiterausführung grundsätzlich wieder für volle Sorgfalt (Fn 699) und trägt ausserdem das Risiko für den zufälligen Untergang (OR 376 I) bzw. für die zufällige Unmöglichkeit (OR 378 I) der Erfüllung.
- 497 **2.** Die **Kompensationsfolgen** für die Phase des *Gläubigerverzugs* richten sich nach den Ausführungen im dritten Teil dieser Arbeit (Rz 742 ff.). Der Gläubigerverzug *endet freilich* durch die Substitution der Mitwirkungsleistung (Rz 496). Die Substituierungsleistung ist mithin eine ausserordentliche Erfüllungshandlung (dazu Rz 782 ff.), die ausserhalb des Mitwirkungsverzugs stattfindet. Für die Kosten der Substituierungsleistung erlangt der Unternehmer insofern keinen gläubigerverzugsrechtlichen Ersatzanspruch, wohl aber einen Mehrvergütungsanspruch (dazu Rz 1005 ff.). Dabei wird stets der Aufwand in Anschlag zu bringen sein, den der Unternehmer bei gehöriger Mitwirkung ohnehin hätte tätigen müssen (Ohnehin-Aufwand). Verletzt der Bauherr ausnahmsweise eine Mitwirkungspflicht, so ist die Substituierung eine natürlich und adäquat kausale Folge dieser Verletzung. Unter dem daraus entstehenden Schadenersatzanspruch, der ein Verschulden des Bauherrn voraussetzt, lassen sich nicht nur die Herstellungsmehrkosten ersetzen, son-

dem auch allfällige übrige Vermögenseinbussen (siehe Rz 834 ff.), sollte die Substituierungsleistung zu solchen führen.

**3.** Anzumerken ist: Der Unternehmer erwirbt mit dem Substituierungsrecht **keinen Anspruch auf Ausführung** des Bauwerks. Es berechtigt ihn lediglich, einen Ausschnitt der geschuldeten Werkleistung autonom auszugestalten, wo ihm in Ermangelung des Mitwirkungsversäumnisses keine Gestaltungsautonomie zugestanden hätte. Das heisst:

**a.** Der Unternehmer ist weiterhin verpflichtet, die – nun einseitig fortentwickelte – Werkleistung zu erbringen, und *der Bauherr darf, muss aber weiterhin nicht mitwirken*. Dem Unternehmer bleibt es namentlich versperrt, die Substituierungsleistung klageweise gegen den Bauherrn durchzusetzen, wenn letzterer sich gegen die weitere Ausführung wendet, zum Beispiel indem er den Unternehmer anweist, die Arbeiten zu unterlassen, ihn physisch an der Arbeit hindert, ihn vom Baugrund wegschickt, ihn nicht zum Baugrund zulässt oder durch einseitige Beststellungsänderung die Rückgängigmachung der substituierten Leistung anordnet (vgl. Rz 500). In allen diesen Fällen ist der Unternehmer *nicht berechtigt bzw. nicht imstande, mit der Werkausführung fortzufahren*, und der Bauherr bleibt in Gläubigerverzug oder gerät – nunmehr wieder, soweit der Unternehmer die Substituierung bereits begonnen hat – in Gläubigerverzug. Dem Unternehmer bleibt dann nur noch das Ausharren bis zur gehörigen Mitwirkung oder der Rücktritt bzw. die Kündigung nach OR 95. Das Substituierungsrecht hilft dem Unternehmer damit vor allem in den Fällen, in denen der säumige Bauherr nicht erreichbar ist oder zwar erreichbar ist, sich aber nicht äussert.

**b.** Vollendet der Unternehmer die Substituierungsleistung, steht der Bauherr zwar in dem Sinne vor einem *Fait accompli*, dass ihm nach der Ablieferung dies betreffend *keine Mängelrechte* zustehen, weil die Substituierung rechtmässig erfolgt ist und das Bauwerk in dieser Hinsicht vertragsgemäss erstellt wurde<sup>700</sup>. In der Regel wird der Vertrag immerhin um ein *einseitiges Beststellungsänderungsrecht* des Bauherrn zu ergänzen sein, welches dahingeht, allfällige angefangene oder bereits vollendete Substituierungen gegen vollständige Vergütung des Aufwands plus Zuschläge (OR 374; vgl. Rz 1017 ff.) rückgängig zu machen.

<sup>700</sup> Anders, wenn der Unternehmer zwar eine Substituierungsleistung rechtmässig vornimmt, doch mangelhaft ausführt; diesfalls haftet er nach OR 368 für die Mängel.

## II. Mahngeschäft und Reaktionsfrist

- 501 Der Bauherr gerät in Gläubigerverzug, wenn der leistungsbereite Unternehmer ihn durch ein wirksames Mahngeschäft zur Mitwirkung auffordert (Rz 94 ff.) und er dieser Aufforderung nicht innert einer angemessenen Reaktionszeit (Rz 115 ff.) nachkommt. Sowohl das Mahngeschäft des Bauunternehmers als auch die Reaktionszeit des Bauherrn weisen Besonderheiten auf, die mit den Eigenarten des Bauwerkvertrags zusammenhängen. Auf diese Besonderheiten ist im Folgenden einzugehen.

### A. Zeitliche Konformität des Mahngeschäfts

- 502 Damit das Mahngeschäft des Unternehmers wirksam ist, muss die Werkleistungspflicht grundsätzlich erfüllbar sein (Rz 105 ff.): Der Unternehmer muss die Leistung zum Zeitpunkt des Mahngeschäfts bereits anbieten *dürfen*, damit dieses die Mitwirkungsobliegenheit des Bauherrn aktualisiert. Zu besprechen ist deshalb im Folgenden, wann im Bauwerkvertrag für die Werkleistungspflicht Erfüllbarkeit eintritt.

#### 1. Ohne Aufschub der Erfüllbarkeit

##### a. Erfüllbarkeit der Herstellungspflicht

- 503 1. Die Erfüllbarkeit der Herstellungspflicht markiert den Zeitpunkt, ab welchem bzw. den Zeitraum, innerhalb dessen der Unternehmer zur Ausführung berechtigt ist. Die Erfüllbarkeit ist grundsätzlich nicht aufgeschoben, wenn die Parteien solches vereinbart haben oder wenn sie diesbezüglich nichts vereinbart haben und die Vertragslücke nach der Grundregel von OR 75 auszufüllen ist<sup>701</sup>: Grundsätzlich darf nach dieser Bestimmung der Schuldner die Leistung *sogleich erbringen* und der Gläubiger diese *sogleich verlangen* (OR 75). Massgeblicher Zeitpunkt des Erfüllungseintritts ist darnach der

---

<sup>701</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rz 649. Dem gleichzusetzen ist der Fall, in dem die Parteien einen unverbindlichen Bauzeitenplan zum Vertragsinhalt erklärt haben (siehe Rz 521). Denn grundsätzlich ergeben sich die verbindlichen Fristen und Termine für die Werkausführung nicht daraus, sondern aus der objektiv angemessenen und üblichen Bauzeit (so REETZ, Komm-SIA-118, Art. 94 N 9.3, im Anwendungsbereich der SIA-Norm 118; vgl. DENS., BRT 2013, Rz 10 ff.). Allerdings ist nicht auszuschliessen, dass sich das Gericht bei der Ergänzung des Vertrags von einem unverbindlichen Bauzeitenplan leiten lässt.



**Vertragsschluss.** Ab dann darf der Unternehmer die Herstellungsleistung erbringen, d.h. das Bauwerk ausführen, und der Bauherr darf verlangen, dass der Unternehmer das Bauwerk ausführe<sup>702</sup>. Schieben die Parteien in Abweichung von OR 75 nur die *Fälligkeit* der Herstellungsschuld auf, zum Beispiel indem sie für den Baubeginn einen Spätestentermin vereinbaren, so ändert sich an der sofortigen Erfüllbarkeit nichts; gemäss OR 81 I darf der Unternehmer bereits vor Eintritt der Fälligkeit erfüllen<sup>703</sup>. Allerdings kann sich aus der «Natur des Rechtsverhältnisses» (OR 75) bzw. «aus Inhalt oder der Natur des Vertrags oder aus den Umständen» (OR 81 I) die «andere Willensmeinung der Parteien» (OR 81 I) ergeben, nämlich dass die Erfüllbarkeit aufgeschoben sei (dazu Rz 514 ff.).

2. Dass die Herstellungspflicht erfüllbar ist, bedeutet nicht, dass der Unternehmer ab sofort alle Mitwirkungsleistungen vom Bauherrn einfordern darf, die im Verlaufe der Werkausführung erforderlich sein werden. Denn das wirksame Mahngeschäft setzt die Leistungsbereitschaft des Unternehmers voraus (Rz 95). Liegt sie mit Bezug auf eine – wenn auch grundsätzlich erfüllbare und mitwirkungsbedürftige – Herstellungshandlung nicht vor, so bleibt ein auf diese Handlung gerichtetes Mahngeschäft des Unternehmers unwirksam, zum Beispiel, wenn der Unternehmer vom Bauherrn bereits Schalungs- und Armierungspläne für eine Betondecke verlangt, während er selbst erst den Aushub vorbereitet und zur Verarbeitung solcher Pläne faktisch noch nicht imstande ist. Mit anderen Worten kann der Unternehmer zu einem gegebenen Zeitpunkt während der Werkausführung immer nur, aber immerhin all jene Mitwirkungsleistungen einfordern, die für mitwirkungsbedürftige Erfüllungshandlungen relevant sind, zu deren Erbringung er bereit und willens ist. Die Mitwirkungsobliegenheit des Bauherrn **aktualisiert sich mithin entlang der tatsächlichen Leistungsbereitschaft des Unternehmers**. Der äusserlich wahrnehmbare *Baufortschritt* ist für die Leistungsbereitschaft des Unternehmers allenfalls indikativ, aber nicht allein massgeblich.

<sup>702</sup> WEBER, BK-OR, Art. 75 N 80.

<sup>703</sup> Vgl. z.G. LEU U., BSK-OR, Art. 75 N 4.

**b. Erfüllbarkeit der Ablieferungspflicht**

- 505 **1.** Die Erfüllbarkeit der Ablieferungspflicht markiert den Zeitpunkt, ab welchem bzw. den Zeitraum, innerhalb dessen der Unternehmer berechtigt ist, das vollendete Werk abzuliefern. Treffen die Parteien keine Abrede darüber, wann die Erfüllbarkeit eintreten soll, ist die Lücke auch hier nach OR 75 und 81 I auszufüllen. Regelmässig nicht in der «Natur des Rechtsverhältnisses» (OR 75) liegt es, dass die Ablieferung *sogleich fällig* wird, denn schliesslich muss das Bauwerk zunächst hergestellt werden. Fälligkeit tritt vielmehr nach Ablauf derjenigen Frist ein, die «ein versierter Fachmann nach rechtzeitigem Beginn [...] benötigt, um das konkrete Werk in zügiger Arbeit und mit dem üblichen Einsatz von Arbeitsmitteln und -kräften auszuführen und abzuliefern»<sup>704</sup>. Für die *Erfüllbarkeit* der Ablieferungspflicht aber gilt das nicht, denn der Unternehmer darf nach OR 81 I grundsätzlich schon vor Eintritt der Fälligkeit erfüllen. Selbst also wenn solches dem Unternehmer faktisch unmöglich ist, darf er das vollendete Werk theoretisch *sogleich* (OR 75), also **ab dem Zeitpunkt des Vertragsschlusses** abliefern. In praktischer Hinsicht bedeutet das, dass der Unternehmer das Werk grundsätzlich abliefern darf, *sobald er es vollendet hat*. Freilich kann sich auch hier aus der «Natur des Rechtsverhältnisses» (OR 75) bzw. «aus Inhalt oder der Natur des Vertrags oder aus den Umständen» (OR 81 I) anderes ergeben, so namentlich, dass der Unternehmer das vollendete Werk nicht vor Eintritt der Fälligkeit abliefern darf.
- 506 **2.** Die Ablieferung des vollendeten Bauwerks bedarf normalerweise keiner Bauherrenmitwirkung, vielmehr wird der Unternehmer durch einseitige Vollendungsanzeige abliefern (Rz 403). Wenn aber die Ablieferung der Mitwirkung bedarf, so gilt analog den Ausführungen in Rz 504, dass die Aktualisierung der Mitwirkungsobliegenheit in zeitlicher Hinsicht **der tatsächlichen Leistungsbereitschaft des Unternehmers folgt**. Demnach kann der Unternehmer zwar nicht jederzeit, aber spätestens dann vom Bauherrn die Mitwirkung an der Ablieferung einfordern, wenn er zur Ablieferung bereit und willens ist. Auch hier mag der äusserlich erkennbare Baufortschritt als Indiz für die vorausgesetzte Leistungsbereitschaft des Unternehmers dienen.

---

<sup>704</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rz 649.

### c. Unwirksamkeit bei Unzeitigkeit

1. Erfolgt das Mahngeschäft zu einem Zeitpunkt, in welchem dem Bauherrn die Mitwirkung nach **Treu und Glauben** nicht zuzumuten ist<sup>705</sup> oder beim Bauherrn ein anderer objektiver Rechtfertigungsgrund vorliegt (OR 91), bleibt das Mahngeschäft wirkungslos, und zwar auch, wenn die Erfüllbarkeit für die mitwirkungsbedürftige Erfüllungshandlung eingetreten ist. Ein gesetzlich normierter Fall der Unzeitigkeit findet sich zudem in OR 79, wonach die Erfüllung zur gewöhnlichen Geschäftszeit «vollzogen und *angenommen*» werden muss (OR 79; Rz 113), womit es dem Unternehmer obliegt, sein Mahngeschäft nur zu Geschäftszeiten vorzunehmen bzw. es dem Bauherrn nur zu Geschäftszeiten obliegt, an Erfüllungshandlungen des Unternehmers mitzuwirken. Zwar setzt der Tatbestand von OR 79 nach WEBER voraus, dass mindestens der Leistungsempfänger (hier: der Bauherr) einen nach kaufmännischer Art geführten Betrieb führt<sup>706</sup>. Doch vertraut, in Ermangelung anderer Indizien, gerade auch der nicht kaufmännische Bauherr wegen der kaufmännischen Natur des Unternehmerbetriebs darauf, dass dieser seine Werkleistung zur gewöhnlichen Geschäftszeit anbieten werde. Es ist deshalb nicht ersichtlich, weshalb die (dispositive) Regel von OR 79 im hier interessierenden Fall nicht gelten sollte.

2. Ein zu vertiefender Fall des unzeitigen Mahngeschäfts ist das für den Bauherrn **überraschende Mahngeschäft**. Die herrschende Lehre scheint zwar für diesen Typ der Unzeitigkeit vorauszusetzen, dass der Schuldner vor Eintritt der Fälligkeit leistet, also vorzeitig im Sinne von OR 81 I<sup>707</sup> (Rz 112, 118). Das impliziert, dass der Gläubiger nach Eintritt der Fälligkeit prinzipiell nicht mehr vom Mahngeschäft überrascht werden könne. Die Unterscheidung mag bei Zielschuldverhältnissen ihren Sinn haben, ist aber beim Bauwerkvertrag zumindest während der Herstellungsphase unbehilflich:

a. Zum einen ist die Herstellungsleistung kein punktueller Vorgang, sondern ein Prozess. Diesen kann der Unternehmer *in den Grenzen von OR 366 I nach eigenem Ermessen verlangsamen und wieder beschleunigen*. Zuweilen arbeitet der Unternehmer gerade so schnell, dass der Baufortschritt sich mit dem fälligen, gemäss OR 366 I objektivierten Baufortschritt deckt, beschleunigt hin und wieder aber den Bau auch so, dass er sich bereits in der vorzeiti-

<sup>705</sup> SCHRANER, ZK-OR, Art. 91 N 128 3. Lemma.

<sup>706</sup> WEBER, BK-OR, Art. 79 N 5.

<sup>707</sup> SCHRANER, ZK-OR, Art. 91 N 97, 128 2. Lemma; WEBER, BK-OR, Art. 91 N 123.

gen Erfüllung im Sinne von OR 81 I befindet, also noch nicht fällige Teile der Herstellungsschuld erbringt. Trennscharf lässt sich das im Bauverlauf oft weder aus Sicht des Unternehmers noch aus Sicht des Bauherrn beurteilen. Die Parteien sähen sich kaum akzeptablen Rechtsunsicherheiten ausgesetzt, wenn man auf diese wenig praktikable Unterscheidung abstellte, um zu beurteilen, ob der Bauherr nun mit einem Mahngeschäft rechnen muss oder nicht. Mehr noch fällt aber ins Gewicht, dass die Herstellungsphase Wochen, Monate oder Jahre dauern kann und das Mitwirkungspensum des Bauherrn regelmässig aus *zahlreichen, zeitlich und inhaltlich für ihn nicht immer absehbaren Mitwirkungsleistungen* besteht. Welche der vielen Mitwirkungsleistungen zu welcher Zeit an welchem Ort in welcher Qualität für die betreffende Erfüllungshandlung des Unternehmers erforderlich ist, wird namentlich dem Laienbauherrn nicht immer klar sein, und zwar schon unabhängig von der Tatsache, ob der Unternehmer nun entsprechend dem objektivierten Bauverlauf baut oder nicht.

- 510 **b.** Um die Undurchschaubarkeit des Mitwirkungsbedarfs weiss auch der Unternehmer. Er ist deshalb gehalten, *den Bauherrn über den Baufortschritt zu informieren*, um diesem die rechtzeitige und richtige Erfüllung seiner Mitwirkungsobliegenheiten zu ermöglichen. Dies wird, soweit ersichtlich, nur im Zusammenhang mit der SIA-Norm 118 in dieser Deutlichkeit erwähnt<sup>708</sup>. Doch ist das *keine normeigene* Treuepflicht des Unternehmers; sie ergibt sich schon aus dem Gebot von Treu und Glauben (ZGB 2 I)<sup>709</sup>. Zudem wird der Umstand, dass eine bestimmte Mitwirkungsleistung erforderlich ist, der Bauherr hiervon aber möglicherweise nichts weiss, in manchen Fällen auch zu den besonderen Verhältnissen im Sinne von OR 365 III zu zählen sein, die eine rechtzeitige Ausführung des Werks gefährden und die der Unternehmer dem Bauherrn entsprechend anzuzeigen hat. Als Regel muss also der Unternehmer den Bauherrn über den Baufortschritt und allfällige anstehende, mitwirkungsbedürftige Erfüllungshandlungen informieren, wenn der Bauherr dies nach Treu und Glauben von ihm erwarten darf, und zwar unabhängig von der Übereinstimmung zwischen dem fälligen Herstellungsstand und dem tatsächlichen Baufortschritt. Hat aber der Unternehmer dem Bauherrn den Mitwirkungsbedarf wirksam angezeigt (Empfangsprinzip<sup>710</sup>), so

---

<sup>708</sup> Siehe REETZ, Komm-SIA-118, Art. 93 N 16.1 f.

<sup>709</sup> REETZ, Komm-SIA-118, Art. 93 N 16.2.

<sup>710</sup> Ob der Bauherr tatsächlich von der Anzeige Kenntnis nimmt, ist irrelevant, soweit die Anzeige in seinen Machtbereich gelangt ist.

entfällt fortan für den Bauherrn das Überraschungselement mit Blick auf die fragliche Mitwirkungsleistung. Immerhin muss die Anzeige hinreichend spezifisch sein, weil das Mitwirkungspensum regelmässig eine Vielzahl von Mitwirkungsleistungen umfasst, die dem Bauherrn zu unterschiedlichen Zeitpunkten obliegen.

**c.** Fraglich ist, ob der Unternehmer schon dann *auf die Anzeige verzichten darf*, wenn der Mitwirkungsbedarf angesichts des äusserlich erkennbaren Baufortschritts *offensichtlich* ist, oder erst dann, wenn der Bauherr den Mitwirkungsbedarf *effektiv erkannt* hat. Im Anwendungsbereich der SIA-Norm 118 wird angeführt, dass blosser Offensichtlichkeit – d.h. objektive Erkennbarkeit – nicht genügt, weil die Norm in Art. 93 Abs. 1 den Bauherrn dazu berechtige, vom Unternehmer ein Bauprogramm zu verlangen, das unter anderem Informationen über «den zeitlichen Fortschritt der Arbeiten innerhalb der vertraglichen Fristen» (SIA-118 93 I) enthalten muss<sup>711</sup>. Wenn es aber zutrifft, dass der Unternehmer bereits nach Treu und Glauben eine Pflicht – und dementsprechend der Bauherr ein Recht – auf genau diese Information hat (Rz 510), so ist in SIA-118 93 I keinerlei «Verschärfung» dieser Pflicht ersichtlich. Demnach gelten sowohl im SIA- wie auch im OR-Bauwerkvertrag die allgemeinen Regeln des Vertrauensschutzes: Das Mahngeschäft ist hiernach für den Bauherrn bereits dann nicht überraschend, wenn er aufgrund des äusserlich erkennbaren Baufortschritts objektiv mit einem Mahngeschäft *hat rechnen müssen*, und nicht erst, wenn der Bauherr den Baufortschritt effektiv erkennt. Ob objektive Erkennbarkeit eingetreten ist, ist im konkreten Einzelfall zu beurteilen, wird aber nur sehr zurückhaltend zu bejahen sein, solange der Bauherr nicht fachlich vertreten oder beraten ist. Den Bauherrn trifft grundsätzlich keine Pflicht, den Unternehmer zu überwachen<sup>712</sup>, und der äusserlich erkennbare Baufortschritt allein lässt selbst für den Fachmann nicht immer durchblicken, ob und wann mit einem Mahngeschäft des Unternehmers zu rechnen ist (Rz 504 a.E.).

**d.** Angemerkt sei, dass das *Erfordernis des Mahngeschäfts* prinzipiell nicht schon deshalb *dahinfällt*, weil der Bauherr wusste oder anhand des Baufortschritts hätte erkennen müssen, dass der Unternehmer ihn mit einem Mahngeschäft angehen werde; die Rechtswirkung dieses Sachverhalts beschränkt

<sup>711</sup> REETZ, Komm-SIA-118, Art. 93 N 16.2. A.M. noch in der Voraufgabe SCHUMACHER, aKomm-SIA-118, Art. 93 N 4d.

<sup>712</sup> Vgl. dagegen REETZ, Komm-SIA-118, Art. 93 N 16.2.

sich darauf, dass das Mahngeschäft seine Unzeitigkeit verliert. Die Vorahnung darüber, dass der Unternehmer ihn mit einem Mahngeschäft angehen könnte, ersetzt nicht das Wissen des Bauherrn darum, *wann genau* er mitzuwirken hat (vgl. dazu Rz 120 ff.). Anderes gilt nur, wenn die Vorinformation vonseiten des Unternehmers hinsichtlich des anstehenden Mitwirkungsbedarfs so präzise ausfällt, dass für den Bauherrn kein Zweifel mehr bestehen kann, wann genau er mitzuwirken hat (vgl. Rz 105).

#### **d. Wirksamkeit bei fehlender Erfüllbarkeit**

- 513 Ist die Werkleistungspflicht nicht erfüllbar, ist das Mahngeschäft des Unternehmers grundsätzlich unwirksam. Es wurde bereits dargelegt, dass dieser Grundsatz durchbrochen wird, wenn der Gläubiger die Mitwirkung im Voraus definitiv verweigert (Rz 110). Das gilt auch im Bauwerkvertrag. Macht also der Bauherr bereits vor Eintritt der Erfüllbarkeit für eine mitwirkungsbedürftige Erfüllungshandlung klar, dass er die Mitwirkung hierzu definitiv verweigern werde, so gerät er in Gläubigerverzug, obwohl die Erfüllbarkeit noch aussteht. Zu denken ist etwa an die Fälle, da der Bauherr den Unternehmer bereits vor Baubeginn wissen lässt, dass er ihn dauerhaft nicht zum Baugrund zulassen werde, oder ihm während der Herstellung mitteilt, dass er die gemeinsame Abnahme des vollendeten Werks (soweit denn eine solche vereinbart ist, Rz 402 ff.) so oder anders verweigern werde.

#### **2. Mit Aufschub der Erfüllbarkeit**

##### **a. Aufschub aus Abrede**

- 514 **1.** Ergeht das Mahngeschäft des Unternehmers für eine Erfüllungshandlung, deren Erfüllbarkeit zu diesem Zeitpunkt noch aufgeschoben ist, so bleibt das Mahngeschäft grundsätzlich unwirksam. Dass die Erfüllbarkeit aufgeschoben ist, kann von den Parteien **vereinbart** werden, worauf hier einzugehen ist.
- 515 **2.** Der Aufschub der *Herstellungsleistung* kann aus Sicht der Parteien geboten sein, wenn zum Beispiel zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses die Baustelle noch unzureichend gesichert ist, öffentlich-rechtliche Bewilligungen nicht vorliegen oder Vorunternehmer ihre Teil-Werke noch nicht vollendet haben. Der Aufschub der *Ablieferungsleistung* bietet sich etwa an, wenn der Vertrag vorsieht, dass die Ablieferung in Anwesenheit der Parteien, allfälliger Behördenvertreter, Hilfspersonen, Nebenunternehmern usw. erfolgen

soll<sup>713</sup>. Die Erfüllbarkeit wird, wie auch die Fälligkeit, normalerweise im Rahmen von **Bauzeitabreden** mit **Terminen** und/oder **Fristen** geregelt. Beide Instrumente können relativ<sup>714</sup> oder absolut<sup>715</sup> ausgestaltet sein und beurteilen sich in Ermangelung anderer Abreden nach OR 75–81 analog<sup>716</sup>. Termine markieren *Zeitpunkte*, an denen die Werkleistung oder Teile davon frühestens («Frühestenstermine») und/oder auch spätestens («Spätestenstermine») begonnen, weitergeführt oder beendet werden müssen. Fristen sind dagegen *Zeiträume*, innert derer die Werkleistung oder Teile davon begonnen, weitergeführt und/oder beendet werden müssen. Sie weisen immer mindestens zwei Zeitpunkte auf, nämlich den Starttermin und den Endtermin der Frist, zuweilen auch weitere, sogenannte Zwischentermine<sup>717</sup>. Die Erfüllbarkeit der Werkleistungspflicht oder einzelner Pflichtbestandteile wird durch Termin- oder Fristvereinbarung zum Beispiel aufgeschoben:

- wenn für den *Beginn* der Werkleistung ein künftiger Frühestenstermin 516 vereinbart ist;
- wenn für die *Ausführung* der Werkleistung eine Frist vereinbart ist, deren Starttermin ein künftiger Frühestenstermin ist; 517
- wenn für die *Vollendung* oder die *Ablieferung* ein künftiger Spätestenstermin<sup>718</sup> oder eine Frist mit einem Spätestenstermin vereinbart ist, der/die zugleich bedeutet, dass das Werk bzw. der Abschnitt nicht früher begonnen werden darf, als für die Einhaltung dieses Termins erforderlich ist (vgl. auch Rz 526). 518

<sup>713</sup> In solchen Fällen ist freilich zu prüfen, ob effektiv ein Aufschub der Erfüllbarkeit vorliegt oder lediglich eine aufschiebende, zeitlich limitierte Bedingung für den Eintritt der Ablieferungswirkungen wie z.B. in SIA-118 164 I (vgl. Rz 471).

<sup>714</sup> Bsp.: «innert eines Monats nach Vertragsschluss».

<sup>715</sup> Bsp.: «am 1. Dezember»; «zwischen 1. und 31. Dezember».

<sup>716</sup> WEBER, BK-OR, Art. 75 N 8, 26–33.

<sup>717</sup> Gemeint sind damit Termine, bis zu denen bestimmte Arbeitserfolge erreicht werden müssen. Sie markieren normalerweise also die Fälligkeit, nicht die Erfüllbarkeit (vgl. GAUCH, Werkvertrag, Rz 653; DERS., BRT 1995, S. 8).

<sup>718</sup> Soll das Bauwerk zum vereinbarten Zeitpunkt abgeliefert werden, ist ein «Ablieferungstermin» gemeint. Ist dagegen ein «Vollendungstermin» vereinbart, ist zu ermitteln, ob die Parteien die Vollendung oder die Ablieferung regeln. Im ersten Fall ist anzunehmen, dass das Werk zum genannten Termin nur vollendet, nicht abgeliefert sein muss.

- 519 Nicht aufgeschoben ist die Erfüllbarkeit zum Beispiel, wenn der Baubeginn nur einem Spätestenstermin unterworfen ist (OR 81 I), oder wenn für die Ausführung eine Frist vereinbart ist, deren Starttermin kein Frühestenstermin ist.
- 520 **3. Erfüllbarkeitsaufschübe** können sich nicht nur aus Abreden über den Leistungszeitpunkt, sondern auch aus **Abreden betreffend den Mitwirkungszeitpunkt** ergeben. Schliesslich steht es den Parteien offen, nicht oder nicht nur die Werkleistung zeitlich zu fixieren, sondern auch oder nur die Mitwirkung des Bauherrn (Rz 269 ff.). Dies tun sie auf dieselbe Weise, d.h. durch die Fixierung von Fristen und/oder Terminen für einzelne oder mehrere Mitwirkungsleistungen. Im Rahmen grösserer Bauvorhaben kommt das häufig vor, weil der umsichtige Unternehmer sich nicht damit zufrieden gibt, dass nur die von ihm geschuldeten Meilensteine zeitlich umrissen sind, sondern gerne auch dafür sorgt, dass der Bauherr bereits bei Vertragsschluss über Inhalt und Zeitpunkt der wichtigsten Mitwirkungsleistungen Bescheid weiss<sup>719</sup>. Soweit Leistung und Mitwirkungsleistung ihrer Natur nach *zeitgleich oder praktisch zeitgleich zusammenfallen müssen*, wird in der Mitwirkungszeitabrede häufig auch eine Bauzeitabrede liegen: Ist etwa vereinbart, dass der Bauherr den Baugrund erst zu einem bestimmten Zeitpunkt bereitzustellen habe, wird das zugleich bedeuten, dass der Unternehmer vor diesem Zeitpunkt nicht zur Leistung berechtigt ist; darin liegt demnach ein Erfüllbarkeitsaufschub. Ist für die Ablieferung des vollendeten Werks eine Annahmehandlung des Bauherrn erforderlich und für die Annahme ein entsprechender Termin vereinbart, so ist der Annahmetermin zugleich auch der Ablieferungstermin usw. Nicht auf Bauzeitabreden geschlossen werden kann demgegenüber, wo Leistung und Mitwirkungsleistung *nicht zeitgleich erfolgen müssen*. Bei Planlieferungsterminen etwa (Rz 530) ist es zeitlich-logisch keine Notwendigkeit, sondern lediglich eine Möglichkeit, dass der Unternehmer zum Zeitpunkt der Planlieferung mit der korrespondierenden Planungsarbeit beginnt. Die Vereinbarung eines Planlieferungstermins kann

---

<sup>719</sup> In der Praxis häufig anzutreffen sind namentlich Planlieferungsprogramme. Sie enthalten Spätestenstermine, bis zu denen der Bauherr dem Unternehmer bestimmte Pläne zu liefern hat (vgl. Rz 530). Auch aus solchen und ähnlichen Vereinbarungen resultieren nicht ohne weiteres Mitwirkungspflichten des Bauherrn: Rz 270.



demnach, muss aber nicht zugleich auch eine Zeitabrede über die Werkleistung sein<sup>720</sup>.

4. Zu prüfen ist jeweils die **Verbindlichkeit der Bauzeitabrede**<sup>721</sup>, weil die Parteien grundsätzlich frei sind, auch unverbindliche Fristen und Termine zu vereinbaren. Sie tun das, indem sie die Bauzeitmodalitäten zwar gegenseitig erklären und mithin zum Vertragsinhalt machen, aber auch vereinbaren, dass sie an die «Verletzung» dieser Bauzeitenregel keine Sanktionen knüpfen<sup>722</sup>. Solches wird häufig mit Bauzeitenplänen gemacht: Sie geben (meistens, aber nicht zwingend in Form eines Balkendiagramms)<sup>723</sup> an, in welcher Reihenfolge und innert welchen Zeitabschnitten einzelne Leistungen, namentlich Herstellungsleistungen erfolgen sollen<sup>724</sup> und sind insofern ein Arbeitsinstrument beider Vertragsparteien. Die SIA-Norm 118 trifft die besondere Anordnung, dass solche Bauzeitenpläne (dort: das «Bauprogramm») nur dann verbindlich sind, wenn dies in der Vertragsurkunde so vorgesehen ist. Ist das nicht der Fall, dienen sie allenfalls der «Information der Bauleitung über den Arbeitsplan des Unternehmers» (SIA-118 93 II). Zumindest ausserhalb des Anwendungsbereichs der SIA-Norm 118 bleiben solche unverbindliche Bauzeitabreden mit Blick auf die Erfüllbarkeit wirkungslos<sup>725</sup>. Ist die Bauzeitabrede dagegen verbindlich und ist sie (auch) als Erfüllbarkeits-

<sup>720</sup> Bspw. kann die Abrede, dass die Ausführungspläne bis spätestens drei Monate vor Baubeginn zu liefern sind, heissen, dass der Unternehmer spätestens drei Monate vor Baubeginn mit den Planungsarbeiten beginnen *muss*, doch ist diese Auslegung nicht zwingend.

<sup>721</sup> Vgl. GAUCH, Werkvertrag, Rz 655.

<sup>722</sup> Vgl. REETZ, Komm-SIA-118, Art. 93 N 1.7.

<sup>723</sup> Dazu BRANDENBERGER/RUOSCH, S. 109 f.; vgl. auch KARASEK, Komm-ÖNORM, Vor Pkt. 6.1 N 680 ff. zur «Darstellung von Terminablaufplänen».

<sup>724</sup> Siehe auch GAUCH, Werkvertrag, Rz 654: Unterscheiden lässt sich zwischen *Individualprogrammen*, die sich auf die Werkleistung eines Unternehmers beziehen, und *Gesamtprogrammen*, die alle im Rahmen eines Gesamtwerks ergehenden Werkleistungen (mehrerer Nebenunternehmer) darstellen.

<sup>725</sup> Anders im Anwendungsbereich der SIA-Norm 118: REETZ, Komm-SIA-118, Art. 94 N 9.4. Seine Mitwirkungsobliegenheiten habe der Bauherr auch «dann (und nicht später, aber auch nicht früher) zu erfüllen [...], wenn der dafür sich aus dem Bauprogramm ergebende Zeitpunkt eingetreten ist». Das lässt sich im Kontext der SIA-Norm 118 vertreten, weil der Bauherr dort nach Art. 94 Abs. 1 prinzipiell nur gerade so frühzeitig mitzuwirken hat, «dass [der Unternehmer] die vertraglichen Fristen einhalten kann». In Ermangelung einer solchen Regel aber führt ein unverbindliches Bauprogramm m.E. nicht ohne weiteres zu einem Erfüllbarkeitsaufschub.

aufschub zu verstehen, bleibt das Mahngeschäft des Unternehmers bis zum Eintritt der Erfüllbarkeit unwirksam.

**b. Aufschub aus Vertragsergänzung**

- 522 **1.** Auch wenn die Parteien die Erfüllbarkeit der Werkleistungspflicht oder einzelner Teile davon nicht vereinbart haben, kann es sich dem Gericht aus der «Natur des Rechtsverhältnisses» (OR 75) heraus aufdrängen, von der dispositiven Grundregel von OR 75 abzuweichen und den Vertrag **um eine Bauzeitregel zu ergänzen**, nach welcher die Erfüllbarkeit eben nicht «so gleich» eintritt. Dass der hypothetische Parteiwille solches gebietet, lässt sich auch unter OR 81 I berücksichtigen, wenn «aus Inhalt oder der Natur des Vertrags oder aus den Umständen» (OR 81 I) angenommen werden muss, die vorzeitige Erfüllung nach OR 81 I wäre von vernünftigen Parteien in derselben Situation in Kenntnis der Lücke ausgeschlossen worden. Trifft das zu und wird der Vertrag dahingehend ergänzt, tritt die Erfüllbarkeit nicht vor der Fälligkeit ein. Massgeblich im Rahmen dieser Ergänzungsvorgänge sind die Umstände des Vertragsschlusses (namentlich die Interessen der Parteien) und die Eigenart des vereinbarten Bauwerks. Das sind notgedrungen Aspekte des konkreten Einzelfalls, doch sollen an dieser Stelle immerhin einige Konstellationen vertieft werden, die in der Praxis häufig vorkommen.
- 523 **2.** Muss das Werk mit Nebenunternehmerwerken koordiniert werden, die gleichzeitig oder zumindest zeitlich überlappend ausgeführt werden, muss das Werk **zeitlich parallel koordiniert** werden. Paralleler Koordinationsbedarf ergibt sich einmal daraus, dass Werk und Nebenunternehmerwerk technisch ineinandergreifen. Parallele Koordination ist zum Beispiel auch dann erforderlich, wenn der Arbeits-, Transport- und Lagerplatz auf der Baustelle so limitiert ausfällt, dass Menge, Zeit und Ort des Produktionsmitteleinsatzes beider Unternehmer aufeinander abgestimmt werden müssen (vgl. Rz 444 ff.). Für den Unternehmer jedenfalls ist der Koordinationsbedarf bedeutsam<sup>726</sup>. Er darf in diesem Fall nämlich nicht davon ausgehen, dass der Bauherr die Geschwindigkeit seiner Mitwirkung auf die tatsächliche Leistungsfähigkeit des Unternehmers abstimmen wird. Vielmehr muss er annehmen, dass der Bauherr generell nicht schneller mitwirken werde, als es ihm angesichts aller parallel ausgeführter, koordinationsbedürftiger Nebenunternehmerwerke möglich ist. Es spielt in diesen Fällen weder eine Rolle, dass

---

<sup>726</sup> In diesem Sinne wohl auch SCHRANER, ZK-OR, Art. 81 N 16 m.w.N.

der Unternehmer schneller leisten *könnte*, wenn sein Werk nicht mit Nebenunternehmerwerken zu koordinieren wäre, noch, dass er in den nicht koordinationsbedürftigen Phasen tatsächlich schneller leistet, als er müsste: Wann immer sein Werk eine Mitwirkungsleistung erfordert, die aufgrund des Koordinationsbedarfs noch nicht erbracht werden kann (zum Beispiel die Bereitstellung der nötigen Arbeitsraums oder des Nebenunternehmerwerks), muss der Bauherr nicht mitwirken, wenn die koordinationsbedürftigen Nebenunternehmerwerke dies nicht zulassen. Ist aber der Unternehmer in diesen Fällen nicht berechtigt, die Mitwirkung entsprechend seiner Leistungsbereitschaft einzufordern, ist das nichts anderes als ein Erfüllbarkeitsaufschub. Der Bedarf an zeitlich paralleler Koordination führt demnach zu einer Abrede bzw. einer richterlich ergänzten Regel, nach welcher die Erfüllbarkeit der Werkleistungspflicht dynamisch – nämlich abhängig vom jeweiligen Stand und den Bedürfnissen der koordinationsbedürftigen Nebenunternehmerwerke – aufgeschoben ist.

Nicht annehmen muss der Unternehmer dagegen, dass der Bauherr mit Blick auf *alle mitwirkungsbedürftigen Erfüllungshandlungen* erst dann mitwirken werde, wie es für die Einhaltung der vereinbarten Ausführungsfristen und -termine insgesamt spätestens erforderlich ist (*Just-in-Time-Mitwirkung*; Rz 526). Der Bauherr darf sich nur hinsichtlich der parallel zu koordinierenden Erfüllungshandlungen auf das Arbeitstempo der Nebenunternehmer berufen. Sind einzelne Erfüllungshandlungen des Unternehmers nicht koordinations- aber sonst wie mitwirkungsbedürftig, greift die hier umschriebene Vermutung nicht und der Bauherr hat prinzipiell wiederum nach der Leistungsfähigkeit des Unternehmers mitzuwirken (Rz 504). Das mag bereits vorkommen, während die Nebenunternehmerwerke noch nicht vollendet sind, wird aber spätestens nach deren Vollendung zutreffen.

**3.** Muss das Werk mit Nebenunternehmerwerken koordiniert werden, die entweder zeitlich dem Werk vorgehen, weil sie Vorbedingung für dessen Erstellung sind (Vorunternehmerwerke), oder die zeitlich dem Werk nachgehen, weil das Werk selbst Vorbedingung für das Nebenunternehmerwerk ist (Nachunternehmerwerke), muss das Werk **zeitlich sequenziell koordiniert** werden. Auch dieser Umstand ist für die Erfüllbarkeit der Werkleistungspflicht bedeutsam. Soll das Werk im Anschluss an ein Vorunternehmerwerk hergestellt werden, so hat der Bauherr zumindest solange nicht mitzuwirken, wie das Vorunternehmerwerk den für das Werk nötigen Stand noch nicht erreicht hat oder zumindest – wenn der Vorunternehmer sich verspätet – noch nicht hätte erreichen müssen. Während dieser Zeit ist also der Unternehmer nicht berechtigt, die Mitwirkung zu verlangen, und demnach auch

nicht, seine Leistung zu erbringen. Soll das Werk dagegen im Vorfeld eines Nachunternehmerwerks entstehen, ist nicht davon auszugehen, dass die Erfüllungbarkeit mit Blick auf das Werk aufgeschoben worden ist, wenn es nicht zugleich seinerseits im Anschluss an ein Vorunternehmerwerk entstehen soll. Während der Ausführung «seines» Bauwerks freilich darf der Unternehmer gemäss dem vorerwähnten Grundsatz (Rz 504) davon ausgehen, dass der Bauherr die Mitwirkung gemäss der tatsächlichen Leistungsbereitschaft, namentlich dem tatsächlichen Baufortschritt des Unternehmers anpassen werde. Denn im Regelfall darf er annehmen, dass auch dem Bauherrn gedient ist, wenn das Werk so schnell wie möglich fertiggestellt ist.

- 526 4. Dass der Bauherr demgegenüber nur gerade so schnell mitwirken muss, wie es für die Einhaltung der vereinbarten Ausführungsfristen und -termine insgesamt erforderlich ist (quasi eine **«Just-in-Time-Mitwirkung»**), kann sowohl bei parallelem als auch bei sequenziellem Koordinierungsbedarf anzunehmen sein. Doch müssen für diese Annahme weitere Umstände hinzutreten<sup>727</sup>. Der wohl häufigste Umstand, der für eine dahingehende Regel spricht, ist die «rollende Planung» des Bauwerks (dazu Rz 431 ff.). Erstreckt sich dieses Planungsregime nämlich auch auf das vom Unternehmer geschuldete Bauwerk bzw. Teil-Werk, muss er annehmen bzw. scheint es sachgerecht, dass seine mitwirkungsbedürftigen Erfüllungshandlungen erst dann erfüllbar werden, wenn der Bauherr zur hierfür nötigen Mitwirkung imstande und willens ist, spätestens aber, wenn sie für die rechtzeitige Erfüllung der Werkleistungspflicht nötig werden. Diese Regel begründet gewissermassen mit Blick auf die mitwirkungsbedürftigen Erfüllungshandlungen ein «laufendes Abrufsrecht» des Bauherrn. In Bezug auf seine nicht mitwirkungsbedürftigen Erfüllungshandlungen ist es dem Unternehmer dagegen freigestellt, wie schnell er leistet, insbesondere auch einzelne Werkteile schneller auszuführen als nötig. Denn der Unternehmer hat in Ermangelung anderer Abreden das Recht, sich Zeitreserven zu verschaffen (Rz 896 ff.). Doch muss er infol-

---

<sup>727</sup> Anders offenbar REETZ, BRT 2013, Rz 21 f., 37, wonach der Bauherr die Mitwirkung im hier verstandenen Sinne generell nur «just in time» zu leisten habe, wenn ein unverbindliches Bauprogramm vereinbart sei (so ebenfalls im Kontext der SIA-Norm 118: REETZ, Komm-SIA-118, Art. 93 N 16.5, 94 N 9.1–9.4). Jedenfalls ausserhalb der SIA-Norm 118 gilt das m.E. nicht ohne weiteres, weil der Bauherr dem Unternehmer hier die Mitwirkungsleistungen nicht erst «so frühzeitig zur Verfügung» zu stellen hat, «dass dieser die vertraglichen Fristen einhalten kann» (SIA-118 94 I); vielmehr folgt das Mitwirkungspensum der Leistungsbereitschaft des Unternehmers (siehe Rz 504). Vgl. auch SIEGENTHALER, BRT 2013, S. 24.

ge solcher Beschleunigungen allenfalls später, wenn er zu mitwirkungsbedürftigen Erfüllungshandlungen übergeht, nicht kompensationsfähige Produktivitätsverluste (Rz 759 ff.) in Kauf nehmen, bis der Bauherr zur Mitwirkung bereit ist. Denn die Mitwirkung darf der Unternehmer nicht früher einfordern, als sie für die fristgerechte Vollendung des Bauwerks spätestens erforderlich ist. Noch länger als bis zu diesem Zeitpunkt aber darf der Bauherr nicht zuwarten, denn der Unternehmer muss allein aufgrund der rollenden Planung nicht annehmen, dass der Bauherr die Werkausführung nach Belieben hinauszögern dürfe. Das gilt einmal dann, wenn ein Vollendungs-, Ablieferungs- oder auch nur ein Zwischentermin vereinbart worden ist, aber auch, wenn kein solcher Termin vereinbart ist: Diesfalls wird die Ablieferung gemäss dem objektiv zu erwartenden Bauverlauf fällig (Rz 505), und von diesem Fälligkeitszeitpunkt zurück errechnen sich dann die Spätestenstermine für die Mitwirkung. In der Praxis sind solche Berechnungen selbstredend von Fachleuten vorzunehmen, im gerichtlichen Streit regelmässig von einem gerichtlich ernannten, fachkundigen Gutachter (vgl. auch Rz 953).

5. Erwähnung verdient schliesslich die Abrede, wonach der Unternehmer für den Baubeginn oder einen Arbeitsschritt **«auf Abruf» bereitsteht** (Rz 462). Das bedeutet, die Werkleistung – gleich, ob die Herstellungs- und/oder die Ablieferungsleistung – darf vom Bauherrn in dem Sinne «abgerufen» werden, als die Erfüllbarkeit der Werkleistungspflicht erst durch seine einseitige Gestaltungserklärung herbeigeführt wird. Eine Variante hiervon wurde bereits im Zusammenhang mit der *Just-in-Time*-Mitwirkung behandelt (Rz 526). Allen diesen Konstellationen gemeinsam ist die Frage, was geschehen soll, wenn der Bauherr es unterlässt, den Arbeitsschritt bzw. den Baubeginn abzurufen. In Berufung auf die aufgeführten Grundsätze (Rz 108, 462) gilt Folgendes: Haben die Parteien für den Abruf einen Termin bzw. eine Frist vereinbart, bis zu deren Ablauf der Abruf erfolgen muss, so tritt die Erfüllbarkeit mit dem unbenützten Ablauf des Termins bzw. der Frist ein. Ist kein solcher Zeitpunkt vereinbart, so muss der Vertrag um einen Zeitpunkt ergänzt werden, den vernünftige Parteien in Anbetracht der Umstände bei Vertragsschluss und in Kenntnis der Regelungslücke als sachgerechten, spätesten Abrufzeitpunkt angesehen hätten. Beim Abrufsrecht, das sich auf den *Baubeginn* bezieht, ist auf kalendarische Termine und Fristen zu achten, die zugleich für die Vollendung oder Ablieferung des Werks vereinbart sind; als grober Anhaltspunkt lässt sich von diesen Endpunkten her zurückrechnen, wann der Baubeginn spätestens abgerufen werden muss, damit ein durch-

schnittlicher Unternehmer in der verbleibenden Zeit das Werk ausführen kann<sup>728</sup>. Ist der Baubeginn aber schon erfolgt und geht es um den Abruf von einzelnen Arbeitsvorgängen oder auch nur einzelnen Arbeitsschritten, wie bei der *Just-in-Time*-Mitwirkung (Rz 526), so genügt hierfür auch der relative Vollendungs- oder Ablieferungstermin, soweit sich ein solcher objektiv erstellen lässt (Rz 505). Ist jedenfalls ein solcher Spätestenszeitpunkt abgelaufen, ohne dass der Bauherr die Leistung abgerufen hätte, *wird die betreffende Leistungspflicht (allenfalls nach Ansetzen einer Nachfrist; Rz 108) erfüllbar*. Das anschliessend erfolgende Mahngeschäft des Unternehmers ist dementsprechend wirksam.

528 **6.** Beim Bauen manifestiert sich das Wirken des Unternehmers wohl auf der Baustelle, doch spielt es sich allemal nicht nur dort ab (siehe Rz 129 ff.); die Herstellung eines Bauwerks will auch abseits der Baustelle geplant, vorbereitet und disponiert werden. Es fragt sich deshalb bei Erfüllungsaufschüben – gleich ob sie auf Parteiabreden oder richterliche Vertragsergänzung gründen –, ob die Erfüllungbarkeit **integral** für alle Erfüllungshandlungen oder nur **partiell** für eigentliche Bauleistungen **aufgeschoben** wird. Relevant ist die Frage aus folgendem Grund:

529 **a.** Gilt der Erfüllungsaufschub nur hinsichtlich eigentlicher *Bauleistungen*, ist der Unternehmer gleichwohl schon vor Erfüllungseintritt berechtigt, nicht in Bauleistungen bestehende *Vorarbeiten* an die Hand zu nehmen<sup>729</sup>. Sind solche Vorarbeiten mitwirkungsbedürftig (Bsp.: Zugang zum Baugrund für die Abklärung von möglichen Container-Abstellplätzen) und bereits erfüllbar, so ist das Mahngeschäft des Unternehmers mit Blick auf diese Vorarbeiten durchaus wirksam, selbst wenn die *Bauleistungspflicht* im engeren Sinne noch nicht erfüllbar ist.

---

<sup>728</sup> Anders etwa JOUSSEN/VYGEN, IngKor-VOB/B, § 9 Abs. 1 N 21, die im Zusammenhang mit VOB/B § 5 II (eine das Abrufrecht des Bauherrn beschlagende Regel) eine Frist von «ca. vier Wochen nach Vertragsschluss» statuieren, bis zu welcher die Bauleistung spätestens abzurufen sei.

<sup>729</sup> Der Unternehmer wird namentlich das nötige Personal und die nötigen Maschinen disponieren, Baustoffe und Bauhilfsstoffe beschaffen, seine Arbeitskräfte vorinstruieren, die Baustelleneinrichtung planen, die Produktions-, Lager- und Transportprozesse konzipieren wollen usw.

**b.** In der Praxis interessiert vor allem, ob der Unternehmer den Bauherrn 530  
wirksam für fehlende Pläne und andere Ausführungsunterlagen abmahnen  
kann, obwohl die Erfüllbarkeit mit Blick auf die eigentliche Bauleistung  
noch nicht eingetreten ist. Vereinbaren die Parteien *Planlieferungsstermine*<sup>730</sup>,  
so regeln sie damit die Erfüllbarkeit der planungsbezogenen Vorarbeiten.  
Vor dem Eintritt solcher Termine kann der Unternehmer den Bauherrn dem-  
entsprechend nicht wirksam mahnen. Fehlt es demgegenüber an einer Plan-  
lieferungsabrede, ist anzunehmen, dass der Unternehmer interne Vorarbeiten  
sofort an die Hand nehmen, d.h. die Mitwirkung hierfür sofort einfordern  
darf, soweit er diesbezüglich leistungsbereit ist.

**c.** Wie sich dieser Grundsatz zu den vorerwähnten, besonderen Erfüllbar- 531  
keitsabreden (Rz 522 ff.) verhält, ist eine Frage des Einzelfalls. Zumindest  
wenn das Werk der *rollenden Planung* unterworfen ist, wird anzunehmen  
sein, dass schlechthin alle Vorarbeiten des Unternehmers und mithin auch  
die Planungsarbeiten, spätestens auf den Zeitpunkt erfüllbar werden, in dem  
ein versierter, loyaler Unternehmer unter denselben Baubedingungen die  
Pläne benötigt, um das Werk gemäss den vereinbarten Fristen und Terminen  
auszuführen<sup>731</sup>. Bei der *parallelen und sequenziellen Koordination* ist das  
weniger evident, weil der Unternehmer unter Umständen in seinem Vertrau-  
en darauf zu schützen ist, dass er zwar nicht die koordinationsbedürftigen  
Bauleistungen, wohl aber die hierfür nötigen Vorarbeiten sofort an die Hand  
nehmen darf.

### **c. Unwirksamkeit bei Unzeitigkeit**

**1.** Ist einmal Erfüllbarkeit eingetreten, greifen die Regeln der Unzeitigkeit 532  
des Mahngeschäfts auch, wenn die Erfüllbarkeit zunächst kraft Abrede oder  
Vertragsergänzung aufgeschoben war; es kann also im Grundsatz auf die  
Ausführungen in Rz 507 ff. verwiesen werden.

**2.** Anmerkungen erfordert der Fall des **überraschenden Mahngeschäfts**, 533  
wenn die Parteien eine verbindliche oder auch unverbindliche Bauzeitabrede  
getroffen haben.

<sup>730</sup> SIEGENTHALER, BRT 2013, S. 27 ff.

<sup>731</sup> SIEGENTHALER, BRT 2013, S. 24; sinngemäss ZELTNER, Diss., Rz 69. Generell so im  
Anwendungsbereich der SIA-Norm 118: REETZ, Komm-SIA-118, Art. 93 N 16.5,  
Art. 94 N 9.1–9.4.

- 534 a. Wurde für die Werkleistungspflicht oder auch nur für einen bestimmten Arbeitsvorgang eine Erfüllungbarkeitsabrede getroffen, können damit zusammenhängende Mahngeschäfte unter Umständen vom Bauherrn *wenigstens ungefähr antizipiert* werden, wenn die Erfüllungbarkeitsabrede zugleich eine Fälligkeitsabrede ist. Mit dieser Annahme ist allerdings Zurückhaltung geboten. Denn erstens regelt die Bauzeitabrede zeitliche Modalitäten einer Bauwerkleistung, bei der für den nicht fachmännischen oder nicht fachmännisch vertretenen Bauherrn bestenfalls nur die einfachsten, alltäglichsten Mitwirkungsleistungen vorausgesehen werden können<sup>732</sup> (Rz 121 f.). Zweitens obliegt es im Bauwerkvertrag grundsätzlich dem Unternehmer, dem Bauherrn den Zeitpunkt des Mitwirkungsbedarfs unzweideutig mitzuteilen (Rz 510). Aufgrund des äusserlichen Baufortschritts allein wird der Unternehmer jedenfalls in den seltensten Fällen annehmen dürfen, der Bauherr bzw. seine Stellvertreter und Hilfspersonen<sup>733</sup> seien über den anstehenden Mitwirkungsbedarf hinreichend informiert.
- 535 b. Selbst wenn der Bauherr auf Basis der getroffenen Bauzeitabrede oder der getreuen Vorinformation des Unternehmers ableiten kann, wann, wo und wie er mitwirken soll, unterliegt der Unternehmer der Pflicht, den Bauherrn über allfällige *Abweichungen von der Abrede bzw. der Vorinformation* ins Bild zu setzen. Denn bei aller Kenntnis vom Bauverlauf und vom Mitwirkungsbedarf läuft der Bauherr Gefahr, nicht rechtzeitig mitzuwirken, wenn der Unternehmer schneller oder langsamer voranschreitet, als es der Bauherr erwarten muss bzw. darf. Ein solches verfrühtes bzw. verspätetes Mahngeschäft mag überraschend sein, wenn der Unternehmer den Bauherrn nicht adäquat vorinformiert hat. Bei langsamerem Fortschreiten geht die Gefahr für den Bau-

---

<sup>732</sup> Vereinbaren die Parteien z.B. einen kalendarisch bestimmten Termin für den Beginn der Arbeiten, so weiss auch der Laienbauherr, dass der Unternehmer zum betreffenden Zeitpunkt Zugang zum Baugrund benötigt. Anders aber, wenn die Parteien keine Zeitabrede treffen. Diesfalls ist die Bauleistung zwar sogleich erfüllbar (OR 75), doch ist es dem Bauherrn nicht zumutbar, dauerhaft (gleichsam: auf Abruf) für die Mitwirkung bereitzustehen (vgl. Rz 118; LAMMICH, Rz 179; WEBER, BK-OR, Art. 91 N 123). Erscheint der Unternehmer unangemeldet, ist das Mahngeschäft u.U. unzeitig (Rz 507 ff.).

<sup>733</sup> Deren Wissen muss sich der Bauherr anrechnen lassen. Bei den Stellvertretern ergibt sich das aus der mit der Stellvertretung einhergehenden Wissenszurechnung (Rz 323). In der Literatur wird zuweilen auch eine Wissenszurechnung im Verhältnis Geschäftsherr/Hilfsperson konstruiert (vgl. GAUCH, Werkvertrag, Rz 2057 u. Fn 931 betr. den die Werkausführung überwachenden Ausübungsgehilfen).



herrn freilich weniger dahin, nicht mitwirken zu können, sondern eher dahin, dass er Dispositionen für eine Mitwirkungsleistung trifft, ohne dass beim Unternehmer dafür Verwendung bestünde, weil der nötige Leistungsstand noch nicht erreicht ist<sup>734</sup>. In Gläubigerverzug gerät der Bauherr dadurch zwar nicht, doch entsteht ihm so möglicherweise Mitwirkungsaufwand, den der Unternehmer kraft seiner Treuepflicht zu vermeiden verpflichtet ist. Auch auf diese Anzeigen darf der Unternehmer nur verzichten, wenn der Bauherr bzw. seine Hilfspersonen die tatsächliche Leistungsbereitschaft des Unternehmers kennen bzw. nach Treu und Glauben kennen sollten (analog Rz 120 ff.).

c. Wenig Relevanz für die Informationspflicht des Unternehmers hat in diesem Zusammenhang, ob die Bauzeitabrede, von welcher der Mitwirkungsbedarf abgeleitet werden kann, *verbindlich ist oder nicht*, also für den Unternehmer oder beide Parteien Pflichten begründet. Denn auch unverbindliche Zeitabreden, wie namentlich unverbindliche Bauzeitenpläne (SIA-118 93: «Bauprogramm»), sind geeignet, bei den Parteien ein gewisses gegenseitiges Vertrauen hinsichtlich ihrer Erfüllungs- bzw. Annahmehandlungen zu erwecken. Dieses Vertrauen kann im Verlaufe des Vertragsvollzugs teilweise oder gänzlich zerstört werden, zum Beispiel dadurch, dass sich der Unternehmer bei der Herstellung schon zu Beginn massgeblich verspätet, dass der Bauherr die Bauleistungen später abrufen als vorgesehen oder dass die Bauleistung im Verlaufe der Ausführung durch einseitige Beststellungsänderung angepasst wird. Fehlt es aber an solchen vertrauenserschütternden Anhaltspunkten im Vertragsvollzug, dürfen die Parteien grundsätzlich auch auf unverbindliche Zeitabreden vertrauen. Dies zwar nicht in dem Sinne, dass die «Verletzung» der unverbindlichen Abrede pflichtwidrig wäre, aber wenigstens insoweit, als sie nach Treu und Glauben ein Überraschungsmoment für eine Partei begründen kann, so namentlich für den Bauherrn in der Planung seiner Mitwirkung. Dementsprechend hat der Unternehmer auch im Rahmen unverbindlicher Zeitabreden über den Mitwirkungsbedarf und allfällige Abweichungen zu informieren.

<sup>734</sup> Bsp.: Der Bauherr lässt dem Unternehmer die versprochenen Dachziegel auf die Baustelle liefern, doch ist diese derzeit noch mit anderem Baumaterial verstellt, das der Unternehmer erst noch verbauen muss.

## B. Qualitative und örtliche Konformität des Mahngeschäfts

- 537 **1. Qualitativ** muss das Mahngeschäft nach der herrschenden Lehre als Angebot der gehörigen Leistung (*Leistungsangebot*, «*Realoblation*») ausgestaltet sein (vgl. OR 91). Beim Leistungsangebot muss die Leistung begriffsge-  
mäss in der vereinbarten Qualität angeboten werden. Ausnahmsweise darf  
das Mahngeschäft in der Form einer grundsätzlich formfreien<sup>735</sup> Mitteilung  
der eigenen Leistungsbereitschaft (*Bereitschaftsanzeige*, «*Verbaloblation*»)  
daherkommen. Doch wurde in Rz 96 ff. aufgezeigt, dass diese Unterschei-  
dung wenig Nutzen stiftet; im Wesentlichen hat der Unternehmer insoweit  
Leistungsbereitschaft zu erstellen, als es ihm ohne Mitwirkung möglich und  
zumutbar ist, und den Bauherrn sodann auf geeignetem Wege über seine  
Leistungsbereitschaft zu informieren, wenn ihm diese nicht schon aus ihrer  
Natur heraus zur Kenntnis gelangt.
- 538 **a.** Ist die *Ablieferung des Bauwerks* ausnahmsweise annahmebedürftig (siehe  
Rz 404 f.), bietet der Unternehmer seine Leistung gehörig an, wenn er dem  
Bauherrn das vollendete Bauwerk zur Annahme unterbreitet. Ist das Bau-  
werk unvollendet, fehlt es an der qualitativen Eigenschaft der Leistung, um  
die Mitwirkungsobliegenheit des Bauherrn (hier: die Annahme) zu aktuali-  
sieren.
- 539 **b.** Während der Werkausführung ist der Unternehmer nach hier vertretener  
Auffassung mangels Mitwirkung gar nicht imstande, die *Herstellungslei-  
stung* in der geschuldeten Qualität anzubieten, weil es dem Schuldner einer  
Arbeitsleistung schon begrifflich nicht möglich ist, die Arbeitsleistung gehö-  
rig anzubieten, solange der Gläubiger nicht mitwirkt; vielmehr wird hier das  
gehörige Leistungsangebot – gleichzeitig aber auch die Erfüllung – erst  
*durch* die Mitwirkung ermöglicht (Rz 70 ff.). Es muss dem Unternehmer  
deshalb erlaubt sein, die Herstellungsleistung qualitativ nur, aber immerhin  
in dem Umfang anzubieten, wie ihm dies in Ermangelung der Mitwirkung  
möglich und zumutbar ist. Je nachdem, ob diese Form von Leistungsangebot  
nach Treu und Glauben geeignet ist, dem Bauherrn zur Kenntnis zu gelangen  
oder nicht, hat er das Mahngeschäft mit einer Bereitschaftsanzeige zu ergän-  
zen oder kann das Leistungsangebot auch gänzlich durch eine Bereitschafts-

---

<sup>735</sup> Die Parteien können für die Bereitschaftsanzeige analog OR 16 I eine bestimmte  
Form vereinbaren, von deren Einhaltung dann die Wirksamkeit des Mahngeschäfts  
abhängt.

anzeige ersetzen (Rz 98)<sup>736</sup>. Vorausgesetzt ist jedenfalls, dass der Unternehmer zum Zeitpunkt der Bereitschaftsanzeige oder auch des reduzierten Leistungsangebots leistungsbereit ist (Rz 95).

c. Das Mahngeschäft des Unternehmers muss ausserdem, analog zur Mahnung im Sinne von OR 102 I, *unmissverständlich* sein (Rz 101 f.). Es darf keine Zweifel darüber bestehen lassen, dass der Unternehmer die Werkleistung nun ernsthaft erbringen wolle<sup>737</sup>. Ob das Mahngeschäft des Unternehmers unmissverständlich ausfällt, beurteilt sich im konkreten Einzelfall. Zu beachten ist, dass auch das unmissverständliche Mahngeschäft keinen Gläubigerverzug auslöst, wenn es für den Bauherrn überraschend ist (dazu Rz 508 ff.).

2. «Wo» das Mahngeschäft sich ereignen muss, hängt von seiner Qualität ab. Soweit unter den Umständen vom Unternehmer ein *gehöriges Leistungsangebot* zu erwarten ist, was letztlich nur bei der Ablieferung des vollendeten Werks in Frage kommt, so muss dieses am vereinbarten Leistungsort erfolgen, ansonsten es unwirksam bleibt. Der Leistungsort ist normalerweise der vertraglich vereinbarte Baugrund, was sich in Ermangelung einer Abrede aus dem «aus den Umständen zu schliessenden Willen der Parteien» (OR 74 I) ergeben mag. Beim regelmässig nicht gehörigen, «reduzierten» Leistungsangebot, wie es der Unternehmer während der Herstellung macht, gilt das nur für solche Herstellungsleistungen, die sich äusserlich in Bauleistungen niederschlagen, da diese zwingend auf der Baustelle erfolgen müssen<sup>738</sup>. Wirkt

<sup>736</sup> Bsp.: Normalerweise wird sich der Unternehmer für die Ausführung der Arbeiten mitsamt seinen Arbeitskräften, Baustoffen und Maschinen physisch auf die Baustelle begeben müssen. Fordert er eine für die Ausführung erfüllungsrelevante Mitwirkungsleistung an, so ist seine Leistungsbereitschaft anzunehmen, wenn er vor Ort steht und seine Produktionsmittel so aufgestellt hat, dass er mit der Werkleistung beginnen könnte, wenn die Mitwirkungsleistung erfolgte. – Weiss aber der Unternehmer, dass der Baugrund zum erforderlichen Augenblick nicht zugänglich sein wird (z.B. weil der Bauherr in den Ferien weilt), so ist Leistungsbereitschaft bereits zu unterstellen, wenn er die nötigen Produktionsmittel bereit-, aber noch nicht notwendigerweise auf der Baustelle vorhält.

<sup>737</sup> Analog zur Qualität der Mahnung im Schuldnerverzug: SCHENKER, Diss., Rz 86, 126, 155.

<sup>738</sup> Schuldet der Bauherr dem Unternehmer Pläne für die Herstellung einzelner Betonelemente, die im Werk des Unternehmers entstehen sollen, wird «durch den [...] aus den Umständen zu schliessenden Willen der Parteien» (OR 74 I) nicht anzunehmen sein, der Unternehmer müsse persönlich auf der Baustelle erscheinen, um den Bau-

sich die fehlende Mitwirkung freilich so aus, dass der Unternehmer den Baugrund gar nicht erst erreicht, so muss auch schon das reduzierte Leistungsangebot genügen, das an einem anderen, dem Unternehmer noch möglichen und zumutbaren Ort stattfinden darf. Für Vorarbeiten ist die Baustelle demgegenüber schon zum Vornherein nicht notwendigerweise der Leistungsort. Hier kommen stattdessen auch der Sitz des Unternehmers (OR 74 II Ziff. 3) oder auch sein Werkhof oder seine Magazine usw. (OR 74 I) in Betracht; dem Unternehmer steht es dabei in Ermangelung anderer Abreden offen, an welchen der nach OR 74 I und II Ziff. 3 in Frage kommenden Orte er den Bauherrn mahnt. Zu bedenken hat der Unternehmer, dass das Mahngeschäft empfangsbedürftig ist (Rz 100 ff.) und deshalb wenigstens so auszugestalten ist, dass es dem Bauherrn zur Kenntnis gelangen kann. Deshalb kann es sich nach den Umständen aufdrängen, ein (auch reduziertes) Leistungsangebot mit einer *Bereitschaftsanzeige* zu ergänzen oder auch gänzlich durch eine solche zu ersetzen. Die Bereitschaftsanzeige kann an einem beliebigen Ort abgegeben werden, aber zugehen muss sie dem Bauherrn dort, wo er sich aufhält und ihm die Entgegennahme der Anzeige zugemutet werden darf<sup>739</sup>. Ob die gewählte Übermittlungsmethode dazu geeignet ist, die Anzeige dem Bauherrn zur Kenntnis zu bringen, entscheidet sich im konkreten Einzelfall<sup>740</sup>.

### C. Reaktionsfrist des Bauherrn

- 542 1. Ist das Mahngeschäft wirksam, obliegt es nunmehr dem Bauherrn mitzuwirken, ansonsten er in Gläubigerverzug gerät. Doch versetzt ihn das Mahngeschäft nicht unmittelbar beim Eintritt in dessen Machtbereich in Gläubigerverzug; vielmehr steht dem Bauherrn in analoger Anwendung der Grundsätze des Schuldnerverzugs eine nach den Umständen **angemessene Reaktionszeit** zu (Rz 115 ff.). Erst wenn der Bauherr die Mitwirkungsleistung bis zum Ablauf dieser Reaktionsfrist nicht gehörig erbringt bzw. damit beginnt (vgl. Rz 119), handelt er obliegenheitswidrig.

---

herrn wirksam zur Planlieferung aufzufordern; es muss genügen, dass in seinem Werk Leistungsbereitschaft vorliegt.

<sup>739</sup> Vgl. SCHRANER, ZK-OR, Art. 91 N 106; WEBER, BK-OR, Art. 91 N 136.

<sup>740</sup> Vgl. SCHENKER, Diss., Rz 156: Vorbehalten bleiben jedenfalls besondere, vertragliche Formvorschriften, die auf die Bereitschaftsanzeige aber nicht schon dann zu übertragen sind, wenn die Parteien lediglich die Gültigkeit des Vertrags unter einen Formvorbehalt nach OR 16 gestellt haben.

**2. Die Bemessung der Reaktionsfrist** hat sich danach zu richten, wie lange ein sorgfältiger, loyaler und zur Mitwirkung fähiger und williger Bauherr benötigt, um die betreffende Mitwirkung zu beginnen, durchzuführen und abzuschliessen<sup>741</sup>. Beachtlich sind dabei die Umstände des konkreten Einzelfalls, so namentlich

- die *Natur der Mitwirkungsleistung*. Es versteht sich von selbst, dass Mitwirkungsleistungen, die sich in Erklärungen niederschlagen (zum Beispiel Weisungen, Rz 463 ff.), mit modernen Kommunikationsmitteln schnell tätigen lassen, wohingegen Mitwirkungsleistungen, welche die Übergabe von Sachen (Schlüssel, Ausführungsunterlagen, Baustoff usw.) an den Unternehmer oder gar die physische Präsenz des Bauherrn bzw. seiner Hilfspersonen an einem bestimmten Erfüllungsort erfordern, mehr Reaktionszeit benötigen<sup>742</sup>.
- ob eine Mitwirkungsleistung beim Bauherrn eine gewisse *Bedenkzeit* erfordert, zum Beispiel für das Überdenken einer Weisung oder für die Beurteilung einer Ausführungsvariante (vgl. Rz 437). Die Bedenkzeit ist bei der Bemessung der Reaktionsfrist entsprechend zu berücksichtigen.
- wie genau der Zeitpunkt der Mitwirkung für den Bauherrn *vorherzusehen* war. Nicht angesprochen sind die Fälle, in denen der Unternehmer seine Informationspflicht (dazu Rz 510) verletzt, denn in diesen Fällen ist das Mahngeschäft normalerweise unzeitig (namentlich überraschend) und damit unwirksam. Gemeint sind die Fälle, in denen der Unternehmer seine Informationspflicht zwar erfüllt hat, indem er den Bauherrn hinreichend über den anstehenden Mitwirkungsbedarf vorinformiert hat, jedoch nach Treu und Glauben erwartet werden muss, dass er den genauen Mitwirkungszeitpunkt erst kurz vor oder auch erst anlässlich der Leistung präzisieren können wird<sup>743</sup>. Dort lässt sich im Rahmen der Reaktionsfrist berücksichtigen, ob der Bauherr sich in einer den Umständen angemessener Weise zur Verfügung gehalten hat oder nicht.

<sup>741</sup> Vgl. analog für den Schuldnerverzug: SCHENKER, Diss., Rz 93.

<sup>742</sup> Vgl. sinngemäss die Ausführungen bei GAUCH, Werkvertrag, Rz 674 m.w.N. betreffend die «notwendige oder übliche Vorbereitungszeit» des Unternehmers bei Fälligkeitseintritt der Herstellungsleistung.

<sup>743</sup> Bsp.: Die Übergabe des Hausschlüssels an den Maler kostet die Parteien voraussichtlich eine Minute. Der Maler bedient am selben Tag zuvor aber noch drei andere Kunden, weshalb er den Bauherrn wissen lässt, er werde ihn «erst irgendwann im Verlaufe des Nachmittags» besuchen.

547 Es wurde und wird noch besprochen, dass unter bestimmten Voraussetzungen das Mahngeschäftserfordernis beim Schuldner bzw. beim Unternehmer dahinfallen kann (Rz 120 ff.; 549 ff.). Dass das Mahnerfordernis dahinfällt heisst freilich nicht, dass dem Bauherrn überhaupt keine Reaktionsfrist einzuräumen wäre. Zumindest Mitwirkungsleistungen, die sich in irgendeiner Weise (physisch, zeitlich usw.) mit dem Wirken des Unternehmers treffen müssen, benötigen aufgrund dieses interaktiven Elements praktisch immer eine minimale Reaktionsfrist, und zwar auch dann, wenn der Bauherr bestens über den Mitwirkungsbedarf im Bilde ist. In solchen Fällen stellt sich womöglich die Frage, ab welchem Zeitpunkt die Reaktionsfrist zu bemessen sei, weil es an einem Mahngeschäft fehlt. Abzustellen ist hier auf die Leistungsbereitschaft des Unternehmers, bzw. auf denjenigen Zeitpunkt, in welchem der Bauherr nach Treu und Glauben (namentlich aufgrund der Vorinformation durch den Unternehmer) mit der Leistungsbereitschaft zu rechnen hatte.

548 **3. Den Parteien steht es frei, die Reaktionsfrist des Bauherrn vertraglich zu regeln.** In der Praxis geschieht dies zum Beispiel im Zusammenhang mit Entscheidungen und Weisungen, die der Bauherr auf Anfrage des Unternehmers zu erteilen hat. Soweit es sich bei diesen «Reaktionen», zu denen der Unternehmer den Bauherrn auffordert (vgl. auch Rz 725), um Mitwirkungsleistungen handelt, ist anzunehmen, dass mit solchen Abreden die (gläubigerverzugsrechtlich verstandene) Reaktionsfrist gemeint ist und der Bauherr entsprechend in Verzug gerät, wenn er diese Fristen nicht einhält.

#### D. Wegfall des Mahnerfordernisses?

549 **1. Schon ausgeführt wurde, dass der Schuldner auf das Mahngeschäft verzichten darf, wenn der Gläubiger den genauen Zeitpunkt der Mitwirkung kennt** bzw. kennen muss (dazu Rz 120 ff.). Im Bauwerkvertrag sind daran strenge Anforderungen zu stellen. Allein anhand des objektiv erkennbaren Baufortschritts jedenfalls darf vom nicht fachkundigen und nicht fachkundig vertretenen Bauherrn nur ausnahmsweise erwartet werden, dass er die Leistungsbereitschaft des Unternehmers (Rz 504) erkenne und den Zeitpunkt der Mitwirkungsleistungen hinreichend genau abschätzen könne (vgl. Rz 121 f.). Erforderlich ist vielmehr entweder eine diesbezüglich *hinreichende, vertragliche Terminabrede* oder aber eine *hinreichend genaue Vorinformation an den Bauherrn*. Dazu was folgt:

**a.** Die Abrede über einen *blossen* «*Verfalltag*» analog OR 102 II – gleich, ob 550 hinsichtlich der Leistung oder einer Mitwirkungsleistung – *genügt häufig nicht*, um beim Bauherrn die hinreichende Kenntnis vom Mitwirkungszeitpunkt vorauszusetzen. Bei Mitwirkungsleistungen, die vom Bauherrn einseitig und ohne Rücksicht auf das Verhalten des Unternehmers erbracht werden können, mag es genügen, wenn der Bauherr über den Kalendertag Bescheid weiss, bis zu dessen Ablauf er mitgewirkt haben muss<sup>744</sup>. Müssen sich das Wirken des Unternehmers und die Mitwirkung des Bauherrn aber physisch und/oder zeitlich in irgendeiner Weise «*treffen*»<sup>745</sup>, genügt die Angabe eines bestimmten Kalendertags normalerweise nicht, sondern es bedarf einer präziseren Abrede bzw. Vorinformation, ansonsten zum Vornherein ausser Betracht fällt, dass der Unternehmer auf das Mahngeschäft verzichten dürfe. Immerhin wird angesichts einer Verfalltagsabrede der Bauherr nicht einwenden können, er habe mit dem Mahngeschäft vernünftigerweise nicht rechnen müssen (vgl. Rz 533 ff.).

**b.** Beschlägt eine Terminabrede eine *Erfüllungshandlung des Unternehmers*, 551 so liegt eine *Bauzeitabrede* vor. Von einer Bauzeitabrede auf die Mitwirkungszeit rückschliessen kann der Bauherr nur, wenn er den Mitwirkungsbedarf von der terminierten Erfüllungshandlung ableiten und zeitlich hinreichend genau abschätzen kann. In komplexeren Fällen wird das, wie schon erwähnt (Rz 121 f.), für den Gläubiger die Ausnahme sein, und erst recht für den Bauherrn im komplexen Bauwerkvertrag. Selbst wenn er den Mitwirkungsbedarf wenigstens im Grundsatz erkennt, sagt ihm die Bauzeitabrede nicht zwingend, ob die Mitwirkungsleistung zeitgleich mit der Werkleistung ergehen muss. Wo dies für ihn jedenfalls nicht erkennbar ist, steht es aus Sicht des Bauherrn um die Erkennbarkeit des Mitwirkungsbedarfs bzw. des Mitwirkungszeitpunkts nicht besser, als wenn überhaupt keine Bauzeitabrede bestünde. OR 102 II (analog) lässt deshalb in solchen Fällen das Mahngeschäft des Unternehmers nicht entfallen.

**c.** Beschlägt die *Terminabrede demgegenüber eine Mitwirkungsleistung*, so 552 ist darauf abzustellen, ob die Abrede gemessen an der Natur der Mitwirkungsleistung so genau ausfällt, dass der Bauherr ohne weiteres Zutun des

<sup>744</sup> Bsp.: Ist der 31. März als Verfalltag für die Lieferung von Ausführungsplänen vereinbart, hat der Bauherr zu verstehen, dass er in Verzug gerät, wenn die Ausführungspläne nicht bis spätestens Mitternacht desselben Tages (ggf. auch bis Geschäftsschluss, «COB»; vgl. OR 79) beim Unternehmer eingetroffen sind.

<sup>745</sup> Bsp.: Der Hauseigentümer hat dem Unternehmer die Eingangstüre zu öffnen.

Unternehmers weiss oder wissen müsste, wann mitzuwirken ist. Ist das zu bejahen, gerät der Bauherr im Falle seiner Nichtmitwirkung bereits in Gläubigerverzug, wenn der Unternehmer zum betreffenden Zeitpunkt leistungsbereit ist; dem Bauherrn die Leistungsbereitschaft zur Kenntnis bringen muss der Unternehmer dann nicht. Ist das freilich zu verneinen, ist wiederum die analoge Anwendung von OR 102 II abzulehnen und das Mahngeschäftserfordernis bleibt stehen.

- 553 **d.** Im Einzelfall zu beurteilen ist, was gilt, wenn der Unternehmer seiner Informationspflicht nachkommt und *den Bauherrn über die Mitwirkungsmodalitäten aufklärt* (Rz 510). Ist die vom Unternehmer mitgeteilte Mitwirkungszeit so präzise, dass der Bauherr vom Mahngeschäft des Unternehmers nicht nur nicht mehr überrascht werden kann, sondern auch ohne weiteres Zutun des Unternehmers genau weiss, wann er mitzuwirken hat, gilt dasselbe wie bei der hinreichend genauen Terminabrede (Rz 552): Weil der Bauherr weiss oder wenigstens wissen müsste, wann er mitzuwirken hat, kann es auf das Mahngeschäft des Unternehmers nicht mehr ankommen, sondern nur noch auf seine Leistungsbereitschaft (Rz 547). Genügt hingegen die Vorinformation zwar, um den Bauherrn grundsätzlich auf ein Mahngeschäft vorzubereiten, versetzt sie den Bauherrn objektiv aber nicht in den Stand, zum richtigen Zeitpunkt mitzuwirken, bleibt das Mahngeschäftserfordernis stehen und es wird lediglich die allfällige Unzeitigkeit des Mahngeschäfts ausgeräumt (dazu Rz 508 ff.).
- 554 **2.** Am Rande zu nennen sind hier die weiteren Gründe, aus denen das Mahnerfordernis dahinfallen kann. Kein Mahngeschäft ist einerseits erforderlich, wenn der Bauherr den Unternehmer, der in der Ausführung begriffen ist, dabei unterbricht, beispielsweise indem er ihn anweist, die Leistung fortan zu unterlassen oder ihn gar physisch an der Ausführung hindert, selbst wenn keine Bauherrenmitwirkung erforderlich ist (Rz 20). Kein Mahngeschäft ist sodann in den seltenen Fällen erforderlich, in denen dem Bauherrn aus Gründen, die in seiner Person liegen (OR 96), die Leistungsbereitschaft nicht zur Kenntnis gebracht werden kann (Rz 124 ff.).



### III. Verbindlichkeitsgrad

#### A. Gesetzliche Mitwirkungsobliegenheit des Bestellers

##### 1. Ausgangspunkt

Die Gläubigermitwirkung ist im schweizerischen Schuldrecht nicht als 555 Rechtspflicht des Gläubigers ausgestaltet. Sie ist vielmehr Ausdruck seines Forderungsrechts, das er grundsätzlich frei ausüben darf, auf dessen Ausübung er aber auch verzichten darf (Rz 134 ff., 165 ff.). Einem gewissen Zwang, mitzuwirken, unterliegt der Gläubiger zwar immer, weil die Verletzung der Mitwirkungsobliegenheit bei ihm einen Rechtsvorenthalt bzw. -verlust bewirkt. Pflichtwidrig aber handelt er durch sein Mitwirkungsver-säumnis nur dann, wenn ihm das Gesetz oder der (gegebenenfalls richterlich ergänzte) Vertrag eine Mitwirkungspflicht auferlegen. Das alles gilt nach der herrschenden Lehre **auch für den Besteller im Werkvertrag**<sup>746</sup>.

##### 2. Analyse werkvertraglicher Gesetzesnormen

Die gesetzliche Phänomenologie der Gläubigermitwirkung zeigt, dass die 556 Mitwirkungsobliegenheit des Gläubigers im Besonderen Teil des Obligationenrechts in seltenen Fällen zur Pflicht umgekehrt wird (Rz 194 ff.). Es bietet sich deshalb an, die vorerwähnte herrschende Lehre näher zu überprüfen, indem der Frage nachgegangen wird, ob das Gesetz nicht auch für den Besteller im Werkvertrag Mitwirkungspflichten vorsieht. Hierzu werden nachfolgend diejenigen Normen des gesetzlichen Werkvertragsrechts untersucht, mit denen die Bestellermitwirkung zusammenhängt oder, im Einzelfall, zusammenhängen kann.

<sup>746</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rz 1324 ff. m.w.N.; GUHL/KOLLER A., § 47 Rz 81; HONSELL, OR BT, S. 325 (Abnahme als Obliegenheit); KOLLER A., Werkvertragsrecht, Rz 173 m.w.N.; DERS., BK-OR, Art. 363 N 293; MÜLLER-CHEN/GIRSBERGER/DROESE, OR BT, 7 Rz 83 u. 87; PEDRAZZINI, SPR VII/1, S. 542 f. (trotz der missverständlichen Terminologie [«Mitwirkungspflichten»] sind dort Mitwirkungsobliegenheiten gemeint (a.E.: Gläubigerverzug und «Obliegenheiten»). Wohl gl.M. HÜRLIMANN/SIEGENTHALER, CHK-OR, Art. 376 N 4; TERCIER/BIERI/CARRON, Rz 4102 f.; ZINDEL/PULVER/SCHOTT, BSK-OR, Art. 376 N 13.

**a. Lieferung des Werkstoffs (OR 365 I)**

- 557 «Soweit der Unternehmer die Lieferung des Stoffes übernommen hat, haftet er dem Besteller für die Güte desselben und hat Gewähr zu leisten wie ein Verkäufer» (OR 365 I). Die Bestimmung ist missverständlich und wird zuweilen so ausgelegt, dass die Analogie zur Verkäuferhaftung nur für Rechtsmängel des Stoffs zur Anwendung gelange, während für qualitative Stoffmängel die werkvertragliche Mängelhaftung gelte<sup>747</sup>. Jedenfalls aber ergibt sich aus der Norm, dass der Unternehmer für den von ihm gelieferten Stoff haftet, d.h. die Stofflieferung in seiner Werkleistungspflicht aufgeht, *wenn* er die Stofflieferung übernommen hat. Die Bestimmung von OR 365 I besagt allerdings nicht, in wessen Aufgabenbereich die Stofflieferung fällt, wenn die Parteien die Frage nicht regeln (vgl. Rz 417), und auch nicht, mit welchem Verbindlichkeitsgrad der Besteller den Stoff zu liefern habe, *wenn* er denn diese Aufgabe übernommen hat. Insbesondere ist der Bestimmung nicht zu entnehmen, dass der Besteller in diesem Fall für den Stoff in selber Weise haften müsste wie der Unternehmer. So bleibt es beim Grundsatz, dass dem Bauherrn die Lieferung des Baustoffs grundsätzlich dann zufällt, wenn sich der Unternehmer hierzu *nicht* verpflichtet hat (Rz 21 ff.). Anhaltspunkte dafür, dass diese Obliegenheit, wenn sie denn auf dem Besteller lastet, gesetzlich in eine Pflicht verwandelt werden soll, fehlen in der Bestimmung<sup>748</sup>, finden sich aber auch nicht in den Bestimmungen von OR 369, 376 III und 378 II, die ihrerseits Rechtsfolgen unter anderem an die Lieferung von fehlerhaftem oder untauglichem Stoff knüpfen; auf diese Bestimmungen ist gesondert einzugehen (Rz 559, 572 ff., 578 ff.).

**b. Prüfung und Mängelrüge (OR 367 I/370)**

- 558 «Nach Ablieferung des Werkes hat der Besteller, sobald es nach dem üblichen Geschäftsgange tunlich ist, dessen Beschaffenheit zu prüfen und den Unternehmer von allfälligen Mängeln in Kenntnis zu setzen» (OR 367 I). Bereits dargestellt wurde, dass die Mängelrüge (nicht aber die Prüfung) zu den Mitwirkungsleistungen gezählt werden kann (Rz 53 a.E./Fn 50). Der imperative Wortlaut der Bestimmung liesse vermuten, dass der Besteller zur Prüfung des Werks und zur Mängelrüge verpflichtet wird. Dem ist nicht so. Zumindest enthält das gesetzliche Werkvertragsrecht keine Bestimmung,

---

<sup>747</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rz 1481; vgl. auch zur Kontroverse ZINDEL/PULVER/SCHOTT, BSK-OR, Art. 365 N 26 ff.

<sup>748</sup> So scheinbar auch KOLLER A., Werkvertragsrecht, Rz 172 i.V.m. 173.

nach der ein diesbezügliches Versäumnis des Bestellers wie eine Pflichtverletzung sanktioniert würde. Nach OR 370 I verhält es sich vielmehr so, dass der Besteller durch das Rügeversäumnis seine Mängelrechte mit Blick auf jene Mängel verliert, die ihm bis zum Ablauf der Rügefrist bekannt geworden sind oder die er hätte erkennen müssen. Dieselbe Rechtsfolge sieht OR 370 III für Mängel vor, die zwar anlässlich der Prüfung nicht erkennbar waren und erst später in Erscheinung treten oder entstehen, wenn sie der Besteller nicht «sofort» nach deren Entdeckung rügt. Der so stipulierte Rechtsvorenthalt bzw. -verlust ist typisch für die Obliegenheit (Rz 148 ff.): Der Bestand der Unternehmerrechte bleibt unberührt, während die Rechte des Bestellers gekürzt werden. Auch hier bedürfte es zusätzlicher gesetzlicher Indizien, wollte man von einer eigentlichen «Rügepflicht» oder gar «Prüfungspflicht» des Bestellers ausgehen<sup>749</sup>. Verwiesen sei ausserdem sinn- gemäss auf die Ausführungen zur Auslegung von mitwirkungsbezogenen Imperativen in Verträgen (bzw. hier: in Gesetzesbestimmungen): Rz 254.

### c. Verursachung von Werkmängeln (OR 369)

«Die dem Besteller bei Mangelhaftigkeit des Werkes gegebenen Rechte fal- 559  
len dahin, wenn er durch Weisungen, die er entgegen den ausdrücklichen Abmahnungen des Unternehmers über die Ausführung erteilte, oder auf andere Weise die Mängel selbst verschuldet hat» (OR 369). Die Norm ist als Generalklausel zu verstehen, deren Rechtsfolge für alle Bestellerverhalten gilt, die zur Mangelhaftigkeit des Werks führen<sup>750</sup>, also namentlich für die Schlecht- und die Nichtmitwirkung (siehe Rz 474 ff.). Es ist daher nach dem Gehalt der Norm zu fragen für den Fall, dass der Besteller einen Werkman- gel durch eine schlecht oder gar nicht erbrachte Mitwirkungsleistung verur- sacht. Die Norm richtet sich ihrem Wortlaut nach auf Mängel, die der Bestel- ler «verschuldet», doch impliziert sie damit nicht, dass das Bestellerverhalten vor dem Hintergrund einer Pflicht zu beurteilen wäre, die Verursachung von Mängeln zu vermeiden. Tatsächlich ist das hier erwähnte «Verschulden» des Bestellers untechnisch, nämlich im Sinne eines Selbst- bzw. Mitverschuldens zu verstehen<sup>751</sup>: Die Norm sanktioniert den Verursachungsbeitrag des Bestel- lers, ohne diesen zum pflichtwidrigen Verhalten zu erklären. Unterstrichen

<sup>749</sup> Missverständlich insofern ZINDEL/PULVER/SCHOTT, BSK-OR, Art. 367 N 19: «die Pflicht zur Mängelrüge».

<sup>750</sup> Vgl. ZINDEL/PULVER/SCHOTT, BSK-OR, Art. 369 N 21.

<sup>751</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rz 1924.

wird das auch hier von der für Obliegenheiten typischen Sanktionierungsstruktur (Rz 148 ff.) der Norm: Der Bestand der Unternehmerrechte bleibt unverändert, während der Besteller den Anspruch darauf verliert, dass der vom eigenverschuldeten Mangel beschlagene Werkteil mängelfrei hergestellt und abgeliefert werde. Dabei ist nicht ausgeschlossen, dass der Besteller mit dem mängelverursachenden Verhalten zugleich eine Treuepflicht verletzt und dadurch dem Unternehmer schadenersatzpflichtig wird (Rz 708 ff.), doch verletzt der Besteller damit jedenfalls nicht eine Pflicht, die sich aus OR 369 ergäbe.

#### d. Kündigungsrecht des Bestellers (OR 377)

- 560 1. «Solange das Werk unvollendet ist, kann der Besteller gegen Vergütung der bereits geleisteten Arbeit und gegen volle Schadloshaltung des Unternehmers jederzeit von Vertrag zurücktreten» (OR 377)<sup>752</sup>. Entgegen dem Wortlaut der Bestimmung wird dem Besteller damit ein Kündigungsrecht verliehen, das *ex nunc* wirkt, ansonsten nicht zu erklären wäre, weshalb der Unternehmer Anspruch auf Vergütung der geleisteten Arbeit (einschliesslich darin nicht inbegriffener Auslagen<sup>753</sup>) erlangt<sup>754</sup>. Die Bestimmung besticht überdies dadurch, dass sie dem Unternehmer zusätzlich einen Schadenersatzanspruch einräumt.
- 561 2. Die Norm scheint zunächst mit der Bestellermithwirkung nicht zusammenzuhängen, denn sanktioniert wird offensichtlich nicht ein Versäumnis des Bestellers, einen ihm obliegenden Erfüllungsbeitrag zu leisten, sondern dass er sich vor der Vertragserfüllung vom Vertrag lossagt. Gleichwohl interessiert die Norm im vorliegenden Zusammenhang, weil das Kündigungsrecht des Bestellers in der Literatur zuweilen als **gesetzlicher Beleg** dafür aufgefasst wird, dass die Bestellermithwirkung **keine Rechtspflicht** sein könne. Dem Unternehmer könne kein Anspruch darauf zustehen, das Werk auszuführen, und entsprechend auch der Besteller keiner Pflicht unterliegen, den Unternehmer zur Werkausführung zuzulassen, wenn der Besteller während der Ausführung jederzeit berechtigt sei, die Werkausführung durch Kündi-

---

<sup>752</sup> Vgl. auch BGB § 648 («Kündigungsrecht des Bestellers»): «Der Besteller kann bis zur Vollendung des Werkes jederzeit den Vertrag kündigen [...]».

<sup>753</sup> Vgl. auch OR 378 II.

<sup>754</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rz 528 ff.; KOLLER A., Werkvertragsrecht, Rz 1040; ZINDEL/PULVER/SCHOTT, BSK-OR, Art. 377 N 11.

gung definitiv zu verunmöglichen<sup>755</sup>. Dem wird entgegengehalten, das Kündigungsrecht des Bestellers heisse nicht, dass der Besteller nicht zur Mitwirkung verpflichtet sei, *solange* er von seinem Kündigungsrecht keinen Gebrauch mache, der Vertrag also noch stehe<sup>756</sup>.

**a.** Der Umstand, dass eine Partei den Vertrag kündigen kann, ändert grundsätzlich nichts daran, dass die Partei *während der Laufzeit des Vertrags an ihre vertraglichen Pflichten gebunden* ist. Etwa im Auftragsrecht, wo den Parteien nach OR 404 I ein jederzeitiges und *ex nunc* wirkendes Kündigungsrecht zusteht, hat der Auftraggeber einen klagbaren Anspruch auf Auftragsausführung, solange der Auftrag Bestand hat, auch wenn dessen Durchsetzung durch das Kündigungsrecht «illusorisch» gemacht wird<sup>757</sup>. Im Umfeld einer *obligation de moyens* überzeugt dies, weil die Kündigung dem Auftraggeber nicht mehr vorenthält, als ihm bereits im Zeitpunkt der Kündigung geschuldet ist, nämlich das sorgfältige Tätigwerden des Beauftragten; zwischen dem Vorhandensein des Kündigungsrechts und der Leistungsschuld ist deshalb kein Widerspruch zu erblicken.

**b.** Anders im Werkvertrag: Dem Unternehmer hier einen Realerfüllungsanspruch auf die Mitwirkung des Bestellers einzuräumen würde bedeuten, ihn recht eigentlich zur Werkvollendung und -ablieferung zu berechtigen, denn seine Schuld ist ja eine erfolgsbezogene *obligation de résultat*, zu der ihn die einzelnen, mitwirkungsbedürftigen Erfüllungshandlungen erst hinführen. Zu einem solchen, auf die Vollendung des Werks gerichteten Realerfüllungsanspruch auf Mitwirkung steht das Kündigungsrecht des Bestellers offensichtlich im Widerspruch<sup>758</sup>. Ist der Besteller zur Kündigung berechtigt, kann dem Unternehmer kein Anspruch darauf zustehen, das Werk gegen den Willen

<sup>755</sup> Vgl. LEUPERTZ, BauR 2010, S. 2001 f.

<sup>756</sup> Vgl. WELLER, Habil., S. 556, wonach die (OR 377 ähnliche) Regel in BGB § 649 mit der (von ihm vertretenen) Mitwirkungspflicht des Bestellers vereinbar sei. Ähnlich WEBER, BK-OR, Art. 91 N 70 mit Blick auf OR 377.

<sup>757</sup> WEBER, BSK-OR, Art. 397 N 3.

<sup>758</sup> KOLLER A., BK-OR, Art. 366 N 758: «Die Vereinbarung einer Annahmepflicht beinhaltet immer auch eine Wegbedingung des freien Rücktrittsrechts gemäss Art. 377 OR». *E contrario* ev. auch so zu verstehen: GAUCH, Werkvertrag, Rz 588, wonach dann, wenn OR 377 vertraglich wegbedungen sei, der Unternehmer «auf der tatsächlichen Abwicklung des Werkvertrages (namentlich auch auf der Bezahlung der fortgesetzten Werkausführung) beharren» könne. Deutlich das Bundesgericht: «L'art. 377 est une application du principe suivant lequel l'exécution de l'ouvrage est une obligation mais non un droit de l'entrepreneur [...]» (BGE 69 II 139/143 E. 4a).

des Bauherrn bis zur Vollendung auszuführen und abzuliefern. Denn die Naturalerfüllungspflicht, die den Kern der vertraglichen Bindung ausmacht<sup>759</sup>, zeichnet aus, dass sich der Schuldner (im hier unterstellten Fall einer Mitwirkungspflicht: der Besteller) mangels besonderer, dem Gläubiger zuzurechnender Leistungshindernisse (zum Beispiel OR 82, 83 I, 91, 96) dem Erreichen des geschuldeten Erfolgs nicht entziehen kann, weder dadurch, dass er die Leistung verweigert, noch dadurch, dass er sich durch ein Kündigungsrecht von seiner Verbindlichkeit löst<sup>760</sup>. Es ist daher nicht stringent, eine klagbare, zur Realerfüllung berechtigende Mitwirkungspflicht neben das Kündigungsrecht des Bestellers zu stellen. Im Gegenteil ist als gesetzliche Konzeption anzunehmen, dass dem Unternehmer angesichts von OR 377 *kein Realerfüllungsanspruch* auf Erbringung der Mitwirkung und damit auf Werkausführung zusteht.

- 564 c. In keinem logischen Widerspruch stünde das Kündigungsrecht immerhin zu einer *nicht klagbaren, somit rein kompensatorischen Mitwirkungspflicht* des Bestellers, bei deren Verletzung der Besteller dem Unternehmer, ein Verschulden vorausgesetzt, «nur» schadenersatzpflichtig würde. Tatsächlich könnten eine kompensatorische Mitwirkungspflicht und das freie Kündigungsrecht im selben Vertrag widerspruchsfrei koexistieren, weil sie bzw. ihre Entschädigungsfolgen unterschiedliche Zwecke verfolgen<sup>761</sup>. Allerdings ist diese theoretische Vereinbarkeit allein kein Beleg dafür, dass der Besteller im Werkvertrag einer kompensatorischen Mitwirkungspflicht unterliegt.
- 565 3. Betrachtet man als Nächstes den **Teilvergütungs- und Entschädigungsanspruch**, den OR 377 dem Unternehmer verleiht, so spricht hier nichts für eine auch nur kompensatorische Mitwirkungspflicht des Bestellers:
- 566 a. Infolge seiner Kündigung nach OR 377 schuldet der Besteller dem Unternehmer eine *Teilvergütung* im Umfang der «bereits geleisteten Arbeit». Der Passus ist unvollständig, weil damit dieselbe Teilvergütung gemeint ist, wie sie der Besteller im Fall von OR 378 I schuldet; miteingeschlossen sind also auch die «im Preise nicht inbegriffenen Auslagen». Es kann hier auf die Aus-

---

<sup>759</sup> Vgl. WELLER, Habil., S. 286.

<sup>760</sup> A.M. FUCHS, Diss., S. 359; KAPPELLMANN/SCHIFFERS/MARKUS, Bd. 1, Rz 1280.

<sup>761</sup> Der Zweck der kompensatorischen Mitwirkungspflicht geht dahin, den Unternehmer für Nachteile schadlos zu halten, die ihm *während der Zeit des Vertragsvollzugs* daraus entstehen, dass der Besteller nicht oder schlecht mitwirkt. Das Kündigungsrecht soll dem Bauherrn dagegen erlauben, vorzeitig vom Vertrag abzugehen.

fürungen in Rz 1432 ff. verwiesen werden, wo festgestellt wird, dass OR 378 I dem Unternehmer unter diesem Titel keinen selbstständigen Mehrvergütungs- oder sonstigen Kompensationsanspruch für mitwirkungsbedingte Vermögenseinbussen gewährt.

**b.** Der Besteller schuldet dem Unternehmer im Kündigungsfalle zudem «volle Schadloshaltung». Dieser *Schadenersatzanspruch* erfasst jedenfalls solche Nachteile *nicht*, die der Unternehmer während der Vertragsdauer aus verspäteter oder fehlerhafter Mitwirkung erleidet. Dabei spielt es keine Rolle, ob man die Kündigung des Bestellers nach OR 377 als pflichtwidrig auffasst oder nicht. Diese Streitfrage kann zwar mit der überwiegenden Auffassung verneint werden<sup>762</sup>; der in OR 377 verankerte «Einbruch in den Grundsatz der Vertragstreue»<sup>763</sup> ist ein gesetzlich legitimierter<sup>764</sup>. Doch selbst wenn dem nicht so wäre, würde sich der Schadenersatzanspruch zwar über das Vergütungsinteresse hinaus auf den gesamten, «reine[n] Nichtausführungsschaden»<sup>765</sup> erstrecken, einschliesslich «vergütungsunabhängige[r]» Vermögensnachteile wie dem Gewinn aus allfälligen Drittaufträgen, die ihm aus der Nichtausführung entgehen<sup>766</sup>. Immer aber wäre dieser Schadenersatzanspruch auf Vermögenseinbussen beschränkt, die adäquat kausal *auf die Vertragsauflösung zurückzuführen sind*. Mitwirkungsbedingte Vermögenseinbussen, die ihre Ursache begriffsgemäss nicht in der vorzeitigen Vertragsbeendigung haben können, sind hiervon nicht erfasst. Aus der Schadloshaltungsfolge von OR 377 lässt sich deshalb nichts zugunsten einer kompensatorischen Mitwirkungspflicht des Bestellers ableiten.

<sup>762</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rz 543 ff.; im Ergebnis gleich bei PETERS/JACOBY, Staudinger-BGB, § 642 N 18: Der Abschluss des Werkvertrags bedeutet eine schwerwiegende Prognoseentscheidung, deren Korrektur ohne Pflichtverletzung möglich bleiben soll. Anders, wenn man dem Kündigenden mit WERRO, BR/DC 1991, S. 56 f. zwar nicht die Macht, aber die Berechtigung zur Kündigung abspricht.

<sup>763</sup> BGE 117 II 273/276 E. 4b.

<sup>764</sup> Aus diesem Grund erhält der Unternehmer unter OR 377 nebst der Teilvergütung lediglich ersetzt, was er bei pflichtgemässer Werkausführung *durch die Vergütung netto* gewonnen hätte, korrigiert um die Vorteile, die ihm aufgrund der frühzeitigen Kündigung zufallen oder die er absichtlich zu erlangen verweigert (GAUCH, Werkvertrag, Rz 546 ff.).

<sup>765</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rz 550, 589.

<sup>766</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rz 550.

- 568 **4. Im Ergebnis** kann aus OR 377 abgeleitet werden, dass den Besteller im Werkvertrag keine klagbare Pflicht zur Mitwirkung trifft. Ob allerdings den Besteller allenfalls eine rein kompensatorische Mitwirkungspflicht trifft, die den Unternehmer zwar nicht zur Werkausführung, wohl aber zum Ersatz mitwirkungsbedingter Vermögenseinbussen berechtigt, lässt sich auf der Grundlage von OR 377 weder beweisen noch falsifizieren.

**e. Zufälliger Untergang des Werks (OR 376 I)**

- 569 **1.** «Geht das Werk vor seiner Übergabe durch Zufall zugrunde, so kann der Unternehmer weder Lohn für seine Arbeit noch Vergütung seiner Auslagen verlangen, ausser wenn der Besteller sich mit der Annahme im Verzug befindet» (OR 376 I). Die Bestimmung enthält eine **Gefahrtragungsregel** für den Fall, dass das Werk vor seiner Ablieferung zufällig untergeht<sup>767</sup>, und zwar in Abhängigkeit davon, ob der Besteller mit der «Annahme» in Verzug ist oder nicht. Gemeint ist der Verzug sowohl mit Annahme- als auch mit Vorbereitungshandlungen<sup>768</sup>, also Gläubigerverzug im Sinne von OR 91. Solange der Besteller nicht im Gläubigerverzug steht, trägt der Unternehmer die Leistungs- und Preisgefahr. Geht das Werk vor der Ablieferung zufällig unter, wird er weder von seiner Werkleistungspflicht befreit noch hat er Anspruch auf Vergütung der geleisteten Arbeit. Steht aber der Besteller beim zufälligen Untergang im Gläubigerverzug, wird der Unternehmer grundsätzlich von seiner Leistungspflicht befreit und hat er Anspruch auf Vergütung der geleisteten Arbeit und der getätigten Auslagen<sup>769</sup>. Eine Ergänzung der Regel findet sich in OR 376 II: «Der Verlust des zugrunde gegangenen Stoffes trifft in diesem Falle den Teil, der ihn geliefert hat.» Geht also das Werk zufällig unter, trägt diejenige Vertragspartei, die den Werkstoff geliefert hat, hierfür die Sachgefahr<sup>770</sup>. Im Gläubigerverzug des Bestellers allerdings trägt dieser die Sachgefahr auch für jenen Werkstoff, der vom Unternehmer geliefert wurde<sup>771</sup>.

---

<sup>767</sup> Zufall meint ein Ereignis, für das weder der Unternehmer noch der Besteller verantwortlich sind und schliesst höhere Gewalt mit ein (GAUCH, Werkvertrag, Rz 1186).

<sup>768</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rz 1191; KOLLER J., Diss., S. 17 f. Gemeint sind überdies andere Verhinderungsgründe im Sinne von OR 96 (vgl. ZINDEL/PULVER/SCHOTT, BSK-OR, Art. 376 N 13).

<sup>769</sup> Z.G. ZINDEL/PULVER/SCHOTT, BSK-OR, Art. 376 N 27, 30, 32.

<sup>770</sup> ZINDEL/PULVER/SCHOTT, BSK-OR, Art. 376 N 29.

<sup>771</sup> Vgl. ZINDEL/PULVER/SCHOTT, BSK-OR, Art. 376 N 16.



2. Dass der Besteller während des Vertragsvollzugs einer Mitwirkungspflicht 570 unterstehe, geht aus diesen Bestimmungen nicht hervor. Regelungsgegenstand dieser Normen ist nicht das Mitwirkungsversäumnis an sich, sondern der Verbleib der Leistungs- und Preisgefahr, wenn das Werk zufällig untergeht. Ein Berührungspunkt zum Mitwirkungsversäumnis besteht insofern, als durch dieses die Leistungs- und Preisgefahr auf den Besteller übergeht. Doch zum einen wirkt sich diese Rechtsfolge erst in Verbindung mit dem zufälligen Untergang des Werks aus, womit sie in einiger Distanz zu Sachverhalten der versäumten Bestellermithwirkung steht. Zum anderen führt der zufällige Untergang in diesem Fall zur Vertragsbeendigung, weil der Besteller die Leistungsgefahr trägt<sup>772</sup>. Der primäre Regelungsgegenstand von OR 376 I ist also – zumindest im Gläubigerverzug des Bestellers – nicht das Mitwirkungsversäumnis *per se*, sondern die Rechtsfolge der **zufallsbedingten Vertragsbeendigung**. Schon strukturell ist die Norm damit ungeeignet, um eine Aussage über die Verbindlichkeit der Mitwirkung zu treffen.

3. Die **Teilvergütungspflicht des Bestellers** in OR 376 I («Lohn für seine 571 Arbeit» und «Vergütung seiner Auslagen») entspricht derjenigen in OR 377 und 378 I; sie wird im Zusammenhang mit dem Verhältnis der Kompensationsansprüche zu anderen Ansprüchen diskutiert (Rz 1439 m.V.). Dort wird festzustellen sein, dass die Norm dem Unternehmer unter diesem Titel keinen selbstständigen Mehrvergütungs- oder sonstigen Kompensationsanspruch für mitwirkungsbedingte Vermögenseinbussen gewährt. Der Rechtsgedanke von OR 376 I liegt vielmehr darin, die für den Unternehmer strenge Gefahrtragsregel für den Fall des Mitwirkungsverzugs in billiger Weise aufzuweichen, indem der Unternehmer die Leistungs- und Preisgefahr zumindest dann nicht tragen soll, wenn der Werkuntergang auf die fehlerhafte Mitwirkung des Bestellers zurückzuführen ist. Das entspricht einerseits einer häufig postulierten Rechtsfolge des Gläubigerverzugs<sup>773</sup> und andererseits der typischen Sanktionierungsstruktur der Obliegenheit: Der Unternehmer behält seinen «anteiligen» Vergütungsanspruch, gewinnt darüber hinaus aber keine Rechte gegenüber dem Besteller, während der Besteller für den nunmehr

<sup>772</sup> ZINDEL/PULVER/SCHOTT, BSK-OR, Art. 376 N 30.

<sup>773</sup> Vgl. z.G. GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz 2438 ff. m.w.N.; vgl. auch BGB § 300 II: «Wird eine nur der Gattung nach bestimmte Sache geschuldet, so geht die Gefahr mit dem Zeitpunkt auf den Gläubiger über, in welchem er dadurch in Verzug kommt, dass er die angebotene Sache nicht annimmt».

untergegangenen – für ihn also nutzlosen – Werkteil vergütungspflichtig bleibt.

**f. Verursachung des Werkuntergangs (OR 376 III)**

- 572 **1.** «Ist das Werk wegen eines Mangels des vom Besteller gelieferten Stoffes oder des angewiesenen Baugrundes oder infolge der von ihm vorgeschriebenen Art der Ausführung zugrunde gegangen<sup>774</sup>, so kann der Unternehmer, wenn er den Besteller auf diese Gefahren rechtzeitig aufmerksam gemacht hat, die Vergütung der bereits geleisteten Arbeit und der im Lohne nicht eingeschlossenen Auslagen und, falls den Besteller ein Verschulden trifft, überdies Schadenersatz verlangen» (OR 376 III).
- 573 **2.** Der **Anwendungsbereich** dieser Norm ist umstritten. Die «Sphärentheorie» geht dahin, dass die drei in der Norm genannten Untergangsgründe in dem Sinne zu verallgemeinern seien, dass *alle* Ursachen aus der Risikosphäre des Bestellers, die zum Untergang des Werks führen, analog unter diesen Tatbestand zu subsumieren sind. Eine andere Meinung geht davon aus, dass die drei Beendigungsgründe eng zu lesen sind und die Rechtsfolge der Bestimmung nur zurückhaltend auf andere Untergangsursachen anzuwenden ist<sup>775</sup>. Die Frage muss hier nicht beantwortet werden, denn zum einen ist evident, dass bereits die drei im Tatbestand genannten Tatbestandsvarianten – die Bereitstellung des Baugrunds, die Lieferung von Werkstoff, die Erteilung von Weisungen – **Mitwirkungsleistungen** sind, d.h. die Norm also Rechtsfolgen mindestens an *diese* Tatbestände der Schlechtmithwirkung knüpft. Zum anderen geht selbst die restriktivere Auslegungsweise von OR 376 III davon aus, dass die Norm auf Mitwirkungsleistungen im Allgemeinen anwendbar sei<sup>776</sup>.

---

<sup>774</sup> BÜHLER, ZK-OR, Art. 376 N 9: «Untergang» und «Zugrundegehen» meinen die Zerstörung des Werks. Vgl. ZINDEL/PULVER/SCHOTT, BSK-OR, Art. 376 N 5: Miterfasst ist auch die zufällige Verschlechterung des Werks.

<sup>775</sup> Vgl. GAUCH, Werkvertrag, Rz 1193, 1197 f., 1199 ff. m.w.N.; KOLLER J., Diss., S. 17 f.; ZINDEL/PULVER/SCHOTT, BSK-OR, Art. 376 N 22. Vgl. zur Ausweitung der Bestimmung i.S.d. Sphärentheorie: BUCHER, OR BT, S. 207; PEDRAZZINI, SPR VII/1, S. 544, 547.

<sup>776</sup> Vgl. GAUCH, Werkvertrag, Rz 1199 ff. m.w.N.; ZINDEL/PULVER/SCHOTT, BSK-OR, Art. 376 N 22.

3. Nachdem die Norm offenbar auf Tatbestände der Schlechtmithwirkung 574 zielt, stellt sich die Frage, ob die Regel geeignet ist, eine Aussage über die Verbindlichkeit der Bestellermithwirkung zu treffen. Von Teilen der Literatur wird das bejaht und aus OR 376 III (und OR 378 II) gar gefolgert, dass das gesetzliche Werkvertragsrecht den Unternehmer **vor jeglichen mithwirkungsbedingten Vermögenseinbußen** schützen will, namentlich auch solchen, die nicht aus dem Untergang des Werks (bzw. der Unmöglichkeit der Werkausführung) entstehen. Der Besteller<sup>777</sup> trage eine *unselbstständige Nebenpflicht* zur rechtzeitigen und richtigen Mithwirkung, was «in Übereinstimmung mit der von Art. 376 und 378 OR getroffenen gesetzlichen Regelung» stehe<sup>778</sup>. Das ist aus den folgenden Gründen zu *verneinen*:

a. Der *Anwendungsbereich der Norm* ist nicht geeignet, Rückschlüsse über 575 den Verbindlichkeitsgrad der Bestellermithwirkung zu ziehen. Ihrer Natur nach ist OR 376 III, wie ja auch OR 376 I/II, eine Gefahrtragungsregel. Sie greift, wenn eine der normierten Mithwirkungsleistungen des Bestellers zum Untergang des angefangenen Werks führt, und verortet für diesen Fall die Leistungsgefahr beim Besteller, befreit also den Unternehmer von seiner Leistungspflicht. Die Norm regelt in erster Linie einen Tatbestand der *Vertragsbeendigung*<sup>779</sup>, wobei der Fall im Vordergrund steht, da die *Schlechtmithwirkung* des Bestellers zur Beendigung durch Werkuntergang führt. Aus der Norm lässt sich für den Besteller die Obliegenheit ableiten, dass er in dem Masse richtig mithwirkt, wie es erforderlich ist, damit das Werk durch seine Mithwirkungsleistung nicht zugrunde geht. Das Mithwirkungsversäumnis dagegen erfasst die Norm dem Wortlaut nach zunächst überhaupt nicht. Will man sie trotzdem (analog) auf das Mithwirkungsversäumnis zur Anwendung bringen, so sind schon praktisch kaum Fälle denkbar, in denen das Versäumnis *an sich* zum Werkuntergang führt<sup>780</sup>. Auch dann aber beschränkte sich der Gehalt der Norm auf die Obliegenheit des Bestellers, das Werk nicht durch verspätete oder gar nicht erfolgende Mithwirkung untergehen zu lassen.

<sup>777</sup> ZELTNER spricht zwar in Rz 341 ff. von der Mithwirkungspflicht des «Bauherrn», doch stützt er sich bei seiner Begründung auf die gesetzlichen Normen von OR 376 III und 378 II, die bekanntlich nicht nach dem Typus des Werkvertrags unterscheiden. Sein Votum kann also so verstanden werden, dass alle Bestellermithwirkung Pflicht sein soll.

<sup>778</sup> ZELTNER, Diss., Rz 345, 348. Dieser Auffassung folgt scheinbar auch HENNINGER, BRT 2005, S. 266 f.

<sup>779</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rz 1204.

<sup>780</sup> «Selten» immerhin bei GAUCH, Werkvertrag, Rz 1193.

Was aber gelten soll, wenn die Schlechtmithwirkung bzw. das Mitwirkungsversäumnis *nicht* zum Untergang führt, sagt die Norm nicht. Ihr Regelungsgegenstand ist deshalb nicht geeignet, eine Aussage darüber zu treffen, ob der Besteller im bestehenden Werkvertrag generell rechtzeitig und/oder richtig mitzuwirken habe.

- 576 **b.** Auch davon abgesehen umschreibt OR 376 III grundsätzlich kein pflichtwidriges Bestellerverhalten. Zumindest für den Fall, dass den Besteller *nicht* «ein Verschulden trifft» (OR 376 III), scheint das selbstverständlich: Systematisch ist OR 376 III eine Gefahrtragungsregel. Sie stellt Fälle, in denen das Werk durch die (Nicht-)Mitwirkung des Bestellers untergeht, denen des zufälligen Werkuntergangs im Annahmeverzug gleich. Das ist nichts anderes als die Fortführung des in OR 376 I geäußerten Rechtsgedankens, dass der Unternehmer die Preisgefahr zumindest dann nicht tragen solle, wenn das Werk ohne die fehlerhafte Mitwirkung des Bestellers nicht untergegangen wäre. Verletzt der Besteller seine Obliegenheit, gelangt wiederum dieselbe, für Obliegenheiten typische Rechtsfolge zur Anwendung wie schon unter OR 376 I. Der Unternehmer gewinnt keine neuen Rechte gegen den Besteller, doch behält er seinen anteiligen Vergütungsanspruch, d.h. der Besteller ist für einen nunmehr unbrauchbaren Werkteil vergütungspflichtig.
- 577 **c.** Ob der Besteller dagegen pflichtwidrig handelt, wenn ihn hinsichtlich seines Mitwirkungsfehlers «ein Verschulden trifft» (OR 376 III), kann angesichts der angeordneten Rechtsfolge – ein verschuldensabhängiger *Schadenersatzanspruch* – nicht ohne weiteres ausgeschlossen werden. Die herrschende Meinung, die m.E. überzeugt, geht dahin, dass das «Verschulden» des Bestellers im Sinne dieser Bestimmung untechnisch zu verstehen ist<sup>781</sup>, d.h. beim Besteller keine Pflichtwidrigkeit impliziert<sup>782</sup>. Unter dieser Annahme ist es folgerichtig, den Schadenersatzanspruch analog zu jenem von OR 377 zu bemessen<sup>783</sup>, d.h. (nur) nach dem Vergütungsinteresse des Unternehmers

---

<sup>781</sup> Vgl. BÜHLER, ZK-OR, Art. 376 N 66; GAUCH, Werkvertrag, Rz 1210 m.V.a. Rz 736 f., 1210a.

<sup>782</sup> Es ist nicht ausgeschlossen, dass der Besteller anlässlich des Mitwirkungsversäumnisses oder der Schlechtmithwirkung Treuepflichten verletzt (dazu Rz 697 ff., 708 ff.), unabhängig davon, ob der Mitwirkungsfehler zum Untergang des Werks führt oder nicht. Doch gründet dann die Pflichtwidrigkeit seines Handelns in der Verletzung einer solchen Treuepflicht und nicht in der Verursachung des Werkuntergangs.

<sup>783</sup> Vgl. zur Identität der «Schadloshaltungsansprüche» des Unternehmers in OR 376 III, 377 und 378 II: GAUCH, Werkvertrag, Rz 1212.

(Rz 567). Wäre mit dem Verschuldensfall in OR 376 III dagegen eine Pflichtwidrigkeit des Bestellers gemeint<sup>784</sup>, müsste zwar der Schadenersatzanspruch des Unternehmers analog dem in Rz 567 Gesagten ausgedehnt werden. Doch könnte sich der Schadenersatzanspruch in beiden Fällen nur auf solche Einbussen beziehen, die dem Unternehmer adäquat kausal – und erst – aus der Pflichtverletzung erwachsen, d.h. aus dem Herbeiführen des Werkuntergangs und der damit einhergehenden, frühzeitigen Vertragsbeendigung. Mitwirkungsbedingte Vermögenseinbussen dagegen, die ihre Ursache begriffsgemäss im Mitwirkungsversäumnis – nicht im Untergang des Werks – haben, werden hiervon nicht erfasst. Der Schadenersatzanspruch indiziert vielmehr, dass die Obliegenheits- bzw. die Pflichtwidrigkeit des Bestellers nicht schon darin bestehen kann, schuldhaft verspätet, unrichtig oder gar nicht mitgewirkt zu haben, sondern nur und erst darin, auf diese Weise die vorzeitige Vertragsbeendigung bewirkt und so das Erzielen des Nettogewinns verunmöglicht zu haben. Eine Pflicht des Bestellers, ganz allgemein rechtzeitig und/oder richtig mitzuwirken, liesse sich damit selbst dann nicht aus OR 376 III ableiten, wenn man den vom Besteller verschuldeten Werkuntergang als Pflichtverletzung auffasst.

#### **g. Verursachung dauerhafter Leistungsunmöglichkeit (OR 378)**

1. «Wird die Vollendung des Werkes durch einen beim Besteller eingetretenen Zufall unmöglich, so hat der Unternehmer Anspruch auf Vergütung der geleisteten Arbeit und der im Preise nicht inbegriffenen Auslagen» (OR 378 I). Die Regel ist eine *lex specialis* zu OR 119 I für den Fall, dass die Werkleistung nachträglich, dauerhaft, objektiv und zufällig – d.h. von keiner Partei verschuldet<sup>785</sup> – unmöglich wird<sup>786</sup>. Der Tatbestand setzt ausserdem voraus, dass der Zufall «beim Besteller» eingetreten ist, d.h. der Grund der Unmöglichkeit «in der Person des Bestellers oder in dessen Gefahrenkreis»<sup>787</sup> liegt, wobei es zum Ermessensentscheid im konkreten Einzelfall gerät, ob dem Besteller der Unmöglichkeitsgrund zuzurechnen ist. In der

<sup>784</sup> So immerhin ZELTNER, Diss., Rz 341 ff.

<sup>785</sup> ZINDEL/PULVER/SCHOTT, BSK-OR, Art. 378 N 15. Ausführlicher GAUCH, Werkvertrag, Rz 724.

<sup>786</sup> ZINDEL/PULVER/SCHOTT, BSK-OR, Art. 378 N 6.

<sup>787</sup> ZINDEL/PULVER/SCHOTT, BSK-OR, Art. 378 N 16 («[...] Ereignisse [...], die sich in seinem [des Bestellers] Einflussbereich zutragen oder seine persönlichen Lebensverhältnisse (oder diejenigen von Personen auf seiner Seite) betreffen, da und soweit sie nicht zum typischen Risiko der Werkherstellung gehören [...]», m.w.N.).

Essenz handelt es sich um eine gesetzliche Risikozuweisung zulasten des Bestellers für jeden ihm nach billigem Ermessen zuzurechnenden (aber nicht verschuldeten) Unmöglichkeitssgrund. Den Fall, da den Besteller ein Verschulden trifft, behandelt demgegenüber **OR 378 II**: «Hat der Besteller die Unmöglichkeit der Ausführung verschuldet, so kann der Unternehmer überdies Schadenersatz fordern».

579 **2.** Wenn man der Sphärentheorie folgt, kommen unter OR 378 im Vergleich zu OR 376 III «beim Besteller» vielfältigere tatbestandsauslösende Ursachen in Betracht<sup>788</sup>, jedenfalls aber auch hier Mitwirkungsfehler des Bestellers<sup>789</sup>, *soweit* sie zur Unmöglichkeit der Werkausführung führen. Es fragt sich dementsprechend bei dieser Bestimmung, was sie für die Verbindlichkeit der Bestellermithwirkung bedeutet. Auch aus OR 378 II, wie schon aus OR 376 III, wird in der Literatur teilweise auf die **unselbstständige Nebenpflicht** des Bestellers geschlossen, rechtzeitig und richtig mitzuwirken (vgl. Rz 574 ff.)<sup>790</sup>, was freilich mit Verweis auf die dortigen Ausführungen auch hier zu **verneinen** ist:

580 **a.** Auch OR 378 regelt das Mitwirkungsversäumnis bzw. die Schlechtmithwirkung nicht *per se*, sondern nur und einzig im Zusammenhang mit dem Fall, da der Mitwirkungsfehler zur Unmöglichkeit der Werkausführung führt. Wie unter OR 376 I (letzter Satz) und III lastet die Preis- und Leistungsgefahr in diesen Fällen auf dem Besteller, sodass der Unternehmer von seiner Leistungspflicht befreit wird. Auch OR 378 regelt also einen besonderen Fall der vorzeitigen *Vertragsbeendigung* (siehe schon Rz 575). Was gelten soll, wenn der Mitwirkungsfehler *nicht* zur Leistungsunmöglichkeit führt, sagt auch diese Norm nicht. Von OR 378 kann ausserdem noch weniger als von OR 376 auf die Verbindlichkeit der Mitwirkung im *fortbestehenden* Vertrag

---

<sup>788</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rz 724 f.; ZINDEL/PULVER/SCHOTT, BSK-OR, Art. 378 N 6.

<sup>789</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rz 724 f. Zumindest die *Schlechtmithwirkung* dürfte mindestens im gleichen Umfang erfasst sein wie unter OR 376 III (vgl. ZINDEL/PULVER/SCHOTT, BSK-OR, Art. 378 N 16). Bsp.: Die Lieferung ungeeigneter Chemikalien für die Restaurierung eines Gemäldes, eine Schlechtmithwirkung des Bestellers, führt zur irreversiblen Schädigung des Gemäldes. Aber auch ein Mitwirkungsversäumnis kann – etwa bei einem absoluten Fixgeschäft – zur Unmöglichkeit der Werkausführung führen.

<sup>790</sup> Wie schon im Zusammenhang mit OR 376 III erwähnt (Fn 777), spricht ZELTNER in Rz 341 ff. zwar von der Mitwirkungspflicht des «Bauherrn», doch erstreckt sich seine Einschätzung, insofern sie auf den gesetzlichen Bestimmungen von OR 376 III und 378 II fusst, auf alle Bestellermithwirkung.

rückgeschlossen werden, weil das Mitwirkungsversäumnis und die Verursachung von Leistungsunmöglichkeit sich gegenseitig ausschliessen: Gläubigerverzug kommt nur in Betracht, solange die Erfüllung noch möglich ist; Unmöglichkeit schliesst Gläubigerverzug aus (Rz 85).

**b.** Selbst aber wenn man von der Regel Rückschlüsse über die Bestellermi- 581  
wirkung ziehen wollte, so liefert zumindest Absatz 1 *keine Hinweise für ein pflichtwidriges Handeln* des Bestellers: Tatsächlich behandelt die Norm das unverschuldete Herbeiführen von Unmöglichkeit gleich wie den zufälligen Werkuntergang des Werks im Gläubigerverzug des Bestellers (OR 376 I). Auch in diesem Fall schuldet der Besteller die Vergütung der geleisteten Arbeit und – was in OR 376 I nicht erwähnt, aber mitgemeint ist – den Ersatz der in dieser Vergütung nicht inbegriffenen Auslagen. Leitgedanke der Norm ist, dass der Unternehmer die Preis- und Leistungsgefahr nicht zu tragen hat, wenn die Vereitelung der Werkausführung zwar zufällig eintritt, aber billigerweise der Bestellersphäre zuzurechnen ist. Daraus lässt sich nur, aber immerhin die Obliegenheit des Bestellers ableiten, das Werk nicht durch Ursachen zu verunmöglichen, die «bei ihm» liegen (OR 378 I). Kein Raum verbleibt unter Absatz 1 für eine entsprechende Pflicht des Bestellers, und noch viel weniger für eine Pflicht, in Ermangelung eines Unmöglichkeitstatbestands rechtzeitig und/oder richtig mitzuwirken.

**c.** Schliesslich indizieren auch das *Verschuldenskriterium* und der *Schaden-* 582  
*ersatzanspruch* in OR 378 II nicht, dass der Besteller pflichtwidrig handelt, wenn er die Leistungsunmöglichkeit zu vertreten hat. Das Verschuldenskriterium ist erfüllt, wenn der Besteller die Unmöglichkeit absichtlich verursacht, in Kauf nimmt oder sorgfaltswidrig nicht voraussieht bzw. nicht vermeidet<sup>791</sup>. Es ist strukturell dasselbe wie jenes von OR 376 III<sup>792</sup>: Es berücksichtigt die Vorwerfbarkeit, die dem Bestellerverhalten anhaftet, freilich ohne im Tatbestand eine Pflichtverletzung vorauszusetzen<sup>793</sup>. Dabei rechtfertigt sich die Rechtsfolge, den Unternehmer wie in OR 377 und 376 III (bei Verschul-

<sup>791</sup> Vgl. BÜHLER, ZK-OR, Art. 376 N 66.

<sup>792</sup> HÜRLIMANN/SIEGENTHALER, CHK-OR, Art. 378 N 2.

<sup>793</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rz 736 f. (vgl. auch a.a.O., Rz 734: Rechtsfolgekongruenz zwischen OR 378 II und 377); KOLLER A., Werkvertragsrecht, Rz 287 f. Vgl. a.a.O., Rz 288: Die Kriterien, anhand derer das Verschulden umschrieben wird, seien dieselben, wie beim «eigentlichen» Verschulden; dem Besteller müsse der Vorwurf gemacht werden können, er «habe sich nicht so verhalten, wie es von ihm unter den gegebenen Umständen zu erwarten gewesen wäre».

den) in Höhe seines Vergütungsinteresses zu kompensieren. Im Übrigen aber schädigt sich der Besteller in erster Linie selbst, wenn er die Werkausführung verunmöglicht<sup>794</sup>. Die Norm stipuliert damit eine Gefahrtragungsregel für einen besonderen Fall der Leistungsunmöglichkeit, nicht aber eine Pflichtverletzungsregel. Doch selbst wenn man das Verunmögliche der Werkausführung als Pflichtverletzung des Bestellers erachten wollte und den Schadenersatzanspruch des Unternehmers auf den gesamten, «reinen Nichtausführungsschaden» ausweitete, führt das nicht weiter: Der Ersatzanspruch beschränkte sich diesfalls weiterhin auf Nachteile, die dem Unternehmer adäquat kausal – und erst – aus der Pflichtverletzung erwachsen. Nicht erfasst wären demgegenüber mitwirkungsbedingte Vermögenseinbussen, die ihre Ursache im Mitwirkungsversäumnis, nicht in der Verunmöglichung der Werkherstellung haben (vgl. Rz 577).

#### **h. Annahme des Werks beim Ausfall des Unternehmers (OR 379)**

- 583 «Stirbt der Unternehmer oder wird er ohne seine Schuld zur Vollendung des Werkes unfähig, so erlischt der Werkvertrag, wenn er mit Rücksicht auf die persönlichen Eigenschaften des Unternehmers eingegangen war» (OR 379 I). «Der Besteller ist verpflichtet, den bereits ausgeführten Teil des Werkes, soweit dieser für ihn brauchbar ist, anzunehmen und zu bezahlen» (OR 379 II). Absatz 2 könnte aufgrund seines Wortlauts so ausgelegt werden, dass den Besteller eine **Pflicht** trifft, das **angefangene Werk abzunehmen**<sup>795</sup>. In der Literatur wird das teilweise bejaht und gar auf die Entgegennahme des vollendeten Werks ganz allgemein ausgedehnt<sup>796</sup>. Die überwiegende Auffassung *verneint* das aber und erblickt in OR 379 II lediglich die gesetzliche Klarstellung dafür, dass der Besteller sich seiner Vergütungspflicht nicht entziehen könne, indem er das angefangene Werk nicht abnimmt<sup>797</sup>. Die Auffassung überzeugt, weil zumindest eine *durchsetzbare* Abnahmepflicht mit dem jederzeitigen Kündigungsrecht des Bestellers nach

---

<sup>794</sup> Wie unter OR 376 III (bei Verschulden des Bestellers) ist auch hier nicht auszuschliessen, dass der Besteller durch seinen Mitwirkungsfehler zugleich eine Treuepflicht verletzt: vgl. Fn 782 (vgl. auch GAUCH, Werkvertrag, Rz 737).

<sup>795</sup> Vgl. KELLER M./SCHÖBI, S. 231 f.

<sup>796</sup> GEHRER, S. 181; WEBER, BK-OR, Art. 91 N 69 m.w.N. A.M., aber mit Differenzierungen KOLLER A., Werkvertragsrecht, Rz 170 f. m.w.N.

<sup>797</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rz 765 m.w.N.; KOLLER A., Werkvertragsrecht, Rz 266 m.V.



OR 377 in Widerspruch steht<sup>798</sup> (Rz 563). Ausserdem ist nicht ersichtlich, weshalb das Interesse des Unternehmers ausgerechnet an der Abnahme des vollendeten Werks ausgeprägter ausfiele und mehr gesetzlichen Schutz verdiente als sein Interesse an anderen Mitwirkungsleistungen. Schliesslich ist allen Mitwirkungsleistungen gemeinsam, dass dem Schuldner die gehörige Erfüllung gleichermassen verunmöglicht wird, wenn sie ausbleiben (vgl. Rz 239 ff.)<sup>799</sup>. Eine wie auch immer geartete Pflicht des Bestellers zur Abnahme kann aus OR 379 II, seinem Wortlaut zum Trotz, nicht abgeleitet werden.

### 3. Wertungsabgleiche

1. Nachdem das gesetzliche Werkvertragsrecht keine Mitwirkungspflicht des Bestellers vorsieht, bleibt zu fragen, ob das Fehlen einer solchen Regel ein Regelungsversäumnis darstellt, also das Gesetz in diesem Punkt planwidrig unvollständig ist und demnach eine Gesetzeslücke vorliegt. Bei der Ermittlung von Gesetzeslücken ist grundsätzlich von der Vollständigkeit des Gesetzes auszugehen, wenn eine solche Auslegung Sinn ergibt<sup>800</sup>. Der Gesetzgeber hat in OR 91 ff. die Rechtsfolgen der Gläubigermitwirkung geregelt und den Verbindlichkeitsgrad derselben zum Ausdruck gebracht (dazu Rz 165 ff.). Vor diesem Hintergrund bleibt noch zu prüfen, ob das Gesetz im

<sup>798</sup> GAUTSCHI, BK-OR, Art. 378/379 N 17 m.V.a. auf den Art. 1675 II des italienischen Codice Civile, wonach der Besteller nur zur Bezahlung eine Pflicht trage, zur Abnahme dagegen ein Recht habe.

<sup>799</sup> A.M. GEHRER, S. 174 Fn 14, wonach die Abnahme im Werkvertrag unabhängig vom Leistungsinhalt immer eine Bestellerpflicht sein soll, weil die Nichtabnahme für den Unternehmer ein besonderes, «nicht oder schwer kalkulierbares Risiko» darstellt. Aufgrund der Totalität, mit welcher jedes Mitwirkungsversäumnis (nicht nur das Annahmeversäumnis) die gehörige Erfüllung verhindert, sind solche Differenzierungen m.E. nicht am Platz. Lässt man sich aber darauf ein, ist im Bauwesen gerade das Gegenteil festzustellen: Nach Vollendung des Bauwerks (das der Unternehmer ja nicht «lagern» muss) vermag der Unternehmer seine Produktionsfaktoren anderen Aufträgen zuzuwenden; ein allfälliger Verzug mit der Abnahme des Bauwerks ist für ihn tendenziell verkraftbarer als eine Stehzeit oder eine Leistungserschwerung während der Werkausführung.

<sup>800</sup> EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, BK-ZGB, Art. 1 N 349.

Werkvertragsrecht aufgrund von Wertungsungleichheiten eine **Ausnahme** von der Obliegenheitsregel vorsehen müsste («Ausnahmelücke»<sup>801</sup>).

- 585 **2.** Eine solche Wertungsungleichheit läge vor, wenn in Fällen, in denen das Gesetz eine Mitwirkungspflicht des Gläubigers anordnet, der Rechtsgedanke dieser Regelung auf den Besteller im Werkvertrag übertragbar ist. Das Sanktionensystem der Gläubigermitwirkung (Rz 189 ff.) zeigt, dass nur entweder einzelne Mitwirkungsleistungen innerhalb bestimmter Vertragstypen Mitwirkungspflichten sind (zum Beispiel OR 204 I, 257g, VVG 68), oder aber innerhalb eines Vertragstyps die Gläubigermitwirkung schlechthin Pflicht ist, so namentlich in OR 418f in Verbindung mit 418m. Aus den «isolierten» Mitwirkungspflichten einzelner Vertragstypen kann für den Werkvertrag m.E. nichts gewonnen werden, weil die Rechtsgedanken dieser Regelungen zu diffus und/oder zu singulär und keiner Analogie zugänglich sind. Die pauschale *Mitwirkungspflicht des Auftraggebers im Agenturvertrag in OR 418f in Verbindung mit 418m* dagegen verdient einen Vergleich mit der Bestellermithwirkung (**a.**). Ebenfalls näher zu beleuchten ist sodann die Frage, ob nicht die Bestellermithwirkung je nach Ausgestaltung des Werkvertrags in die Nähe eines *gesellschaftsrechtlichen Schuldverhältnisses* rückt (**b.**).

**a. Abgleich mit der Mitwirkung des Auftraggebers im Agenturvertrag (OR 418f I)**

- 586 **1.** Ein Agent im Sinne von OR 418a übernimmt die Verpflichtung, «dauernd für einen oder mehrere Auftraggeber Geschäfte zu vermitteln [Vermittlungsagent] oder in ihrem Namen und für ihre Rechnung abzuschliessen [Abschlussagent], ohne zu den Auftraggebern in einem Arbeitsverhältnis zu stehen». Dabei verpflichtet OR 418f I den Auftraggeber wie folgt: «Der Auftraggeber hat **alles zu tun**, um dem Agenten die Ausübung einer erfolgreichen Tätigkeit **zu ermöglichen**.» Daran knüpft OR 418m I an, der lautet: «Der Auftraggeber hat dem Agenten eine angemessene Entschädigung zu bezahlen, wenn er ihn durch Verletzung seiner gesetzlichen oder vertragli-

---

<sup>801</sup> EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, BK-ZGB, Art. 1 N 352. Geht man davon aus, dass in OR 91 ff. die Mitwirkungsobliegenheit des Gläubigers gesetzlich für alle Schuldverhältnisse verankert ist, für die das Gesetz nichts anderes stipuliert, fällt eine Regelungslücke oder «offene» Lücke (vgl. EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, BK-ZGB, Art. 1 N 350) hinsichtlich der Besteller- oder Bauherrenmitwirkung ausser Betracht: Tatsächlich fehlt es demnach gerade nicht an einer Bestimmung, sondern es fragt sich, ob eine Ausnahmelücke vorliegt.

chen Pflichten schuldhaft daran verhindert, die Provision in dem vereinbarten oder nach den Umständen zu erwartenden Umfange zu verdienen. Eine gegenteilige Abrede ist ungültig.»

2. Der Normenkomplex ist, soweit ersichtlich, der **einzige im OR**, der den 587 Gläubiger (hier: den Auftraggeber) innerhalb eines bestimmten Vertragstyps in allgemeiner Weise verpflichtet, dem Schuldner (hier: dem Agenten) die Erbringung seiner Leistung ganz allgemein (seine «erfolgreiche Tätigkeit») zu ermöglichen, dies noch dazu unter Androhung eines Schadenersatzanspruchs<sup>802</sup>, der nicht zum Vornherein wegbedungen werden kann. Nach einhelliger Ansicht zwar geht OR 418f in seinem Wortlaut zu weit: Es sei schliesslich der Agent und nicht der Auftraggeber, der im Interesse des Auftraggebers die Zielgeschäfte zu vermitteln bzw. abzuschliessen habe, und die Interessen des Agenten seien getreu der Natur eines Auftragsverhältnisses jenen des Auftraggebers zu unterordnen. Die genaue Tragweite dieser Einschränkung muss hier nicht genauer beleuchtet werden, denn es scheint jedenfalls unstrittig zu sein, dass OR 418f I eine echte, schadenersatzbewehrte Mitwirkungspflicht des Auftraggebers enthält<sup>803</sup>. Das ist schon am zweiten Satz von OR 418f I zu erkennen, wonach gleich einem *pars pro toto* der Auftraggeber «*insbesondere die nötigen* Unterlagen zur Verfügung zu stellen [hat]»; das damit angesprochene Auftraggeberverhalten beinhaltet demnach erfüllungsrelevante Beiträge.

3. Vor diesem Hintergrund fragt sich, inwieweit die charakteristische Leistung im Agenturvertrag, auf deren Ermöglichung die Mitwirkungspflicht des Auftraggebers zielt, mit derjenigen des Werkvertrags vergleichbar ist. Dabei eröffnen sich **strukturelle Parallelen** zwischen der Agenturleistung des Agenten und der Werkleistung des Unternehmers: 588

<sup>802</sup> OR 418m I berechtigt den Agenten nach einhelliger Auffassung nicht lediglich zu einer «angemessenen Entschädigung», sondern zu vollem Schadenersatz (siehe BGE 122 III 66 E. 3d; WETTENSCHWILER, BSK-OR, Art. 418m N 1). Nach MIRFAKHRAEI, Diss., S. 35 f. greife OR 418m I nur, wenn die Entstehung des Provisionsanspruchs durch den Auftraggeber schuldhaft und definitiv verhindert worden ist. Wenn dagegen die Provision möglich bleibt, der Agent aber aus dem Mitwirkungsversagen des Auftraggebers Verzögerungs- oder anderen Schaden erlitten hat, habe er seinen Schadenersatzanspruch auf OR 97 I (und wohl auch auf OR 103 I) zu stützen. Vgl. auch BÜHLER, ZK-OR, Art. 418m N 7 m.w.N. («vollen Schadenersatz»).

<sup>803</sup> WETTENSCHWILER, BSK-OR, Art. 418f N 1 m.w.N.

- 589 **a.** Sowohl der Agent als auch der Unternehmer arbeiten *erfolgsbezogen*. Zwar verspricht nur der Unternehmer seinem Vertragspartner im Sinne einer *obligation de résultat* einen objektiv messbaren Erfolg (Rz 390). Der Agent dagegen verspricht, wie der Beauftragte, seinem Vertragspartner ein sorgfältiges Tätigwerden hinsichtlich die Vermittlung oder den Abschluss von Geschäften. Doch muss aufgrund der Vergütungsstruktur des Agenturvertrags auch der Agent einen Erfolg erzielen<sup>804</sup>, soweit er die Provision verdienen will. Anspruch auf die Provision erlangt er nämlich nur, indem er das Geschäft abschliesst (Abschlussprovision) bzw. der Auftraggeber nach erfolgter Vermittlung das Geschäft effektiv abschliesst (Vermittlungsprovision; OR 418g III).
- 590 **b.** Beide Vertragsschuldner *binden sich zeitlich* an ihren Auftraggeber. Die Agenturleistung ist eine Dauerschuld<sup>805</sup> und vom Agenten grundsätzlich solange durch fortdauerndes oder wiederholtes Leistungsverhalten zu erbringen, bis der Agenturvertrag endet. Die Werkleistung ist zwar keine Dauerschuld, doch kann ein Werk regelmässig nicht unter einer gewissen, minimalen Herstellungsdauer realisiert werden, weil der Unternehmer etwas zu kreieren hat, das noch nicht existiert. Je nach der Beschaffenheit des Werks und namentlich bei Bauwerken sind längere Herstellungsfristen faktisch unumgänglich<sup>806</sup>. Zu einem dauerhaften Wirken ist der Unternehmer zwar nicht verpflichtet, doch werden die vertraglichen Fristen verbunden mit der Regel von OR 366 I ihn regelmässig zu einer mehr oder weniger dauerhaften Tätigkeit zwingen, will er nicht in Schuldnerverzug geraten (siehe Rz 929). Beiden Vertragsschuldnern ist es verspermt, sich einseitig und mit sofortiger Wirkung vom Vertrag zu lösen<sup>807</sup>. Der Agent bleibt zur Agenturleistung verpflichtet, bis die vereinbarte Vertragsdauer (OR 418p) bzw. die Kündigungsfrist (OR 418q) abläuft. Dem Unternehmer stehen weder Kündigungs- noch Rücktrittsrechte zu, er bleibt bis zur Ablieferung des vollendeten Werks zur Werkleistung verpflichtet.

---

<sup>804</sup> Agenturvertrag als Vertrag mit erfolgsbezogenen Elementen: KOLLER A., BK-OR, Art. 363 N 13.

<sup>805</sup> Vgl. dazu GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz 94.

<sup>806</sup> Siehe auch GAUCH, Werkvertrag, Rz 9 («Langzeitcharakter»); dazu auch Rz 658.

<sup>807</sup> Ein sofortiges Kündigungs- bzw. Widerrufsrecht wie in OR 404 existiert im Agenturverhältnis nicht (vgl. GUHL/SCHNYDER, § 50 Rz 49). In Betracht fällt für den Agenten allenfalls die Kündigung mit sofortiger Wirkung aus wichtigen Gründen (OR 418r).

c. Die erfolgsbezogene und dauerhafte Tätigkeit der Vertragsschuldner zwingt sie sodann, ebenso dauerhaft mit der *betriebswirtschaftlichen Disposition* aufzuwarten, die für die Vertragserfüllung nötig ist. Sie müssen ihre vorhandenen Produktionsmittel in geeigneter Weise für die vertragliche Aufgabe einsetzen und eingesetzt halten. Verfügen sie nicht über die nötigen Produktionsmittel, müssen sie diese beschaffen. So oder anders müssen sie Investitionen tätigen, wobei sie ihre Ausführungskosten auf Basis der Ausführungsdauer und der Kosten ihrer Produktionsmittel vorkalkulieren. Die Kosten und das Risiko ihrer Leistungsbereitschaft tragen die Vertragsschuldner während der gesamten Vertragsdauer selbst, denn sie agieren selbstständig, sind also nicht in die Arbeitsorganisation ihres Vertragspartners eingegliedert<sup>808</sup>. Dass sich diese Investitionen für sie auszahlen, hängt davon ab, ob der für eine bestimmte Periode vorgesehene Umsatz (Provision; Vergütung) die anfallenden Produktionskosten übersteigen oder nicht. Weil die Vertragsschuldner in einem funktionierenden Markt ihre Leistungen zu kompetitiven Preisen anbieten müssen, lassen möglicherweise schon geringe Mehrkosten die Rechnung unrentabel werden. Mehrkosten entstehen und wirken sich umso schneller auf die Rentabilität aus, je stärker der Agenten- bzw. Unternehmerbetrieb mit der Leistungserbringung ausgelastet ist (vgl. Rz 638).

4. Als Ratio für die Mitwirkungspflicht von OR 418f wird in der Literatur angeführt, der Agent bedürfe angesichts der **Dauerhaftigkeit** seiner Verpflichtung und seiner daraus resultierenden wirtschaftlichen Abhängigkeit zum Auftraggeber besonderen Schutzes<sup>809</sup>. Im Nexus von Erfolgsbezogenheit, Dauerhaftigkeit und wirtschaftlicher Abhängigkeit zum Auftraggeber stehen sich die Leistungsentfaltung des Agenten und diejenige des Unternehmers recht nahe. Es fragt sich demnach, weshalb der Gesetzgeber ein solches Schutzbedürfnis für den Unternehmer verneint hat, der seinen Betrieb mehrheitlich oder ganz in den betreffenden Auftrag investiert, eine längere Herstellungsphase zu vergegenwärtigen hat und über kein einseitiges Vertragslösungsrecht verfügt. Die Antwort darauf geben **besondere Merkmale des Agenturvertrags**, auf die nachfolgend einzugehen ist:

<sup>808</sup> Für den Agenturvertrag siehe BGE 136 III 518/519 E. 4.4; BÜHLER, ZK-OR, Art. 418a N 35; GUHL/SCHNYDER, § 50 Rz 43; HUGUENIN, Rz 3405; WETTENSCHWILER, BSK-OR, Art. 418a N 3. Für den Werkvertrag z.B. GAUCH, Werkvertrag, Rz 1933; KOLLER A., Werkvertragsrecht, Rz 143 ff.

<sup>809</sup> Siehe etwa BÜHLER, ZK-OR, Art. 418a N 36. Vgl. zur wirtschaftlichen Abhängigkeit auch HUGUENIN, Rz 3391.

- 593 a. Da ist zunächst ein *sozialpolitisches Anliegen* des Gesetzgebers. Die Gesetzesnovelle, mit welcher der Agenturvertrag per 1. Januar 1950 ins OR eingeführt wurde, rückt das Verhältnis zwischen Auftraggeber und Agent in die Nähe des *Dienst- bzw. Arbeitsvertrags*<sup>810</sup>. Im Gegensatz zum Einzelarbeitsvertrag<sup>811</sup> kann zwar im Agenturvertrag auch eine juristische Person als Beauftragte fungieren, doch ist das Agenturrecht vielmehr auf den Fall ausgelegt, da eine *natürliche Person* als Agentin tätig wird<sup>812</sup>. Das zeigt sich in einzelnen Regeln des Agenturrechts. So zum Beispiel beim beidseitigen Kündigungsrecht in OR 418q, wo Kündigungsfristen vorgesehen sind, die gemäss Bundesgericht der «Reorientierung» des Agenten dienen<sup>813</sup>. Die Bestimmung schreibt zudem für kürzere Kündigungsfristen die Schriftform vor und verbietet ungleiche Kündigungsfristen für die Parteien (vgl. nur OR 335a I). Sodann verweist die Möglichkeit, den Vertrag aus wichtigen Gründen jederzeit fristlos aufzulösen, auf die Bestimmungen des Dienstvertrags (OR 418r II), womit OR 337b und 337c angesprochen sind. Weitere Indizien finden sich in der Regelung des Konkurrenzverbots mit Verweis auf die arbeitsrechtlichen Normen in OR 418d II und insbesondere in der an die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers angelehnte «angemessene Entschädigung» zugunsten des Agenten bei unverschuldeter Arbeitsunfähigkeit in OR 418m II. Auffällig ist auch der Wortlaut von OR 418a II, wo vom «Nebenberuf» die Rede ist. Alles in allem ist unübersehbar, dass der Gesetzgeber<sup>814</sup> den auf Dauer verpflichteten, mit der Agenturtätigkeit wenigstens teilweise seinen Lebensunterhalt verdienenden Menschen im Blick hatte, der sich zu seinem Auftraggeber in eine mehr (Exklusiv-Agentur) oder weniger (offene Agentur) ausgeprägte wirtschaftliche Abhängigkeit begibt. Nun kann natürlich auch im Werkvertrag die Unternehmerrolle einer natürlichen Person zufallen. Doch rechtfertigt dies nicht die analoge Anwendung von OR 418f auf den Besteller. Der Grund für die Mitwirkungspflicht des Auftraggebers ist *nicht, dass die natürliche Person ganz allgemein* eher von den sozial unerwünschten Folgen eines Mitwirkungsversäumnisses getroffen wird. Den Gesetzgeber trieb damals vielmehr die empirische Tatsache, dass

<sup>810</sup> GAUTSCHI, BK-OR, Vorb Art. 418a–418v N 3c.

<sup>811</sup> PORTMANN/RUDOLPH, BSK-OR, Art. 319 N 45.

<sup>812</sup> WETTENSCHWILER, BSK-OR, Vor Art. 418a–418v N 3: Mit Blick auf juristische Personen als Agenten werden die Regeln des gesetzlichen Agenturvertragsrechts als unpassend empfunden.

<sup>813</sup> BGer 4C.66/2002 (11.06.2002) E. 2.1.

<sup>814</sup> Nicht zuletzt auf Anstoss einschlägiger Interessenverbände: BÜHLER, ZK-OR, Vorbem. Art. 418a–418v N 21 ff.

zum Zeitpunkt der Gesetzesnovelle überwiegend natürliche Personen als Agenten tätig waren und damit ihren Lebensunterhalt verdienten. Die insofern «historische Spezialität» der Norm lässt sich nicht auf den Werkvertrag übertragen, zumal in allen anderen Vertragstypen des OR (auch im Werkvertrag) nichts darauf hindeutet, dass dem Schuldner mit Blick auf das Mitwirkungsversäumnis je nach Typ seiner Person unterschiedliche Rechtspositionen zukommen sollen<sup>815</sup>.

**b.** Die *wirtschaftliche Abhängigkeit* des Agenten geht weiter als jene des 594 Unternehmers. Dem Agenten ist nämlich die Provision nur für den Fall versprochen, dass er ein Geschäft abschliesst (Abschlussagentur) oder vermittelt und dieses dann vom Auftraggeber abgeschlossen wird (Vermittlungsagentur; OR 418g III). Ob aber der Agent – auch bei einwandfreier Mitwirkung des Auftraggebers – diesen Erfolg erzielt, ist bei Vertragsschluss ein Ding der Ungewissheit: Immerhin müssen sich potenzielle Kunden finden, diese müssen beworben und schliesslich akquiriert werden. Im Verlaufe der Vertragsdauer kann das eintreffen oder auch nicht. Mit anderen Worten kann der erfolglose Agent den Vertrag wie geschuldet erfüllen, d.h. hinsichtlich der Zielgeschäfte sorgfältig tätig werden, und dennoch leer ausgehen, weil sich bis zum Ablauf des Agenturverhältnisses kein Abschluss- bzw. Vermittlungserfolg einstellt. Umgekehrt sind seinen Ertragsmöglichkeiten auch keine Grenzen gesetzt, denn es steht ihm frei, während der Vertragsdauer so viele Geschäfte abzuschliessen bzw. zu vermitteln, wie es ihm seine Kräfte und sein Geschäftsbetrieb nur erlauben<sup>816</sup>. Sein Risiko liegt also bei einem Ertrag von null, seine Chance im maximierten, theoretisch unbegrenzten Ertrag. Der Unternehmer trägt während der Vertragserfüllung die Marktrisiken und -chancen nicht in vergleichbarem Umfang. Ihm ist von Anfang an eine Vergütung für das Werk versprochen, und zugleich steht von Beginn weg fest, dass der Werkvertrag nicht enden wird, bevor das Werk nicht vollendet ist. Und selbst wenn der Besteller den Vertrag nach OR 377 kündigen sollte, wird das Vergütungsinteresse des Unternehmers in Form seines Schadenersatzanspruchs gewahrt (dazu Rz 567). Mit anderen Worten gehört im Werkvertrag die Entlohnung des Unternehmers zum unbedingten Leistungs-

<sup>815</sup> Die Unterscheidung spielt im Schuldrecht dagegen in anderem Zusammenhang eine Rolle, z.B. bei Formvorschriften (etwa OR 493 II).

<sup>816</sup> Der Agent geht seiner Tätigkeit i.S.v. OR 418f I «erfolgreich» nach, wenn er sein «Interesse [...] an einem möglichst grossen Umsatz» entfalten kann (BGE 122 III 66/70 E. 3b/aa).

programm, das «Ernten» der Gegenleistung ist, selbst wenn die in OR 372 I verankerte Vorleistungspflicht des Unternehmers nicht wegbedungen wird, nur eine «Frage der (Herstellungs-)Zeit». Das Risiko eines Totalausfalls trägt der Unternehmer noch in den Fällen, da das Werk entweder zufällig untergeht und der Besteller dabei nicht im Mitwirkungsverzug steht (OR 376 I) oder die Werkvollendung durch einen nicht beim Besteller eingetretenen Zufall unmöglich wird (vgl. OR 378 I). Beim Agenten dagegen ist der «Totalausfall» der Ausgangspunkt; von dort versucht er, sich in die Gewinnzone hochzuarbeiten, indem er sich immer wieder um eine Provision bemüht<sup>817</sup> und diese im Verhältnis zur Vertragsdauer maximiert. Weil der Agent also dem Marktrisiko während der Vertragserfüllung stärker ausgesetzt ist, scheint es angemessen, sein Kostenminimierungs- und Kompensationsinteresse (dazu Rz 302 ff./626 ff.) stärker zu schützen. Den Auftraggeber im Sinne von OR 418f zur Mitwirkung zu verpflichten, ist hierfür eine taugliche Lösung. Auf den Unternehmer übertragbar ist diese wirtschaftliche Lagebeurteilung allerdings nicht.

- 595 c. Dogmatisch ist an OR 418f bemerkenswert, dass die Norm zwei an sich unterschiedliche Verhaltensanforderungen an den Auftraggeber gleichwertig behandelt: Von den *Treuepflichten* des Auftraggebers einerseits, die er schon aufgrund von ZGB 2 I trägt (vgl. Rz 341 ff.), zeugt OR 418f II, wonach er «den Agenten unverzüglich zu benachrichtigen [hat], wenn er voraussieht, dass Geschäfte nur in erheblich geringerem Umfange, als vereinbart oder nach den Umständen zu erwarten ist, abgeschlossen werden können oder sollen». Der Auftraggeber trägt weitere solche Treuepflichten: Zum Beispiel muss er dem Agenten rechtzeitig mitteilen, wenn er ein Geschäft, für das der Agent wirbt, aus irgendwelchen Gründen nicht erfüllen können wird, zum Beispiel wegen Lieferengpässen, Produktionsstopps, Streiks usw. Er muss dem Agenten ebenfalls anzeigen, ob er ein ihm vermitteltes Geschäft annehmen wird oder nicht<sup>818</sup>. Dies sind Auftraggeberverhalten, die nicht erfüllungsrelevant und mithin keine Mitwirkungsleistungen sind, wohl aber für die Tätigkeit des Agenten förderlich sind oder ihn wenigstens vor vermeidbarem Mehraufwand bewahren.

---

<sup>817</sup> Besser ergeht es zwar dem Agenten, dem i.S.v. OR 418g II «ein bestimmtes Gebiet oder ein bestimmter Kundenkreis ausschliesslich zugewiesen ist»; er hat Anspruch auf Provision auch aus solchen Geschäften, die der Auftraggeber ohne seine Mitwirkung mit Kunden aus diesem Gebiet bzw. diesem Kundenkreis abschliesst (vgl. WETTENSCHWILER, BSK-OR, Art. 418g N 4).

<sup>818</sup> Vgl. GAUTSCHI, BK-OR, Art. 418f N 4c.



Solche Treuepflichten trägt der Gläubiger zwar auch im Zusammen- 596  
hang mit seiner Mitwirkung (vgl. dazu Rz 351 ff.), doch sind die Treue-  
pflichten nicht dasselbe wie seine Mitwirkung. Von der *Mitwirkung* des Auf-  
traggebers spricht OR 418f I Satz 2, nach dem der Auftraggeber dem  
Agenten «insbesondere die [für die erfolgreiche Tätigkeit] nötigen Unterla-  
gen zur Verfügung zu stellen» habe. Weitere Mitwirkungsleistungen besteh-  
en etwa darin, dem Agenten Warenmuster, Produktspezifikationen, Kun-  
denlisten, Adressen usw. auszuhändigen<sup>819</sup>, ohne die der Agent die Ziel-  
geschäfte nicht vermitteln bzw. abschliessen kann. Durch OR 418f I werden  
nun blosse Mitwirkungsobliegenheiten zu Nebenpflichten «aufgewertet».  
Dass dies sozialpolitisch motiviert ist und der grossen wirtschaftlichen Ab-  
hängigkeit des Agenten geschuldet ist, wurde bereits dargelegt (Rz 593). Ein  
weiterer Grund dafür könnte darin liegen, dass die *Abgrenzung* von förderli-  
chen Auftraggeberhandlungen (zum Beispiel die Aushändigung von Werbe-  
materialien) einerseits und erfüllungsrelevanten Beiträgen (zum Beispiel die  
Bezeichnung des derzeit angebotenen Produktmodells) andererseits *Schwie-  
rigkeiten bereiten kann*. Ob die Agententätigkeit erfolgreich ausfällt, hängt  
sehr von den persönlichen Fähigkeiten des konkreten Agenten ab. Das Vor-  
handensein von Werbematerial kann für den einen Agenten erfüllungsrelev-  
ant, für den anderen unnötig sein. Doch will es das Gesetz gar nicht erst  
soweit kommen lassen, dass der Rechtsanwender förderliche Auftraggeber-  
handlungen und Mitwirkungsleistungen auseinander halten muss. Zu diesem  
Zweck «homogenisiert» es diese Verhaltensanforderungen und macht sie  
allesamt zu Nebenpflichten, sodass dem Agenten bei deren Verletzung durch  
den Auftraggeber ein Schadenersatzanspruch nach OR 418m<sup>820</sup> I oder 97 I  
(siehe Fn 802) entsteht. Im Werkvertrag stösst man nicht auf diese Schwier-  
igkeit, weil die Mitwirkungsobliegenheiten des Bestellers in Abhängigkeit  
des vereinbarten Werks jeweils recht klar umrissen sind; vgl. für den Bau-  
werkvertrag Rz 406 ff.

**5. Im Ergebnis** kann aus der Regel von OR 418f I, II und 418m I aufgrund 597  
der besonderen gesetzgeberischen Motive und der eigentümlichen Interes-  
senlage des Agenten nicht gefolgert werden, dass die dort verankerte Mit-  
wirkungspflicht des Auftraggebers auf den Besteller im Werkvertrag ausge-  
dehnt werden sollte.

<sup>819</sup> Vgl. GAUTSCHI, BK-OR, Art. 418f N 3a.

<sup>820</sup> Vgl. BÜHLER, ZK-OR, Art. 418m N 8: Die in OR 418m sanktionierten Tatbestände  
beschränken sich nicht auf Fälle des Gläubigerverzugs, sondern gehen darüber hinaus.

**b. Abgleich mit der Beitragspflicht des Gesellschafters (OR 530 I)**

598 **1.** OR 530–551 regeln die einfache Gesellschaft, «die vertragsmässige Verbindung von zwei oder mehreren Personen zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes mit gemeinsamen Kräften oder Mitteln» (OR 530 I). Aus dem Erfordernis der gemeinsamen Kräfte bzw. Mittel ergibt sich schon im Grundsatz die Beitragspflicht der Gesellschafter, deren Gegenstand in OR 531 beispielhaft mit «Geld, Sachen, Forderungen oder Arbeit» umschrieben wird, darüber hinaus aber auch jeden anderen dem Gesellschaftszweck irgendwie förderlichen Gegenstand beschlagen kann<sup>821</sup>. Qualitativ gesehen könnten demnach nicht nur die für den Werkvertrag typischen Hauptleistungen, die Werkleistung und die Vergütung, Gegenstand einer gesellschaftsrechtlichen **Beitragspflicht** sein, sondern **auch die Mitwirkungsleistungen** des Bestellers. Was äusserlich wie die typische Abwicklung des Werkvertrags in Erscheinung treten kann – die Arbeitsleistung des Unternehmers, die Mitwirkungsleistungen des Bestellers, die Bezahlung der Vergütung – kann rechtlich durchaus als das Zusammenlegen «gemeinsamer Kräfte oder Mittel» (OR 530 I) qualifizieren und im Gefüge eines Gesellschaftsvertrags versprochen sein. Ausschlaggebend für die Frage, ob ein Austausch- oder ein Gesellschaftsvertrag vorliegt, ist die Frage, ob die Parteien mit diesen Mitteln einen gemeinsamen Zweck (OR 530 I) verfolgen oder nicht.

599 **2.** Das gesellschaftsrechtliche Erfordernis des «**gemeinsamen Zweckes**» (OR 530 I) und die damit einhergehende Abgrenzung gegenüber Austauschverträgen wird so umschrieben: Die Parteien des Austauschvertrags versprechen sich gegenseitig ihre Leistungen deshalb, weil sich die jeweils andere Partei um die versprochene Leistung willen ihrerseits zur Gegenleistung bereit erklärt (*do ut des*). Das Interesse der Parteien ist nur strukturell ein «gemeinsames», nämlich insofern, als sie beide ihre Leistung für die Gegenleistung erbringen; der angestrebte Individualzweck des Schuldverhältnisses ist dagegen auf beiden Seiten des Vertrags ein anderer, denn die eine Partei will nur zu der einen, ihr versprochenen Gegenleistung gelangen, die andere Partei nur zu der anderen, ihr versprochenen Gegenleistung<sup>822</sup>. Einen gemeinsamen Zweck dagegen verfolgen die Parteien, wenn der Erhalt der Leistung *an sich* nicht ein dem Empfänger individuelles, den anderen Parteien fremdes Interesse entspricht, sondern ein mittelbarer Schritt zur Verwirkli-

---

<sup>821</sup> JUNG, CHK-OR, Art. 531 N 3.

<sup>822</sup> STÖCKLI H., Habil., Rz 45 ff.

chung eines allen Parteien gemeinsamen Zwecks darstellt<sup>823</sup>. Dementsprechend ergehen im Gesellschaftsvertrag die Leistungen nicht an eine Vertragspartei, sondern an die Gesellschaft und gehen so auf die Gesamtheit der Gesellschafter über, einschliesslich des Leistenden<sup>824</sup>; die Leistungen werden gleichsam «vereinigt»<sup>825</sup>.

3. Die Abgrenzung zwischen Austausch- und Gesellschaftsvertrag verdient 600 im Zusammenhang mit dem Werkvertrag eine **Vertiefung**. Denn zum einen wird bei steigender Bedeutung der Bestellermithwirkung im Werkvertrag zuweilen danach gefragt, «ob das Modell eines reinen Austauschvertrages überhaupt noch passt oder ob nicht auch gesellschaftsrechtliche Elemente hinzukommen»<sup>826</sup>. Zum anderen kann die Abgrenzung individueller und gemeinsamer Zwecke nach den Feststellungen des Bundesgerichts «namentlich dann schwierig sein, wenn sowohl der Auftraggeber wie der Beauftragte an der Ausführung des Auftrags interessiert sind»<sup>827</sup>; ein Problem, das sich genauso im Verhältnis zwischen Besteller und Unternehmer stellen kann.

a. Schliessen sich nur zwei Personen zu einer Gesellschaft im Sinne von 601 OR 530 I zusammen oder werden die Rechte und Pflichten der Beteiligten ungleich geregelt, «so nähert sich die einfache Gesellschaft dem zweiseitigen Vertrag»<sup>828</sup>. Auch in zweiseitigen Verträgen besteht nach Ansicht des Bun-

<sup>823</sup> HANDSCHIN, BSK-OR, Art. 530 N 5: Der gemeinsame Zweck wird nicht *mit* den vertraglich vorgesehenen Leistungen erreicht, sondern erst *mittels* der Leistungen. Vgl. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 2 Rz 104: «Hier [im Gesellschaftsvertrag] werden Leistungen *nicht ausgetauscht, sondern zusammengefügt* als aufeinander abgestimmte Zuwendungen an die gemeinschaftliche Zweckverfolgung.»

<sup>824</sup> JUNG, CHK-OR, Art. 531 N 4–9.

<sup>825</sup> FELLMANN/MÜLLER, BK-OR, Art. 530 N 72.

<sup>826</sup> GAUCH, FS Jagenburg, S. 249 f. Vgl. die Behandlung der Frage in der deutschen Literatur bei FUCHS, Diss., S. 144 ff. Nicht gemeint, aber auch nicht zu vertiefen sind die neueren Vertragskonstrukte vornehmlich ausländischer Prägung, die teilweise gesellschaftsrechtliche Elemente aufweisen. Zu denken ist an die Projektallianz, in welcher die Bauherrschaft gleichzeitig als Bestellerin und als Gesellschafterin der Unternahmergesellschaft (eine einfache Gesellschaft auf Basis eines Gesellschaftsvertrags zwischen Bestellerin, Planer und Unternehmer) auftritt. Überblick zur Project Alliance bei Zichel, zit. in Fn 463.

<sup>827</sup> BGer 4C.30/2007 (16.04.2007) E. 4.1; BGE 104 II 108/112 f. E. 2. Vgl. auch MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 2 Rz 104 zum Gesellschaftsvertrag: «Die Partner machen sich ihren eigenen Beitrag nicht durch Austausch, sondern durch Kooperation zunutze.»

<sup>828</sup> BGer 4C.30/2007 (16.04.2007) E. 4.1.

desgerichts zuweilen eine «gewisse Interessengemeinschaft»<sup>829</sup>, dies vor allem dann, wenn «es zum Zwecke des Austausches der Leistungen eines Zusammenwirkens bedarf»<sup>830</sup>. An letztgenannter Stelle führt das Bundesgericht nebst dem Werkvertrag auch den Mietvertrag an, in welchem «beide Parteien ein Interesse daran [haben], dass ein Mietobjekt möglichst gut erhalten bleibe». Auch bei Bauwerkverträgen, aber auch allen anderen mitwirkungsintensiven Typen von Werkverträgen mag es vorkommen, dass das Zusammenwirken der Parteien zumindest in der Herstellungsphase rein äusserlich an die Zusammenarbeit einer Personenverbindung erinnert. Dies hängt damit zusammen, dass das Wirken der Parteien *in dieser Phase tatsächlich auf dasselbe Ziel*, nämlich die Vollendung und Ablieferung des vertragsgemässen Werks hingeht, mithin die Parteien in dieser Phase ein gemeinsames Interesse verfolgen. Das tun sie unbestreitbar, wenn sie zum Zwecke der frist- und auch sonst vertragsgemässen Herstellung des Werks sich gegenseitig informieren, über auftretende Schwierigkeiten beraten, der Besteller den Stoff liefert und der Unternehmer diesen verarbeitet, der Besteller allfällige öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Be- bzw. Einwilligungen einholt, welche die Tätigkeit des Unternehmers erst ermöglichen usw. Im Vollzug eines mitwirkungsintensiven Werkvertrags wird sich insofern fast immer mindestens eine zeitliche Etappe finden lassen, von der man sagen kann, dass die Parteien gemeinsam – der Unternehmer durch seine Arbeitsleistung, der Besteller durch seine Mitwirkung – auf dasselbe Ziel hinarbeiten. In der Literatur ist deshalb zuweilen von der «Aufgabenteilung»<sup>831</sup> zwischen dem Besteller und dem Unternehmer die Rede.

- 602 **b.** Entscheidend ist indes, ob das übereinstimmende Parteiinteresse dasjenige ist, welches die Parteien *durch den Vertragsschluss* zu bewirken beabsichtigen, also ob sich die Parteien gegenseitig verpflichten, den Erfolg, bis zu und mit welchem sich die Parteiinteressen decken, gemeinsam zu fördern<sup>832</sup>. Beim Werkvertrag ist das in der Regel aus zweierlei Gründen zu verneinen. Erstens ist, wie das Bundesgericht es formuliert, schon das «Hauptinteresse» der Parteien qualitativ «verschiedener Art»<sup>833</sup>. Als Hauptinteresse muss die Leistung erachtet werden, die sich jede Partei von der anderen versprechen

---

<sup>829</sup> BGer 4C.30/2007 (16.04.2007) E. 4.2.1.

<sup>830</sup> BGE 104 II 108/112 f. E. 2.

<sup>831</sup> ZELTNER, Diss., Rz 29.

<sup>832</sup> FELLMANN/MÜLLER, BK-OR, Art. 530 N 467 f.

<sup>833</sup> BGE 104 II 108/112 f. E. 2 (H.h.) m.V.a. GAUTSCHI, BK-OR, Art. 394 N 60.

lässt und *zum Zwecke deren Erlangung sie in den Vertrag tritt*. Der Unternehmer verpflichtet sich zwar zur Werkleistung, doch tritt er nicht in den Vertrag, weil er das Werk verwirklicht sehen will, sondern weil er die Vergütung will (Rz 312). Der Besteller demgegenüber verpflichtet sich zur Vergütungsleistung, doch tritt er nicht in den Vertrag, weil er dem Unternehmer durch seine Mitwirkung zum Leistungserfolg verhelfen oder weil er den Unternehmer bezahlen will, sondern weil er das Werk realisiert und abgeliefert sehen will. Solange das Hauptinteresse der einen Partei nicht oder nicht auch darin liegt, dass die von ihr auszurichtende Leistung an die Gegenpartei gelangt, ist eine rechtserhebliche Interessenunion auszuschliessen. Zweitens fehlt es selbst dann, wenn die Parteien innerhalb ihrer Hauptinteressen gemeinsame Teilzwecke, d.h. gleichgerichtete Interessen aufweisen<sup>834</sup>, *am nötigen Willen des Bestellers*, sich zur Förderung dieses insofern «gemeinsamen» Interesses zu verpflichten<sup>835</sup>. Denn von einer gesellschaftsrechtlichen Verbindung ist nur auszugehen, wenn die Parteien das gemeinsame Ziel als gemeinsame Aufgabe betrachten<sup>836</sup>. Selbst wenn man annimmt, dass der Unternehmer nicht nur an der Vergütung, sondern durchaus auch an der Verwirklichung der Werkleistung interessiert sei (vgl. Rz 311 ff., 663 ff.), so gilt prinzipiell auch dann, dass sich der Gläubiger – und hier: der Besteller – allein durch seine vertragsbegründende Willenserklärung nicht zur Mitwirkung verpflichtet (dazu Rz 203 ff.). Mag also der Unternehmer ein Interesse an der Werkverwirklichung haben und auch der Besteller, so verpflichten sich die beiden nicht im selben Masse zur Förderung dieses Erfolgs.

4. Schliesslich ist auf den seltenen Fall einzugehen, da der Besteller sich im Werkvertrag **zur Mitwirkung verpflichtet**, was auslegungs- oder ergänzungsweise vor allem dann angenommen werden kann, wenn beim Unternehmer ein hinreichendes ideelles Interesse an der Werkrealisierung vorliegt (dazu Rz 311 ff./663 ff.). 603

a. Diesfalls decken sich erstens die Parteiinteressen in Bezug auf die Verwirklichung des Werks, und zweitens hat der Besteller sich durch sein Mitwirkungsversprechen verpflichtet, dieses Ziel wenigstens im Umfang der nach OR 91 gebotenen Mitwirkungsleistungen zu fördern. Der Kern dieser 604

<sup>834</sup> Vgl. HANDSCHIN/VONZUN, ZK-OR, Art. 530 N 213.

<sup>835</sup> Siehe FELLMANN/MÜLLER, BK-OR, Art. 530 N 476 m.V.a. BGE 94 II 126 (Qualifikation als Alleinvertriebsvertrag mit Umsatzbeteiligung, obwohl beide Parteien ein gleichartiges Interesse am Verkauf möglichst vieler Bücher aufwiesen).

<sup>836</sup> BGE 104 II 108/113 E. 2.

Vereinbarung kann, muss nun aber nicht ein gesellschaftsrechtlicher sein, was die Frage nach der Qualifikation des Vertrags im konkreten Einzelfall aufwirft. Als Indiz für eine gesellschaftsrechtliche Verbindung kommt die *nicht kostendeckende Vergütung* in Betracht, denn sie kann bedeuten, dass sich beide Parteien an den Herstellungskosten beteiligen wollen, zum Beispiel indem sie sich die Kosten von Material, Inventar und Fremdleistungen teilen.

- 605 **b.** Doch wird auch die nicht kostendeckende Vergütung nur selten einen Gesellschaftsvertrag vermuten lassen, denn der Unternehmer wird gerade dann, wenn ihn ein gewichtiges ideelles Interesse antreibt, eher gewillt sein, die Werkleistung für eine nicht kostendeckende Vergütung zu erbringen. Es müssen deshalb weitere Indizien hinzutreten, die m.E. am ehesten in *besonderen Abreden über Entscheidungskompetenzen*<sup>837</sup> zu suchen sind, die sich etwa auf die Ausgestaltung des Werks oder auf das Schicksal des Werks nach dessen Vollendung beziehen.
- 606 – Für den Werkvertrag bezeichnend ist nämlich, dass es keine «gemeinsamen Beschlüsse» der Parteien gibt<sup>838</sup>, wie etwa bei der Geschäftsführung in der einfachen Gesellschaft<sup>839</sup> (siehe OR 534 I). «Beschlüsse» fallen in die Kompetenz entweder der einen oder der anderen Partei. Die Konkretisierung des Werks zum Beispiel ist Sache entweder des Unternehmers oder des Bestellers, je nachdem, ob sich der Besteller dieses Recht bei Vertragsschluss ausbedungen hat oder nicht (dazu Rz 431 ff.). Die Abmahnung im Sinne von OR 369 beispielsweise ist eine Treuepflicht des Unternehmers, die Reaktion darauf eine Obliegenheit des Bestellers (Rz 559). Selbst wenn die Beratung des Bestellers durch den Unternehmer manchmal geboten ist, wird der Entscheidung in jedem Fall vom

---

<sup>837</sup> Zu solchen Überwachungs- und Mitspracheinstrumenten als Indizien für gesellschaftsrechtliche Verbindungen: HANDSCHIN/VONZUN, ZK-OR, Art. 530 N 203; FELLMANN/MÜLLER, BK-OR, Art. 530 N 81.

<sup>838</sup> Vgl. SCHUMACHER/KÖNIG, Rz 553. Siehe auch FUCHS, Diss., S. 145: «Der Auftragnehmer kann kein Interesse an der Förderung eines gemeinsamen Zwecks haben, solange ihm jede nennenswerte Einflussmöglichkeit auf die Planung des Projektes versagt bleibt.»

<sup>839</sup> Die Geschäftsführung i.w.S. umfasst jede «auf die Förderung und Verwirklichung des Gesellschaftszwecks gerichtete Tätigkeit für die Gesellschaft» (MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 2 Rz 132).

Besteller gefasst, auch wenn äusserlich der Eindruck entstehen mag, man habe den Entscheid «gemeinsam» gefällt.

- Vereinbaren die Parteien indes vertragliche Mechanismen, nach welchen die Entscheidungsgewalt und gegebenenfalls auch die Entscheidungsverantwortung von der einen oder anderen Partei auf beide Parteien verlagert werden, so ist das ein starkes Indiz für ein gesellschaftsrechtliches Gefüge. Abzugrenzen sind solche Abreden allerdings von mehr oder weniger paritätisch zusammengesetzten Projektsteuerungsgremien, wie sie in Werkverträgen über Grossprojekte häufig vertraglich begründet werden und die normalerweise dazu dienen, Streitigkeiten der Parteien einer höheren Hierarchiestufe zuzuführen (zu «eskalieren»). Solange jene Partei, die auch in Ermangelung eines solchen Gremiums für die betreffende Entscheidung weisungsberechtigt wäre, über den Stichtentcheid verfügt, wird letztlich nicht in den austauschrechtlichen Charakter des Vertrags eingegriffen. 607

**5. Im Ergebnis** sind auch im besonders mitwirkungsintensiven Werkvertrag grundsätzlich keine gesellschaftsrechtlichen Elemente zu erkennen, und es besteht kein Anlass, die Mitwirkungsleistungen des Bestellers als eine Art gesellschaftsrechtliche Beitragspflicht des «Bestellers» analog OR 530 I einzufassen. Abgrenzungsschwierigkeiten ergeben sich allenfalls, wenn der Unternehmer ein qualifiziertes Interesse an der Werkvollendung hat und der Besteller sich nicht nur zur Vergütungsleistung, sondern auch zur Mitwirkung verpflichtet. Im Grundsatz wird auch dann noch ein Werkvertrag vorliegen, doch können besondere Indizien, wie namentlich vertragliche Entscheidungsmechanismen, zu einem gesellschaftsrechtlichen Gefüge hinführen. 608

#### 4. Vergleich mit der Bestellermithwirkung gemäss BGB und ABGB

**1.** Das deutsche und das österreichische Werkvertragsrecht beinhalten besondere Entschädigungsregeln zugunsten des Unternehmers für den hier interessierenden Fall, dass der Besteller die Mitwirkung versäumt. Das deutsche Werkvertragsrecht stipuliert ausserdem eine Abnahmepflicht des Bestellers. Es liegt deshalb nahe zu fragen, wie es sich mit dem Verbindlichkeitsgrad der Bestellermithwirkung in diesen Rechtsordnungen verhält, was nachfolgend in summarischer Form geprüft wird. Der Vergleich bezweckt vor allem, die gesetzlichen Paradigmen darzustellen, aus denen sich jene Auffassungen in der ausländischen Literatur ableiten, die für eine Mitwirkungspflicht des Bauherrn eintreten und anschliessend in Rz 620 ff. behan- 609

delt werden. Die Kompensationsansprüche, die in diesen Bestimmungen stipuliert sind, werden später im Zusammenhang mit dem gläubigerverzugsrechtlichen Aufwendungsersatz im Einzelnen besprochen (Rz 1173 ff.).

610 **2. Das deutsche Werkvertragsrecht** ist in BGB §§ 631–651m geregelt. Von Interesse sind im Zusammenhang mit der Bestellermithwirkung vor allem drei Bestimmungen<sup>840</sup>:

611 – BGB § 640 führt die Marginalie «Abnahme», der Absatz 1 lautet: «Der Besteller ist verpflichtet, das vertragsmässig hergestellte Werk abzunehmen, sofern nicht nach der Beschaffenheit des Werkes die Abnahme ausgeschlossen ist. Wegen unwesentlicher Mängel kann die Abnahme nicht verweigert werden.»

612 – BGB § 642 führt die Marginalie «Mitwirkung des Bestellers», der Absatz 1 lautet: «Ist bei der Herstellung des Werkes eine Handlung des Bestellers erforderlich, so kann der Unternehmer, wenn der Besteller durch das Unterlassen der Handlung in Verzug der Annahme kommt, eine angemessene Entschädigung verlangen.»

613 – BGB § 643 führt die Marginalie «Kündigung bei unterlassener Mitwirkung» und lautet: «Der Unternehmer ist im Falle des § 642 berechtigt, dem Besteller zur Nachholung der Handlung eine angemessene Frist mit der Erklärung zu bestimmen, dass er den Vertrag kündige, wenn die Handlung nicht bis zum Ablauf der Frist vorgenommen werde. Der Vertrag gilt als aufgehoben, wenn nicht die Nachholung bis zum Ablauf der Frist erfolgt.»

614 Nach überwiegender Auffassung fliesst für den Besteller aus BGB § 640 eine Rechtspflicht des Bestellers, das Werk abzunehmen<sup>841</sup>. Die Abnahme erschöpft sich dabei nicht in der körperlichen Entgegennahme des Werks, wie das im schweizerischen Recht der Fall ist (Rz 402 ff.). Zusätzlich verlangt die Abnahme die Erklärung des Bestellers, dass er das Werk «als in der Hauptsache vertragsgerecht erbracht anerkenne»<sup>842</sup>. Über die so verstandene

---

<sup>840</sup> Das Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts vom 28. April 2017 (BGBl I 2017, S. 969 ff.), in Kraft ab 1. Januar 2018, hat, soweit ersichtlich, mit Blick auf den Verbindlichkeitsgrad der Bestellermithwirkung im deutschen Werkvertragsrecht keine Veränderungen mit sich gebracht. Vgl. etwa die Gesetzessynopse von Dirk Schwarze-Müller, in: in NZBau Beilage 1/2017, S. 3 ff.

<sup>841</sup> BUSCHE, MüKo-BGB, § 640 N 2 m.w.N.

<sup>842</sup> BUSCHE, MüKo-BGB, § 640 N 3 m.w.N.; SPRAU, Palandt-BGB, § 640 N 3.



Abnahme hinaus enthält das deutsche Werkvertragsrecht keine Mitwirkungspflichten des Bestellers. Abgeleitet wird das überwiegend aus den Bestimmungen von BGB § 642 und 643, die als *gläubigerverzugsrechtliche Spezialnormen* verstanden werden<sup>843</sup> (siehe auch Rz 1176). BGB § 642 kann dabei als Erweiterung von BGB § 304 gelesen werden, nach welchem der Schuldner vom Gläubiger Ersatz für Mehraufwendungen verlangen darf, die er aufgrund des Gläubigerverzugs für das erfolglose Angebot und für die Aufbewahrung und Erhaltung des geschuldeten Gegenstands machen musste. BGB § 643 gewährt dem Unternehmer ein Rücktrittsrecht, das dem Schuldner im Gläubigerverzug nach BGB ansonsten fehlt. Die Normen verbessern zwar die Rechtsposition des Unternehmers im Gläubigerverzug des Bestellers, doch tun sie das, ohne in den – auch im BGB geltenden – Grundsatz einzugreifen, dass die Mitwirkung im Allgemeinen keine Rechtspflicht des Gläubigers bilde<sup>844</sup>. Wirkt der Besteller im Besonderen also nicht mit, hat er zwar die in diesen Normen angeordneten Rechtsnachteile in Kauf zu nehmen, verletzt aber jedenfalls nur eine Obliegenheit<sup>845</sup>, nicht eine Rechtspflicht (mit Ausnahme, wie gesagt, von der Abnahme). Für den Bauwerkvertrag ist diese Einstufung in Deutschland freilich umstritten (vgl. Rz 620 ff.).

**3. Das österreichische Werkvertragsrecht** ist in ABGB §§ 1151–1152 sowie §§ 1165–1171 geregelt. Im Zusammenhang mit der Bestellermitwirkung interessiert hier nur eine Bestimmung:

<sup>843</sup> BUSCHE, MüKo-BGB, § 642 N 5; GLÖCKNER, BauR 2014, S. 369; HÜFFER, Habil., S. 34; EBERT, HaKo-BGB, §§ 642, 643 N 1, 4 ff.

<sup>844</sup> Gläubigermitwirkung als Obliegenheit: EMMERICH, § 23 Rz 2; ERNST, MüKo-BGB, § 293 N 1; GRÜNEBERG, Palandt-BGB, § 293 N 1, 7; HÜFFER, Habil., S. 222, 256 je m.w.N.; LORENZ, BeckOK-BGB, § 293 N 1 (Nicht-Annahme als Nicht-Ausübung eines Rechts); SCHUBEL, Soergel-BGB, § 293 N 21; SCHULZE, HaKo-BGB, § 293 N 1 (Mitwirkungshandlung wird nicht zum Inhalt der «vertraglich vereinbarten Leistungspflicht des Gläubigers»); STADLER, Jauernig-BGB, § 293 N 2; ZÖCHLING-JUD, PWW-BGB, § 293 N 2.

<sup>845</sup> Bestellermitwirkung als Obliegenheit: BUSCHE, MüKo-BGB, § 642 N 4 (mit Differenzierungen); GARTZ, NickWeick-VOB/B, § 4 N 10 (gar auch mit Blick auf den VOB/B-Bauwerkvertrag); GLÖCKNER, BauR 2014, S. 371 f.; LEUPERTZ, BauR 2010, S. 2000 f.; LEUPERTZ/HALFMEIER, PWW-BGB, § 642 N 2/4; MANSEL, Jauernig-BGB, §§ 642, 643 N 1; PETERS/JACOBY, Staudinger-BGB, 642 N 17 ff.; RAAB, DLL-BGB § 642 N 6 (vgl. freilich a.a.O., N 17); RIEDL/MANSFELD, HaKo-VOB/B, § 4 N 5; SPRAU, Palandt-BGB, § 642 N 1; VOIT, OK-BGB, § 642 N 6 m.w.V. (im «Regelfall»).

616 – ABGB § 1168 führt die Marginalie «Vereitlung der Ausführung» und lautet in Absatz 1: «Unterbleibt die Ausführung des Werkes, so gebührt dem Unternehmer gleichwohl das vereinbarte Entgelt, wenn er zur Leistung bereit war und durch Umstände, die auf Seite des Bestellers liegen daran verhindert worden ist; er muss sich jedoch anrechnen, was er infolge Unterbleibens der Arbeit erspart oder durch anderweitige Verwendung erworben oder zu erwerben absichtlich versäumt hat. Wurde er infolge solcher Umstände durch Zeitverlust bei der Ausführung des Werkes verkürzt, so gebührt ihm angemessene Entschädigung». Absatz 2 lautet: «Unterbleibt eine zur Ausführung des Werkes erforderliche Mitwirkung des Bestellers, so ist der Unternehmer auch berechtigt, ihm zu Nachholung eine angemessenen [*sic*] Frist zu setzen mit der Erklärung, dass nach fruchtlosem Verstreichen der Frist der Vertrag als aufgehoben gelte».

617 Absatz 1 regelt entgegen dem Marginalienwortlaut nicht nur die «Vereitlung der Ausführung», also die definitive Nichtausführung des Werks. Regelt ist in Satz 2 auch die bloße Verzögerung der Werkausführung (die «Verkürzung» aus «Zeitverlust»), die wegen Umständen eintritt, die dem Besteller zuzurechnen sind (siehe dazu Rz 1179). In dieser Hinsicht stellt auch ABGB § 1168 eine Ausweitung der Gläubigerverzugsregeln dar<sup>846</sup>. Die Regelung des Gläubigerverzugs im ABGB ist rudimentär und beschränkt sich, soweit ersichtlich, auf § 1419<sup>847</sup>, aus welchem für das österreichische Schuldrecht allgemein abgeleitet wird, dass die Gläubigermitwirkung keine Pflicht des Gläubigers sei<sup>848</sup>. Praktisch einhellig wird festgehalten, dass ABGB § 1168 zwar die Rechtsposition des Gläubigers (hier: des Bestellers) aufbessere, nämlich – wie auch in BGB § 642/643 – durch einen besonderen Entschädigungsanspruch des Unternehmers in Absatz 1 und ein Rücktrittsrecht des Unternehmers nach Absatz 2. Dies jedoch ohne in den Verbindlichkeitsgrad der Mitwirkungsobliegenheit einzugreifen; auch unter dem ABGB bildet das Mitwirkungsversäumnis des Bestellers mithin eine Oblie-

---

<sup>846</sup> Vgl. REBHAHN/KIETAIBL, SchwiKo-ABGB, § 1168 N 7 f.

<sup>847</sup> ABGB § 1419: «Hat der Gläubiger gezögert, die Zahlung anzunehmen; so fallen die widrigen Folgen auf ihn.»

<sup>848</sup> GSCHNITZER, KlaGschni-ABGB, § 1419 N 4; HEIDINGER, SchwiKo-ABGB, § 1419 N 1 (vgl. aber a.a.O., N 7); KOZIOL, KBB-ABGB, § 1419 N 2 («Obliegenheit», keine Klagbarkeit); WELSER/ZÖCHLING-JUD, Rz 282 f. A.M. offenbar REISCHAUER, Rummel-ABGB, § 1419 N 3 (eine «Abnahmepflicht ist nur dort zu verneinen, wo den Schuldner die Nichtabnahme an sich nicht belasten kann [...]).»).

genheitsverletzung, nicht eine Pflichtverletzung<sup>849</sup>. Anders als in Deutschland und mittlerweile auch in der Schweiz, scheint diese Einstufung in Österreich nicht nur für die Mitwirkung des Bestellers im Allgemeinen, sondern auch für die Mitwirkung des Bauherrn im Besonderen unstreitig zu sein<sup>850</sup>.

**4. Im Ergebnis** ist die Mitwirkung des Bestellers auch nach deutschem und österreichischem Werkvertragsrecht eine Obliegenheit des Bestellers, nicht eine Rechtspflicht. 618

## 5. Ergebnis

Keine der untersuchten Gesetzesnormen des schweizerischen Werkvertragsrechts stipuliert eine gesetzliche Mitwirkungspflicht des Bestellers, und zwar weder hinsichtlich einzelner Mitwirkungsleistungen noch hinsichtlich der Mitwirkung im Allgemeinen. Im Weiteren hat der Wertungsabgleich mit OR 418f und mit der gesellschaftsrechtlichen Beitragspflicht gezeigt, dass dem Gesetzgeber keine Regelungslücke unterlaufen ist, wenn er es selbst für den Fall von mitwirkungsintensiven Werkverträgen unterlassen hat, eine Mitwirkungspflicht des Bestellers vorzusehen. Es bestätigt sich mithin die herrschende Lehre, nach welcher der Besteller im Werkvertrag keiner Mitwirkungspflicht, sondern lediglich einer **Mitwirkungsobliegenheit** untersteht. Das entspricht denn auch der Rechtslage im BGB- und im ABGB-Werkvertrag. 619

<sup>849</sup> REBHAIN/KIETAIBL, SchwiKo-ABGB, § 1168 N 8. So schon ADLER/HÖLLER, Klag-Gschni-ABGB, N IV («Hilfshandlung»); ähnlich KREJCI, Rummel-ABGB, § 1168, der zwar in N 11 von Mitwirkungspflichten spricht, wohl aber Obliegenheiten meint (vgl. a.a.O., N 7, 32).

<sup>850</sup> KARASEK, Komm-ÖNORM, Vor Pkt. 7.2 N 1170 (der in Pkt. 7.3 N 1241 zunächst von einem anderen Obliegenheitsbegriff auszugehen scheint [Schadenersatzanspruch], schliesslich aber in N 1260 und 1271 erkennen lässt, dass der Schadenersatzanspruch nur gelten solle, wenn die Mitwirkungsunterlassung zugleich eine Treupflicht verletzt); KREJCI, Rummel-ABGB, § 1168 N 32, wonach Mitwirkungspflichten ausdrücklich vertraglich verankert sein müssen, ansonsten sie unter die gesetzlich normierte (blosse) Mitwirkungsobliegenheit nach ABGB § 1168 II fallen. Vgl. auch WENUSCH, Komm-ÖNORM, Pkt. 6 N 162: keine Klagbarkeit bei Verletzung der «Mitwirkungspflichten», wohl aber Rechtsfolgen, «die über jene, die bei blossen Obliegenheitsverletzungen üblich sind, hinaus gehen».

## B. Mitwirkungspflicht des Bauherrn?

### 1. Ausgangspunkt

- 620 **1.** Mit Blick auf die schweizerische Rechtsordnung wurde festgestellt, dass der Gläubiger im Allgemeinen nicht zur Mitwirkung verpflichtet ist (Rz 165 ff.), wenn auch diese Regel im besonderen Vertragsrecht punktuell durchbrochen wird (Rz 194 ff.). Ebenfalls wurde festgestellt, dass das gesetzliche Werkvertragsrecht keinen solchen Durchbruch vorsieht, d.h. auch der Besteller nicht zur Mitwirkung verpflichtet ist. Der Bauwerkvertrag, wie er hier untersucht wird, ist ein Werk- bzw. Werklieferungsvertrag im Sinne von OR 363 ff. (Rz 382). Folglich gilt **auch im Bauwerkvertrag**, dass der Bauherr weder zu einzelnen Mitwirkungsleistungen noch zur Mitwirkung im Allgemeinen verpflichtet ist, sondern diese als **Obliegenheit** auf ihm lastet<sup>851</sup>.
- 621 **2.** Diese Einstufung ist freilich **nicht unumstritten**. Die gegenteilige Meinung, also dass der Bauherr zur Mitwirkung **verpflichtet** sei, wird vor allem in Deutschland vertreten, in neuerer Zeit auch in der Schweiz, sei es nur hinsichtlich einzelner Mitwirkungsleistungen, sei es hinsichtlich der Bauherrenmitwirkung ganz allgemein<sup>852</sup>. Worauf sich die Ansätze *methodisch* stützen, ist aus den Quellen nicht immer erkennbar. In der schweizerischen Privatrechtsordnung jedenfalls kommen, nachdem das gesetzliche Werkvertragsrecht keine Mitwirkungspflicht des Bestellers enthält, methodisch nur die folgenden Begründungen in Betracht:
- 622 **a.** Entweder führt die *Vertragsauslegung* zum Schluss, dass die Parteien eine Mitwirkungspflicht des Bauherrn *vereinbart* haben. Ob das der Fall ist, entscheidet sich im konkreten Einzelfall, doch muss im Folgenden mindestens erforscht werden, ob typische Merkmale des Bauwerkvertrags in der objekti-

---

<sup>851</sup> GAUCH, BRT 1995, S. 24 f.; HÜRLIMANN, FS Gauch, S. 817, 819 f.; KOLLER A., Werkvertragsrecht, Rz 173 (mit besonderer Erwähnung des Bauwerkvertrags; anders noch in KOLLER A., BK-OR, Art. 366 N 775); REETZ, BRT 2013, Rz 9, 89; DERS., Komm-SIA-118 Art. 94 N 2.2 (auch, aber nicht nur im Anwendungsbereich der SIA-Norm 118); SCHUMACHER/KÖNIG, Rz 344, 358 f.; SIEGENTHALER, BRT 2013, S. 24 f.; STÖCKLI H., BRT 2003, S. 33 f. A.M. etwa BÜHLER, Werkvertrag, S. 412.

<sup>852</sup> In Österreich ist, soweit ersichtlich, keine Tendenz auszumachen, die Bauherrenmitwirkung pauschal oder auch nur hinsichtlich einzelner Mitwirkungsleistungen zur Rechtspflicht zu erklären (vgl. Rz 617 u. Fn 848, 849).

vierten Vertragsauslegung dazu führen, dass eine Mitwirkungspflicht des Bauherrn angenommen werden muss (dazu Rz 211 ff.). Ausgeklammert wird dabei die Auslegung des Wortlauts, dessen sich die Parteien für die Abrede bedienen; im Vordergrund der Untersuchung steht vielmehr die Frage, inwiefern die ergänzenden Auslegungsmittel, namentlich die Begleitumstände des Vertragsschlusses, die Parteiinteressen bei Vertragsschluss und der Vertragszweck zur Annahme zwingen, dass vernünftige und redliche Vertragsparteien mit dem Abschluss eines Bauwerkvertrags eine Mitwirkungspflicht gewollt haben würden (siehe Rz 215 ff.).

**b.** Liegt eine *Vertragslücke* vor, ist zu untersuchen, inwiefern typische 623 Merkmale des Bauwerkvertrags es unter der Rechtsfigur des hypothetischen Parteiwillens rechtfertigen, die gesetzlich vorgesehene Mitwirkungsobliegenheit zu übergehen und dem Vertrag stattdessen eine Mitwirkungspflicht des Bauherrn zu «implantieren». Zu untersuchen sind potenzielle Gründe dafür, dass vernünftige und redliche Parteien des Bauwerkvertrags in Kenntnis der Regelungslücke eine Mitwirkungspflicht des Bauherrn gewollt hätten. Massgeblich sind dabei die Umstände des Vertragsschlusses, die damaligen Parteiinteressen, der Vertragszweck und der Inhalt des konkreten Vertrags, so namentlich, ob eine vorbestehende Mitwirkungsregel enthalten ist oder nicht (siehe Rz 295 ff.).

**c.** Steht fest, dass der Bauwerkvertrag punkto Mitwirkungspflicht eine Lücke 624 aufweist, ist zu prüfen, ob es sich um eine «vertragstypische» Lücke handelt. Entspricht «der zu ergänzende Vertrag den allgemeinen Merkmalen eines gesetzlichen Vertragstyps oder eines verkehrstypischen Innominatvertrags» und weist er überdies «durch seine konkrete Ausgestaltung keine individuelle Besonderheit (jedenfalls nicht mit Bezug auf die zu entscheidende Streitfrage) auf [...]»<sup>853</sup>, ist die Lücke zugleich eine *planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes*. Solche Gesetzeslücken sind im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung auszufüllen, wobei hier allerdings die Argumentationslast so gelagert ist, dass grundsätzlich von der Vollständigkeit des Gesetzes auszugehen ist, wann immer das Gesetz auslegungsweise als lückenlos angesehen werden kann und diese Auslegung sinnvoll erscheint<sup>854</sup>. Zu fragen ist damit

<sup>853</sup> JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, ZK-OR, Art. 18 N 605.

<sup>854</sup> EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, BK-ZGB, Art. 1 N 349.

nach Gründen, aus denen die «fehlende» Mitwirkungspflicht des Bauherrn eine Ausnahmelücke darstellt<sup>855</sup>.

- 625 **3.** Die Ansätze für eine Mitwirkungspflicht des Bauherrn werden im Folgenden nach ihren hauptsächlichen Stossrichtungen gruppiert, dargestellt und im Lichte des vorerwähnten methodischen Unterbaus gewürdigt. Die folgenden Überlegungen beanspruchen stets nur für das schweizerische Vertragsrecht Geltung, und zwar auch dort, wo sie sich aus ausländischen Rechtsquellen und Rechtsauffassungen nähren.

2. Kostenminimierungs- und Kompensationsinteresse  
des Unternehmers

a. Ansätze

- 626 **1.** Zahlreiche Stimmen der Literatur nehmen den Umstand zum Ausgangspunkt, dass die verspätete oder fehlerhafte Mitwirkung des Bauherrn den Aufwand des Unternehmers in die Höhe treibt; es entsteht ihm für die gehörige Erbringung der Werkleistung ein **höherer Leistungsaufwand**, also namentlich Herstellungsmehraufwand (Rz 751 ff.), aber auch übrige Vermögenseinbussen (Rz 834 ff.). Diese baubetriebliche Tatsache nehmen sich zum Beispiel die folgenden Ansätze zum Ausgangspunkt:

- 627 – Hierzulande zu erwähnen ist ZELTNER, nach welchem der Bauherr zur Mitwirkung verpflichtet sein soll, weil Mitwirkungsfehler nicht nur dem Bauherrn zum Schaden gereichen, sondern «vielfach auch dem Unternehmer einen (durch die Vergütung nicht gedeckten) Schaden verursachen»<sup>856</sup>. Dieser Schaden sei dem Unternehmer zu ersetzen, was jedoch «bei einer Qualifikation der Mitwirkungspflicht als Obliegenheit gerade nicht der Fall»<sup>857</sup> sei. Richtigerweise habe der Bauherr diesen Schaden zu ersetzen, wenn ihn ein Verschulden treffe<sup>858</sup>. Dieser Auffassung scheint sich HENNINGER anzuschliessen<sup>859</sup>. Auf dasselbe zielen auch

---

<sup>855</sup> Vgl. EMMENEGGER/TSCHECHTER, BK-ZGB, Art. 1 N 352. Vgl. auch Fn 801.

<sup>856</sup> ZELTNER, Diss., Rz 342.

<sup>857</sup> ZELTNER, Diss., Rz 343.

<sup>858</sup> ZELTNER, Diss., Rz 343, 345, sieht diese These in den Bestimmungen von OR 376 III und OR 378 II gesetzlich bestätigt. Dass dem hier nicht gefolgt wird, wurde bereits ausgeführt (Rz 574 ff., 579 ff.).

<sup>859</sup> HENNINGER, BRT 2005, S. 266 f.

SPIESS/HUSER, nach denen die Qualifikation der Mitwirkung als blosse Obliegenheit «der Bedeutung der Mitwirkungshandlungen im Bau-Werkvertrag nicht gerecht» werde<sup>860</sup>.

- Aus dem deutschen Schrifttum ist zunächst NICKLISCH zu nennen, der 628 gleichsam einem Wegbereiter<sup>861</sup> mit Bezug auf den «Bau- und Industrieanlagenvertrag» den Gedanken anstieß, dass «Mitwirkungshandlungen [...] – besonders also bei Grossprojekten – so strukturiert sind, dass im Weg der Vertragsauslegung in der Regel eine vertraglich vereinbarte Pflicht zur Mitwirkung anzunehmen ist»<sup>862</sup>. Seine These motiviert er einleitend mit der folgenden Feststellung: «Der gegenüber den gesetzgeberischen Modellvorstellungen ungleich grössere Umfang solcher Verträge und der zu ihrer Ausführung erforderlichen personellen, maschinellen und organisatorischen Kapazitäten des Unternehmers hat zur Folge, dass auch die Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers ein entsprechend grösseres Gewicht haben. Vor allem aber nehmen *die Auswirkungen unterlassener Mitwirkungshandlungen nicht nur eine andere Dimension, sondern damit zugleich eine andere Qualität an*: wird durch das Ausbleiben einer Mitwirkungshandlung der Prozess der Werkherstellung blockiert, ist der Unternehmer häufig nicht in der Lage, seine [...] Kapazitäten sogleich anderweitig zu beschäftigen. [...] Daher erhebt sich die Frage, ob die Interessen des Unternehmers, der [...] durch die Unterlassung der Mitwirkungshandlung des Auftraggebers [...] an der Vertragsdurchführung gehindert ist, ausreichend [...] geschützt sind.»<sup>863</sup>
- Nach ARMBRÜSTER/BICKERT (ebenfalls deutsches Schrifttum) «richtet 629 [der Unternehmer] seine betriebswirtschaftliche Disposition auf den jeweiligen Auftraggeber aus, was Auswirkungen auf Neben- und Folgeaufträge und damit letztlich auf seine Marktposition hat»<sup>864</sup>. Das Argu-

<sup>860</sup> SPIESS/HUSER, SHK-SIA-118, Art. 2 N 19, Art. 5 N 7 (widersprüchlich zwar verglichen mit a.a.O., Art. 84 N 33: Hiernach seien die Mitwirkungspflichten «im Zuge von Beststellungsänderungen» blosse Obliegenheiten des Bauherrn, deren Unterlassung zum Gläubigerverzug führe). Die Autoren behandeln die Frage zwar in einem Kommentarwerk zur SIA-Norm 118, doch beziehen sie ihre Ausführungen auf den gesetzlichen Werk- und insbesondere Bauwerkvertrag. Vgl. überdies SPIESS, recht 2012, S. 121 f.

<sup>861</sup> Gleiche Einschätzung bei RÜTTEN, Diss., S. 135.

<sup>862</sup> NICKLISCH, BB 1979, S. 537.

<sup>863</sup> NICKLISCH, BB 1979, S. 534 (H.h.).

<sup>864</sup> ARMBRÜSTER/BICKERT, NZBau 2006, S. 154 (H.h.).

ment findet sich in ähnlicher Form bei WIEDEMANN, der eine Mitwirkungspflicht des Gläubigers auch darauf stützt, dass deren Verletzung «den Stillstand der Vertragsdurchführung und die damit verbundene Brachlegung der beruflichen oder unternehmerischen Tätigkeit des Schuldners» zur Folge habe<sup>865</sup>.

- 630 – In dieselbe Richtung stösst BUSCHE, der zumindest dann von einer Mitwirkungspflicht des Bauherrn ausgeht, wenn der Werkvertrag auf die Herstellung eines «grösseren Objektes», wie namentlich eines «grösseren Bauwerkes oder einer industriellen Anlage» hingehe<sup>866</sup>. So auch MÜLLER-FOELL, der in «grösservolumigen» Werkverträgen, «also etwa Bau- oder Anlagenverträge[n], die betriebswirtschaftlich – insbesondere hinsichtlich einer zeitweiligen Kapazitätsauslastung – für den Unternehmer bedeutsam sind», eine Mitwirkungspflicht des Bestellers annimmt<sup>867</sup>. Aus der schweizerischen Literatur ist in diesem Zusammenhang KOLLER zu erwähnen, der in seiner Kommentierung zu OR 366 noch davon ausging, dass pflichtbegründende Interessen des Unternehmers «etwa bei grösseren Bauvorhaben regelmässig bestehen»<sup>868</sup>.
- 631 – KLEINE-MÖLLER, der die Mitwirkungspflicht des Bauherrn im Bauwerkvertrag als Ergebnis einer «Auslegungsregel» sieht, gibt zu bedenken, der Unternehmer arbeite nicht «auf Vorrat», sondern «auf Abruf». Gemeint ist damit die betriebswirtschaftliche Veranlagung des vom Unternehmer angebotenen «Produkts», die darin liegt, dass er die Werkleistung nicht gleichsam unabhängig vom Bauherrn auf Vorrat produzieren und später am Markt vertreiben kann. Stattdessen sei der Bauunternehmer schon bei der Herstellung regelmässig auf die Mitwirkung des Bauherrn angewiesen. Durch Mitwirkungsfehler des Bauherrn entstünden dem Unternehmer deshalb Überkapazitäten, die er nicht anderweitig allozieren könne<sup>869</sup>.

---

<sup>865</sup> WIEDEMANN, Soergel-BGB, § 275 N 399.

<sup>866</sup> BUSCHE, MüKo-BGB, § 642 N 22, u.a. m.V.a. NICKLISCH und MÜLLER-FOELL.

<sup>867</sup> MÜLLER-FOELL, Diss., S. 86, 111. Methodisch betont der Autor, er stütze sich dabei nicht auf eine individualvertragliche Auslegung, sondern differenziere nach Vertragstypus (a.a.O., S. 112). Unter schweizerischem Rechtsverständnis ist damit wohl die Ausfüllung einer typischen Vertragslücke (dazu Rz 133), also Gesetzesergänzung gemeint.

<sup>868</sup> KOLLER A., BK-OR, Art. 366 N 775. Den Standpunkt scheint KOLLER mittlerweile aufgegeben zu haben (vgl. DERS., Werkvertragsrecht, Rz 173 a.E.).

<sup>869</sup> KLEINE-MÖLLER, NZBau 2000, S. 404.



2. Die genannten Ansätze sind nicht identisch und postulieren mit Ausnahme von ZELTNER eine Mitwirkungspflicht des Bauherrn nicht prinzipiell schon deshalb, weil ein (Bau-)Werkvertrag abgeschlossen ist. Ausschlaggebend für die postulierte Mitwirkungspflicht ist vielmehr der Umstand, dass der konkrete Werkvertrag **«grösservolumig»** ausfällt. Was damit gemeint ist, erschliesst sich nicht ohne weiteres, denn schliesslich können im Werkvertrag vielerlei Volumina angesprochen sein (Vergütung, physisches Werkausmass, Herstellungszeit, Kosten der eingesetzten Produktionsfaktoren usw.). Mit Blick auf NICKLISCHS Stellungnahme ist wohl auch bei BUSCHE und MÜLLER-FOELL nicht die Eigenart des geschuldeten Werks angesprochen, sondern dessen betriebswirtschaftliche Rückwirkung auf den Produktionsapparat des Unternehmers. Bauwerke erfordern unausweichlich den Einsatz von vielen und sehr teuren Produktionsmitteln, und diese Produktionsmittel verursachen, soweit deren Kosten zeitabhängig anfallen, während mitwirkungsbedingten Stehzeiten oder Leistungserschwerungen (dazu Rz 762 ff.) entsprechend hohe, unproduktive Herstellungskosten (KLEINE-MÖLLER: «Überkapazitäten»). Kernanliegen ist also die Tatsache, dass die Produktionskosten des Bauunternehmers bei Bauvorhaben oder zumindest bei Bauvorhaben einer gewissen Grösse regelmässig hoch ausfallen und besonders «zeitsensitiv» sind, und sich die Unterauslastung der Produktionsmittel für den Unternehmer entsprechend teuer niederschlägt. Es geht um das *Risiko* einerseits, dass dem Unternehmer im Mitwirkungsversäumnis hoher Mehraufwand anfällt, sowie andererseits um die *Höhe* des Mehraufwands im Fall, dass sich dieses Risiko realisiert.

#### b. Würdigung

1. Es trifft zu, dass der Bauunternehmer, der sich zur Ausführung eines Bauwerks verpflichtet, regelmässig einen hohen Herstellungsaufwand schultern muss, und dass sich das Mitwirkungsversäumnis aufgrund der zeitabhängigen Kostenentwicklung entsprechend teuer im Herstellungsaufwand niederschlägt. Fraglich ist, ob Risiko und Höhe des mitwirkungsbedingten Mehraufwands in der Vertragsauslegung und -ergänzung zum Schluss führen müssen, dass sich der Bauherr im Bauwerkvertrag bzw. der Besteller im grösservolumigen Werkvertrag zur Mitwirkung verpflichtet hat.

2. Soll sich aus dem Mehraufwandsrisiko im Wege der **Vertragsauslegung** eine Mitwirkungspflicht ergeben, ist vorausgesetzt, dass die Mitwirkungspflicht des Bauherrn übereinstimmender Bestandteil beider Parteierklärungen bildet, ansonsten mangels Anknüpfungspunkt ein positives Auslegungser-

gebnis ausscheidet. Vom hier untersuchten Auslegungsergebnis her gedacht, müssten also die Parteien eines Bauwerkvertrags ihre Willenserklärungen mit der konkludenten Erklärung verbunden haben, dass der Bauherr rechtzeitig mitwirken müsse. Konkludent ergibt sich eine Erklärung aus den «stillen» Ausdrucksmitteln einer Person, d.h. aus schlüssigem Handeln und Schweigen<sup>870</sup>. Weil sich eine Mitwirkungspflicht ausschliesslich im Wege von «stillen» Ausdrucksmitteln nicht vereinbaren lässt (dazu Rz 260 ff.), könnte das *besondere Unternehmerinteresse* an der *Nichterhöhung seiner Herstellungskosten durch Mitwirkungsfehler* also nur als sekundäres Auslegungsmittel, nämlich als Begleitumstand des Vertragsschlusses Berücksichtigung finden<sup>871</sup>. Die Hypothese lautet mit anderen Worten, im Bauwerkvertrag (oder wenigstens im «grösservolumigen» Bauwerkvertrag) führe dieses Unternehmerinteresse dazu, dass der Unternehmer darauf vertrauen dürfe und der Bauherr davon ausgehen müsse, dass die Korrektheit der Bauherrenmitwirkung in den für den Unternehmer kostenrelevanten Aspekten, jedenfalls aber hinsichtlich ihrer Rechtzeitigkeit verbindlich versprochen sei. Das überzeugt m.E. nicht:

- 635 a. Die zitierten Ansätze rücken das rein finanzielle Interesse des Unternehmers in den Vordergrund, keine mitwirkungsbedingte Erhöhung seiner Herstellungskosten zu erleiden. Umschrieben wird damit das *allgemeine Kostenminimierungs- und Kompensationsinteresse des Unternehmers*, wie es objektiv einem jeden Schuldner des kommerziellen Vertrags innewohnt, und zwar gleich, ob der erhöhte Leistungsaufwand von der Gegenpartei verursacht werde oder auf andere Weise. Dass dieses Interesse allein nicht geeig-

---

<sup>870</sup> JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, ZK-OR, Art. 18 N 310, 373, 385.

<sup>871</sup> Weitere Umstände, die hier berücksichtigt werden könnten, sind etwa die Verkehrsübung und die Vertragsvorgeschichte. Mit Blick auf die *Verkehrsübung* bedürfte es zunächst einmal eines im Vertrag enthaltenen Verweises auf die betreffende Verkehrsübung, ansonsten es *a priori* an einem Anknüpfungspunkt für die Vertragsauslegung fehlt (GAUCH, Werkvertrag, Rz 1218). Auch dann aber ist zumindest im schweizerischen Baugewerbe keine Verkehrsübung auszumachen, nach welcher der Bauherr zur Mitwirkung verpflichtet wäre. – Mit Blick auf die *Vertragsvorgeschichte* könnte etwa von einer Mitwirkungspflicht ausgegangen werden, wenn die Parteien in der Vergangenheit bereits Werkverträge geschlossen haben, die eine solche Mitwirkungspflicht vorgesehen haben oder in die eine solche nachträglich eingeführt worden ist. Ist hierzu im streitigen Werkvertrag nichts Abweichendes vereinbart, kann dies (muss aber nicht) einen Hinweis auf die «Fortführung» der ehemals vereinbarten Mitwirkungspflicht hindeuten.

net ist, im Vertrag zu einer Mitwirkungspflicht des Gläubigers zu führen, wurde bereits erörtert (Rz 302 ff.).

**b.** Nach den vorerwähnten Ansätzen zwingt die Erhöhung des Kompensationsinteresses in absoluten Zahlen zur Annahme, dass der Gläubiger (hier: der Besteller bzw. Bauherr) sich zur Mitwirkung verpflichtet habe, offenbar, weil die mitwirkungsbedingten Einbussen im vorliegenden Zusammenhang für den Schuldner (hier: den Unternehmer) erheblich ausfallen. Strukturell gesehen kann es aber auf die Höhe des Kompensationsinteresses nicht ankommen, denn für die konkrete Kostenträchtigkeit der beim Unternehmer eingesetzten Produktionsfaktoren muss sich der Bauherr nicht eher interessieren als der Gläubiger einer günstig(er) zu verwirklichenden Leistung. Tatsächlich hat der Gläubiger, aufgrund der Omnipräsenz dieses Interesses, bei einem beliebigen Vertragspartner Grund zur Annahme, dass jener seine Kosten minimieren und, wenn möglich, kompensieren wolle, und dennoch geben die gesetzlichen Regeln des Gläubigerverzugs zu verstehen, dass der Gläubiger – einer beliebigen Leistung – sich mit dem Vertragsabschluss nicht zur Mitwirkung verpflichtet. Es obliegt vielmehr *dem Unternehmer*, der um die Kostensensibilität seiner Produktionsfaktoren ohnehin besser Bescheid weiss, in seiner vertragsbegründenden Willenserklärung ausdrücklich darzulegen, dass er sein Kostenminimierungs- und Kompensationsinteresse in irgendeiner Weise geschützt haben wolle. Nur unter dieser Voraussetzung wird dieses Interesse, das vorbehaltlose Akzept des Bauherrn vorausgesetzt, Vertragsinhalt, und nur in diesem Fall darf das Gericht bei der Auslegung des Vertrags an dieses Interesse anknüpfen. Im Übrigen bleibt es eine Frage des Einzelfalls, ob der übereinstimmende Erklärungsinhalt nach Treu und Glauben vom Bauherrn so verstanden werden muss bzw. vom Unternehmer so verstanden werden darf, dass die Mitwirkung verpflichtend sei.

Überdies blenden die vorerwähnten Ansätze aus, dass das Kostenminimierungsinteresse, als Axiom ökonomisch-rationalen Handelns, im Bauwerkvertrag *auch beim Bauherrn* anwächst: Auch er will schliesslich nicht nur seinen Mitwirkungsaufwand, sondern die Kostenfolgen seines allfälligen Mitwirkungsversäumnisses möglichst klein halten. Mitwirkungsfehler entsprechen generell auch seinem Interesse nie; tatsächlich können gerade im Bauwerkvertrag Bauzeitverlängerungen und weitere Auswirkungen von mitwirkungsbedingten Ablaufstörungen dem Bauherrn ähnlich hohe oder gar

höhere Kosten verursachen als dem Unternehmer<sup>872</sup>. Solange aber beiden Parteien im Zusammenhang mit der gleichen Leistung dasselbe Interesse innewohnt, nämlich die ungestörte Erfüllung, kann es nicht allein darauf ankommen, ob das Kostenminimierungs- und Kompensationsinteresse des Unternehmers ausgeprägter ist als bei anderen Schuldner- bzw. Unternehmertypen. Vielmehr ist erforderlich, dass der Unternehmer sein Kompensationsinteresse anlässlich des Vertragsschlusses ausdrücklich geäußert hat, dass sich dies in der Willenserklärung des Bauherrn widerspiegelt und dass sich der übereinstimmende Erklärungsinhalt vernünftigerweise im Sinne einer Mitwirkungspflicht auslegen lässt<sup>873</sup>. Fehlt es aber schon an einer ausdrücklichen Erwähnung des Kostenminimierungs- und Kompensationsinteresses in den übereinstimmenden Erklärungen der Parteien, fehlt es auch an einer rechtserheblichen Verbindung zwischen dem Vertragsinhalt und diesem Interesse des Unternehmers.

- 638 c. Zum Mehraufwand des Unternehmers bemerkt NICKLISCH: «Je grösser die für ein einzelnes Projekt eingesetzten *Kapazitäten* sind und je grösser ihr *Anteil am Gesamtvolumen* eines Unternehmers ist, desto schwieriger ist es, die durch unterlassene Mitwirkungshandlungen blockierten Unternehmerkapazitäten anderweitig zu beschäftigen»<sup>874</sup>. Dass der Anteil entscheidend sei, den die Produktionsmittel, mit denen am Werk gearbeitet wird, im Gesamt-

---

<sup>872</sup> Bsp.: Der Bauherr verpflichtet sich ggü. seinen Mietern, das Bauobjekt bezugsfertig zur Verfügung zu stellen. Aufgrund mehrerer Mitwirkungsversäumnisse verzögert sich die Vollendung und der Objektbezug um Wochen. Gegenüber seinen Mietern muss der Bauherr nun u.U. für beträchtliche Schadensbeträge (Zwischenbezüge, Mietzinsdifferenzen usw.) aufkommen. – Der Bauherr ist zugleich ein Unternehmer, der sich ggü. einem Generalunternehmer zur rechtzeitigen Vollendung verpflichtet hat, unter Androhung einer beträchtlichen Konventionalstrafe für jeden Tag der Verzögerung.

<sup>873</sup> Vgl. auch PETERS/JACOBY, Staudinger-BGB, § 642 N 20.

<sup>874</sup> NICKLISCH, BB 1979, S. 534. Ähnlich HÜFFER, S. 237: «Stellt der Schuldner sein gesamtes Unternehmen in den Dienst des Gläubigers, so betrifft das Ausbleiben der Mitwirkung nicht nur eine einzelne Vorleistung des Schuldners, sondern seine wirtschaftliche Existenz». Vgl. auch Fritz Nicklisch, Kommentar zu § 4 VOB/B, in: Fritz Nicklisch/Günter Weick, VOB Verdingungsordnung für Bauleistungen Teil B, 2. Aufl., München 1991, § 4 N 12: Grosse Projekte hätten die Tendenz, die Ressourcen kleiner Unternehmer zu binden. Die Passivität des Bestellers lege den betroffenen Unternehmerbetrieb faktisch lahm. Heute offenbar anders bei GARTZ, NickWeick-VOB/B, § 4 N 10, der Mitwirkungspflichten auch im VOB/B-Bauwerkvertrag ablehnt.

betrieb des Unternehmers ausmachen, ist mit Blick auf die gesamtbetriebliche «Schadensträchtigkeit» des Mitwirkungsversäumnisses richtig. Doch ist der *Auslastungsanteil* eine Grösse, die *alle Leistungsschuldner, gross und klein gleichermassen betrifft*: Auch der Portraitmaler oder der Anwalt sind betriebswirtschaftlich gesehen zu 100% in einen Auftrag investiert, wenn sie zu einem gegebenen Zeitpunkt nur über diesen einen Auftrag verfügen. Steht der Auftrag mitwirkungsbedingt still, ist der Produktivitätsverlust (dazu Rz 759 ff.) für den Geschäftsbetrieb maximal, unabhängig von Art und Kostenpunkt ihrer Produktionsmittel. Trotzdem schiene in diesen Fällen der Gedanke fremd, die jeweiligen Auftraggeber zur Mitwirkung zu verpflichten. Vielmehr entspricht es der Erwartung eines beliebigen Kontrahenten, dass er sich um die betriebswirtschaftlichen Rahmenbedingungen des Geschäftsbetriebs seines Vertragspartners nicht zu kümmern braucht, ganz besonders nicht um dessen Kostenstruktur und Auftragsportfolio. Warum im Bauwerkvertrag für den Bauherrn etwas Anderes gelten soll, leuchtet nicht ein, solange die dahingehende Erwartungshaltung des Unternehmers nicht in irgendeiner – jedenfalls aber ausdrücklichen – Weise Vertragsinhalt geworden ist.

d. Vor diesem Hintergrund hat das Kompensationsinteresse des Unternehmers in der objektiven Vertragsauslegung grundsätzlich vor dem Unverbindlichkeitsinteresse des Bauherrn zurückzutreten, und zwar auch dann, wenn der Bauherr bei Vertragsabschluss wusste oder für ihn erkennbar war, dass der Auftrag zur betrieblichen Vollauslastung des Unternehmers führt. 639

Wollte man dagegen annehmen, dass das Kostenminimierungs- und Kompensationsinteresse des Unternehmers geeignet ist, eine Mitwirkungspflicht im Bauwerkvertrag zu begründen (was m.E. nicht zutrifft), wird die Frage der Verbindlichkeit im Rahmen der richterlichen Vertragsauslegung auch dann noch gewisse Zweifel aufwerfen. Damit kommen die Auslegungsregeln für Zweifelsfälle zur Anwendung. Namentlich das *Gebot der gesetzes-treuen Auslegung* (dazu Rz 273) spricht in einem solchen Zweifelsfall für die gesetzliche Mitwirkungsobliegenheit und gegen eine Mitwirkungspflicht des Bauherrn. Ebenfalls wurde aufgezeigt, dass im Streit um die Mitwirkungspflicht/-obliegenheit das Gebot *in dubio mitius* den Gläubiger (hier: den Bauherrn) und nicht den Schuldner schützt (dazu Rz 274). 640

3. Soll dagegen das Kompensationsinteresse des Unternehmers im Wege der richterlichen **Vertragsergänzung** zur Mitwirkungspflicht des Bauherrn führen, so ist Folgendes zu beobachten: 641

- 642 a. Vertragsergänzung setzt zunächst voraus, dass der Vertrag in diesem Punkt lückenhaft ist. Sie scheidet entsprechend aus, wenn die Parteien den Verbindlichkeitsgrad geregelt haben, gleich ob als Mitwirkungsobliegenheit oder als Mitwirkungspflicht (positives Auslegungsergebnis). Eine Vereinbarung ist auch das «qualifizierte Schweigen» der Parteien, soweit dieses unter den gegebenen Umständen als das eine (Mitwirkungsobliegenheit) oder das andere (Mitwirkungspflicht) verstanden werden kann, wobei letzteres, wie dargestellt, praktisch kaum denkbar ist (Rz 260 ff.). Ist demgegenüber nichts vereinbart (negatives Auslegungsergebnis) oder scheitert die Auslegung am fehlenden Prozessstoff (Misserfolg der Auslegung), besteht Raum für die richterliche Vertragsergänzung.
- 643 b. Vorausgesetzt wäre sodann, dass die gesetzliche Mitwirkungsobliegenheit zum konkreten Bauwerkvertrag im Widerspruch steht (siehe Rz 283). Den Fall, da der Bauwerkvertrag eine *vorbestehende Mitwirkungsregel* enthält, die nach systematischen und teleologischen Gesichtspunkten zur Mitwirkungspflicht des Bauherrn ausgedehnt werden könnte (dazu Rz 295 ff.), meinen die zitierten Stellungnahmen offensichtlich nicht. An ihrem Ursprung steht das *Kostenminimierungs- und Kompensationsinteresse* des Unternehmers (Rz 635). Vom hier untersuchten Ergänzungsergebnis her gedacht lautet also die These, dass vernünftige und redlich handelnde Vertragsparteien in Kenntnis der Regelungslücke eine Mitwirkungspflicht des Bauherrn als sachgerechte Regelung empfunden hätten, weil der Unternehmer seinen Leistungsaufwand minimieren und allfälligen bauherrenseits induzierten Leistungsaufwand kompensiert haben will.
- 644 c. *Das ist m.E. zu verneinen.* Der Bauherr lässt sich vom Unternehmer eine Bauleistung versprechen, die ihrer Natur nach mit allerlei Realisierungsrisiken behaftet ist; dafür bringt er die geschuldete Vergütung auf. Dass der durchschnittliche, vernünftige Bauherr sich zusätzlich noch zur Mitwirkung verpflichten, sich gleichsam zum – untechnisch gemeinten – «Mitschuldner» der Werkleistung und zum «Erfüllungsgehilfen» des Unternehmers machen wollte<sup>875</sup>, ist auszuschliessen. Eher noch wird der Bauherr den Vertrag mit einem Dritten abschliessen, sollte sein Verhandlungspartner auf einer Mitwirkungspflicht beharren wollen. Beim vernünftigen Unternehmer dagegen

---

<sup>875</sup> NICKLISCH, BB 1979, S. 537 ff. spricht in diesem Zusammenhang vom «Besteller als Kooperationspartner» des Unternehmers. FUCHS, Diss., S. 358 spricht vom «Mitunternehmer».

spricht vergleichsweise wenig dafür, dass er den Vertrag nicht eingeht, wenn ihm die Mitwirkung nicht in verbindlicher Weise versprochen wird. An dieser Ausgangslage bei Vertragsschluss ändert der Umstand nichts, dass der Unternehmer ein unbestreitbares Interesse an der Minimierung bzw. Kompensation seines Leistungsaufwands hat; es wird auf die Begründung in Rz 636 verwiesen. Bekräftigt wird diese Einschätzung durch die Tatsache, dass zumindest in der Schweiz die branchenüblichen Allgemeinen Vertragsbedingungen und Vertragsmuster keine Mitwirkungspflichten des Bauherrn vorsehen (mit Blick auf die SIA-Norm 118: Rz 679 ff.).

4. NICKLISCH legt seinen Ausführungen unter anderem zugrunde, dass das *gesetzliche Modell der Mitwirkungsobliegenheit auf veralteten Vorstellungen* beruht, namentlich auf einem Vertragsmodell, «das an Werkverträgen mit kleinerem, insbesondere handwerklichem Zuschnitt ausgerichtet ist»<sup>876</sup>. Der Gesetzgeber habe sich vom Gedanken leiten lassen, dass der Unternehmer beim Mitwirkungsversäumnis des Bestellers seine Produktionsmittel relativ flexibel einem anderen Auftrag zuwenden könne. Dem Risiko des Mehraufwands, das den Unternehmer zumindest in grösservolumigen Bauwerkverträgen treffe, trage die heutige Regelung nicht genügend Rechnung. NICKLISCHS Ausführungen könnten demnach auch (*pro memoria*: im Anwendungsbereich des *deutschen* Werkvertragsrechts) auf eine **Gesetzeslücke** zielen. Für das schweizerische Werkvertragsrecht jedenfalls ist eine solche Lücke zu verneinen:

a. Für das schweizerische Obligationenrecht wurde dieser Standpunkt im Ansatz bereits in Rz 203 ff. dargelegt: Der Gläubiger *verspricht die Mitwirkung prinzipiell nicht, wenn er erklärt, die Leistung haben zu wollen*<sup>877</sup>. Daran ändert sich nichts, wenn der Schuldner ein besonders ausgeprägtes Kostenminimierungs- und Kompensationsinteresse hat. Grossvolumige Bauwerke sind keine Neuerung der letzten 150 Jahre, ebenso wenig wie der Umstand, dass der Leistungsaufwand eines beliebigen Schuldners ganz all-

<sup>876</sup> NICKLISCH, BB 1979, S. 533.

<sup>877</sup> Das Argument des Mitwirkungsversprechens und des daraus abgeleiteten widersprüchlichen Handelns des säumigen Gläubigers nimmt sich im Bauwerkvertragsrecht, wie schon STAUBER im allgemeinen Schuldrecht (Rz 203), auch MÜLLER-FOELL zum Ausgangspunkt, wenn er anmerkt: «Man könnte es sogar als widersprüchliches Verhalten des Bestellers werten, einerseits die Vertragsdurchführung durch Unterlassen von Mitwirkungshandlungen zu blockieren, andererseits aber nicht die Kündigung zu erklären» (MÜLLER-FOELL, Diss., S. 98).

gemein in Abhängigkeit von seiner Kostenstruktur und dem Mitwirkungsverhalten des Gläubigers höher oder tiefer ausfällt. Wirft man dem Gesetzgeber ein Regelungsversäumnis vor, weil dem Schuldner in gewissen Fällen des Mitwirkungsversäumnisses mehr Schaden droht als in anderen, vermengt man m.E. die Frage, ob der Gläubiger die Mitwirkung verspreche, mit jener, ob und wie der Schuldner für die erlittenen Einbussen zu entschädigen sei.

- 647 **b.** Für die Frage des *Verbindlichkeitsgrads* jedenfalls hat sich aus dem gesetzlichen Sanktionensystem der Gläubigermitwirkung ergeben, dass die Mitwirkung nur in seltenen und auf keinen gemeinsamen Nenner zu bringenden Ausnahmefällen eine Rechtspflicht des Gläubigers ist (dazu Rz 194 ff.). Der «punktuelle» Eingriff in den Grundsatz der Mitwirkungsobliegenheit erfolgt nach zwei Mustern: Entweder wird innerhalb eines bestimmten Vertragstyps eine bestimmte Mitwirkungsleistung des Gläubigers zur Pflicht zu erklärt (zum Beispiel in OR 204 I). Oder es wird – so im Fall von OR 418f in Verbindung mit 418m – innerhalb eines bestimmten Vertragstyps die gesamte Gläubigermitwirkung zur Pflicht erklärt. Fremd ist es dem schweizerischen Vertragsrecht demgegenüber, den Verbindlichkeitsgrad der Mitwirkung *innerhalb desselben Vertragstyps* abhängig vom Inhalt der versprochenen Leistungen und von den Eigenschaften des Schuldners *unterschiedlich* zu regeln. Das mit gutem Grund, denn die gerechte Abgrenzung von «mitwirkungspflichtigen» Leistungsinhalten bzw. «mitwirkungsberechtigten» Schuldnern gegenüber anderen stellte kaum lösbare Probleme. Im Übrigen verbietet sich eine Gesamtanalogie aus den wenigen Mitwirkungspflichten des Gesetzes, weil sie zu heterogen sind. Dort, wo sich für ihr Vorhandensein ein Grund vermuten lässt, sind etwa der Schutz absoluter Rechtsgüter (OR 257g, 257h; Eigentum) oder sozialpolitische Schutzmotive (OR 418f, 418m) zu nennen – Gründe, die auf den Bauwerkvertrag nicht übertragen werden können. Der Wertungsabgleich mit OR 418f/418m hat zudem gezeigt, dass die Überlegungen, die hinter der dort verankerten Mitwirkungspflicht des Auftraggebers stecken, nicht auf die Mitwirkung des Bestellers übertragen werden können (Rz 586 ff.). Bereits aufgezeigt wurde ebenfalls, dass auch OR 376 III und 378 II keine Anhaltspunkte für eine Mitwirkungspflicht des Bestellers hergeben (Rz 572 ff., 579 ff.). Das gesetzliche Werkvertragsrecht ist deshalb mit Blick auf die Mitwirkung des Bestellers – und damit auch des Bauherrn – nicht lückenhaft; vielmehr schweigt der Gesetzgeber in dem Sinne qualifiziert, als auch im Werkvertrag die blosse Mitwirkungsobliegenheit gilt.



c. Eine andere Frage ist, inwiefern der Unternehmer für mitwirkungsbedingten Mehraufwand nach heutiger Regel *Entschädigung* verlangen kann bzw. verlangen dürfen soll. Die Entschädigungsregeln des Gläubigerverzugs sind zumindest mit Blick auf den Dienstleistungsschuldner *lückenhaft* und müssen ergänzt werden, was im Zusammenhang mit der gläubigerverzugsrechtlichen Kompensation des Unternehmers ausgeführt wird (Rz 1132 ff.). Das Kompensationsinteresse des Unternehmers ist je nachdem auch über die Vergütungsabrede geschützt (dazu Rz 1005 ff.) sowie teilweise auch vom Schutzzweck der Treuepflicht des Bauherrn, dem Unternehmer ein bevorstehendes oder eingetretenes Mitwirkungsversäumnis anzuzeigen (Rz 1369 ff.), erfasst.

### 3. «Kooperationspflicht» im Bauwerkvertrag?

#### a. Ansätze

1. Die deutsche Rechtsprechung und Teile der dortigen bauvertragsrechtlichen Lehre gehen seit Längerem davon aus, dass die Parteien des Bauwerkvertrags eine gesetzlich nicht stipulierte **Kooperationspflicht** treffe<sup>878</sup>, und zwar sowohl im VOB/B-Bauwerkvertrag als auch im BGB-Bauwerkvertrag<sup>879</sup> (vgl. Rz 382). Ihre Bedeutung für die Rechtsposition der Parteien im Bauwerkvertrag ist nicht einfach zu umreißen, weil ihr eine gewisse Ambivalenz anhaftet. *Einerseits* wird gesagt, die Kooperationspflicht sei nicht selbstständige Rechtsquelle von Rechten und Pflichten im Bauwerkvertrag. Sie umschreibe lediglich das Faktum, dass die Parteien zusammenzuarbeiten haben, wenn ihnen daran liegt, den Vertragszweck zu erreichen<sup>880</sup>. Welche konkreten Rechte und Pflichten die Parteien aus dem Erfordernis der Zusammenarbeit treffen, müsse vielmehr «unter Beachtung bereits existierender Rechtsgrundsätze und -institute untersucht und in diesen verankert bzw. mit diesen in Einklang gebracht werden»<sup>881</sup>. Die so konkretisierte, «besondere» Kooperationspflicht umfasst sowohl Mitwirkungs-, Informations-

<sup>878</sup> Als diesbezüglicher Leitentscheid gilt BGHZ 143, 89, VII ZR 393/98 (28.10.1999). Für einen Überblick BUSCHE, MüKo-BGB, § 642 N 11; JOUSSEN/VYGEN, IngKor-VOB/B, § 9 Abs. 1 N 22. Eingehend: FUCHS, Diss., *passim*.

<sup>879</sup> FUCHS, Diss., S. 166 f.; RÜTTEN, Diss., S. 116 m.w.N.; a.M. SCHWARZE, Diss., S. 216 f.

<sup>880</sup> FUCHS, Diss., S. 92.

<sup>881</sup> FUCHS, Diss., S. 65.

und Verhandlungspflichten, als auch dahingehende Obliegenheiten<sup>882</sup>. Konsequenterweise kann die Verletzung der besonderen Kooperationspflicht, je nach verletzter Verhaltensanforderung, im einen Fall pflichtwidriges, im anderen Fall erlaubtes Verhalten darstellen. Ob das eine oder andere zutrifft, muss anhand der Rechtsgrundlage der Verhaltensanforderung geprüft werden. Die Kooperationspflicht diene namentlich nicht dazu, vertragliche Risikozuweisungen zu unterlaufen<sup>883</sup>. Andererseits fällt auf, dass sich die Kooperationspflicht durchaus auch *«pflichtschöpfend»* auswirkt:

- 650 a. Das in dem Sinne, dass die Kooperationspflicht im Bauwerkvertrag nicht nur originäre Pflichten der Parteien «nachzeichnet», sondern auch Pflichten schafft, wo in Ermangelung einer Kooperationspflicht keine bestünden, und zwar auch und gerade mit Blick auf die Mitwirkungsleistungen des Bauherrn. Dogmatisch zurückgeführt wird das auf eine sogenannte *erhöhte Treuepflicht*, die in der deutschen Literatur den Parteien gewisser, besonders charakterisierter Schuldverhältnisse unterstellt wird<sup>884</sup>; bei NICKLISCH aufgrund des «Langzeitcharakters» des Bauwerkvertrags<sup>885</sup>, bei FUCHS, weil Verträge mit einer erhöhten Kooperationsdichte besonders konfliktanfällig sind<sup>886</sup>. Ihre gesetzliche Basis ist BGB § 252, doch soll sie hier in dem Sinne über diese Bestimmung hinausgehen, als den Bauwerkvertragsparteien – und damit auch dem Bauherrn bei der Mitwirkung – neue Sorgfalts- und andere Pflichten erwachsen und ihre bestehenden Pflichten einem höheren Sorgfaltsmassstab unterstehen. Im Anwendungsbereich der VOB/B, wo zahlreiche Mitwirkungsleistungen für den Bauherrn verpflichtend ausgestaltet sind, wirkt sich das nur vermindert aus. Im BGB-Bauwerkvertrag dagegen führt das zu einer Umkehr von blossen Mitwirkungsobliegenheiten zu echten

---

<sup>882</sup> FUCHS, Diss., S. 92; RÜTTEN, Diss., S. 131 f.; BGH 143, 89, VII ZR 393/98 (28.10.1999) = NZBau 2000, S. 131: «Aus dem Kooperationsverhältnis ergeben sich Obliegenheiten und Pflichten zur Mitwirkung und gegenseitigen Information».

<sup>883</sup> FUCHS, Diss., S. 166 f.

<sup>884</sup> FUCHS, Diss., S. 142–167 m.w.N.: In Betracht fallen etwa gesellschaftsrechtliche und Dauerschuldverhältnisse.

<sup>885</sup> Der Bauwerkvertrag sei ein «komplexer Langzeitvertrag» und rücke damit in die Nähe des Dauerschuldverhältnisses. Der Langzeitcharakter sei für Bau- und Anlageverträge typisch, «da Volumen und Komplexität des Leistungsprogramms eine kurzfristige Realisierung des Projekts ausschliessen»; dem «Zeitmoment» käme deshalb «[ä]hnlich wie bei Dauerschuldverhältnissen [...] essentielle Bedeutung zu» (NICKLISCH, NJW 1985, S. 2362 ff.). Das bejahen so z.B. auch KAPELLMANN/SCHIFFERS/MARKUS, Bd. 1, Rz 1286.

<sup>886</sup> FUCHS, Diss., S. 157 ff., 166 f.

Mitwirkungspflichten: Nach FUCHS sei die «Einführung von Kooperationspflichten im Bauvertrag [...] ein weiteres Argument für die Einordnung der Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers als klagbare Rechtspflichten»<sup>887</sup>. Der Bauwerkvertrag sei ein «kooperativer Werkvertrag mit Langzeitcharakter», was dazu «zwingt», «die Mitwirkungshandlungen im Wege der Vertragsauslegung als klagbare Vertragspflichten einzuordnen». Wirke der Bauherr nicht mit, handle er «nicht kooperativ, da er nicht alles aus seinem Bereich Mögliche» unternehme, «um den vereinbarten Leistungserfolg herbei zu führen»<sup>888</sup>. Die «geforderte vertrauensvolle Zusammenarbeit» sei unmöglich, «wenn ein Vertragspartner rechtmässig nach eigenem Belieben für die Erreichung des vereinbarten Leistungsziels erforderliche Handlungen erbringen oder nicht erbringen» könne<sup>889</sup>.

**b.** Der Eindruck des «pflichtschöpfenden» Konstrukts bestätigt sich in zahlreichen weiteren *Stellungnahmen zum deutschen Bauvertragsrecht*, sowohl zum VOB/B-Bauwerkvertrag als auch zum BGB-Bauwerkvertrag. Für SCHWARZE macht das Konzept der Mitwirkungsobliegenheit unter der Idee der Kooperationspflicht generell keinen Sinn: «Ein wirksames Prinzip der Kooperation kann nur aus einem Geflecht gegenseitiger vertraglicher Pflichten entstehen»<sup>890</sup>. LEUPERTZ/HALFMEIER differenzieren im Einzelfall, doch heisst auch für sie die Kooperationspflicht, dass «die Vertragsparteien wechselseitig zu einer nach den Umständen des jeweiligen Falles zu beurteilenden Kooperation verpflichtet sind», die mitunter die «Mitwirkung an einer geordneten Vertragsabwicklung» beschlägt<sup>891</sup>. Mit spezifischem Blick auf den VOB/B-Bauwerkvertrag wird nach SCHEUBE, hier bezüglich die Übergabe der Ausführungsunterlagen gemäss VOB/B § 3 I, «[n]ur die Annahme einer Mitwirkungspflicht [...] dem Kooperationsgedanken des VOB/B-Bauvertrages gerecht, gemeinschaftlich beim Erreichen des vertraglichen Gesamterfolgs mitzuwirken»<sup>892</sup>. HAYN-HABERMANN erblickt gestützt auf die Kooperationspflicht in einem «Grossteil der Mitwirkungshandlungen des Auftrags» 651

<sup>887</sup> FUCHS, Diss., S. 371.

<sup>888</sup> FUCHS, NZBau 2004, S. 71.

<sup>889</sup> FUCHS, NZBau 2004, S. 71.

<sup>890</sup> SCHWARZE, Diss., S. 97.

<sup>891</sup> LEUPERTZ/HALFMEIER, PWW-BGB, § 642 N 1 m.w.N.

<sup>892</sup> SCHEUBE, Diss., S. 116. Dass hier auf eine Mitwirkungspflicht des Bauherrn geschlossen wird, ist angesichts des Wortlauts der Bestimmung nicht zu beanstanden. Freilich illustriert die Berufung auf die Kooperationslehre, dass sie explizit für die (Mit-)Begründung von Mitwirkungspflichten herangezogen wird.

gebers, insbesondere diejenigen aus den §§ 3, 4 VOB/B) eine «echte Nebenpflicht», bei deren Verletzung dem Unternehmer ein Schadenersatzanspruch entsteht<sup>893</sup>.

652 c. Anders bezeichnet, aber im Kern gleich begründet wird dies in den Stellungnahmen, die den Bauherrn in einer Art «Doppelrolle» sehen, nämlich einerseits als Kontrahent, andererseits als Partner des Unternehmers bei der Herstellung des geschuldeten Werks. Bei LACHMANN führt das scheinbar dahin, dass der Besteller im Werkvertrag nur Mitwirkungspflichten trage, keine Mitwirkungsobliegenheiten<sup>894</sup>. Etwas restriktiver, aber dem gleichen Gedanken folgend will TEICHMANN wenigstens dort eine Mitwirkungspflicht des Bestellers sehen, wo er im Vertrag eine «aktive, mitgestaltende Funktion» übernommen habe. Das sei der Fall, wenn «Dinge neu zu entwickeln sind»<sup>895</sup> und wenn der Unternehmer auf Vorinformationen, auch Vorarbeiten des Bestellers angewiesen ist». Typisch sei dies bei Projekten, die eine «enge Kooperation» erforderten<sup>896</sup>. Dasselbe vertreten KAPELLMANN/SCHIFFERS/MARKUS für den Bauwerkvertrag, wenn sie anführen, schon die «etappenweise Planauslieferung» erfordere vom Bauherrn aktive und konkrete Mitarbeit, die ihm ganz allgemein zur Pflicht gereiche<sup>897</sup>. Das Argument der Doppelrolle führte früher schon NICKLISCH ins Feld, indem er den Bauherrn für die oft Jahre dauernde Herstellungsphase als «Kooperationspartner» des Unternehmers erachtete<sup>898</sup>.

653 2. Die Kooperationslehre wird in bescheidenem Ausmass **auch in der schweizerischen Literatur** rezipiert. HÜRLIMANN erblickt die «Kooperationspflichten» der Bauwerkvertragsparteien als Ausfluss ihrer gegenseitigen

---

<sup>893</sup> VON HAYN-HABERMANN, NickWeick-VOB/B, § 9 N 9.

<sup>894</sup> LACHMANN, BauR 1990, S. 411.

<sup>895</sup> Das sind sie im Werkvertrag freilich immer; TEICHMANN meint vermutlich den Kooperationsbedarf, der sich daraus ergeben kann, dass Bauherr und Unternehmer sich im Verlaufe des Vertragsvollzugs durch ein beratend-entscheidendes Zusammenwirken an die erforderliche Beschaffenheit des Werks annähern.

<sup>896</sup> TEICHMANN, Soergel-BGB, § 642 N 7.

<sup>897</sup> KAPELLMANN/SCHIFFERS/MARKUS, Bd. 1, Rz 1286/1289: Für diese Autoren sei die Mitwirkung in bestimmten Vertragstypen und gerade im Bauwerkvertrag «konstitutiv» und deshalb Rechtspflicht. Spezifisch für den BGB-Bauwerkvertrag: a.a.O., Rz 1288. Vgl. weiterführend die umfangreichen Literatur- und Rechtsprechungsverweise *pro* und *contra* Mitwirkungspflicht des Bauherrn a.a.O., Fn 1610 f.

<sup>898</sup> NICKLISCH, BB 1979, S. 537 (der «Besteller als Kooperationspartner bei der Werkherstellung und Gläubiger des fertigen Produkts»); Weiteres a.a.O., S. 537–539.

Treuepflicht. Zumindest wenn «nach der SIA-Norm 118 gebaut» werde, seien die Parteien verpflichtet, «mit ihrem Verhalten dazu beizutragen, dem Vertragspartner die Vertragserfüllung zu ermöglichen»<sup>899</sup>. Jeder Vertragspartner habe «alles in seiner Macht Stehende und ihm Zumutbare zu unternehmen [...], damit der andere bei der Vornahme seiner vertraglichen Handlungen [...] nicht auf unnötige bzw. ungerechtfertigte Hindernisse stösst»<sup>900</sup>. Das führt auch bei ihm zur eigentlichen Verwandlung von Mitwirkungsobliegenheiten in Mitwirkungspflichten<sup>901</sup>. Schwer erkennbar ist, ob die Kooperationspflicht hiernach auch im OR-Bauwerkvertrag gelten soll. Die Stellungnahme steht einerseits im Kontext der SIA-Norm 118, hält andererseits fest: «Die Kooperationspflicht im Werkvertrag kann indessen weiter gehen als die im Gesetz oder in der [SIA-]Norm [118] statuierten Mitwirkungspflichten [...]»<sup>902</sup>, was auch so verstanden werden kann, dass die Kooperationspflicht eine Eigenart des Bauwerkvertrags schlechthin sei<sup>903</sup>. Daneben tritt auch GEHRER für eine allgemeine Mitwirkungspflicht des Bauherrn ein, wenn die Parteien «die Konkretisierung zahlreicher Leistungen, die bei Vertragsschluss lediglich in einem mehr oder minder detaillierten Rahmen umschrieben sind, erst auf die Zeit der Vertragsabwicklung verlegen»<sup>904</sup>. Auch WERZ argumentiert mit der kooperativen «Doppelrolle» des Bauherrn, indem er eine Mitwirkungspflicht dort annimmt, wo dem Bauherrn Leistungen überlassen sind, «which neither the law nor industry usage considers a normal part of owner activities as obligee of the construction work»<sup>905</sup>. Das sei vor allem bei Mitwirkungsleistungen der Fall, die der Unternehmer typischerweise selbst oder mithilfe von Dritten übernehme. «In such situations, the owner goes beyond his normal role and de facto enters into a role of obli-

<sup>899</sup> HÜRLIMANN, Komm-SIA-118, Art. 23 N 4.7 m.V.a. JOUSSEN/VYGEN, IngKor-VOB, § 9 Abs. 1 N 23 f.

<sup>900</sup> HÜRLIMANN, Komm-SIA-118, Art. 23 N 4.7 m.V.a. JOUSSEN/VYGEN, IngKor-VOB, § 9 Abs. 1 N 23 f.

<sup>901</sup> HÜRLIMANN, Jusletter (04.07.2016), Rz 16. Deutlich DERS., Komm-SIA-118, Art. 30 N 9: «Während die Koordinationspflicht von Art. 34 Abs. 3 eine Mitwirkungspflicht des Bauherrn statuiert [...], zählt die Pflicht zur Vertragsgestaltung nach Art. 30 Abs. 2 zu den Obliegenheiten des Bauherrn».

<sup>902</sup> HÜRLIMANN, Komm-SIA-118, Art. 23 N 4.7.

<sup>903</sup> HÜRLIMANN wird offenbar auch von GAUCH so aufgefasst (GAUCH, Werkvertrag, Fn 442, wenn auch damals noch mit Bezug auf die Voraufgabe von HÜRLIMANN, Komm-SIA-118).

<sup>904</sup> GEHRER, S. 173 f.

<sup>905</sup> WERZ, Diss., Rz 659.

gor vis-à-vis the contractor, which could just as well be the object of another agreement»<sup>906</sup>. Das Argument der «Doppelrolle» findet sich mit besonderem Blick auf Anlagebauverträge auch bei LUCHESCHI<sup>907</sup>.

**b. Würdigung**

- 654 **1.** Dass die Parteien des Bauwerkvertrags häufig und aufwändig miteinander interagieren, bevor es zum eigentlichen Leistungsaustausch kommt (vollendetes Werk gegen Vergütung), ist unbestreitbar. Zutreffend ist auch die Aussage, dass diese Interaktion verglichen mit anderen Werkverträgen, insbesondere mit anderen Vertragstypen intensiver ausfallen kann. Korrekt ist auch NICKLISCHS Feststellung, wonach die Herstellung von Bauvorhaben unter Umständen Jahre in Anspruch nimmt, d.h. Bauwerkverträge in dem Sinne «Langzeitcharakter» haben können, als deren Vollzug lange dauert<sup>908</sup>. Zu prüfen ist allerdings, ob dieser Umstand zum methodischen Anknüpfungspunkt taugt, um daraus Mitwirkungspflichten des Bauherrn zu kreieren.
- 655 **2.** Um im Wege der **Vertragsauslegung** zu diesem Ergebnis zu gelangen, muss die kooperationsbedingte Mitwirkungspflicht wiederum übereinstimmender Bestandteil der Parteierklärungen gebildet haben. Die Parteien müssten also ihre vertragsbegründenden Willenserklärungen mit der konkludenten Erklärung verbunden haben, dass der Bauherr rechtzeitig und richtig mitwirken müsse, weil der betreffende Bauwerkvertrag «kooperationsbedürftig» ist und Langzeitcharakter hat. Die Hypothese lautet mit anderen Worten, die Kooperationsbedürftigkeit und der Langzeitcharakter des Bauwerkvertrags begründeten ein besonderes Interesse des Unternehmers zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses, welches dazu führe, dass der Unternehmer darauf vertrauen dürfe und der Bauherr davon ausgehen müsse, dass die Korrektheit der Bauherrenmitwirkung verbindlich geschuldet sei. Das ist zumindest mit Blick auf den OR-Bauwerkvertrag zu verneinen:

---

<sup>906</sup> WERZ, Diss., Rz 659. Beispielhaft nennt er «the supply of building materials or equipment, or preparatory work normally also undertaken by the contractor in question».

<sup>907</sup> LUCHESCHI, Diss., S. 86 ff.

<sup>908</sup> Vgl. GAUCH, Werkvertrag, Rz 9: «Langzeitvertrag» i.d.S., dass «nach Massgabe der getroffenen Vereinbarung ein grosser Zeitraum zwischen Vertragsabschluss und vollständiger Erfüllung liegt».

a. Der Begriff der Kooperation hat für sich, dass er treffend ein typisches, 656 äusserlich wahrnehmbares Element des Vertragsvollzugs im Bauwerkvertrag umschreibt, indem er den Umstand zusammenfasst, dass beide Parteien etwas zugunsten des vom Unternehmer geschuldeten Erfolgs tun. Das lässt unweigerlich das Bild eines gewissen «Zusammenwirkens» aufkommen. Der begriffliche Einklang der Parteiinteressen entspricht aber nicht der Wirklichkeit: An der *Vollendung an sich* hat im Regelfall nur der Bauherr ein tatsächliches Interesse; für den Unternehmer ist die Vollendung – vorbehaltlich eines qualifizierten Durchführungsinteresses (Rz 671 ff.) – der Schlüssel zur Vergütung und gegebenenfalls zu weiteren ökonomischen Vorteilen (vgl. Rz 670). Das Interesse des Bauherrn an der Vollendung ist sozusagen ein unmittelbares, dasjenige des Unternehmers ein mittelbares. Der Kooperationsgedanke ebnet die Unterschiede zwischen diesen Interessen freilich ein und umschreibt nicht genau, welches Interesse des Unternehmers aus welchem Grund zu schützen sei. Wird dem Unternehmer damit etwa ein *prinzipielles Durchführungsinteresse* unterstellt, so ist das mit Verweis auf Rz 663 ff. in der Regel zu verneinen. Wird ihm ein *Kostenminimierungs- und Kompensationsinteresse* unterstellt, so trifft das zwar regelmässig zu, ist dieses aber nicht geeignet, in der Vertragsauslegung zu einer Mitwirkungspflicht zu führen (Rz 626 ff.).

b. Wird dem Unternehmer demgegenüber weder das eine noch das andere 657 Interesse unterstellt, so verbleibt als Quintessenz vom Kooperationsgedanken allein, dass der Bauherr sich mit seinem Akzept deshalb konkludent zur Mitwirkung verpflichtet habe, *weil seine Mitwirkung für die Werkleistung erforderlich sei*. Diese These steht anderen in der Literatur anzutreffenden Stellungnahmen nahe, welche die Mitwirkung als konkludent versprochen bzw. als die sachgerechte Lückenausfüllung erachten, weil «ihre Unterlassung den gesamten Vertragszweck gefährdet»<sup>909</sup>, weil sie «zur reibungslosen Abwicklung des Vertrages erforderlich» sei<sup>910</sup>, weil sie sich auf «die Erfüllung der Hauptleistung des Unternehmers und die Verwirklichung seines Leistungserfolgs»<sup>911</sup> richte, weil sie «darüber entscheide[...], dass der Ver-

<sup>909</sup> ARMBRÜSTER/BICKERT, NZBau 2006, S. 154. Vgl. auch DÖRING, Ing-Korb-VOB/B, § 6 Abs. 6 N 55; GLANZMANN, RGRK-BGB, § 631 N 46; VYGEN/JOUSSEN, Rz 1083; BGHZ 11, 80, I ZR 140/52 (13.11.1953).

<sup>910</sup> GLANZMANN, RGRK-BGB, § 631 N 94.

<sup>911</sup> SPIESS/HUSER, SHK-SIA-118, Art. 2 N 19, Art. 5 N 7. Die Autoren behandeln die Frage zwar in einem Kommentarwerk zur SIA-Norm 118, doch beziehen sie ihre Aus-

trag von seinem Papierstatus überhaupt in die Realisierungsphase übergeht»<sup>912</sup>, weil sie «für den Leistungserfolg von überragender Bedeutung» sei<sup>913</sup>, weil «zu einem geschlossenen Vertrag auch der dazu gehörende Leistungsvollzug gehört»<sup>914</sup>, weil die Kooperation zwischen Besteller und Unternehmer eine «Notwendigkeit» sei<sup>915</sup>, weil «ohne notwendiges Ineingreifen von Auftraggeber und Auftragnehmer» es «gar nicht möglich zu bauen» sei<sup>916</sup> usw. Diesen Standpunkten ist m.E. nicht zu folgen, weil sie tautologisch sind: Die Tatsache, dass die Gläubigermitwirkung für die Leistungsbewirkung des Schuldners *condicio sine qua non* ist, d.h. erfüllungsrelevant ist und die Leistungsbewirkung blockiert bleibt, solange nicht mitgewirkt wird, macht die Mitwirkung erst zur Mitwirkung<sup>917</sup>. Um auf die genannten Stellungnahmen zurückzukommen: Das Mitwirkungsversäumnis bewirkt immer eine Gefährdung des Vertragszwecks durch eine Vollzugshemmung, deren Dauer möglicherweise nicht absehbar ist; sie ist für die Werkverwirklichung immer gleichermaßen bedeutend wie die Werkleistung des Unternehmers; sie ist für die Werkleistung immer von «überragender Bedeutung»; sie richtet sich immer auf die Verwirklichung des Leistungserfolgs usw. Die «Hemmungswirkung» des Mitwirkungsversäumnisses ist mit Blick auf die gehörige Erfüllung immer total, ob nun einmal oder zehnmal, ob nun günstig oder sehr aufwändig mitgewirkt werden muss (siehe Rz 239 ff.). Der Bauherr darf sich deshalb darauf verlassen, dass das Interes-

---

fürungen auf den gesetzlichen Werk- und insbesondere Bauwerkvertrag (siehe im Übrigen die Anmerkungen in Fn 860). Vgl. auch SPIESS, recht 2012, S. 121 f.

<sup>912</sup> JOUSSEN/VYGEN, IngKor-VOB/B, § 9 Abs. 1 N 40 (H.e.), unter Nennung von: Übergabe des Baugrundstücks, der ggf. erforderliche Leistungsabruf, die Koordination von Baubeteiligten und die Übergabe von Planunterlagen. Freilich kontrastiert das mit der Feststellung dieser Autoren, dass die Notwendigkeit der Mitwirkungshandlung als solche kein Argument für die Einstufung als Mitwirkungspflicht sei (a.a.O., N 39). Letzterem ist zuzustimmen: Weil die «Hemmungswirkung» des Mitwirkungsversäumnisses in allen Phasen des Vertragsvollzugs die gehörige Erfüllung gleichermaßen verhindert (sei es erst in späteren Ausführungsphasen oder schon in der Startphase), scheint es nicht haltbar, den «frühen» Mitwirkungsleistungen mehr Gewicht beizumessen als den «späteren».

<sup>913</sup> VYGEN/JOUSSEN, Rz 1082.

<sup>914</sup> JOUSSEN/VYGEN, IngKor-VOB/B, § 9 Abs. 1 N 21.

<sup>915</sup> BUSCHE, MüKo-BGB, § 642 N 22.

<sup>916</sup> KAPPELLMANN/SCHIFFERS/MARKUS, Bd. 1, Rz 1286.

<sup>917</sup> Im Ergebnis ähnlich: LEUPERTZ, BauR 2010, S. 2001 f.; JOUSSEN/VYGEN, IngKor-VOB/B, § 9 Abs. 1 N 39; RÜTTEN, Diss., S. 167.



se des Unternehmers demjenigen entspricht, wie es das Gesetz in OR 91 ff. antizipiert, soweit der Unternehmer nichts anders zu erkennen gibt.

c. Sodann zum «*Langzeitcharakter*» des Bauwerkvertrags. Der Bauwerkver- 658  
trag wird zuweilen auch hierzulande als «Langzeitvertrag» bezeichnet<sup>918</sup>, weil häufig «ein grosser Zeitraum zwischen Vertragsabschluss und vollständiger Erfüllung liegt»<sup>919</sup>. Mitwirkungspflichten des Bauherrn werden aber nicht daraus abgeleitet, dies zu Recht: Zum einen wurde bereits dargelegt, dass die Dauer(haftigkeit) der Herstellungsphase genau genommen kein Indikator für den konkret bestehenden Mitwirkungsbedarf ist (Rz 391). Wollte man denn auf die Intensität der erforderlichen Mitwirkung abstellen, müsste vielmehr das Ausmass der Planungs- und Ausführungsautonomie des Unternehmers betrachtet werden, die ihm unter der konkreten Vertragsausgestaltung zukommt: Sie ist desto limitierter – und der Unternehmer insofern von der Bauherrenmitwirkung abhängiger –, je kleiner der Anteil der von ihm übernommenen Planungs- und Koordinationsleistungen am geschuldeten Bauwerk ausfällt. Für den Mitwirkungsbedarf aussagekräftiger scheint das Kriterium der «*Doppelrolle*», in welcher der Bauherr fungiert (dazu Rz 652 f.). Zum anderen besagt aber auch seine Doppelrolle lediglich, dass es den Bauherrn und seine Erfüllungsbeiträge für die Werkherstellung braucht, und das, verbunden mit dem Langzeitcharakter, womöglich für eine lange Zeit, andauernd und/oder wiederholt. Die «Hemmungswirkung» des einzelnen Mitwirkungsversäumnisses aber wirkt sich auf die gehörige Verfolgung des Vertragszwecks im Bauwerkvertrag genau gleich aus wie in simpleren Zielverträgen auch, nämlich total. Der Bauherr muss deshalb nicht davon ausgehen, dass seine Offerte bzw. sein Akzept einem konkludenten Mitwirkungsversprechen gleichkommt, je öfter und aufwändiger mitgewirkt werden muss und je länger der Vertragsvollzug dauert (dazu Rz 239 ff.), soweit beim Unternehmer nicht ein qualifiziertes Durchführungsinteresse zu erkennen ist (Rz 670 ff.). Unterstrichen wird das dadurch, dass der Unternehmer als Fachmann anhand des geschuldeten Bauwerks sowie anhand der

<sup>918</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rz 7; ZELTNER, Diss., Rz 27.

<sup>919</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rz 9, wobei mit «Langzeitvertrag» nicht ein Dauerschuldvertrag gemeint ist. Präzise bei GAUCH, Diss., S. 11 Fn 5: Die Werkleistungspflicht als einfache Schuld und der Werkvertrag als einfaches Vertragsverhältnis, weil hierunter ein einmaliger Erfolg und nicht fortwährende Erfüllung geschuldet sei.

Umstände des Vertragsschlusses<sup>920</sup> erkennen muss, ob und in welchen Punkten seine Leistung von der Bauherrenmitwirkung abhängt, namentlich wie zahlreich die neuralgischen Berührungspunkte zwischen seiner und der Bauherrensphäre ausfallen. Deshalb trägt trotz «Langzeitcharakter des Bauwerkvertrags» und «Doppelrolle des Bauherrn» auch hier *der Unternehmer* beim Vertragsschluss die Last, sein Interesse an verbindlicher Kooperation ausdrücklich zu erklären, soll sich aus dem vorbehaltlosen Akzept des Bauherrn ein Anknüpfungspunkt im Vertrag ergeben, von dem auslegungsweise abgeleitet werden könnte, der Bauherr habe verstehen müssen, dass ihm im konkreten Fall die Mitwirkung nicht nur obliege (vgl. Rz 636).

659 **3.** Scheitert in Ermangelung einer solchen Erklärung der Auslegungsvorgang (Auslegungsmisserfolg) oder führt er zum Ergebnis, dass die Parteien den Verbindlichkeitsgrad der Bauherrenmitwirkung nicht geregelt haben (negatives Auslegungsergebnis), so ist der Vertrag in diesem Punkt zu **ergänzen**. Wiederum interessiert nicht der Fall, da eine vorbestehende Mitwirkungsregel vereinbart ist (siehe Rz 295 ff.). Vom untersuchten Ergänzungsergebnis der genannten Ansätze her gedacht lautet die These hier, dass vernünftige und redlich handelnde Vertragsparteien in Kenntnis der Regelungslücke eine Mitwirkungspflicht des Bauherrn als sachgerechte Regelung empfunden hätten, weil der Bauwerkvertrag konfliktanfällig ist, der Vollzug längere Zeit in Anspruch nehmen wird und dem Bauherrn Leistungen überlassen sind, die für die Werkleistung *condicio sine qua non* sind. Auch das ist zu verneinen:

660 **a.** Wie gesagt, vernebelt der Begriff der Kooperation mehr als er umschreibt, welches Interesse des Unternehmers geschützt werden soll. Geht es um sein *Kostenminimierungs- und Kompensationsinteresse* (dazu schon Rz 626 ff.), so mag dieses durch den zunehmenden Mitwirkungsbedarf gesteigert werden. Doch steht dem Unternehmer auch das gesteigerte Interesse des Bauherrn gegenüber, die Kosten seiner Mitwirkung zu minimieren, ebenso wie das Interesse, nicht zur Mitwirkung verpflichtet zu sein. Die Parteien weisen in diesem Punkt ein gleichermassen starkes und gegensätzliches Interesse aus, und allein die Tatsache, dass die Mitwirkung erforderlich ist, der Bauwerkvertrag längere Zeit andauert, dem Bauherrn eine «Doppelrolle» zukommt usw., ändert an diesem Interessengegensatz nichts. Geht es demge-

---

<sup>920</sup> Gemeint sind Faktoren wie Eigentum/Besitz am Baugrund, Planungsstand, Bewilligungsstand, Baugrundvorbereitung, Vermessungsbedürfnisse, infrastrukturelle und logistische Bedürfnisse usw.

genüber um ein *qualifiziertes Durchführungsinteresse* des Unternehmers, so ist zu prüfen, ob ein solches vorliegt (Rz 671 ff.) und nicht, ob der Bauwerkvertrag «kooperationsintensiv» ist. Ist das Durchführungsinteresse zu verneinen, was die Regel sein wird, so ist auch die Mitwirkungspflicht zu verneinen. Geht es weder um das eine noch das andere Interesse des Unternehmers, so bleibt es bei der Feststellung, dass die «Kooperationsbedürftigkeit» zumindest mit Blick auf die Bauherrenmitwirkung nichts Anderes heisst, als dass die Mitwirkung für den Leistungserfolg Voraussetzung ist. Das aber ist ein begriffsinhärenter Zug der Gläubigermitwirkung im Sinne von OR 91 und gerade kein Grund anzunehmen, dass die gesetzliche Regel der blossen Mitwirkungsobliegenheit nicht zum Bauwerkvertrag passt.

**b.** Dass die «Einführung von Kooperationspflichten im Bauvertrag [...] ein weiteres Argument für die Einordnung der Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers als klagbare Rechtspflichten»<sup>921</sup> sei, deutet m.E. an, was dogmatisch bei der Kooperationspflicht geschieht: Zunächst wird sie, weil sie kein durchgesetzter Rechtsbegriff ist, in der «*erhöhten Treuepflicht*» (siehe Rz 650) der Parteien verankert. Einmal verankert entwickelt sie scheinbar ein rechtsschöpferisches Eigenleben, indem sie fortan der Grund sein soll, weshalb sich Mitwirkungsobliegenheiten zu Mitwirkungspflichten steigern. Pflichten aber könnten, wenn überhaupt, nur aus der «*erhöhten Treuepflicht*» abgeleitet werden, wobei es sich bei dieser Anspruchsgrundlage zumindest um ein anerkanntes Rechtsinstitut handeln müsste. Für das schweizerische Recht ist das zu verneinen<sup>922</sup>, und entsprechend auch, dass darin eine wie auch immer geartete Kooperationspflicht verortet werden könnte. Unabhängig vom Inhalt einer Parteiabrede finden leistungsbezogene Nebenpflichten und Treuepflichten (siehe Rz 334 ff./341 ff.) ausschliesslich auf der Grundlage von Treu und Glauben Einzug in den Schuldvertrag<sup>923</sup>. ZGB 2 I ist nicht

<sup>921</sup> FUCHS, Diss., S. 371.

<sup>922</sup> Auch von OR 418f I/II lässt sich nicht auf ein wie auch immer geartetes, allgemeines Rechtsinstitut der «*erhöhten Treuepflicht*» schliessen. Denn die Bestimmung beschränkt sich darauf, einerseits Treuepflichten, die der Auftraggeber ohnehin schon aus ZGB 2 I trägt, explizit zu verankern, andererseits Mitwirkungsobliegenheiten in Mitwirkungspflichten zu verwandeln. In letzterem Punkt ist die Bestimmung im gesetzlichen Vertragsrecht singulär, wobei bereits dargelegt wurde, dass ihr Regelungsgedanke nicht auf den Werkvertrag übertragbar ist (Rz 586 ff.).

<sup>923</sup> Nach FUCHS, Diss., S. 72 ff., 92 gehören die Kooperationspflichten nicht zu den von BGB § 241 II erfassten Schutzpflichten (die auf den Integritätsschutz zielen), sondern zu den leistungssichernden Nebenpflichten i.S.v. BGB § 242.

etwa lückenhaft, weil dort keine «erhöhte Treuepflicht» vorgesehen wäre, im Gegenteil: Der Blankettnormcharakter bringt es gerade mit sich, dass der Schutzmassstab nach den konkreten Umständen des Einzelfalls ermittelt werden kann und soll, sich also fallweise entscheidet, was geboten und damit als berechtigte Schutzerwartung des Gläubigers einzustufen ist. Lassen sich also gestützt auf die Generalklausel von ZGB 2 I die Treue- und Sorgfaltserfordernisse des Einzelfalls hinreichend berücksichtigen, verbleibt kein Raum für eine über das Gebot von Treu und Glauben hinausgehende Treuepflicht. Vielmehr kann nur das Gebot von Treu und Glauben *an sich* dazu führen, dass fallweise ein «höherer» oder «tieferer» Treue- und Sorgfaltsmassstab gilt. Für die Mitwirkung im Schuldvertrag lässt sich jedenfalls kein Treue-massstab konstruieren, der eine allgemeine Mitwirkungspflicht des Gläubigers rechtfertigt (dazu schon Rz 202 ff.). Je nach den vereinbarten Leistungen und den drohenden Risiken des Einzelfalls mag mit dem Treuegebot vor Augen einleuchten, dass die Parteien der ungeschriebenen Pflicht unterstehen, sich im Störungsfall gegenseitig zu informieren<sup>924</sup>, nicht zu täuschen, vor Gefahren zu warnen und womöglich auch, sich einer Anpassungssituation (Rz 718) nicht zu verschliessen<sup>925</sup>. Auch die hier vertretene Treuepflicht zur rechtzeitigen Säumnisanzeige (Rz 1239 ff.) fusst auf diesem Gedanken. Dass aber der hohe Treuemassstab dazu führen soll, dass ein vom Gesetzgeber originär als erlaubt normiertes Verhalten (hier: das Mitwirkungsver-säumnis in OR 91) zur Pflichtverletzung wird, wäre im Bereich der ergänzenden Treuepflichten ein zweifelhaftes Phänomen<sup>926</sup>. Die Konstruktion der

---

<sup>924</sup> Unter der deutschen Kooperationslehre haben die Bauwerkvertragsparteien einander bspw. über die bevorstehende Ausübung von Leistungsverweigerungs-, Kündigungs- oder sonstigen Rechten zu informieren, die den Vertragsvollzug stören oder endgültig verunmöglichen könnten (FUCHS, Diss., S. 177 ff.; DERS., NZBau 2004, S. 68).

<sup>925</sup> Unter der deutschen Kooperationslehre müssen die Parteien in Anpassungssituationen auf Verhandlungsangebote eintreten bzw. solche unterbreiten, Angebote ernsthaft ausgestalten bzw. ernsthaft überprüfen, Stellungnahmen fristgerecht und sachlich begründet abgeben usw. Sie dürfen überdies einander nicht täuschen, einander nicht drohen und auch nicht unberechtigt (d.h. in Ermangelung einer Verletzung einer Verhandlungspflicht der Gegenseite) von Leistungsverweigerungsrechten Gebrauch machen, sowie sich nicht auf die eigene Position versteifen («Selbstbindungsgebot») (FUCHS, Diss., S. 252 ff.; DERS., NZBau 2004, S. 69).

<sup>926</sup> Nicht zu beanstanden ist dagegen, dass *das Gesetz selbst* in besonderen Konstellationen Verhaltensweisen zu Pflichten macht, die dem Verpflichteten andernfalls als blosses Recht zur freien (Nicht-)Ausübung offenstünden. Zu denken ist an das Hinterlegungsrecht des Schuldners i.S.v. OR 92: Zur Hinterlegung ist er normalerweise nicht verpflichtet, nur berechtigt. Die Liquidatoren einer Aktiengesellschaft freilich sind

«Kooperationspflicht» im Wege der Vertragsergänzung ist für den Bauwerkvertrag deshalb abzulehnen<sup>927</sup>.

4. Die Kooperationslehre lässt nicht vermuten, dass sie auf die Ausfüllung einer **Gesetzeslücke** zielt, weil sie die Mitwirkungspflicht des Bauherrn nicht als Regelungsversäumnis des Gesetzgebers auffasst, sondern als Ausfluss des Gebots von Treu und Glauben, d.h. als Konkretisierung einer Generalklausel. In der neueren Lehre wird das nicht als Lückenfüllungsvorgang erachtet, weil es in diesen Fällen der Absicht des Gesetzgebers entspricht, die inhaltliche Konkretisierung der Judikative zu überlassen; eine planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes liegt dann gerade nicht vor<sup>928</sup>. Dass die Generalklausel von ZGB 2 sich nicht auf eine Kooperationslehre hin konkretisieren lässt, wurde bereits bei der Vertragsergänzung dargestellt (Rz 659 ff.). Der Umstand schliesslich, dass der Werkvertrag kein typischer, punktueller Zielvertrag ist und ein allfälliges Mitwirkungsversäumnis sich nicht erst bei der Abnahme des vollendeten Werks, sondern bereits in der Herstellungsphase negativ auswirkt, kann dem Gesetzgeber nicht entgangen sein, nachdem er erfüllungsrelevante bzw. potenziell erfüllungsrelevante Mitwirkungsleistungen des Bestellers mitgeregelt hat (Lieferung des Werkstoffs, OR 365 I; Erteilen von Weisungen, OR 369). Soweit mit der Kooperationslehre impliziert würde, dass das Kostenminimierungs- und Kompensationsinteresse des Unternehmers eine gesetzliche Schutzregelung vermissen lässt, kann auf die Ausführungen zu Rz 626 ff. verwiesen werden. Soweit demgegenüber ein Durchführungsinteresse des Unternehmers angesprochen ist, auf Rz 663 ff.

#### 4. Durchführungsinteresse des Unternehmers

##### a. Ansätze

1. Einer in der deutschen Literatur häufig vertretenen Auffassung nach habe der Unternehmer im Bauwerkvertrag generell ein Interesse daran, das **Bauwerk tatsächlich auszuführen und abzuliefern**. Der Unternehmer habe also ein eigentliches Durchführungsinteresse (vgl. Rz 311 ff.). Dieses Inte-

nach OR 744 I verpflichtet, den Forderungsbetrag zugunsten von bekannten Gläubigern zu hinterlegen, wenn diese es versäumen, auf den Schuldenruf i.S.v. OR 742 II hin ihre Forderung anzumelden.

<sup>927</sup> Im Ergebnis gleich GAUCH, Werkvertrag, Rz 821b, 1345a.

<sup>928</sup> EMMENEGGER/TSCHECHTER, BK-ZGB, Art.1 N 370.

resse stamme daher, dass der Unternehmer massgebliche Zwecke, die er mit der Eingehung des Vertrags verfolgt, nur erreicht, indem es *effektiv* zur Vertragsdurchführung kommt. Dieses Interesse könne nur geschützt werden, indem eine klagbare Mitwirkungspflicht des Bauherrn konstruiert werde, deren Verletzung den Unternehmer nicht nur zu Schadenersatzansprüchen berechtigt, sondern die auch gerichtlich oder nötigenfalls vom Unternehmer selbst im Wege der Selbstvornahme (Ersatzvornahme) durchgesetzt werden kann<sup>929</sup>. Der Gedanke findet sich in der deutschen Literatur etwa in folgenden Ausformungen:

- 664 – Vertreten wird dies von BUSCHE zumindest für Bauwerke, «an dessen Herstellung als *Referenzobjekt* möglicherweise auch der Unternehmer ein gesteigertes Interesse hat»<sup>930</sup>. Dasselbe meint VOIT, wenn er den Unternehmer bei der Ausführung von *Prestigeobjekten* in seinem Vertrauen auf richtige Mitwirkung schützen will, «weil er sich durch ihre Verwirklichung in besonderem Masse Auswirkungen auf Folgeaufträge von dritter Seite erhofft»<sup>931</sup>. Den Gedanken der Referenzwirkung artikuliert früher schon NICKLISCH, der seinerseits herausstrich, dass der Unternehmer beim Bau von «grösseren Objekten» davon profitiere, «wenn er darauf hinweisen kann, schon früher ähnliche Objekte mit Erfolg durchgeführt zu haben», und deshalb ein Interesse an der Werkausführung habe, das rechtlich schützenswert sei<sup>932</sup>.
- 665 – Nach NICKLISCH wolle der Unternehmer in Zeiten schlechter Konjunktur seine Produktionsmittel effektiv beschäftigen, was nur möglich sei, wenn er tatsächlich zur Werkausführung zugelassen werde. Selbst wenn der Unternehmer im stillstehenden Auftrag die Vergütung erhalte, sei es ein

---

<sup>929</sup> Zu den Rechtsfolgen der Verletzung einer Mitwirkungspflicht im deutschen Werkvertragsrecht BUSCHE, MüKo-BGB, § 642 N 23 f. Für den Schadenersatzanspruch wird hier auf BGB § 280 I, mit Blick auf den Verzugsschaden auch auf BGB § 280 II i.V.m. § 286 verwiesen. Das Selbstvornahmerecht des Unternehmers, nach welchem derselbe Mitwirkungsleistungen «substituieren» dürfen soll, stützt er analog auf das Selbstvornahmerecht des Bestellers in BGB § 637 I.

<sup>930</sup> BUSCHE, MüKo-BGB, § 642 N 22 (H.h.).

<sup>931</sup> VOIT, OK-BGB, § 642 N 6.

<sup>932</sup> NICKLISCH, BB 1979, S. 540. Siehe auch MÜLLER-FOELL, Diss., S. 92; RAAB, DLL-BGB, § 642 N 17 («Folgeaufträge»); RÜTTEN, Diss., S. 165 (der zusätzlich unterscheidet zwischen dem Neukunden anlockenden «Werbeeffect» und dem «Befähigungsausweis» gegenüber dem Staat als Auftraggeber).

«höchst unbefriedigender Zustand»<sup>933</sup>, wenn er vom Besteller unter dem Gesichtspunkt der Aufwendungsersparnis gezwungen werden könne, seine Kosten durch Abbau der Produktionsmittel zu reduzieren. So werde die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Unternehmers vermindert, während dieser vielmehr «wegen anderer späterer Aufträge die vorhandenen und ohne weiteres nicht wieder schaffbaren *Kapazitäten aufrechterhalten möchte*»<sup>934</sup>. Umso stärker wirke sich das in Aufträgen aus, die zu einem Selbstkosten- oder gar verlustträchtigen Preis abgeschlossen wurden. Zu schlechten Preisen schliesse der Unternehmer aber nicht nur bei serbelnder Konjunktur ab, sondern zum Beispiel auch, wenn er in einen bestimmten Markt vorstossen oder neue Verfahren ausprobieren wolle («Entwicklungs- und Pilotprojekte»), in der Hoffnung, mit dem abgeschlossenen Auftrag «die Grundlage für spätere gewinnbringende Aufträge»<sup>935</sup> zu schaffen.

- Genereller, aber mit dem wohl gleichen Anliegen ist RÜTTEN zu verstehen, nach dem der «Schutz der §§ 642 ff. BGB» nicht ausreiche und deshalb echte Mitwirkungspflichten anzunehmen seien, «soweit über das Vergütungsinteresse hinausgehende (ideelle oder weitergehende wirtschaftliche) Interessen des Unternehmers durch die Nicht- oder Schlechterfüllung der jeweiligen Mitwirkungshandlung berührt werden»<sup>936</sup>. Möglicherweise auch so zu verstehen sind VYGEN/JOUSSEN, nach denen eine (klagbare) Mitwirkungspflicht konkludent vereinbart sei, wenn die Mitwirkungshandlung «schon von ihrer weit reichenden Bedeutung her» solches gebietet<sup>937</sup>, soweit man die «weit reichende Bedeutung» nicht auf die üblichen, mitwirkungsbedingten Vermögenseinbussen limitiert versteht, sondern mittel- und langfristige wirtschaftliche Interessen des Unternehmers miteinfasst. 666
- Ganz losgelöst vom Einzelfall vertreten sodann KAPELLMANN/SCHIFFERS/MARKUS: «Natürlich hat ein Unternehmer an der erfolgreichen Erstellung seines Werkes ein überragendes Interesse [...]. [...], nur das gute und vollendete Werk spricht für ihn und für sich. Der Unternehmer wäre blitzartig vom Markt verschwunden, wenn er Desinteresse an sei- 667

<sup>933</sup> NICKLISCH, BB 1979, S. 540.

<sup>934</sup> NICKLISCH, BB 1979, S. 540 (H.h.). Siehe auch MÜLLER-FOELL, Diss., S. 92 f.; SCHEUBE, Diss., S. 106 f.

<sup>935</sup> NICKLISCH, BB 1979, S. 540.

<sup>936</sup> RÜTTEN, Diss., S. 169.

<sup>937</sup> VYGEN/JOUSSEN, Rz 1081 f.

nem eigenen Werk bekunden würde.»<sup>938</sup> Auch hier wird das langfristige Interesse des Unternehmers, wirtschaftlich zu überleben, mit der erfolgreichen Ausführung des einzelnen Bauvorhabens verknüpft. Im Unterschied zu den anderen Stellungnahmen wird dieses Unternehmerinteresse nicht nur in bestimmten Fällen bejaht, sondern offenbar im Bauwerkvertrag ganz allgemein.

- 668 – Am Rande als Begründung für ein Durchführungsinteresse erwähnt werden zuweilen auch *ideelle Motive* des Unternehmers. NICKLISCH unterstellt dem Unternehmer ein solches ideelles Interesse, wenn es «um die Errichtung von Bauwerken mit besonderem künstlerischem Einschlag geht»<sup>939</sup>.
- 669 2. In der **Schweiz** bejaht KOLLER eine Mitwirkungspflicht des Unternehmers «überall dort [...], wo der Unternehmer – für den Besteller bei Vertragsabschluss erkennbar – durch Art. 92 Abs. 1 und 95 OR nicht geschützte Interessen an der Vornahme der Mitwirkungshandlung hat»<sup>940</sup>. Auch hier wird als pflichtbegründend erachtet, dass ein «Referenzobjekt» Vertragsgegenstand bildet (vgl. Rz 664) oder dass «die Werkausführung [...] den Unternehmer davor bewahren [soll], Entlassungen aussprechen zu müssen»<sup>941</sup> (vgl. NICKLISCHs Gedanke zur Aufrechterhaltung der Kapazitäten in Rz 665). Dieser Argumentation folgt auch GEHRER, der zudem den Wunsch des Unternehmers priorisiert, durch ein «Pilotprojekt [...] die Realisierbarkeit eines neuen technischen Konzepts» zu beweisen oder «dem Unternehmer einen neuen Markt [zu] öffnen»<sup>942</sup>. Dass der Unternehmer durchaus ein Eigeninteresse an der Werkausführung haben könne, sieht im Übrigen auch GAUCH so; er erblickt ein solches Interesse zum Beispiel darin, dass «sein ganzer Betrieb für längere Zeit auf diese eine Arbeit eingestellt ist», dass «das vereinbarte Werk (etwa ein Reihenhauses) Teil einer Gesamtüberbauung bildet, die der Unternehmer ausführt», dass «der Unternehmer durch die

---

<sup>938</sup> KAPPELLMANN/SCHIFFERS/MARKUS, Bd. 1, Rz 1286.

<sup>939</sup> NICKLISCH, BB 1979, S. 540.

<sup>940</sup> KOLLER A., BK-OR, Art. 366 N 775.

<sup>941</sup> KOLLER A., BK-OR, Art. 366 N 775. An dieser Einschätzung scheint der Autor freilich nicht festgehalten zu haben: «Dass bei Werkverträgen über grössere Projekte, etwa solchen über die «Errichtung eines Bauwerkes oder einer industriellen Anlage», die Mitwirkungspflichten des Bestellers typischerweise konkludent als eigentliche Pflichten ausgestaltet sind, dürfte [...] kaum zutreffen» (KOLLER A., Werkvertragsrecht, Rz 173 m.w.N.).

<sup>942</sup> GEHRER, S. 175 Fn 20.



tatsächliche Ausführung des Werkes Erfahrungen («know-how») sammeln, in einen bestimmten Markt eindringen oder die Basis für Folgeaufträge schaffen möchte», oder dass «dem Unternehmer daran gelegen ist, sein Personal wirklich zu beschäftigen, um sich selbst den Personalbestand oder den Arbeitnehmern die Arbeitsplätze zu erhalten»<sup>943</sup>. Notabene bringt GAUCH dieses Interesse aber nicht mit einer wie auch immer gearteten Mitwirkungspflicht des Bestellers in Verbindung<sup>944</sup>.

## b. Würdigung

1. Die Durchführungsinteressen des Unternehmers, auf die in den zitierten 670 Ansätzen verwiesen wird, unterscheiden sich qualitativ, weshalb eine Differenzierung am Platz ist. Da ist zum einen das **langfristige wirtschaftliche Durchführungsinteresse** des Unternehmers. Dieses geht auf das Fernziel hin, sein *wirtschaftliches Überleben über den Vollzug des streitigen Bauwerkvertrags hinaus zu sichern*, indem er die Attraktivität seines Angebots, seine Konkurrenz- und Leistungsfähigkeit und sein Renommee ausbaut oder wenigstens bewahrt. Dazu gehört das Interesse, ein Prestige- oder Referenzobjekt zu vollenden, denn dort geht es, wie BUSCHE, VOIT und NICKLISCH darlegen, darum, Folgeaufträge durch eine positive Branchen- und Kundenwahrnehmung zu generieren, d.h. langfristig Umsätze zu sichern. Dasselbe steckt hinter dem Anliegen des Unternehmers, bei schlechter Konjunktur seinen Produktionsmittelbestand möglichst nicht abbauen zu müssen, damit er während der rückläufigen Periode für den Fall «anderer späterer Aufträge» (vgl. NICKLISCH) leistungsbereit bleibt. Will der Unternehmer Pilotprojekte in neuen Märkten und/oder mit neuen Verfahren effektiv zu Ende führen, so nicht aus Interesse an der Vollendung *an sich* und auch nicht um der neuen Märkte und Verfahren willen, sondern deshalb, weil er sich davon neue Kernkompetenzen, eine Erweiterung seines Angebots und letztlich Expansion, d.h. «spätere gewinnbringende Aufträge» (vgl. wiederum NICKLISCH) erhofft. Nichts Anderes meinen KAPELLMANN/SCHIFFERS/MARKUS, wenn sie festhalten, nur das vollendete (und wohl auch: mängelfreie) Werk spreche für sich und lasse den Unternehmer am Markt bestehen, heisst: führe den Unternehmer langfristig zum wirtschaftlichen Überleben oder gar Erfolg. Das langfristige wirtschaftliche Interesse des Unternehmers ist, wie schon

<sup>943</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rz 585 m.w.N., u.a. m.V.a. NICKLISCH, BB 1979.

<sup>944</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rz 586, begründet dort vielmehr, weshalb das freie Rücktrittsrecht nach OR 377 dispositiver Natur sei.

sein Kostenminimierungs- und Kompensationsinteresse, nicht ideeller, sondern rein finanzieller Natur.

671 **2.** Zum anderen erwähnen NICKLISCH und GAUCH<sup>945</sup> am Rande auch **ideelle Interessen** des Unternehmers an der Werkausführung, vertiefen diese aber nicht.

672 **a.** Die Unterscheidung von ideellen Interessen einerseits und langfristigen wirtschaftlichen Interessen andererseits kann Mühe bereiten. Zum Beispiel verfolgt, wer das langfristige wirtschaftliche Überleben seines Betriebs sucht, immer auch den Erhalt der damit verbundenen Arbeitsplätze, was durchaus Gegenstand eines ideellen Interesses sein kann. In einer freiheitlich-kapitalistischen Wirtschaftsordnung allerdings ist die Annahme nicht zu pauschal geraten, dass in kommerziellen Verträgen des Geschäftsverkehrs der Gewinn und, damit verbunden, das Wachstum die primären Motive der Akteure sind, mögen sie auch mittelbar zu einer ideell wünschbaren gesellschaftlichen Wohlfahrt führen. Ideelle Motive, die sich mit langfristigen finanziellen überlagern, bleiben deshalb im Folgenden ausgeklammert bzw. sind mit den finanziellen abgehandelt (Rz 670).

673 **b.** Damit interessieren noch jene ideellen Motive des Unternehmers, die sich auf die Tatsache richten, dass das geschuldete Bauwerk *in Existenz erwächst* und *existent bleibt*, ungeachtet der konsekutiven finanziellen Auswirkungen dieser Tatsache. Zu denken ist an Konstellationen, in denen vor allem dem Unternehmer an der Werkausführung liegt und der Bauherr in erster Linie für Finanzierung, rechtliche Legitimierung und/oder spätere Bewirtschaftung des Werks «herangezogen» wird. Dass der Unternehmer dabei auch einen Gewinn erwirtschaftet, schliesst ein ideelles Durchführungsinteresse nicht aus, doch tritt dieses besonders deutlich hervor, wenn der Preis in der Höhe der Selbstkosten oder gar tiefer vereinbart wird. Als empirisches Praxisbeispiel lässt sich etwa folgender Fall nennen: Ein berühmter Künstler der plastischen Monumentalkunst verstirbt noch vor Vollendung eines bedeutsamen Kunstwerks. Sein Nachlass fliesst einschliesslich der Urheberrechte kraft letztwilliger Verfügung in eine Stiftung. Seinem ebenfalls künstlerisch tätigen Sohn liegt aus emotionalen Gründen viel daran, das Kunstwerk fertigzustellen, doch benötigt er hierfür finanzielle Hilfe und die urheberrechtlichen Nut-

---

<sup>945</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rz 585 m.w.N. Die Ausführungen des Autors drehen sich dort notabene nicht um eine Mitwirkungspflicht des Bestellers, sondern um die Frage, ob das freie Rücktrittsrecht in OR 377 dispositiver Natur sei.

zungsrechte vonseiten der Stiftung. Er schliesst mit der Stiftung einen Vertrag ab, wonach er das Kunstwerk gemäss den Plänen des Verstorbenen fertigzustellen habe. Als Vergütung wird ihm die Deckung seiner Material- und Personalkosten versprochen.

3. Soll man durch **Vertragsauslegung** zum Ergebnis gelangen, dass die Parteien aufgrund des Durchführungsinteresses des Unternehmers eine Mitwirkungspflicht des Bauherrn vereinbart haben, so gelingt das nur, wenn das Durchführungsinteresse als konkludenter Bestandteil ihrer übereinstimmenden Willenserklärungen erachtet wird. Die Hypothese lautet mit anderen Worten, das erkennbare Durchführungsinteresse des Unternehmers bilde einen besonderen Umstand des Vertragsschlusses, aufgrund dessen der Unternehmer darauf vertrauen dürfe und der Bauherr davon ausgehen müsse, dass die Mitwirkung verbindlich geschuldet sei. Das ist teilweise zu verneinen, teilweise zu bejahen: 674

a. *Zu verneinen ist das für langfristige wirtschaftliche Interessen*, wie es von den meisten zitierten Ansätzen zum Ausgangspunkt genommen wird. Unbeachtlich scheint dabei, von welchem Umstand – vom Bau eines Referenzobjekts, vom Bau eines Pilotprojekts, von schlechter Konjunktur usw. – dieses Interesse abgeleitet wird. Es erschöpft sich immer nur darin, langfristig am Markt zu bestehen. KAPPELLMANN/SCHIFFERS/MARKUS ist Recht zu geben, dass sich der langfristige Markterfolg des Unternehmers eher einstellt, wenn er die Mehrheit seiner Aufträge zu Ende bringt. Doch wurzelt dieses Interesse des Unternehmers nicht im konkreten Bauwerkvertrag: Der Unternehmer kann es nicht allein dadurch wahren, dass er den konkreten, streitigen Bauwerkvertrag vollendet, sondern nur, indem er immer wieder Bauwerkverträge, d.h. eine unbestimmte Vielzahl von Verträgen abschliesst und nach Möglichkeit auch zu Ende bringt. Dieses aggregierte und deshalb diffuse, langfristige, nicht im konkreten Einzelgeschäft verankerte Interesse des Schuldners am wirtschaftlichen Fortkommen verdient, wie an anderer Stelle dargelegt (Rz 311 ff.), im allgemeinen Schuldrecht grundsätzlich keinen Schutz. Eine Analogie zu den Sonderfällen, in denen das Interesse geschützt wird, ist vorliegend ausgeschlossen: Die Leistungsfähigkeit seiner Produktionsmittel verschlechtert sich beim Bauunternehmer nicht mehr oder weniger als die der meisten anderen Dienstleistungsanbieter, wenn sich diese einer Unterauslastung gegenübersehen. Auf den Preis, den er mit seinen Bauleistungen erzielen kann, schlägt die allfällige Verschlechterung normalerweise überhaupt nicht durch, zumindest nicht mittelfristig. Das so geartete langfristige wirtschaftliche Durchführungsinteresse ist ein universelles, das, wie 675

schon das Kostenminimierungs- und Kompensationsinteresse, jedem Anbieter unterstellt werden darf. Der Bauherr muss allein deswegen nicht davon ausgehen, dass der Unternehmer die Mitwirkung gerichtlich und nötigenfalls auch im Wege der Ersatzvornahme erzwingen, also zur Rettung seiner eigenen wirtschaftlichen Aussichten das Bauvorhaben des Bauherrn gewissermassen (auch) zu seinem eigenen Vorhaben machen könne.

- 676 **b.** Eine Mitwirkungspflicht des Bauherrn ist demgegenüber zu *bejahen*, wenn bei Vertragsschluss nach Treu und Glauben anzunehmen war, dass der Unternehmer über ein hinreichendes *ideelles Durchführungsinteresse* verfügt. Hinreichend ist dieses, wenn es nach den Umständen in einer Intensität zu vermuten ist, die über allgemeine, dem durchschnittlichen Bauunternehmer innewohnende Interessen hinausgehen. Beispielsweise liesse sich in vielen Fällen unterstellen, dass ein Unternehmer aus Freude an seiner Profession «gerne baut», doch würde das nicht zu einem ideellen Durchführungsinteresse im hier verstandenen Sinn reichen. Objektiv hinreichend, weil in seiner psychologisch-emotionalen Natur nachvollziehbar wäre dagegen das genannte Beispiel des Künstlersohns, von dem angenommen werden muss, dass ihm überdurchschnittlich viel daran liegt, das angefangene Werk seines Vaters zu vollenden (Rz 673). In solchen besonderen, wohl seltenen Fällen tritt das Unverbindlichkeitsinteresse des Bauherrn in der objektiven Vertragsauslegung vor dem Durchführungsinteresse des Unternehmers zurück.
- 677 **4.** Lässt sich auslegungsweise nicht ermitteln, ob die Parteien den Verbindlichkeitsgrad der Mitwirkung vereinbart haben, oder steht fest, dass sie ihn nicht vereinbart haben (vgl. Rz 642), so hat das Gericht **den Vertrag zu ergänzen**. Dabei stellt sich die Frage, ob die gesetzliche Mitwirkungspflicht zum Bauwerkvertrag passt, wenn der Unternehmer ein Interesse an der Werkausführung hat. Vom hier untersuchten Ergänzungsergebnis her gedacht lautet die These der vorerwähnten Ansätze, dass vernünftige und redlich handelnde Vertragsparteien in Kenntnis der Regelungslücke eine Mitwirkungspflicht des Bauherrn als sachgerechte Regelung empfunden hätten, um den Unternehmer in seinem Durchführungsinteresse zu schützen. Überzeugend erscheint diese These nur mit Blick auf das hinreichende ideelle Durchführungsinteresse, wie es in Rz 671 ff. umschrieben ist. Nicht nur ist in diesen Fällen allein die klagbare Mitwirkungspflicht geeignet, eine solches Unternehmerinteresse zu schützen; es erscheint auch vernünftig anzunehmen, dass in solchen und wertungsmässig vergleichbaren Situationen der durchschnittliche und loyale Bauherr zu dieser Abrede Hand bieten wird. Vom langfristigen wirtschaftlichen Durchführungsinteresse kann das nicht

behauptet werden: Kein vernünftiger Bauherr empfindet es als sachgerechte Lösung, abstrakte, langfristige, nicht im konkreten Bauwerkvertrag begründete Betriebsrisiken des Unternehmers dadurch abzusichern, dass er sich zur Mitwirkung verpflichtet und die tatsächliche Werkausführung so gewissermassen auch in die Herrschaft des Unternehmers legt.

5. Die hier diskutierten Durchführungsinteressen des Unternehmers bereiten 678 keinen Anlass, mit Blick auf den Schutz dieser Interessen eine **Gesetzeslücke** zu vermuten, und zwar weder im Bauwerkvertrag noch in einem sonstigen Vertragsverhältnis. Das langfristige wirtschaftliche Durchführungsinteresse des Unternehmers ist im kommerziellen Geschäftsverkehr ein derart allgemeines, vom einzelnen Geschäft, aber auch vom einzelnen Vertragstyp unabhängiges Interesse, dass dem Gesetzgeber nicht ernstlich vorgeworfen werden kann, er habe dieses Interesse versehentlich nicht umfassend geschützt. Im Gegenteil sind die Regeln der OR 91 ff. als qualifizierte, stillschweigende Verneinung des Gesetzgebers zu verstehen. Eine «typische» Vertragslücke, die zugleich eine Gesetzeslücke darstellt, ist auszuschliessen.

## 5. Im Anwendungsbereich der SIA-Norm 118

### a. Ansätze

1. Die SIA-Norm 118 ist nach Einschätzung des Bundesgerichts «für das 679 Schweizerische Bauwesen von massgebender Bedeutung und wie kaum ein anderes AGB-Werk verbreitet und bekannt»<sup>946</sup>. Aufgrund der Popularität der Norm drängt sich die Frage auf, ob in ihrem Anwendungsbereich der Grundsatz der Mitwirkungsobliegenheit durchbrochen wird und falls ja, in welchem Umfang. Dass die **SIA-Norm 118 prinzipiell Mitwirkungspflichten** für den Bauherrn **begründe**, äussert in der schweizerischen Literatur in dieser Deutlichkeit soweit ersichtlich nur HÜRLIMANN<sup>947</sup>. Der Autor stützt sich dabei einerseits auf die dargestellte Kooperationslehre (vgl. schon Rz 653), andererseits auf zwei Bundesgerichtsurteile. Das Bundesgericht entschied zunächst im Jahr 1993, dass der Bauherr im Anwendungsbereich der SIA-Norm 118 (Fassung von 1977) «Mitwirkungspflichten» (*sic*) verletze, wenn er dem Unternehmer die Ausführung der Arbeiten innert der vertraglichen Fristen und Termine nach SIA-118 94 (1977) nicht erlaube<sup>948</sup>. Dem Unter-

<sup>946</sup> BGer 4P.209/2001 (04.12.2001) E. 3a.

<sup>947</sup> HÜRLIMANN, Jusletter (04.07.2016), Rz 15 f.

<sup>948</sup> BGer 4C.188/1993 (01.10.1993) E. 2c.

nehmer erwachse dann, nebst den Rechten aus Gläubigerverzug, auch ein Anspruch auf Mehrvergütung und Schadenersatz. Diese Ausführungen griff das Bundesgericht in einem Urteil von 2016 auf, wo es das umstrittene Bauherrenverhalten, wiederum im Anwendungsbereich der SIA-Norm 118 (hier in der Fassung von 2013), als «Verletzung von Mitwirkungspflichten» bezeichnete<sup>949</sup>.

- 680 **2.** Im näheren Umfeld dieser Beurteilungen sind allenfalls SPIESS/HUSER zu erwähnen, nach denen der Bauherr im Bauwerkvertrag prinzipiell nicht Mitwirkungsobliegenheiten, sondern Mitwirkungspflichten trage<sup>950</sup> (vgl. auch Fn 860). Doch ist hier nicht ersichtlich, ob gerade die Norm für diese Mitwirkungspflichten begründend sei oder nicht; einerseits ergeht das Votum innerhalb eines Kommentars zur SIA-Norm 118, andererseits bezieht sich die Bemerkung auf Art. 2 der Norm, dessen Gehalt sich weitgehend in einem Verweis auf das gesetzliche Werkvertragsrecht erschöpft. Abzugrenzen ist die Stellungnahme demgegenüber von WERZ, der klarerweise auch für den OR-Bauwerkvertrag Mitwirkungspflichten aus der Kooperationslehre ableitet (dazu schon Rz 653), was er folglich wohl auch für einen SIA-Bauwerkvertrag vertreten würde.

#### **b. Würdigung**

- 681 **1.** Soweit man zunächst die Verweise auf die deutsche Kooperationslehre ausklammert (dazu in Rz 689 ff.), ist nicht ersichtlich, auf welche Anhaltspunkte sich die Einschätzung methodisch stützen liesse, der Bauherr trage im Anwendungsbereich der SIA-Norm 118 nur Mitwirkungspflichten. Bei der Auslegung der **normeigenen Kernbestimmungen der Bauherrenmitwirkung** jedenfalls bestätigt sich diese Einschätzung nicht<sup>951</sup>. Als solche zu nennen sind die Bestimmungen von SIA-118 58 II, 94 und 97 I, weil sie als einzige Rechtsfolgen an die nicht erfolgte oder nicht richtig erfolgte Bauherrenmitwirkung knüpfen:

---

<sup>949</sup> BGer 4A\_507/2015 (19.02.2016) E. 3.4.; z.G. STÖCKLI H./REY P., BR/DC 2016, S. 332 ff.

<sup>950</sup> SPIESS/HUSER, SHK-SIA-118, Art. 2 N 19 ff. Ähnlich offenbar auch MÜLLER-CHEN/GIRSBERGER/DROESE, 7 Rz 87.

<sup>951</sup> Vgl. auch REETZ, Komm-SIA-118, Art. 94 N 2.2.

a. *SIA-118 58 II* verpflichtet den Bauherrn zur Ausrichtung einer *Mehrvergütung*, wenn die Werkausführung durch besondere, vom Bauherrn verschuldete Verhältnisse erschwert wird. Der Anwendungsbereich der Norm erstreckt sich nach hier vertretener Auffassung auch auf das Mitwirkungsversäumnis (dazu Rz 1081 ff.). Entbrennt ein Streit darüber, ob der Bauherr aufgrund dieser Bestimmung zur Mitwirkung verpflichtet sei, fehlt es bei den Parteien naturgemäss an einem tatsächlichen überstimmenden Verständnis der Klausel, womit diese objektiviert auszulegen ist (Rz 213). Nach Treu und Glauben muss der Bauherr nicht annehmen, dass er durch diese Bestimmung zur Mitwirkung verpflichtet werde. Der Wortlaut der Bestimmung liefert für solches keinen Anhaltspunkt, enthält namentlich keine den Bauherrn verpflichtende Modalverben betreffend die Vermeidung der «besonderen Verhältnisse». Dass die Bestimmung ihre Rechtsfolge an ein «Verschulden» des Bauherrn knüpft, ändert daran nichts, weil im Geschäftsverkehr mangels anderer Indizien nicht davon auszugehen ist, dass die Parteien das Verschuldenskriterium als Indikator für eine Rechtspflicht verwenden, wie es etwa das Gesetz – freilich unzuverlässig – tut<sup>952</sup>. Der Bauherr darf die Norm inhaltlich und vertragssystematisch vielmehr als *Vergütungsbestimmung* auffassen (siehe *SIA-118 38 ff.*: «Vergütung der Leistungen des Unternehmers»): Im Vordergrund der Bestimmung steht die «zusätzliche Vergütung», also die Anpassung der Vergütung<sup>953</sup>, deren Umfang sich auf den Mehraufwand (dazu Rz 751 ff.) beschränkt und analog nach *SIA-118 86–91* (Mehrvergütung bei Beststellungsänderung) zu bemessen ist<sup>954</sup>. Der Unternehmer demgegenüber darf *SIA-118 58 II* nicht so verstehen, dass er einen Anspruch auf vollständige Wiedergutmachung habe, was für eine Rechtspflicht zumindest indizierend wäre. Schon gar nicht muss der Bauherr auf Grundlage dieser Bestimmung annehmen, dass der Unternehmer gestützt darauf seine Mitwirkung erzwingen könne.

<sup>952</sup> Das Gesetz enthält, wie gesehen (Rz 145 f.), auch Verhaltensanforderungen, deren Verletzung verschuldensabhängig sanktioniert wird, obwohl sie keine Pflichtverletzung darstellt (siehe etwa OR 376 III, 378 II). Mit dem dortigen Verschuldenskriterium vergleichen namentlich SCHUMACHER/KÖNIG, Rz 489 dasjenige in *SIA-118 58 II*.

<sup>953</sup> Vgl. auch STÖCKLI H., BRT 2017, S. 22.

<sup>954</sup> Vgl. GAUCH/STÖCKLI H., Komm-SIA-118, Art. 58 N 10.5: Schadenersatzansprüche könnten sich für den Unternehmer immerhin aus Tatbeständen der Vertrauenshaftung oder der absichtlichen Täuschung ergeben.

- 683 **b.** *SIA-118 94* ist die normeigene «*Generalklausel*» der *versäumten Bauherrenmitwirkung*. Nach Absatz 1 der Bestimmung obliegt es dem Bauherrn<sup>955</sup>, den Unternehmer mit den nötigen Ausführungsunterlagen (vgl. *SIA-118 99–101*) sowie den erforderlichen Grundstücken und Rechten (vgl. *SIA-118 116*) zu versorgen, also mitzuwirken, und zwar so frühzeitig, dass der Unternehmer die vertraglichen Fristen einhalten kann. Absatz 2 berechtigt den Unternehmer zu einer Fristverlängerung sowie, falls der Bauherr sich nicht auf die Neufestsetzung der Frist einlässt oder immer wieder säumig wird, zur «Auflösung» des Vertrags nach OR 95. Zwar enthält der Wortlaut des ersten Absatzes, wie viele andere mitwirkungsbezogenen Bestimmungen der Norm, einen an den Bauherrn gerichteten Imperativ: Der Bauherr «stellt dem Unternehmer [...] zur Verfügung». Doch sind Imperative bei der Umschreibung von Parteiverhalten praktisch unvermeidlich (zur Wortlautauslegung schon Rz 251 ff.) und zudem lässt der Passus klare Modalitäten vermissen. Es ist weder von einem «Müssen» noch von einem «Sollen» noch von einer «Verpflichtung» oder einer «Verbindlichkeit» die Rede. Das steht im Kontrast beispielsweise zu *SIA-118 104*, wo die Parteien ausdrücklich «verpflichtet» werden (dazu Rz 712 ff.). Aus den Formulierungen in *SIA-118 94* muss der Bauherr daher nicht ableiten und darf der Unternehmer nicht annehmen, dass der Bauherr zu solchen Mitwirkungsleistungen verpflichtet sei.
- 684 Zerstört wird jeder Anschein einer Mitwirkungspflicht sodann in *SIA-118 94 II*, der den Unternehmer beim Mitwirkungsversäumnis des Bauherrn auf das *Kündigungsrecht* nach den Regeln des *Gläubigerverzugs* verweist, von dem bereits dargelegt wurde, dass er keine Pflichtverletzung des Gläubigers darstellt (Rz 165 ff.). Zwar schliesst dieser Verweis nicht ohne weiteres aus, dass die Mitwirkung trotzdem Pflicht ist. Doch wäre dann nicht erklärbar, warum die Parteien nicht stattdessen vereinbaren, dass der Unternehmer die Mitwirkung vom Bauherrn einklagen könne oder wenigstens, angelehnt an die Regeln des Schuldnerverzugs, beim Rücktritt auch Schadenersatz fordern könne, oder auch Verspätungsschadenersatz im Fall der Vertragsfortführung (vgl. OR 107 II/109).
- 685 **c.** *SIA-118 97 I* lautet: «Bauherr und Unternehmer haften gegenseitig für Schäden aus *Fristüberschreitungen*, die sie verschuldet haben» (H.h.). Die Norm steht im Abschnitt «Fristen», der sich über Art. 92–98 erstreckt, und

---

<sup>955</sup> Die Norm spricht hier von der «Bauleitung», meint aber den Bauherrn (siehe REETZ, Komm-SIA-118, Art. 94 N 2.1.; STÖCKLI H., Komm-SIA-118, Einl N 18; vgl. auch SIA-118 33 III).



bezieht sich demnach auf jene Fristen, «bis zu deren Ablauf die übernommenen Arbeiten ausgeführt sein müssen» (Art. 92)<sup>956</sup>. Hier interessiert der Fall, in dem der Bauherr durch sein schuldhaftes Mitwirkungsversäumnis beim Unternehmer zu einer Überschreitung der vereinbarten Fristen führt. In diesem Fall haftet nach dieser Bestimmung der Bauherr nicht für den Schaden aus der verzögerten Mitwirkungsleistung, sondern für den Schaden, den der Unternehmer erst durch die Überschreitung der *für den letzteren* verbindlichen Ausführungsfristen erleidet. Mit anderen Worten: Selbst wenn die «Fristüberschreitungen» im Sinne der Bestimmung als Pflichtverletzungstatbestand anzusehen wären<sup>957</sup>, muss der Bauherr daraus zumindest solange nicht ableiten, dass das Mitwirkungsversäumnis eine Pflichtverletzung darstelle, als dieses nicht zur Überschreitung solcher Fristen führt. Anders gesagt müsste der Bauherr, wenn überhaupt, aus der Norm lediglich die Pflicht ableiten, beim Unternehmer nicht schuldhaft Fristüberschreitungen zu verursachen<sup>958</sup>, aber nicht, generell richtig und rechtzeitig mitzuwirken.

2. Zu diesen Beobachtungen gesellt sich der Umstand, dass die SIA- 686 Norm 118 dort, wo Pflichten der Parteien begründet werden sollen, dies **sprachlich in unmissverständlicher Weise** tut.

a. Im Abschnitt «*Pflichten* der Vertragsparteien» (Art. 23–27; H.h.) findet 687 sich SIA-118 23, dessen Marginalie «*Hauptpflichten* und Haftung» (H.h.) lautet und nach welchem sich jede Partei «[m]it dem Abschluss des Werkvertrages [...] *verpflichtet*, den Vertrag gewissenhaft zu erfüllen» (H.h.). Gemeint sind damit echte Pflichten der Vertragsparteien, denn die Bestimmung verweist hier auf die im Vertragsverhältnis schon kraft ZGB 2 geltende Pflicht der Parteien, ihre Rechte und Pflichten nach Treu und Glauben auszuüben bzw. wahrzunehmen<sup>959</sup>. Das sind vertragliche Treuepflichten, wie sie in Rz 341 ff. dargestellt sind und die unzweifelhaft Parteipflichten bilden.

<sup>956</sup> Siehe auch REETZ, Komm-SIA-118, Art. 92 N 2.

<sup>957</sup> So wohl REETZ, Komm-SIA-118, Art. 97 N 1.3.

<sup>958</sup> Tatsächlich verzichtet SIA-118 97 auf die Unterscheidung zwischen blossen Obliegenheits- und echten Pflichtverletzungen, solange das betreffende Verhalten zu einer Fristüberschreitung führt. Dort aber angelangt, behandelt die Norm das Verhalten durch die angeordnete Schadenersatzfolge wie die Verletzung einer vertraglichen Nebenpflicht (REETZ, Komm-SIA-118, Art. 97 N 1.2 f.). Offenbar noch anders: SCHUMACHER, aKomm-SIA-118, Art. 97 N 1.

<sup>959</sup> HÜRLIMANN, Komm-SIA-118, Art. 23 N 4.1 f.

Deutlich macht das die in SIA-118 24 («Treuepflicht und Urheberrecht») folgende Konkretisierung, wonach übergebene Akten nicht für vertragsfremde Zwecke verwendet werden «dürfen» oder die Parteien zur «Geheimhaltung verpflichtet» sind. Dasselbe lässt sich in SIA-118 104 feststellen, nach welchem die Vertragsparteien «bei der Erfüllung ihrer Aufgaben *verpflichtet* [sind], die Sicherheit der am Bauwerk Beschäftigten zu gewährleisten» (H.h.).

- 688 **b.** Im auffälligen Gegensatz dazu verzichtet die SIA-Norm 118 in ihren zahlreichen und prominenten Mitwirkungsnormen auf solche Formulierungen und beschränkt sich dort auf den bereits im Zusammenhang mit SIA-118 94 demonstrierten Imperativ oder auf noch schwächere Formulierungen: So namentlich bei Art. 30 Abs. 2 zur Vertragskoordination («Der Bauherr sorgt [...] dafür [...]»), Art. 34 Abs. 3 zur Koordination der Arbeiten («Die Bauleitung sorgt für [...]»), Art. 99 zur Weisungserteilung und Art. 100 zur Lieferung von Ausführungsplänen und Baustofflisten («Der Unternehmer erhält von der Bauleitung rechtzeitig [...]»), Art. 114 zur ersten Absteckung («Die Bauleitung nimmt [...] vor [...]»), Art. 116 zur Bereitstellung der Grundstücke und Rechte («Der Bauherr stellt [...] zur Verfügung»), Art. 129 Abs. 1 zur Zuführung von Strom («Der Bauherr sorgt dafür [...]»), Art. 133 zur Zuführung von Trink- und Brauchwasser («[...] sind Sache des Bauherrn [...]»), Art. 135 Abs. 1 zu provisorischen Stromanschlüssen beim Gebäudeausbau («[...] installiert der Bauherr auf seine Kosten [...]»). Die sprachliche Andersbehandlung der Mitwirkungsobliegenheit ist in der Norm insofern erstaunlich konsequent durchgehalten, was der Unternehmer in der objektivierten Vertragsauslegung gegen sich gelten lassen muss: Mitwirkungspflichten des Bauherrn lassen sich aus diesen Bestimmungen keine ableiten.
- 689 **3.** Schliesslich ist das Postulat aufzugreifen, wonach die **Kooperationslehre** auf die SIA-Norm 118 übertragen werden könne (Rz 679). Dass sie zumindest nicht auf den OR-Bauwerkvertrag übertragen werden kann, wurde bereits vorne vertreten (Rz 649 ff.). Demzufolge lautet die hier noch zu prüfende These so, dass die SIA-Norm 118 Anhaltspunkte enthält, deren Auslegung auf eine «erhöhte Treuepflicht» der Parteien im Sinne der Kooperationslehre schliessen lässt (Rz 650), oder aufgrund derer der SIA-Bauwerkvertrag richterlich um eine solche erhöhte Treuepflicht zu ergänzen ist. Folgt man der hier vertretenen, objektivierten Auslegung der Norm, lässt sich eine solche erhöhte Treuepflicht zumindest nicht aus den Mitwirkungsnormen der SIA-Norm 118 ableiten (dazu schon Rz 681); dort wurden bislang ausschliesslich Mitwirkungsobliegenheiten konstatiert. Die erhöhte Treuepflicht

müsste sich also aus anderen, nicht mitwirkungsbezogenen Bestimmungen der SIA-Norm 118 ergeben, doch liefert die Norm hierfür keine überzeugenden Anhaltspunkte:

**a.** Zumindest die bereits umschriebenen Art. 23 und 24 der Norm auferlegen 690 den Parteien keine Treuepflichten, die sie unter dem Gebot von Treu und Glauben nicht ohnehin schon trügen (dazu Rz 687). Die in der Literatur unter diese Bestimmungen subsumierten Pflichten, so namentlich die Pflicht zum sorgfältigen Vorgehen, zur Wahrung des Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisses, zur Wahrung der gegnerischen Rechtsgüter und zur Information<sup>960</sup> tragen auch die Parteien eines OR-Bauwerkvertrags. Dasselbe gilt etwa für die Pflicht des Unternehmers, den Bauherrn gegebenenfalls abzumahnern (Art. 25), eine Pflicht, die er bereits von Gesetzes wegen trägt, und zwar nicht erst kraft der Normen von OR 365 III und 369, sondern schon aus dem Gebot von Treu und Glauben (vgl. auch Rz 510). Anhaltspunkte für eine in der Norm verankerte, erhöhte Treuepflicht fehlen hier.

**b.** Nichts Anderes geht aus den *Verhandlungspflichten* bzw. *-obliegenheiten* 691 der Norm hervor. Dort scheint die von HÜRLIMANN vertretene Kooperationspflicht ihr wichtigstes Anwendungsgebiet zu haben, nämlich «wo der Vertrag eine spätere Einigung der Parteien voraussetzt [...] oder wo eine Vertragsklausel vorsieht, dass die Parteien bestimmte tatsächliche Verhältnisse zu einem späteren Zeitpunkt gemeinsam würdigen, woraufhin beide Parteien im Einvernehmen Entscheidungen betreffend das weitere Vorgehen zu fällen haben»<sup>961</sup>. Solche Verhandlungsgebote finden sich etwa in SIA-118 87 I, 87 II, 88 I und 89 I, wo den Parteien abverlangt wird, im Falle einer einseitigen Beststellungsänderung den vereinbarten Preis einvernehmlich anzupassen bzw. einen neuen Preis zu vereinbaren. Oder auch in Art. 59 Abs. 2, wonach die Parteien die Mehrvergütung wegen ausserordentlicher Umstände einvernehmlich festlegen sollen. Es bleibt fraglich, ob diese Verhandlungsgebote für die Parteien echte Pflichten begründen, weil in den genannten Normen derselbe schwache Imperativ verwendet wird, wie sie die Norm auch bei Mitwirkungsobliegenheiten des Bauherrn konsequent pflegt. Noch eher liesse sich zum Beispiel aus der Formulierung der Verständigungsgebote in SIA-118 90 und 94 II eine echte Verhandlungspflicht ablei-

<sup>960</sup> Siehe HÜRLIMANN, Komm-SIA-118, Art. 23 N 4.2–4.6. A.a.O., N 4.6 m.V.a. SIA-118 26 II, 30 IV, 59 III und 110 II.

<sup>961</sup> HÜRLIMANN, Komm-SIA-118, Art. 23 N 4.7.

ten, wonach der Unternehmer «das Recht» bzw. «Anspruch» auf angemessene Fristerstreckung bzw. Fristen hat. Aber selbst wenn man davon ausgeht, dass mit den genannten Verhandlungsgeboten durchwegs echte Verhandlungspflichten gemeint sind<sup>962</sup>, so erwächst den Parteien die Pflicht zum Verhandeln im Allgemeinen und «bei Meinungsverschiedenheiten nach konstruktiven Lösungen [zu] suchen und den Streit nicht ungerechtfertigt eskalieren [zu] lassen»<sup>963</sup> unter Umständen schon aus Treu und Glauben<sup>964</sup>. Denn auch solche Pflichten sind regelmässig Gegenstand des allgemeinen Treuegebots und keine «Spezialität» der SIA-Norm 118, mögen dort auch spezifische Anwendungsfälle ausformuliert sein. Die Frage, welche Verhandlungspflichten nun bereits auf dem Gebot von Treu und Glauben fussen und welche – wenn überhaupt – erst der SIA-Norm 118 entspringen, kann hier dahingestellt bleiben. Schon an dieser Stelle wird deutlich, dass die in der Norm verankerten Verhandlungsgebote *nicht* genügend Anhaltspunkte hergeben, aus denen induktiv auf eine der Norm latent innewohnende, «höhere Treuepflicht» geschlossen werden könnte, die in ihrer Intensität gegenüber der allgemeinen Treuepflicht so gesteigert wäre, dass sie deduktiv auch auf verhandlungsfremde Verhalten, wie namentlich die Bauherrenmitwirkung übertragen werden könnte.

- 692 c. Die «Kurzschliessung» der SIA-Norm 118 mit der deutschen Kooperationslehre überzeugt auch deshalb nicht, weil die Kooperationslehre *massgeblich* von der in Deutschland *häufig verwendeten VOB/B*<sup>965</sup> beeinflusst ist<sup>966</sup>. Im Unterschied zur SIA-Norm 118 enthält die VOB/B für den Bauherrn nach einhelligem deutschen Schrifttum überwiegend Mitwirkungspflichten, nicht Mitwirkungsobliegenheiten. Beispiele: Aus VOB/B § 3 I, II sowie IV Ziff. 1 und 4 fliesst die Pflicht des Bauherrn, dem Unternehmer ein bebauungsreifes Grundstück zur Verfügung zu stellen<sup>967</sup>. VOB/B § 3 I verpflichtet den Bauherrn, die für die Ausführung nötigen Unterlagen rechtzeitig bereit zu stel-

---

<sup>962</sup> So etwa STÖCKLI H., BRT 2015, S. 13.

<sup>963</sup> HÜRLIMANN, Komm-SIA-118, Art. 23 N 4.8.

<sup>964</sup> KOLLER A., BK-OR, Art. 366 N 789: Verhandlungspflichten des Bauherrn aus Treu und Glauben im Anschluss an sein Mitwirkungsversäumnis.

<sup>965</sup> Siehe zur VOB/B Fn 564.

<sup>966</sup> Dazu exemplarisch KNIFFKA, JhrB BauR 2001, für die in der Rechtsprechung scheinbar allenthalben einsetzende Rückkoppelung von der VOB/B und der VOB/C auf das «Kooperationsmodell», um von dort wiederum auf Mitwirkungspflichten zu schliessen, die im Langzeitvertrag ganz allgemein gelten sollen.

<sup>967</sup> JOUSSEN/VYGEN, IngKor-VOB/B, § 9 Abs. 1 N 6, 29; SCHEUBE, Diss., S. 119 f.

len<sup>968</sup>. Verpflichtet ist der Bauherr nach VOB/B § 3 II sodann zum Abstecken der Hauptachsen<sup>969</sup>. Auch die Koordination mehrerer Nebenunternehmer auf der Baustelle ist nach VOB/B § 4 I eine echte Rechtspflicht des Bauherrn<sup>970</sup>. Immerhin teilweise bejaht wird die Mitwirkungspflicht, öffentlich-rechtliche Genehmigungen und Erlaubnisse nach VOB/B § 4 II Ziff. 1 zu beschaffen<sup>971</sup> und die Bauleistung abzurufen, wenn im Sinne von VOB/B § 5 II der Zeitpunkt des Ausführungsbeginns nicht vereinbart ist<sup>972</sup>. Viele dieser Mitwirkungspflichten sollen je nach Auffassung sogar klagbar sein<sup>973</sup>. Ausgerechnet VOB/B § 6 VI dagegen, wonach die Partei, die eine Behinderung oder Unterbrechung der Ausführung zu vertreten hat, der anderen Partei schadenersatzpflichtig wird, stellt keine eigenständige Haftungsgrundlage dar, sondern gelangt nur zu Anwendung, wenn die Vertragspartei pflichtwidrig handelt<sup>974</sup>. Mit Blick auf den Verbindlichkeitsgrad der Bauherrenmitwirkung scheint die *Normierungsidee* der VOB/B verglichen mit der SIA-Norm 118 also *die umgekehrte zu sein*: Die SIA-Norm 118 legt für den Bauherrn grundsätzlich Mitwirkungsobliegenheiten fest, für deren Verletzung er nur und erst nach SIA-118 97 I analog einer Pflichtverletzung haftbar wird, wenn das Versäumnis beim Unternehmer zu einer Fristüberschreitung führt. Die VOB/B dagegen verpflichtet den Bauherrn in vielerlei Hinsicht zur Mitwirkung, umschreibt aber gerade die Behinderung und Unterbrechung (und entsprechend: die Verzögerung) des Bauablaufs durch eine Partei nicht prinzipiell als Pflichtverletzung. Soweit also die Kooperationslehre (auch) auf den in der VOB/B verankerten Mitwirkungspflichten des Bauherrn fusst, scheitert die analoge Übertragung auf die SIA-Norm 118 schon konzeptionell, mag letztere auch ihrer Funktion nach als das schweizerische Pendant zur VOB/B erscheinen.

<sup>968</sup> JOUSSEN/VYGEN, IngKor-VOB/B, § 9 Abs. 1 N 10, 29; SCHEUBE, Diss., S. 116.

<sup>969</sup> JOUSSEN/VYGEN, IngKor-VOB/B, § 9 Abs. 1 N 11, 29; SCHEUBE, Diss., S. 118.

<sup>970</sup> JOUSSEN/VYGEN, IngKor-VOB/B, § 9 Abs. 1 N 15, 29; SCHEUBE, Diss., S. 128 f. (räumliche Koordination), 134 f. (zeitliche Koordination).

<sup>971</sup> SCHEUBE, Diss., S. 124 f.; a.M. GARTZ, NickWeick-VOB/B, § 4 N 10; JOUSSEN/VYGEN, IngKor-VOB/B, § 9 Abs. 1 N 16, 29.

<sup>972</sup> JOUSSEN/VYGEN, IngKor-VOB/B, § 9 Abs. 1, N 20 f., 29; a.M. SCHEUBE, Diss., S. 141 f.

<sup>973</sup> JOUSSEN/VYGEN, IngKor-VOB/B, § 9 Abs. 1 N 32, betreffend alle in VOB/B § 3 und 4 umschriebenen Mitwirkungsleistungen.

<sup>974</sup> DÖRING, IngKor-VOB/B, § 6 Abs. 6 N 9. Vgl. SCHEUBE, Diss., S. 88 ff. mit Besprechung der einschlägigen Rechtsprechung.

693 4. Im **Ergebnis** auferlegt die SIA-Norm 118 dem Bauherrn keine Mitwirkungspflichten. Soweit also das Bundesgericht in den eingangs zitierten Entscheidungen von «Mitwirkungspflichten» spricht, handelt es sich entweder um ein terminologisches Versehen oder um eine laxe Handhabung des Pflichtbegriffs, der in dieser Lesart offenbar auch Obliegenheiten miteinschliessen soll. Dass entgegen HÜRLIMANNs Einschätzung das Bundesgericht wohl im hier vertretenen Sinne zu verstehen ist, zeigt sich darin, dass gemäss den vorerwähnten Urteilen weder das Bundesgericht noch die Vorinstanz Anstalten machten, Haftungsvoraussetzungen zu prüfen, so beispielsweise, ob beim Unternehmer als Folge des Mitwirkungsversäumnisses ein Schaden im Sinne von OR 97 I bzw. 103 I entstanden sei<sup>975</sup>. Untersucht wurde nur der Mehrvergütungsanspruch des Unternehmers (vgl. zum näheren Inhalt dieser Urteile Rz 1100 ff.), was zumindest vermuten lässt, dass auch das Gericht nicht von einer Pflichtverletzung des Bauherrn ausgegangen ist.

#### 6. Ergebnis

694 Im OR-Bauwerkvertrag führt das Kostenminimierungs- und Kompensationsinteresse des Unternehmers nicht zu einer Mitwirkungspflicht des Bauherrn. Mitwirkungspflichten können im OR-Bauwerkvertrag auch nicht in Analogie zur deutschen Kooperationslehre geschaffen werden. Auch die SIA-Norm 118 verwandelt die Mitwirkungsobliegenheiten des Bauherrn nicht in Mitwirkungspflichten und enthält ausserdem keine Anhaltspunkte für eine der Kooperationslehre nachempfundene erhöhte Treuepflicht. Zu einer Mitwirkungspflicht gelangt man ausnahmsweise durch Auslegung oder Ergänzung des Bauwerkvertrags, wenn beim Unternehmer ein qualifiziertes ideelles Durchführungsinteresse besteht. Ein solches scheidet freilich aus, solange sich das Durchführungsinteresse auf die üblichen, langfristigen, wirtschaftlichen Interessen beschränkt, die jeder am Markt agierende Anbieter in sich trägt.

---

<sup>975</sup> Siehe STÖCKLI H./REY P., BR/DC 2016, S. 334 f.

## IV. Verhältnis zu anderen Rechten und Pflichten des Bauherrn

Es wurde bereits dargestellt, dass der Gläubiger im Schuldverhältnis gewisse *Nebenpflichten*, darunter auch Treuepflichten trägt (Rz 341 ff.). Auf den Bauherrn im Bauwerkvertrag trifft das ebenso zu. Im Bauwerkvertrag trägt der Bauherr zudem regelmässig gewisse *Rechte* (einschliesslich Obliegenheiten), die sich inhaltlich von seinem Forderungsrecht unterscheiden oder dieses zumindest in irgendeiner Weise konkretisieren und konturieren. Gewisse dieser Rechte und Pflichten ähneln ihrem Inhalt nach der Bauherrenmitwirkung oder überschneiden sich in gewissen Fällen mit ihr. Andere dieser Rechte und Pflichten lassen sich relativ klar von der Bauherrenmitwirkung abgrenzen. Es ist deshalb am Platz, das Verhältnis dieser Verhaltensnormen zur Bauherrenmitwirkung zu klären, was im Folgenden in zwei Teilen unternommen wird. Aufgrund der grossen praktischen Bedeutung der Treuepflichten bauherrenseits wird zunächst deren Verhältnis zur Bauherrenmitwirkung gesondert vertieft (**A.**). Anschliessend erfolgt die Gegenüberstellung mit anderen Rechten und Pflichten des Bauherrn (**B.**). 695

### A. Verhältnis zu Treuepflichten insbesondere

#### 1. Ausgangspunkt

Treuepflichten leiten sich einerseits aus dem **gesetzlich** verankerten Grundsatz von Treu und Glauben ab und zählen auch ohne entsprechende Abrede zum Vertragsinhalt (Rz 341). Für den Bauherrn verheisst die wohl fundamentalste dieser ergänzungsweise hinzutretenden Treuepflichten, «im Rahmen des Zumutbaren alles Mögliche zu tun, um den Unternehmer, soweit es in seiner Hand liegt, bei der Ausführung des Werkes vor Schaden an Leib, Gesundheit oder Sachen [...] zu bewahren»<sup>976</sup>. Treuepflichten entstehen andererseits aus **Abrede**, zum Beispiel, indem sich der Bauherr nach SIA-118 104 verpflichtet, «die Sicherheit der am Bauwerk Beschäftigten zu gewährleisten». Im Folgenden wird untersucht, in welchem Verhältnis solche Treuepflichten zur Bauherrenmitwirkung stehen. Dargestellt werden hier vier Fallgruppen, nämlich erstens Treuepflichten, die *infolge eines Mitwirkungsversäumnisses* entstehen (**2.**), zweitens Mitwirkungsversäumnisse, die mit 696

<sup>976</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rz 1321 m.w.N. (H.h). Vgl. auch TERCIER/BIERI/FAVRE, Rz 4104: «devoirs généraux» des Bestellers.

der *Verletzung vorbestehender Treuepflichten* einhergehen (3.), drittens Treuepflichten, die den Bauherrn *anlässlich der Erfüllung* seiner Mitwirkungsobliegenheiten treffen (4.) und viertens Treuepflichten, die mit der Mitwirkung in *keinem* (allenfalls auch nur scheinbarem) Zusammenhang stehen (5.).

## 2. Treuepflichten infolge des Mitwirkungsversäumnisses

697 1. In der Literatur wird die Treuepflicht des Bauherrn als die Pflicht umschrieben, den Unternehmer im Vertragsvollzug vor «Schaden an Leib, Gesundheit oder Sachen (z.B. an Arbeitsmitteln) zu bewahren»<sup>977</sup>, für die «Arbeitssicherheit» mit zu sorgen, «zur Schadensverhütung in die Ausführung der Bauarbeiten einzugreifen»<sup>978</sup>, «auf Gefahren hinzuweisen, die ihm bekannt, dem Unternehmer jedoch nur schwer erkennbar sind»<sup>979</sup> usw. Häufig wird diese Bauherrenpflicht entlang der **Fürsorgepflicht** des Arbeitgebers (OR 328) konkretisiert, wenn der Unternehmer durch sein Wirken solcherart in den Einflussbereich des Bauherrn gerät, dass Persönlichkeit, Leben und Gesundheit des Unternehmers bzw. seiner Erfüllungsgehilfen ohne die gebotene Umsicht des Bauherrn einer Schädigungsgefahr ausgesetzt würden<sup>980</sup>. Das Kernanliegen solcher Formulierungen bilden offensichtlich die absolut geschützten Rechtsgüter des Unternehmers bzw. der Baubeteiligten, doch erstreckt sich der Schutzzweck von Treuepflichten zumindest im vertraglichen Haftungssystem ohne weiteres auch auf reine Vermögensschäden (Rz 341).

698 2. Die im Zusammenhang mit dem Mitwirkungsversäumnis hauptsächlich interessierende Treuepflicht des Bauherrn (des Gläubigers) ist die vorne erörterte Pflicht (Rz 351 ff.), dem Unternehmer (dem Schuldner) eine **Säumnisanzeige zu erstatten** und gegebenenfalls **weitere Schutzmassnahmen** zu ergreifen, um den Unternehmer vor vermeidbarem Schaden zu bewahren, der ihm aus einem anstehenden oder bereits eingetretenen Mit-

---

<sup>977</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rz 1321 m.w.N. (H.h). Vgl. auch TERCIER/BIERI/FAVRE, Rz 4104: «devoirs généraux» des Bestellers.

<sup>978</sup> ZELTNER, Diss., Rz 148, 150.

<sup>979</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rz 1321.

<sup>980</sup> Vgl. GAUCH, Werkvertrag, Rz 1321; HENNINGER, BRT 2005, S. 250; KOLLER A., Werkvertragsrecht, Rz 176 (unter Berücksichtigung der Spezialkenntnisse des Bestellers im Einzelfall); KOLLER A., BK-OR, Art. 363 N 294 m.w.N. und Einschränkungen; siehe auch ZELTNER, Diss., Rz 148.



wirkungsversäumnis droht. Versäumt der Bauherr dies, verhält sich der Bauherr pflichtwidrig, aber nicht, weil er nicht mitwirkt, sondern weil er den Unternehmer nicht vor vermeidbarem Schaden bewahrt, obwohl dies bei der gebotenen Umsicht und Rücksichtnahme von ihm zu erwarten gewesen wäre. Diese Treuepflicht ist eine von vielen Schadensvermeidungspflichten, die den Bauherrn deshalb treffen, weil die Schadensvermeidung «in seiner Hand liegt»<sup>981</sup>; tatsächlich kann das Mitwirkungsversäumnis und die damit einhergehende Gefährdung des Unternehmers nur vom Bauherrn ausgehen, so also auch die rechtzeitige Säumnisanzeige. Tatbestandsvoraussetzungen und Rechtsfolgen dieser Pflicht werden in Rz 1239 ff., 1369 ff. vertieft.

3. Eine Entstehungsvoraussetzung für diese Treuepflicht ist, wie schon in 699 den allgemeinen Ausführungen dargestellt, dass die drohende Gefahr für den Bauherrn **erkennbar** ist (Rz 346 ff.). Nicht ausreichend ist die Kenntnis der nur abstrakten Gefahr, die vom Mitwirkungsversäumnis für den Unternehmer ganz allgemein ausgeht: Das Wissen darum, dass er den Unternehmer prinzipiell schädigen *könnte*, wenn er nicht mitwirkt, darf dem durchschnittlich vernünftigen Bauherrn zwar unterstellt werden, führt aber allein noch nicht zum Aufleben der hier interessierenden Treuepflicht. Massgeblich ist, ob er im Vorfeld einer konkreten, mitwirkungsbedürftigen Erfüllungshandlung erkennen muss, welche Mitwirkungshandlung zu welchem Zeitpunkt erforderlich ist, und dass er zudem weiss oder damit rechnen muss, dass der Unternehmer seinerseits zum gegebenen Zeitpunkt mit dieser Mitwirkung rechnet. Im Bauwerkvertrag ist das nicht ohne weiteres anzunehmen:

a. Dass der Bauherr das Schädigungspotenzial eines Mitwirkungsversäumnisses erkennen muss, ist zumindest in all jenen Fällen zu verneinen, in denen der Bauherr *nicht wusste und objektiv nicht erkennen konnte, dass oder wie genau mitzuwirken ist*. Darauf wird er sich bei «unqualifizierten» Mitwirkungsleistungen, deren Inhalt und Notwendigkeit auch ein fachfremder, aber vernünftiger Dritter als erforderlich erkennen muss (vgl. Rz 121), nicht berufen können. Wie etwa ein Käufer, der mit dem Verkäufer die persönliche Übergabe der Kaufsache vereinbart und seine eigene Anwesenheit insofern voraussetzt, muss auch der Bauherr verstehen, dass er oder seine Hilfsperson dem Unternehmer zum Beispiel Zutritt zum betreffenden Baugrund verschaffen muss, soll dieser zum gegebenen Zeitpunkt dort seine Arbeit verrichten können. Bei anderen, «qualifizierten» Mitwirkungsleistungen (vgl. Rz 122)

<sup>981</sup> Vgl. GAUCH, Werkvertrag, Rz 1321 m.w.N. (H.h.).

freilich – und im Bauwerkvertrag gibt es viele davon – liegen die Dinge anders. Sind zum Beispiel besondere Baustellenbedürfnisse des Unternehmers baupolizeilich relevant, ist der Bauherr ohne deren genaue Kenntnis nicht imstande, ein diesbezüglich vollständiges Baugesuch zu stellen. Soll der Bauherr dem Unternehmer Konkretisierungsanweisungen erteilen, müssen körperliche Informationsträger mit dem EDV-System des Unternehmers kompatibel sein und digitale Dateien müssen ein passendes Format aufweisen. Benötigt der Unternehmer Zugriff auf Nachbargrundstücke und obliegt es dem Bauherrn, die nötigen Einwilligung einzuholen, weiss er möglicherweise nicht, welche Platz- und Kapazitätsbedürfnisse der Unternehmer für das betreffende Grundstück voraussetzt. Soweit den Bauherrn in solchen und vergleichbaren Fällen nicht die Obliegenheit trifft, sich rechtzeitig im Vorfeld beim Unternehmer zu erkundigen, sondern es vielmehr in die Pflicht des Unternehmers fällt, den Bauherrn über Bestand und Eigenart des Mitwirkungsbedarfs zu informieren, muss die Erkennbarkeit des Mitwirkungsbedarfs oder wenigstens der Mitwirkungsqualität verneint werden. Der Bauherr verletzt entsprechend seine Treuepflicht nicht, wenn er die Mitwirkung ganz oder teilweise versäumt und die Säumnisanzeige an den Unternehmer unterlässt.

- 701 **b.** Auch in *zeitlicher Hinsicht* ist der Mitwirkungsbedarf des Unternehmers für den Bauherrn nicht immer erkennbar. *Vertraglich vereinbarte Mitwirkungszeitpunkte* immerhin, wie sie zum Beispiel in Planlieferprogrammen<sup>982</sup> enthalten sind, muss der Bauherr als solche erkennen, soweit der (späteste) Mitwirkungszeitpunkt hinreichend genau vereinbart ist und keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Unternehmer zum fraglichen Zeitpunkt doch nicht mit der Mitwirkung rechnet. Sind lediglich Erfüllungshandlungen des Unternehmers vertraglich terminiert, wie zum Beispiel im Rahmen von Bauzeitenplänen (Rz 521), und scheitert die Erkennbarkeit nicht schon daran, dass der Bauherr den Mitwirkungsbedarf qualitativ nicht erkennen konnte (vgl. Rz 122, 511), ist zu prüfen, ob der Zeitpunkt der Erfüllungshandlung nach der Natur derselben einen Rückschluss darauf erlaubt, wann mitzuwirken ist. Ist das nicht der Fall, zum Beispiel, weil die Mitwirkungsleistung nicht zeitgleich mit der Leistung erfolgen muss (vgl. Rz 121), weil der vereinbarte Bauzeitenplan nur approximativ ausgestaltet ist oder weil der ur-

---

<sup>982</sup> Unter diesem oder ähnlichen Titeln werden in Bauwerkverträgen häufig Terminpläne vereinbart, nach denen der Bauherr dem Unternehmer Ausführungspläne zu liefern hat.

sprünglich präzise Bauzeitenplan aufgrund von Verzögerungen mittlerweile veraltet ist, ist die Erkennbarkeit beim Bauherrn zu verneinen. Anders aber, wenn der Unternehmer vorgängig seiner Informationspflicht nachgekommen ist (Rz 510). Auf die Verbindlichkeit von Bauzeitabreden, namentlich auch von Bauzeitenplänen, kommt es dabei primär nicht an, weil auch unverbindliche Vertragsinhalte geeignet sind, beim Unternehmer die Erwartungshaltung zu wecken, dass ihm ein allfälliges Mitwirkungsversäumnis rechtzeitig angezeigt werde (Rz 1385 ff.).

c. Praktisch relevant sind schliesslich jene Mitwirkungszeitpunkte, die sich 702 aus *laufenden Termin- und Fristvereinbarungen* der Parteien im Vertragsvollzug ergeben. Bei der Koordinationsobliegenheit des Bauherrn beispielsweise (Rz 444 ff.) wird das definitive zeitliche Zusammenspiel der Baubeteiligten meistens nicht schon im Vertrag festgelegt, sondern erst im Verlauf der Ausführung konkretisiert. Manchmal müssen vereinbarte Mitwirkungszeitpunkte vorverlegt oder verschoben werden. Mal muss, wo keine oder lediglich approximative Mitwirkungszeitpunkte vereinbart sind, der genaue Zeitpunkt der Mitwirkung erst festgelegt werden. Solche nachträglichen, terminlichen «Schärfungen» führen normalerweise nicht zu Mitwirkungspflichten des Bauherrn (siehe Rz 269 ff.). Vielmehr bleibt es in Ermangelung anderer Abreden bei seiner Mitwirkungsobliegenheit, die dadurch aber immerhin terminlich konkretisiert wird. Der Bauherr muss solche zeitliche Präzisierungen in Ermangelung anderer, relativierender Umstände regelmässig dahingehend verstehen, dass der Unternehmer zum fraglichen Zeitpunkt mit der Mitwirkung rechnet. Mit anderen Worten führen solche Vereinbarungen dazu, dass für den Bauherrn die konkrete Schädigungsgefahr, die von seinem (weiterhin nicht pflichtwidrigen) Mitwirkungsversäumnis ausgeht, erkennbar wird.

4. Die Massnahme, mit welcher der Bauherr den Unternehmer vor Schaden 703 zu bewahren hat, wird dem Bauherrn meistens **zumutbar** sein (vgl. Rz 348, 361). Sie erschöpft sich normalerweise in der möglichst frühzeitigen Mitteilung an den Unternehmer, dass der Bauherr nicht rechtzeitig mitwirken werde bzw. nicht mitgewirkt hat. Diese **Säumnisanzeige** dürfte mithilfe moderner Kommunikationsmittel immer zu machen sein, wobei der Bauherr je nach Dringlichkeit gehalten sein kann, das direkteste Mittel zu wählen. Mit der Mitteilung gleicht der Bauherr seinen Informationsvorsprung gegenüber dem Unternehmer pflichtgemäss aus; es bleibt fortan dem Unternehmer überlassen, die ihm angemessen scheinenden Transitions- (Rz 789 ff.) und übrigen Massnahmen zu treffen, um die vom Mitwirkungsversäumnis her dro-

henden Produktivitätsverluste (Rz 759) so klein wie möglich zu halten. Namentlich wird der Unternehmer so in den Stand versetzt, Produktionsmittel, die an sich auf der vorgesehenen Baustelle eingesetzt werden sollen, ganz oder wenigstens teilweise anderswie produktiv einzusetzen, oder Arbeitskräfte Überstunden kompensieren zu lassen, oder Maschinen und Geräte zu warten und zu reparieren usw. In besonderen Fällen dürfen vom Bauherrn freilich **weitergehende Massnahmen** erwartet werden (vgl. Rz 345). Muss er etwa mit der Möglichkeit rechnen, dass der Unternehmer der Anzeige zum Trotz einen Leistungsversuch unternehmen werde und droht dem Unternehmer dabei über den «üblichen» Mehraufwand hinaus auch Schaden an Personen und Sachen, so muss der Bauherr je nach den Umständen weitere, über die Säumnisanzeige hinausgehende Schutzmassnahmen treffen<sup>983</sup>.

### 3. Mitwirkungsversäumnis durch Verletzung von Treuepflichten

704 **1.** Die Verletzung einer Treuepflicht kann sich **zugleich als Verletzung einer Mitwirkungsobliegenheit** äussern, wenn sich der Schutzzweck der Treuepflicht mit demjenigen der Mitwirkungsobliegenheit überschneidet:

705 **a.** Solche Berührungspunkte zwischen Treuepflicht und Mitwirkungsobliegenheit sind zum einen im Anwendungsbereich derjenigen Bauherrenpflicht zu beobachten, die häufig als seine «*Fürsorgepflicht*» bezeichnet wird (Rz 697). Unter seiner Fürsorgepflicht hat der Bauherr für die Sicherheit des Unternehmers und dessen Arbeitskräfte zu sorgen, wenn sie sich bei der Werkausführung in den Einflussbereich des Bauherrn begeben und dort einer Schädigungsgefahr ausgesetzt sind<sup>984</sup>. Worin die Gefahr dabei genau liegt, ist

---

<sup>983</sup> Bsp.: Abschliessen des gefährlichen Baugrunds; Einschliessen des ungeeigneten Baustoffs.

<sup>984</sup> Vgl. GAUCH, Werkvertrag, Rz 1321 (die Treuepflicht konkretisiere sich analog zu OR 328); KOLLER A., Werkvertragsrecht, Rz 176; siehe auch mit Einschränkungen KOLLER A., BK-OR, Art. 363 N 294 m.w.N. Ausserhalb solcher Konstellationen allerdings trägt der Bauherr im OR-Bauwerkvertrag grundsätzlich keine Fürsorgepflichten ggü. dem Unternehmer bzw. seinen Arbeitskräften, soweit solches nicht vertraglich vereinbart ist (ZELTNER, Diss., Rz 161 ff.). Primär verantwortet der Unternehmer die Sicherheit der Baustelle, sowohl ggü. sich selbst als auch ggü. seinen Arbeitnehmern. Gegenüber den letzteren trägt er diese Pflicht von Gesetzes wegen aus OR 328, UVG 82 I und ArG 6 I. Eingehend zu diesen drei Kernnormen der Arbeitssicherheit: ANDRES, Diss., Rz 268 ff. Vgl. zum typischen Verantwortungsbereich des Unternehmers SCHUMACHER/MIDDENDORF, Komm-SIA-118 104 N 12.3 (mit Bezug auf

sekundär, wobei sie im Zusammenhang mit Bauarbeiten häufig im Baugrund, in der unzureichenden Sicherung der Baustelle oder in dem vom Bauherrn gelieferten Baustoff lauern mag. Gehört es nicht zur Leistungspflicht des Unternehmers, diese ihm dort drohenden Gefahren aus eigener Kraft zu beherrschen bzw. zu beseitigen, entstehen beim Bauherrn entsprechende Warn- und Schutzpflichten. Verletzt der Bauherr eine solche Pflicht, etwa indem er untätig bleibt obwohl er von der Gefahr weiss, so erfüllt sein Verhalten regelmässig zweierlei Tatbestände: *Erstens* verletzt er seine *Treuepflicht (Fürsorgepflicht)*, den Unternehmer vor einer vermeidbaren Integritätsverletzung zu bewahren<sup>985</sup>. *Zweitens* verletzt er eine *Mitwirkungsobliegenheit*, weil sein Versäumnis nebenbei dazu führt, dass dem Unternehmer die Werkausführung angesichts des gefährlichen Baugrunds, der mangelnden Arbeitssicherheit usw. mindestens unzumutbar ist; die Erfüllung der Treuepflicht deckt sich in diesem Fall mit einer relativ erfüllungsrelevanten Mitwirkungsleistung (Rz 16 ff.), nämlich den Baugrund, die Baustelle, den Baustoff usw. so herzurichten, dass für den Unternehmer die Arbeit hinreichend sicher, also zumutbar ist.

**b. Konkretisierende Beispiele finden sich im Umfeld von SIA-118 104,** wo- 706  
nach sowohl der Unternehmer als auch die Bauleitung (gemeint ist die Bauherrschaft<sup>986</sup>) verpflichtet sind, «bei der Erfüllung ihrer Aufgaben [...] die Sicherheit der am Bauwerk Beschäftigten zu gewährleisten». Zum Beispiel darf der Bauherr den Unternehmer nicht dadurch schädigen, dass er Aspekte der Arbeitssicherheit anlässlich der Koordination mit mehreren Nebenunternehmern vernachlässigt<sup>987</sup>, etwa indem er zu viele Nebenunternehmer mit zu viel Personal an zu vielen Arbeitsvorgängen arbeiten lässt, sodass die Nebenunternehmertätigkeiten zur gegenseitigen Gefährdung werden. Oder birgt die Baustelle Verkehrssicherheitsrisiken und obliegt dem Bauherrn sowohl die Koordination als auch die Bereitstellung des Baugrunds, hat er zur Sicherung des Arbeitsplatzes gegebenenfalls ein Verkehrskonzept für die Baustel-

---

VUV 9 I). Sodann mit Blick auf Unterkunft, Verpflegung, Versicherung: ZELTNER, Diss., Rz 162.

<sup>985</sup> Voraussetzung für eine Treuepflicht ist freilich auch hier, dass die Gefahr für den Bauherrn erkennbar war.

<sup>986</sup> SCHUMACHER/MIDDENDORF, Komm-SIA-118, Art. 104 N 5.1.

<sup>987</sup> Vgl. SCHUMACHER/MIDDENDORF, Komm-SIA-118, Art. 104 N 12.4, wonach der Bauherr, der den Bauvorgang im Sinne von Art. 104 durch Baukoordination (siehe SIA-118 34 III) festlegt, die Anliegen der Arbeitssicherheit zu berücksichtigen hat.

le anzuordnen (SIA-118 106)<sup>988</sup>. Kommt nun der Bauherr solchen Treuepflichten nicht nach und begründet dieses Versäumnis zugleich für die Leistungserbringung des Unternehmers eine Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit im Sinne der Erfüllungsrelevanz (Rz 13 ff.), verletzt der Bauherr mit ein und demselben Verhalten sowohl eine Treuepflicht als auch eine Mitwirkungsobliegenheit. Im Anwendungsbereich von SIA-118 104 ist die Besonderheit zu beachten, dass solche Bauherrenbeiträge ihren Mitwirkungscharakter in dem Umfang verlieren, als der Bauherr sich nicht allein zu solchen Sicherheitsmassnahmen verpflichtet, sondern sich solche Massnahmen auch vom Unternehmer versprechen lässt. In diesem Umfang nämlich könnte – je nach den Umständen des Einzelfalls – dieselbe Massnahme (oder jedes andere hierunter angeforderte Verhalten) sowohl von der einen als auch von der anderen Vertragspartei ausgehen (dazu Rz 712 ff.).

- 707 **2.** Dogmatisch ist bei alledem festzuhalten, dass der Bauherr sich auch in diesen Fällen **nicht deshalb pflichtwidrig verhält, weil er nicht mitwirkt**, sondern weil er neben dem Mitwirkungsversäumnis zugleich eine Treuepflicht verletzt, deren Schutzzweck sich teilweise mit dem Inhalt der Mitwirkung deckt. Das rührt daher, dass die Treuepflicht der einen Partei den Schutz der Integrität ihres Vertragspartners bezweckt, wenn und weil ihre Rechtsgüter sich beim Vertragsvollzug in einer Weise streifen, die nach vernünftiger Erwartung von beiden Seiten eine gewisse Sorgfalt erheischt. Die Mitwirkungsobliegenheit dagegen zielt in keiner Weise auf Rechtsgüterschutz, sondern ist lediglich ein logisches «Kollateralprodukt» des Umstands, dass der Gläubiger vom Schuldner eine Leistung verlangen darf, die erfüllungsrelevante Zwischenerfolge (Rz 13 ff.) voraussetzt, die vom Schuldner nicht geschuldet sind und die folglich dem Gläubiger obliegen (siehe Rz 21 ff.).

#### 4. Exkurs: Treuepflichten anlässlich der Mitwirkung

- 708 Die Treuepflicht des Bauherrn, wo es «in seiner Hand liegt»<sup>989</sup> den Unternehmer im Vertragsvollzug vor Schaden zu bewahren (siehe Rz 697, 705), findet ein weiteres Anwendungsgebiet, **wenn der Bauherr seine Mitwirkungsobliegenheit erfüllt**: Wenn er denn mitwirkt, hat der Bauherr darauf zu achten, den Unternehmer nicht anlässlich seiner Mitwirkung durch ver-

---

<sup>988</sup> Vgl. SCHUMACHER/MIDDENDORF, Komm-SIA-118, Art. 106 N 2.1.

<sup>989</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rz 1321.

tragswidrige Unsorgfalt zu schädigen. Eine Verletzung dieser Pflicht ist eine *Schlechtmitwirkung*, die in der vorliegenden Arbeit nicht Untersuchungsgegenstand bildet (siehe Rz 2). Im Sinne eines Exkurses seien hier zwei wesentliche Aspekte der Schlechtmitwirkung nur umrissen:

**a.** Einerseits hat der Bauherr Mitwirkungsleistungen in einer solchen Qualität zu erbringen, dass der Unternehmer *durch die Qualität der Mitwirkungsleistung an sich* nicht geschädigt wird<sup>990</sup>. Man könnte dabei von Tatbeständen der *Schlechtmitwirkung im engeren Sinne* sprechen. Der Bauherr verhält sich notabene allein dadurch, dass die Mitwirkungsleistung fehlerhaft ist, d.h. den Anforderungen der betreffenden Erfüllungshandlung nicht genügt, nicht pflichtwidrig. Ansonsten würde das Verhalten des Bauherrn so beurteilt, wie wenn er die Mitwirkung im Sinne einer Rechtspflicht schulden würde, was aber gerade nicht die Regel, sondern die Ausnahme ist (Rz 165 ff.). Mangels einer Mitwirkungspflicht fällt es ausser Betracht, dem Unternehmer unter dieser Treuepflicht einen Ersatzanspruch für die baubetrieblichen Nachteile (namentlich den Mehraufwand) einzuräumen, die ihm aus der fehlerhaften Mitwirkung erwachsen – darauf erstreckt sich der Schutzzweck dieser Treuepflicht nicht. Pflichtwidrig handelt der Bauherr durch die fehlerhafte Mitwirkung dagegen, wenn ihm vorzuwerfen ist, dass er in einer Treu und Glauben verletzenden Weise unbeachtet lässt oder gar in Kauf nimmt, dass die Fehlerhaftigkeit der Mitwirkungsleistung nicht allein auf die Qualität des Bauwerks<sup>991</sup> und, konsekutiv, auf den Baubetrieb durchschlägt, sondern dass auch die Integrität des Unternehmers anlässlich der «Verwertung» der Mitwirkungsleistung zu Schaden kommen könnte<sup>992</sup> (vgl. Rz 707).

**b.** Andererseits gebietet diese Treuepflicht dem Bauherrn, sich *bei Gelegenheit der Mitwirkung* in einer Treu und Glauben entsprechenden, sorgfältigen und umsichtigen Weise *zu verhalten*. Diese Massgabe richtet sich an alle übrigen, d.h. nicht die Qualität der Mitwirkungsleistung gerichteten Aspekte

<sup>990</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rz 1341; ZELTNER, Diss., Rz 315 ff.

<sup>991</sup> In diesen Fällen richten sich die Rechtsfolgen primär nach OR 369, 376 III und 378 II. Werden dem Bauherrn die Auswirkungen seines Mitwirkungsfehlers hiernach überwältigt, so «haftet» er dem Unternehmer nicht im engeren Sinne für den entstehenden Schaden, sondern trägt einen Rechtsverlust davon und hat ggf. das (anteilige oder vollständige) Vergütungsinteresse auszurichten.

<sup>992</sup> Zu denken ist an gefährlichen, in der Obhut des Bauherrn liegenden Baugrund, giftigen und dadurch für die ungeschützte Verarbeitung durch Menschen ungeeigneten Baustoff, falsche und die Arbeitssicherheit gefährdende Koordination usw.

seiner Mitwirkung: Selbst wenn die Mitwirkungsleistung qualitativ intakt ausfällt (zum Beispiel der Baugrund einwandfrei, der Baustoff geeignet, die Ausführungspläne richtig sind usw.), ist der Bauherr *bei der Erbringung* der Mitwirkungsleistung zu Sorgfalt gehalten. So verhält er sich zum Beispiel unsorgfältig, wenn er den Unternehmer bei der Anlieferung des Baustoffs anfährt oder wenn er ihm die Ausführungspläne auf einem virusinfizierten USB-Stick aushändigt. Angesprochen ist damit, was man die *Schlechtmitwirkung im weiteren Sinne* nennen könnte.

## 5. Abgrenzung zu mitwirkungsfremden Treuepflichten

- 711 **1.** Der Bauherr trägt darüber hinaus Treuepflichten, die mit der Bauherrenmitwirkung nicht in Verbindung stehen. Zu nennen ist etwa die Pflicht des Bauherrn, Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse des Unternehmers nicht preiszugeben oder Arbeitsergebnisse des Unternehmers nicht unbefugt zu verwerten<sup>993</sup>. Solche Pflichten bezwecken in unterschiedlicher Hinsicht, den Unternehmer zu schützen, nicht aber, ihm die Werkleistung zu ermöglichen oder zumutbar zu machen; sie stehen insofern zu Mitwirkungsleistungen in einiger Distanz und bedürfen keiner weiteren Erörterung. Zu vertiefen sind dagegen Treuepflichten, die ihrem Inhalt nach eine wesentliche Bedeutung für das Gelingen der Werkleistung haben, sich aber gleichwohl nicht mit der Bauherrenmitwirkung überschneiden, weil sie grundsätzlich **beide Parteien gleichermaßen treffen** und sich erst unter den Umständen des Einzelfalls herausstellt, von *welcher* Partei hierunter ein bestimmtes Verhalten geschuldet ist.
- 712 **2.** Beispielhaft erläutern lässt sich das anhand jener Treuepflichten, die den Bauherrn unter dem Titel der «**Sicherheit der am Bauwerk Beschäftigten**» nach **SIA-118 104** treffen. Nicht gemeint ist die allgemeine und auch in dieser Norm mit ausgedrückte Treuepflicht des Bauherrn, bei der Erfüllung seiner Aufgaben den Unternehmer und dessen Arbeitskräfte nicht zu gefährden, wo dies in der Macht des Bauherrn liegt (vgl. Rz 696). Diese Pflicht nämlich bedürfte erstens keiner expliziten Vereinbarung und gehört zweitens zu jenen Treuepflichten, die sich inhaltlich durchaus mit der Bauherrenmitwirkung überschneiden können (dazu Rz 704 ff.). Im Vordergrund stehen vielmehr die darüberhinausgehenden, auf die *Koordination der Baustellensicherheit* angelegten Pflichten des Bauherrn. Dazu zählt die Pflicht, den Un-

---

<sup>993</sup> Vgl. GAUCH, Werkvertrag, Rz 1321.



ternehmer bei den «notwendigen Schutzmassnahmen zur Unfallverhütung und Gesundheitsvorsorge» zu «unterstützen» (SIA-118 104), was dem Unternehmer einen Anspruch darauf gibt, «dass er [der Unternehmer] auf erforderliche Schutzvorkehrungen hingewiesen wird, deren Notwendigkeit er selber übersehen, die Bauleitung [wiederum: die Bauherrschaft<sup>994</sup>] hingegen erkannt hat oder hätte erkennen sollen»<sup>995</sup>. Dementsprechend verpflichtet sich der Bauherr unter SIA-118 104 auch, die Einhaltung der dem Unternehmer obliegenden Sicherheitsmassnahmen zu überwachen, allfällige Versäumnisse dem Unternehmer anzuzeigen und ihn aufzufordern, sie zu korrigieren<sup>996</sup>. Dabei fällt Folgendes auf:

**a.** Mit SIA-118 104 vereinbaren die Parteien offensichtlich nicht, dass der Schutz des Unternehmers bzw. seiner Arbeitskräfte zur alleinigen Sache des Bauherrn wird. Vielmehr *bleibt der Unternehmer* mindestens im selben Masse für die Baustellensicherheit *verantwortlich* wie der Bauherr. Tatsächlich bleibt auch der Unternehmer während der Werkausführung stets verpflichtet, aus eigener Kraft für die nötige Baustellensicherheit zu sorgen. Soweit nun der Bauherr lediglich Pflichten *mitübernimmt*, die weiterhin auch dem Unternehmer auferlegt sind, verbleibt kein Raum für ein Mitwirkungsversäumnis oder eine Schlechtmitwirkung: Das angeforderte Verhalten schuldet der Bauherr nicht deshalb, weil es aus der Verantwortungssphäre des Unternehmers fällt (vgl. Rz 21 ff.), sondern weil der Bauherr eine Verantwortung mitübernommen hat, die zugleich und weiterhin auch der Unternehmer trägt. 713

<sup>994</sup> SCHUMACHER/MIDDENDORF, Komm-SIA-118, Art. 104 N 5.1.

<sup>995</sup> SCHUMACHER/MIDDENDORF, Komm-SIA-118, Art. 104 N 19.

<sup>996</sup> SCHUMACHER/MIDDENDORF, Komm-SIA-118, Art. 104 N 12.4; SPIESS/HUSER, SHK-SIA-118, Art. 104 N 15. Diese Regel durchbricht *spezifisch für den Bereich der Arbeitssicherheit* den Grundsatz, wonach der Bauherr das Wirken des Unternehmers zwar überwachen darf, aber nicht überwachen muss. Für den OR-Bauwerkvertrag ergibt sich das Überwachungsrecht (aber nicht eine Überwachungspflicht) des Bauherrn aus OR 366 I (vgl. GAUCH, Werkvertrag, Rz 1347). Im SIA-Bauwerkvertrag wird dies in SIA-118 34 II bekräftigt (HÜRLIMANN, Komm-SIA-118, Art. 34 N 8.1; siehe auch GAUCH/STÖCKLI H., Komm-SIA-118, Art. 166 N 15.4), nur eben mit Ausnahme der Arbeitssicherheit (SIA-118 104). Die diesbezügliche Sorgfaltspflicht des Bauherrn ist eine verschärfte, indem er sich unter SIA-118 104 verpflichtet, die Überwachung *fachkundig* vorzunehmen. Auf die individuellen Kenntnisse des Bauherrn bzw. der Bauleitung wird nicht abgestellt, d.h. fehlt es dort an den nötigen Fachkenntnissen, trifft den Bauherrn die Obliegenheit, spezialisierte Dritte beizuziehen, weil er für fachliche Verfehlungen bei der Überwachung haftet (vgl. SPIESS/HUSER, SHK-SIA-118, Art. 104 N 15).

Das heisst: Mag auch der Bauherr seine Überwachungs- und sonstigen Pflichten verletzen und dadurch dem Unternehmer haftbar werden, stellt die diesbezügliche Nicht- oder Schlechtleistung des Bauherrn kein Tatbestand der mitwirkungsbedingten Leistungsstörung dar. Selbst wenn dem Unternehmer die Werkausführung aufgrund von Sicherheitsmängeln unmöglich oder unzumutbar ist, bleibt jener – wie auch der Bauherr – dafür verantwortlich, diese Mängel auszuräumen und die weitere Werkausführung zu ermöglichen. Er kann sich namentlich nicht auf den Standpunkt stellen, der Bauherr versäume eine Vorbereitungshandlung im Sinne von OR 91, wenn dieser diesbezüglich untätig bleibt. Mit der Mitwirkung, verstanden als erfüllungsrelevanter und vom Unternehmer nicht geschuldeter Erfüllungsbeitrag, haben diese Treuepflichten des Bauherrn entsprechend nichts zu tun.

- 714 **b.** Anders lägen die Dinge, wenn unter SIA-118 104 der Bauherr sich gegenüber dem Unternehmer verpflichten würde, *anstelle des Unternehmers* für einzelne Teile der Baustellensicherheit zu sorgen, die in Ermangelung einer solchen Abrede (auch oder nur) der Unternehmer sicherzustellen hätte. Vorausgesetzt, die Vereinbarung verstösst nicht gegen zwingendes Recht, so entfällt die Pflicht des Unternehmers mit Blick auf die dem Bauherrn «übertragenen» Aspekte der Baustellensicherheit. Versäumt es der Bauherr, diese Sicherheit herzustellen oder unternimmt er zwar den dahingehenden Versuch, leistet er aber schlecht und resultiert das in Sicherheitsmängeln, die eine Werkausführung für den Unternehmer unmöglich oder unzumutbar machen, so berühren sich Treuepflicht und Mitwirkung, weil sie beide vom Bauherrn dasselbe Verhalten anfordern. Erfüllt der Bauherr seine Treuepflicht – die Ergreifung der nötigen Sicherheitsmassnahmen –, erfüllt er zugleich eine Mitwirkungsobliegenheit und umgekehrt. Damit stellt sich die bereits beschriebene Konstellation des «Mitwirkungsversäumnisses aus Treuepflichtverletzungen» ein (Rz 704 ff.). Hier zeigt sich die praktische Relevanz dieser dogmatischen Unterscheidung: Die Treuepflicht bezweckt in diesem Fall den Schutz von Leib und Leben der Baubeteiligten, und der Schadenersatz, zu welchem der Unternehmer im Falle der (schuldhaften) Pflichtverletzung durch den Bauherrn berechtigt ist, beschränkt sich entsprechend auf solche Vermögenseinbussen. Der Anspruch erstreckt sich namentlich nicht auf mitwirkungsbedingte Vermögenseinbussen, soweit sie nicht nachgerade identisch mit denen aus der Treuepflichtverletzung sind. Selbst wenn also der Bauherr mit ein und demselben äusserlichen Verhalten zwei Verhaltensgebote verletzt, springt der Pflichtcharakter der Treuepflicht (bzw. die Pflichtwidrigkeit ihrer Verletzung) *nicht* in dem Sinne auf die Mitwirkungsobliegenheit (bzw. auf deren Verletzung) über, dass der Unternehmer

nun Schadenersatz für schlechthin alle mitwirkungsbedingten Einbussen verlangen dürfte.

3. Für eine weitere Illustration eignet sich die **Obhutspflicht**, die den Bauherrn aus Treu und Glauben trifft, wenn der Unternehmer ihm das Bauwerk bereits vor der Ablieferung vorübergehend überlässt oder das Bauwerk schon zu Beginn der Bauleistung in der Obhut des Bauherrn liegt<sup>997</sup>. Diesfalls hat der Bauherr Sorge zum entstehenden Bauwerk zu tragen<sup>998</sup>, dieses insbesondere vor allfälligen Gefahren zu schützen. Vom Zweck der Obhutspflicht her betrachtet scheint zwar evident, dass deren Beachtung für den Erfolg der Werkausführung mitbestimmend ist: Handhabt der Bauherr das Bauwerk unsorgfältig oder verhütet er allfällige Gefahren, die dem Bauwerk drohen, nicht oder nicht rechtzeitig, so führt das möglicherweise zu einer Verschlechterung oder Vernichtung des Bauwerks. Das sorgfältige Verhalten des Bauherrn kann insofern als «erfüllungsrelevant» angesehen werden. Doch fehlt es auch hier, wie schon unter SIA-118 104, an der nötigen Ausgrenzung aus der Leistungspflicht des Unternehmers (siehe Rz 713): Das schützende Verhalten des Bauherrn wird diesem nicht abverlangt, weil dieser Erfüllungsbeitrag aus der Leistungspflicht des Unternehmers fiele. Im Gegenteil ist der Schutz des Bauwerks *auch Sache des Unternehmers*, denn selbstredend hat auch er unter seiner Werkleistungspflicht sorgfältig mit dem Bauwerk umzugehen und dieses vor allfälligen Gefahren zu schützen. Das spiegelt sich in den Rechtsfolgen der Pflichtverletzung bauherrenseits: Unterlässt er eine objektiv gebotene Schutzmassnahme zugunsten des Bauwerks, gerät er nicht etwa in Gläubigerverzug, denn er verunmöglicht dem Unternehmer damit allein die Erfüllungshandlungen nicht. Vielmehr setzt er sich der Möglichkeit aus, dass sich die von ihm so geschaffene bzw. aufrechterhaltene Gefahr realisiert und er die in OR 369, 376 III oder 378 II stipulierten Nachteile zu tragen hat. Kommt ausserdem der Unternehmer dadurch zu weiterem Schaden, zum Beispiel an seinem vor Ort gelagerten Inventar, so haftet ihm der Bauherr hierfür aus der Verletzung seiner Obhutspflicht (ZGB 2 I/OR 97 I).

---

<sup>997</sup> Bsp.: Wird im Wohnhaus des Bauherrn ein Zimmer renoviert, so liegt das Bauwerk von Baubeginn an in der Obhut des Bauherrn.

<sup>998</sup> Vgl. GAUCH, Werkvertrag, Rz 1321. Vgl. zum abstrakten Inhalt der Obhutspflicht (dort freilich beim Unternehmer): KOLLER A., BK-OR, Art. 365 N 32 ff. Für das allgemeine Schuldrecht: MERZ, SPR VI/1, S. 65.

## B. Verhältnis zu anderen Rechten und Pflichten

### 1. Vorvertragliche Sorgfaltspflichten

- 716 **1. Während der Vertragsanbahnung** schulden es die Kontrahenten einander, den künftigen Vertrag gewissenhaft und ernsthaft zu verhandeln. Das trifft auch den (prospektiven) Bauherrn: Er hat mit dem Vertrauen des Unternehmers in bestimmte, für ihn vertragswesentliche Tatsachen sorgfältig umzugehen, soweit dessen Vertrauen berechtigt und erkennbar ist. Verstösst der Bauherr gegen das Gebot der fairen Verhandlungsführung, etwa indem er die Verhandlungen weiterführt, obwohl er kein ernstliches Interesse mehr am Vertragsschluss hat, so haftet er dem Unternehmer für den Verhandlungsmehraufwand und sonstigen Schaden, den er ihm hierdurch adäquat kausal und schuldhaft verursacht (*culpa in contrahendo*)<sup>999</sup>. Eine Haftung greift aber auch dann, wenn es zum Abschluss eines für den Unternehmer nachteiligen Vertrags kommt, weil der Bauherr entgegen dem Gebot der gewissenhaften Verhandlungsführung und in Verletzung einer Informationspflicht<sup>1000</sup> dem Unternehmer schuldhaft unrichtige Angaben über kalkulationsrelevante Faktoren, namentlich über den Baugrund oder andere Baubedingungen gemacht hat<sup>1001</sup>.
- 717 **2.** Solche vorvertraglichen Sorgfaltspflichten des Bauherrn lassen sich rein sprachlich unschwer mit einem «kooperativen» Verhalten des Bauherrn, mit einer gewissen «Zusammenarbeit» assoziieren. Doch handelt es sich bei der Befolgung von vorvertraglichen Sorgfaltsgeboten nie um Mitwirkung im hier verstandenen Sinne (Rz 90), auch nicht, wenn sich die Auswirkungen einer allfälligen Gebotsverletzung erst während des allfälligen späteren Vertragsvollzugs zeigen. Tatsächlich dient das Loyalitätsgebot in Vertragsverhandlungen *nicht dazu, der Gegenpartei die Erbringung einer Leistung zu ermöglichen*, sondern sie vor einer Verletzung ihrer Integrität zu schützen.

---

<sup>999</sup> MÜLLER, BK-OR, Einl. Art. 1–18 N 315, 317; HONSELL, BSK-ZGB, Art. 2 N 17; MIDDENDORF/GROB, CHK-ZGB, Art. 2 N 12. Eingehend MONN, Diss., Rz 664 ff. («materielle Verhandlungsregeln», denen die Parteien auch unterstehen, wenn keine Verhandlungspflicht vereinbart ist, die Parteien aber immerhin in einem «blossen» Vertragsverhandlungsverhältnis stehen). Siehe auch Rainer Gonzenbach, *Culpa in contrahendo im schweizerischen Vertragsrecht*, Diss. Bern, Bern 1987.

<sup>1000</sup> Vgl. MÜLLER, BK-OR, Einl. Art. 1–18 N 318 ff.

<sup>1001</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rz 440, 1102 ff., 1103 (betr. Verhältnis zu OR 373 II und Schadenersatzpflicht).

## 2. Verhandlungspflichten

1. Vertragsparteien sind unter OR 1 frei, den Vertrag im Verlaufe des Vertragsvollzugs einvernehmlich und ohne besonderen Anlass anzupassen. Unter besonderen Voraussetzungen können sie freilich aus Treu und Glauben gehalten sein, über die nachträgliche, einvernehmliche Anpassung des Vertrags in Verhandlungen zu treten (**«Anpassungssituationen»**)<sup>1002</sup>. Eine solche Anpassungssituation ist etwa in OR 373 II erwähnt, wenn auch der Gesetzeswortlaut dort keine Verhandlungspflicht bzw. -obliegenheit der Parteien vorsieht<sup>1003</sup>. Generell dürften den Parteien überall dort Verhandlungspflichten oder wenigstens -obliegenheiten entstehen, wo sich vertragserhebliche Verhältnisse nachträglich in nicht vorhersehbarer Weise so verändern, dass sich ein Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung ergibt, das die Fortführung des unveränderten Vertrags für mindestens eine der Vertragsparteien unzumutbar macht<sup>1004</sup>. Eine Anpassungssituation tritt sodann ein, wenn sich Tatsachen verwirklichen, an die der *Vertrag* die Rechtsfolge knüpft, dass die Parteien über einen bestimmten Vertragsinhalt oder den Vertrag schlechthin in Verhandlungen zu treten haben (**«Verhandlungsabrede»**). Im Vordergrund stehen Verhandlungsabreden, die sich darauf beschränken, vorzuschreiben, dass die Vertragsanpassung auf dem Verhandlungsweg zu erreichen sei<sup>1005</sup>. Im SIA-Bauwerkvertrag etwa finden sich Abreden, wonach unter bestimmten Voraussetzungen ein neuer Preis zu vereinbaren ist (SIA-118 86 II, 87 I, 89 I), die Vertragsparteien den ehemals

<sup>1002</sup> Vgl. FUCHS, NZBau 2004, S. 69; MONN, Diss., Rz 177 ff.

<sup>1003</sup> Die Norm schreibt notabene nicht vor, wie der neue Preis festzusetzen ist, und verleiht den Parteien auch kein einseitiges Gestaltungsrecht zu dessen Festsetzung; vielmehr muss der neue Preis im Rahmen einer Klage beim Gericht angebeht werden (HÜRLIMANN/SIEGENTHALER, CHK-OR, Art. 373 N 17). Wollen sich die Parteien also die gerichtliche Austragung der Streitfrage ersparen, gerät es zur beidseitigen Obliegenheit, den Vertrag neu auszuhandeln.

<sup>1004</sup> *Clausula rebus sic stantibus* (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz 1280 f.; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, BK-ZGB, Art. 2 N 225 ff.; HONSELL, BSK-ZGB, Art. 2 N 19).

<sup>1005</sup> Vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz 1285; MONN, Diss., Rz 538 (zum Ganzen a.a.O., Rz 533 ff.). Dies im Gegensatz zu den sog. vollständigen Anpassungsklauseln, die «sowohl die Voraussetzungen als auch die Art der Vertragsanpassung [...] festlegen» (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz 1285); in diesen Fällen ist das Resultat der Vertragsanpassung bereits in der Abrede vorweggenommen, bedarf also keiner Verhandlungen mehr. Vgl. im Kontext von Werkverträgen: GAUCH, Werkvertrag, Rz 444 ff. Siehe auch SIA-118 5 II, 6, 7–14 (EGLI, Komm-SIA-118, Vorbem. Art. 3–22 N 6 ff.); ÖNORM Pkt. 4.2.

vereinbarten Preis anpassen sollen (SIA-118 88 I), der Unternehmer «alsdann Anspruch auf eine zu vereinbarende zusätzliche Vergütung» haben soll (SIA-118 125 II<sup>1006</sup>) oder die Parteien eine «neue [Ausführungs-]Frist durch Vereinbarung» festsetzen sollen (vgl. SIA-118 90).

- 719 **2.** Zumindest mit Blick auf die vertragliche Verhandlungsabrede wird in der Literatur vereinzelt vertreten, der Bauherr **verweigere eine Mitwirkungsleistung**, wenn er es – sei es obliegenheits- oder pflichtwidrig – ablehne, mit dem Unternehmer in Vertragsverhandlungen zu treten oder Vertragshandlungen unberechtigt abbreche. Solches findet sich zum einen bei MONN im Zusammenhang mit der *vertraglichen Verhandlungspflicht ganz allgemein*, bei deren Erfüllung der Schuldner «besonders auf die Mitwirkung des Gläubigers angewiesen» sei, weil Verhandlungen «nur dann zustande und in Gang kommen, wenn der Gläubiger der verhandlungspflichtigen Partei sich auf den Dialog einlässt und mit der Gegenseite den Verhandlungsgegenstand erörtert»<sup>1007</sup>. Der Gläubiger, der auf das Verhandlungsangebot der anderen Partei nicht eintrete oder der Gegenpartei verhandlungsrelevante Informationen nicht zuspiele, gerate deshalb in Gläubigerverzug. Im *SIA-Bauwerkvertrag* soll es sich nach EGLI offenbar gleich verhalten, wenn nach SIA-118 87 I für die neu bestellte Leistung ein neuer Einheitspreis zu vereinbaren ist und die Bauleitung bzw. die Bauherrschaft es versäume, ihren «Entscheid rechtzeitig vor Beginn [der Arbeiten] zu treffen»<sup>1008</sup>. Diesfalls müsse die Bauleitung «vermeiden, dass der Bauherr durch ein Zuwarten mit dem Entscheid in Gläubigerverzug [...] gerät»<sup>1009</sup>. Diesen Einschätzungen wird hier **im Grundsatz nicht gefolgt**:

- 720 **a.** Dass der Bauherr an Vertragsverhandlungen «mitzuwirken» habe, setzt voraus, dass der Unternehmer eine Pflicht trägt, in Bezug auf deren Erfüllung es der Bauherr in der Hand hat, sie durch die Aufnahme und Führung von Vertragsverhandlungen zu bewirken. Soweit sich die «mitwirkungsbedürftige» Pflicht des Unternehmers *in einer Verhandlungspflicht erschöpft*, ist zu

---

<sup>1006</sup> Die Regel kommt freilich nur zur Anwendung, wenn die Parteien von der Grundregel von SIA-118 53 abweichen (GAUCH/PRADER/SCHWERY, Komm-SIA-118, Art. 125 N 17.4).

<sup>1007</sup> MONN, Diss., Rz 919.

<sup>1008</sup> EGLI, Komm-SIA-118, Art. 87 N 17.2.

<sup>1009</sup> EGLI, Komm-SIA-118, Art. 87 N 17.2. Notabene: Anders als STÖCKLI H., BRT 2015, S. 13, legt EGLI die Bestimmung dahingehend aus, dass die Preisvereinbarung zwingend vor dem Beginn der neu bestellten Arbeiten getroffen sein müsse.

beachten, dass die herkömmliche vertragliche Verhandlungspflicht normalerweise nicht erfolgsbezogen ausgestaltet ist<sup>1010</sup>. Die Parteien müssen selbst dann, wenn sie sich zu Verhandlungen verpflichtet haben, «nur» die zu Vertragsverhandlungen geeigneten Verhaltensweisen einnehmen und die Verhandlungen gegebenenfalls – wenn sie in Gang gekommen sind – vorantreiben<sup>1011</sup>. Eigentliche Verhandlungen zu *führen*, gehört allerdings nicht zur Pflicht des Unternehmers, insoweit der Bauherr es gar nicht erst dazu kommen lässt; der Unternehmer hat Verhandlungen nur insoweit und insofern anzubieten und voranzutreiben, *wie es der Bauherr* zu einem gegebenen Zeitpunkt durch sein Verhalten seinerseits *ermöglicht*. Der Unternehmer tritt deshalb in einen Zustand der dauerhaften Erfüllung, indem und solange er Vertragsverhandlungen anbietet, mag auch der Bauherr darauf nicht eintreten<sup>1012</sup>. So betrachtet verbleibt kein Raum für einen Gläubigerverzug des Bauherrn: Der Schuldner (hier: der Unternehmer) kann nämlich seine Pflicht unabhängig von einem wie auch immer gearteten Zutun des Gläubigers (hier: des Bauherrn) erfüllen.

**b.** Diese Einschätzung scheint sich zumindest *im Anwendungsbereich der SIA-Norm 118* mit derjenigen anderer Autoren zu decken. Dort wird im Zusammenhang mit den Verhandlungsabreden in SIA-118 87 I, 90 oder 96 I auf SIA-118 37 I verwiesen, wonach der Unternehmer (wie auch der Bauherr) verpflichtet ist, seinen vertraglichen Pflichten auch bei Meinungsverschiedenheiten «trotzdem gewissenhaft nachzukommen», namentlich indem er die Arbeit nicht vertragswidrig unterbricht. Damit hat er das Werk also weiter auszuführen, auch wenn die Parteien sich in den genannten Anpassungssituationen nicht einigen. Diesfalls wird das Gericht über die Verhandlungsgegenstand bildende Rechtsfrage zu befinden haben<sup>1013</sup>, doch steht dem Unter-

---

<sup>1010</sup> MONN, Diss., Rz 148 ff.

<sup>1011</sup> MONN, Diss., Rz 761 ff. («Verhandlungsförderungspflicht», denen die Parteien nur unterstehen, wenn eine Verhandlungspflicht besteht).

<sup>1012</sup> Der Mangel an Erfolgsbezogenheit bedeutet nicht, dass eine *obligation de moyens* (siehe MONN, Diss., Rz 148: Verhandlungspflicht als *obligation de moyens*) nicht mitwirkungsbedürftig ausgestaltet sein könnte: Der Rechtsanwalt, der beauftragt ist, die Prozesschancen seines Klienten einzuschätzen, vermag die von ihm versprochene Beurteilung gar nicht erst zu beginnen, wenn ihm der Klient die einschlägigen Tatsachen nicht mitteilt und die Beweismittel nicht zugänglich macht.

<sup>1013</sup> So etwa mit Blick auf SIA-118 87 IV: STÖCKLI H., BRT 2015, S. 13; mit Blick auf SIA-118 90: EGLI, Komm-SIA-118, Art. 90 N 6.4; mit Blick auf SIA-118 96: REETZ, Komm-SIA-118, Art. 96 N 6.1.

nehmer jedenfalls nicht das Rücktrittsrecht von OR 95 offen. Solches ist im Zusammenhang mit einer Verhandlungspflicht in der SIA-Norm 118 nur ausnahmsweise stipuliert, namentlich für die Aushandlung einer Fristerstreckung bei Mitwirkungsversäumnissen des Bauherrn (SIA-118 94 II; analog bei Beststellungsänderungen: SIA-118 96 III). Der Verweis scheint einigermaßen exotisch, weil an sich «die Nichteinwilligung in eine Fristerstreckung kaum als Gläubigerverzug i.S.v. Art. 95 OR gewertet» werden kann<sup>1014</sup>.

- 722 **c.** Die *praktische Relevanz* des Vorstehenden bleibt mit Blick auf das Rücktrittsrecht in OR 95 *gering*, wenn man davon ausgeht, dass vertragliche Verhandlungspflichten vollkommen zweiseitig ausgestaltet sind. Denn wenn der Bauherr regelmässig mit seiner eigenen Verhandlungsleistung in *Schuldnerverzug* gerät, wenn er die Vertragsverhandlungen verweigert, steht dem Unternehmer das Rücktrittsrecht nach OR 107 II/109 zu. Auch kompensatorisch sind die Behelfe des Schuldnerverzugs für den Unternehmer letztlich günstiger, weil die Bandbreite der ersatzfähigen Vermögenseinbussen unter OR 103 I grösser ausfällt als beim gläubigerverzugsrechtlichen Aufwendungsersatzanspruch (Rz 1410 ff.).
- 723 **3.** Demgegenüber verbleibt sinngemäss zu den Überlegungen zum einseitigen Beststellungsänderungsrecht Raum für einen Gläubigerverzug des Bauherrn, wenn seine Verhandlungstätigkeit deshalb erforderlich ist, weil ansonsten die Werkleistungspflicht, also die **weitere Werkausführung** vorübergehend **unmöglich** oder wenigstens **unzumutbar** wird. Dann nämlich «blockiert» der Bauherr durch seine Verweigerung nicht nur die Verhandlungsführung, sondern auch die Werkausführung. Auf diese Weise erlangt die Verhandlungstätigkeit des Bauherrn Mitwirkungsqualität. Dass die weitere Ausführung in dieser Weise von den Verhandlungen bzw. vom Verhandlungsergebnis abhängt, mag aus einer Vielfalt von Gründen zutreffen, ist aber keineswegs zwingend. Zu verneinen ist die Unzumutbarkeit – und erst recht die Unmöglichkeit – beim Unternehmer zumindest dann, wenn die Weigerung des Bauherrn zu verhandeln den Unternehmer über Aspekte der *Bauzeit* oder der *Vergütungshöhe* im Ungewissen lässt; solches hindert den Unternehmer grundsätzlich nicht, die Werkleistung trotzdem an die Hand zu nehmen bzw. weiterzuführen<sup>1015</sup>.

---

<sup>1014</sup> KOLLER A., BK-OR, Art. 366 N 793.

<sup>1015</sup> Beachte allerdings BGE 143 III 545/550 E. 4.4.4.1, wo sich das Bundesgericht *en passant* skeptisch gegenüber einer objektivierten Auslegung von SIA-118 89 zeigt,



Raum für Gläubigerverzug verbleibt überdies dann, wenn die Parteien *vereinbaren*, dass Vertragsverhandlungen und/oder ein bestimmtes Verhandlungsergebnis für die gehörige Werkausführung bedingend sind; eine solche gewillkürte Erfüllungsvoraussetzung (Rz 461 ff.) führt selbstredend dazu, dass die gehörige Leistung des Unternehmers von den Vertragsverhandlungen abhängt. 724

### 3. Beantwortung von Aufforderungen

Die Obliegenheit des Bauherrn, auf Aufforderungen, Anfragen, Warnungen, Abmahnungen, Anzeigen, Mitteilungen usw. («Aufforderungen») des Unternehmers einzutreten, lässt sich nicht in allgemeiner Weise ins Verhältnis zur Bauherrenmitwirkung setzen. Tatsächlich trifft den Bauherrn diese Obliegenheit in **unterschiedlichen rechtlichen Zusammenhängen**, die mal als Mitwirkungstatbestände bezeichnet werden können, mal nicht. Ist beispielsweise die Beantwortung einer Aufforderung als gewillkürte Erfüllungsvoraussetzung vereinbart (Rz 463 ff.), versteht sich von selbst, dass deren Versäumnis zum Gläubigerverzug führt, weil der Unternehmer dadurch an der Erfüllung verhindert bleibt. Obliegt dem Bauherrn dagegen die Beantwortung einer Aufforderung unter OR 365 III und 369, weil er die Mitwirkung versäumt hat und die Säumnis die mängelfreie Werkausführung gefährdet, so steht der Bauherr zum Zeitpunkt, da ihn die Aufforderung erreicht, normalerweise bereits im Gläubigerverzug (vgl. Rz 479). Unterbreitet ihm der Unternehmer von sich aus Vorschläge hinsichtlich Projektänderungen, ist der Bauherr nicht gehalten, auf solches einzugehen; ein entsprechendes «Versäumnis» zeitigt keinen Gläubigerverzug (Rz 464 a.E.). Anders aber, wenn eine Anpassungssituation eintritt, in der eine vereinbarte Bauleistung für den Unternehmer nur dadurch durchführbar wird, dass entweder – einvernehmlich oder einseitig durch den Bauherrn – vereinbarte Leistungen verändert oder neue Leistungen bestellt werden (vgl. Rz 723/733). 725

### 4. Ersatzvornahmrechte

1. Ersatzvornahmrechte berechtigen den Bauherrn, die Werkleistung oder einzelne Teile davon **selber zu realisieren oder durch einen Dritten realisieren zu lassen** und die daraus entstehenden Kosten auf den Unternehmer abzuwälzen. Ein *gesetzliches* Beispiel ist OR 366 II, wonach der Besteller 726

nach welcher der Unternehmer neu bestellte Arbeiten an die Hand nehmen müsse, bevor die Vergütungshöhe vereinbart ist (vgl. auch Rz 1107).

«die Verbesserung oder die Fortführung des Werkes auf Gefahr und Kosten des Unternehmers einem Dritten übertragen» darf, wenn sich eine vertragswidrige Verspätung oder eine Schlechterfüllung absehen lässt. Während OR 98 I den Gläubiger nach neuerer Bundesgerichtsrechtsprechung nur unter der Voraussetzung zur Ersatzvornahme ermächtigt, dass er vorgängig ein rechtskräftiges Leistungsurteil gegen den Schuldner erwirkt hat, setzt OR 366 II solches nicht voraus. Dort hat der Bauherr dem Unternehmer lediglich eine angemessene Nachholfrist analog zu OR 107 I anzusetzen sowie die Ersatzvornahme anzudrohen<sup>1016</sup>. Als Beispiel für ein *vertragliches* Ersatzvornahmerecht kommt SIA-118 115 I in Betracht, wonach der Bauherr<sup>1017</sup> die «weiteren Absteckungen», die nach der Bestimmung Sache des Unternehmers sind, auf dessen Kosten vornehmen kann, wenn sie der Unternehmer trotz Aufforderung nicht rechtzeitig vornimmt.

- 727 **2.** Schreitet der Bauherr zur Ersatzvornahme, weil der Unternehmer sich pflichtwidrig verspätet, so ist das **keine Gläubigermithilfe**. Zwar verwirklicht der Bauherr bzw. der von ihm beigezogene Dritte auf diesem Wege die vom Unternehmer geschuldete Leistung, womit es naheläge, darin einen «Erfüllungsbeitrag» im weitesten Sinne zu sehen. Freilich «erfüllt» in dieser Konstellation niemand: Der Unternehmer begriffsgemäss nicht, weil er sich verspätet, und der Bauherr nicht, weil er die Realisierung des Bauwerks nicht schuldet. Tatsächlich verwirklicht der Bauherr anlässlich der Ersatzvornahme Tatsachen, deren Verwirklichung an sich der Unternehmer schuldet. Anders liesse sich das auffassen, wenn man annimmt, dass der Bauherr mit der Ausübung des Ersatzvornahmerechts auf den betreffenden Teil der Werkleistung verzichtet. Dann nämlich würde der ersatzvornahmeweise ausgeführte Werkteil insoweit zur Mitwirkungsleistung des Bauherrn, als der Werkteil für die übrige – vom Unternehmer weiterhin geschuldete – Werkleistung Vorbedingung ist. Die Situation unterschiede sich mitwirkungsrechtlich nicht vom Fall, da es dem Bauherrn obliegt, dem Nachunternehmer das taugliche Vorunternehmerwerk bereitzustellen. Doch leuchtet der Einwand ein, dass der Bauherr mit der Ersatzvornahme nicht auf den betreffenden Leistungsteil verzichtet, ansonsten es für die Abwälzung der Kosten auf den Unternehmer

---

<sup>1016</sup> BGE 142 III 321/325 ff. E. 4.4–4.5. Vgl. auch KOLLER A., BK-OR, Art. 366 N 468, 512 ff.

<sup>1017</sup> In der Norm ist nur die Bauleitung erwähnt, doch ist damit die Bauherrschaft gemeint (GAUCH/PRADER/SCHWERY, Komm-SIA-118, Art. 115 N 5.1).

an einer Rechtsgrundlage fehlte<sup>1018</sup>. Im Zuge der Ersatzvornahme verwirklicht also der Bauherr eigenhändig Tatsachen, die an sich vom Unternehmer geschuldet sind; befreit wird der Unternehmer von seiner Leistungspflicht nur insoweit, als der Bauherr solche Tatsachen ersatzweise selber herbeiführt<sup>1019</sup>.

## 5. Überwachungsrechte

1. Während der Bauherr unter OR 367 I nach der Ablieferung des Bauwerks dazu berechtigt ist, das Werk zu prüfen, schweigt sich das Gesetz darüber aus, ob er das Bauwerk bzw. den Stand der Werkausführung **bereits vor der Ablieferung prüfen** darf. Das ist zu bejahen: Ein solches Überwachungsrecht setzen die in OR 366 I (Kündigung) und II (Ersatzvornahme) statuierten Rechtsbehelfe des Bauherrn voraus, soll dieser den verzögerten Beginn der Herstellung, die drohende Herstellungsverzögerung oder die mangelhafte Ausführung bereits vor der Ablieferung erkennen können<sup>1020</sup>. Den Bauherrn berechtigt das Überwachungsrecht unter anderem, die Baustelle zu betreten (unabhängig davon, in wessen Eigentum der Baugrund steht), das in Entstehung befindliche Bauwerk zu überprüfen, Auskünfte vom Unternehmer einzuholen und dessen Arbeitsdokumentation einzusehen<sup>1021</sup>. Er ist zur Überwachung im Normalfall aber nicht verpflichtet, sodass der Unternehmer keine Rechte daraus ableiten kann, wenn der Bauherr die Überwachung unterlässt<sup>1022</sup>. Macht aber der Bauherr von seinem Überwachungsrecht Gebrauch, so treffen ihn eine Fülle von Treuepflichten: So hat er zum Beispiel allfällige Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse des Unternehmers, von denen er Kenntnis erlangt, vertraulich zu behandeln<sup>1023</sup>, Rücksicht auf die zeitliche Disposition des Unternehmers zu nehmen, die Werkausführung nicht unnötig zu behindern, den Unternehmer und die bereits hergestellten Werkteile nicht zu schädigen oder zu gefährden, dem Unternehmer allfällig entdeckte oder drohende Bauwerkmängel oder auch Mängel der Arbeitssi-

---

<sup>1018</sup> So GAUCH, Werkvertrag, Rz 886a. Fraglich wäre im Übrigen auch, auf welcher Grundlage die Gewährleistungs- und Ersatzansprüche des Bauherrn stehen könnten, wenn die Ersatzvornahme scheitert.

<sup>1019</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rz 886a.

<sup>1020</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rz 1346; ZELTNER, Diss., Rz 132.

<sup>1021</sup> ZELTNER, Diss., Rz 134 f.

<sup>1022</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rz 2057.

<sup>1023</sup> Vgl. etwa SIA-118 24 II. Diese Pflicht ergibt sich aber bereits aus ZGB 2 I (vgl. GAUCH, Werkvertrag, Rz 1321).

cherheit (soweit er denn hierfür Verantwortung trägt<sup>1024</sup>) unverzüglich anzuzeigen usw.<sup>1025</sup>. Keine Treuepflicht verletzt der Bauherr immerhin, wenn er anlässlich seiner Überwachung eingetretene oder drohende Mängel nicht erkannt hat (anders freilich bei Mängeln der Arbeitssicherheit im Anwendungsbereich von SIA-118 104: Rz 712).

- 729 **2. Die Überwachungstätigkeit** des Bauherrn *per se* ist nie erfüllungsrelevantes Verhalten: Sie allein leistet für den Unternehmer keinen Erfüllungsbeitrag, auf den er für die Werkleistung angewiesen wäre. Denn gleich, ob die Überwachung stattfindet oder nicht, trägt die Tätigkeit für sich genommen zur Werkausführung nichts bei. Bleibt sie aus, ist der Unternehmer jedenfalls nicht an der Werkausführung verhindert. Ohnehin verpflichtet sich der Unternehmer im Regelfall, das geschuldete Bauwerk unabhängig von der Überwachungstätigkeit des Bauherrn vertragsgemäss herzustellen, da er in Ermangelung anderer Abreden keinen Anspruch darauf hat, dass der Bauherr die Werkausführung überwache. Zwei Präzisierungen sind anzubringen:
- 730 **a.** Einen gewissen Beitrag zum Gelingen der Werkausführung zeitigt die Überwachung immerhin dann, wenn der Bauherr im Zuge dessen *bestehende oder drohende Baumängel oder andere Erfüllungsgefährdungen erkennt und diese dem Unternehmer mitteilt*. Die Erfüllung dieser Treuepflicht freilich ist dem Bauherrn nicht deshalb auferlegt, weil der damit bezweckte Erfolg von der Werkleistung vorausgesetzt würde, jedoch vom Unternehmer nicht geschuldet wäre. Diese Warnpflicht lastet auf dem Bauherrn, weil er aufgrund seiner Kenntnis potenzieller Erfüllungsgefahren in die besondere Lage gerät, *zusammen mit dem Unternehmer eine Mitverantwortung* für das Gelingen der Erfüllung zu tragen. Die Erfüllung dieser Treuepflicht stellt deshalb keine Mitwirkung des Bauherrn dar, ähnlich wie das schon im Zusammenhang mit der Erfüllung seiner Obhutspflicht (Rz 715) und seiner Überwachungspflicht betreffend Arbeitssicherheit im Sinne von SIA-118 104 (Rz 712) dargestellt worden ist.
- 731 **b.** Insoweit der Bauherr ausserdem *anlässlich* der Überwachung zur *Rücksichtnahme* auf die zeitliche Disposition, die Sachen usw. des Unternehmers verpflichtet ist, so stellt es auch keine Mitwirkung dar, wenn der Bauherr

---

<sup>1024</sup> Vgl. etwa SIA-118 104.

<sup>1025</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rz 2057. Vgl. im Anwendungsbereich der SIA-Norm 118 auch GAUCH/STÖCKLI H., Komm-SIA-118, Art. 166 N 15.4 f.; HÜRLIMANN, Komm-SIA-118, Art. 34 N 9 ff.; ZELTNER, Diss., Rz 128 ff.

dieser Pflicht nachkommt. Vielmehr vermeidet er so pflichtwidrig verursachte Integritätsschäden beim Unternehmer und gegebenenfalls auch eine willkürliche Interferenz (Rz 20).

## 6. Einseitige Beststellungsänderungsrechte

1. Das einseitige Beststellungsänderungsrecht, über das der Besteller im Werkvertrag gegebenenfalls verfügt, berechtigt ihn, die Werkleistungspflicht des Unternehmers rechtsgeschäftlich so zu verändern, dass letzterer mehr oder andere Arbeiten zu leisten habe, bestimmte Arbeiten wegzulassen habe oder das Werk auf eine andere Weise als vereinbart herzustellen habe<sup>1026</sup>. Im Zusammenhang mit der Mitwirkungsobliegenheit des Bauherrn, das Bauwerk laufend zu konkretisieren (dazu Rz 431 ff.), wurde gezeigt, dass die Ausübung von einseitigen Beststellungsänderungsrechten in eindimensionalen Bauwerkverträgen **tendenziell keine Mitwirkungsleistungen** sind: Beststellungsänderungen dienen dazu, die vereinbarte Leistung zu verändern, während die Mitwirkung dazu dient, die vereinbarte Leistung zu bewirken. Mit der Beststellungsänderung wird in den Vertragsinhalt eingegriffen, während die Mitwirkung diesen unberührt lässt und ihm zur Verwirklichung verhilft. Bleibt die Mitwirkung aus, wird die Erfüllung stets blockiert; bleibt aber die Beststellungsänderung aus, bleibt schlicht das Vereinbarte geschuldet und hindert das die Erfüllung nicht.

2. Zu erinnern ist freilich an die **Ausnahmefälle**, die in Bauwerkverträgen über grössere und/oder komplexe Bauwerke auftreten können: Wenn nämlich der Werkerfolg eine Vielzahl unterschiedlicher Leistungen voraussetzt, von denen eine oder mehrere aus welchen Gründen auch immer (zum Beispiel eine unvorhergesehene Veränderung der Umstände) die Veränderung anderer vereinbarter Leistungen oder die Bestellung neuer Leistungen erfordern, so wird die Ausübung des Beststellungsänderungsrechts – wenn dem Bauherrn denn ein solches zusteht – zur Mitwirkungsleistung. Steht ihm kein solches Recht zu und tritt ein solches auch nicht kraft richterlicher Vertragsergänzung hinzu, wird es zur Mitwirkungsobliegenheit des Bauherrn, mit dem Unternehmer eine Vertragsanpassung zu verhandeln. Verweigert der Bauherr dies und verunmöglicht er dem Unternehmer so die weitere Werk Ausführung oder macht er sie ihm zumindest unzumutbar, versäumt der Bauherr wiederum die Mitwirkung (vgl. Rz 723).

<sup>1026</sup> Vgl. GAUCH, Werkvertrag, Rz 768.

## 7. Zahlungspflichten

- 734 **1.** Geldleistungen an den Unternehmer sind grundsätzlich **keine Mitwirkungsleistungen** des Bauherrn. Es liegt mangels anderer Abreden in der alleinigen Verantwortung des Unternehmers, über die finanziellen Mittel zu verfügen, die er für die Erfüllung seiner Leistungspflicht benötigt. Ein allfälliges Versäumnis des Bauherrn, dem Unternehmer (aus welchem Rechtsgrund auch immer) Geld zukommen zu lassen, zieht deshalb grundsätzlich nicht eine Leistungshemmung im gläubigerverzugsrechtlichen Sinne nach sich<sup>1027</sup>, selbst dann nicht, wenn die Werkausführung für den Unternehmer aufgrund seiner Mittelknappheit *faktisch* unmöglich wird. Es obliegt vielmehr dem Unternehmer, die Vergütungshöhe, aber auch die Höhe der laufenden Teil- oder Akontozahlungen mit dem Bauherrn so zu vereinbaren, dass sich ein die laufenden Herstellungskosten deckender Mittelfluss einstellt.
- 735 Natürlich steht es den Parteien theoretisch offen, eine Geldleistung des Bauherrn als gewillkürte Erfüllungsvoraussetzung (Rz 461 ff.) zu vereinbaren, sodass der Unternehmer beim Ausbleiben der Zahlung nicht imstande ist, zu erfüllen.
- 736 **2.** Besonders zu erwähnen sind Vereinbarungen, nach denen der Bauherr dem Unternehmer im Hinblick auf bestimmte Erfüllungshandlungen **Vorschusszahlungen** zu leisten hat. Als Beispiel kommt SIA-118 140 in Betracht. Nach Absatz 1 kann der Bauherr vom Unternehmer verlangen, grössere Vorräte an Materialien anzulegen als für den vertragsgemässen Arbeitsfortschritt angemessen scheint. Nach Absatz 2 hat der Bauherr dem Unternehmer den Kaufpreis zu bevorschussen. Tatsächlich darf es unter dieser Bestimmung der Unternehmer verweigern, zusätzliche Vorräte anzulegen, solange der Bauherr den Vorschuss nicht geleistet hat<sup>1028</sup>. Doch ist das nicht darauf zurückzuführen, dass die Bevorschussung eine Mitwirkungsleistung darstellt, sondern dass in der Vorschussabrede die Vorleistungspflicht des Bauherrn mitenthalten ist; bis zur Leistung des Vorschusses kann der Unternehmer insofern seine Pflicht, Vorräte aufzubauen, gestützt auf OR 82 verweigern.

---

<sup>1027</sup> Vgl. GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz 2572.

<sup>1028</sup> GAUCH/PRADER/SCHWERY, Komm-SIA-118, Art. 140 N 2.3.

8. Ausgewählte Verhaltensanforderungen der SIA-Norm 118

In der SIA-Norm 118 sind zahlreiche weitere Rechte und Pflichten der Bau- 737  
leitung bzw. des Bauherrn vorgesehen, die ihm eine **Erklärung**, eine **Tat-**  
**handlung** oder **beides** abfordern und die mit dem Baubetrieb des Unterneh-  
mers in der einen oder anderen Weise verwoben sind. Manche davon wären  
ihrer Ausgestaltung nach geeignet, Mitwirkungsleistungen darzustellen, doch  
eliminiert die SIA-Norm 118 durch besondere Anordnungen deren Erfül-  
lungsrelevanz. Andere dieser Bauherrenverhalten sind *a priori* nicht als  
Mitwirkungsleistungen ausgestaltet. Zu nennen sind etwa:

- die *Unterzeichnung von Regierapporten* nach SIA-118 47 II. Verweigert 738  
der Bauherr die Unterzeichnung, wird aus dem Regierapport (auch mit  
der Unterschrift des Unternehmers) keine Beweisurkunde. Es entfällt  
diesfalls die natürliche Vermutung, dass die im Regierapport festgehal-  
tenen Arbeiten den Tatsachen entsprechen<sup>1029</sup>. Das ist zwar ein beweis-  
rechtlicher Verlust für den Unternehmer, doch beschlägt er offensicht-  
lich Erfüllungshandlungen, die bereits vorgenommen worden sind. Die  
«Verweigerung» des Bauherrn hindert ihn nicht an der Weiterarbeit.  
Weder beeinträchtigt das Versäumnis die künftigen Herstellungsbedin-  
gungen für den Unternehmer in einer unzumutbaren Weise, noch ver-  
schlechtert sich durch die Weiterarbeit der Beweiswert der nicht unter-  
zeichneten Regierapporte. Die Unterzeichnung der Regierapporte ist  
keine Bauherrenmitwirkung.
- die *Gewährung von Einsicht* in die ersten Aufnahmen, laufenden Be- 739  
obachtungen und periodischen Messungen nach SIA-118 111 III. Die  
Beweissicherungspflicht des Bauherrn bezieht sich auf fremde Sachen  
im Einflussbereich der Arbeiten (vgl. SIA-118 111 I). Zweck dieses Ein-  
sichtsrechts ist es, dem Unternehmer den Gegenbeweis zu erleichtern,  
wenn er von einem Dritten ins Recht gefasst wird, der zu Unrecht be-  
hauptet, der Unternehmer habe die ihm gehörende Sache beschädigt<sup>1030</sup>.  
Verweigert der Bauherr dem Unternehmer die Einsichtnahme, so handelt  
er womöglich pflichtwidrig, begeht aber kein Mitwirkungsversäumnis,  
weil die Einsichtnahme für den Unternehmer nicht erfüllungsrelevant ist.

<sup>1029</sup> GAUCH/STÖCKLI H., Komm-SIA-118, Art. 47 N 15.1. Dem Unternehmer bleibt es  
unbenommen, die Regierapporte in einem späteren Zivilprozess zur Substanziierung  
seiner Tatsachenbehauptungen ins Recht zu legen.

<sup>1030</sup> SCHUMACHER/MIDDENDORF, Komm-SIA-118, Art. 111 N 11.1.

- 740 – die *gemeinsame Aufnahme des tatsächlichen Ausmasses* nach SIA-118 142 I. Darauf wurde bereits eingetreten (Rz 469): Die dem Bauherrn abverlangte Tathandlung anlässlich der gemeinsamen Aufnahme wäre unter Umständen geeignet, eine Mitwirkungsleistung (genauer: eine gewillkürte Erfüllungsvoraussetzung) darzustellen. Doch sorgt SIA-118 142 II dafür, dass eine diesbezügliche Säumnis des Bauherrn dem Unternehmer die Werkausführung weder unmöglich noch unzumutbar macht.
- 741 – die *Mitwirkung des Bauherrn an der gemeinsamen Prüfung* nach SIA-118 158 II. Auch darauf wurde bereits eingetreten (Rz 471): Die Durchführung der gemeinsamen Prüfung könnte eine als gewillkürte Erfüllungsvoraussetzung ausgestaltete Mitwirkungsleistung darstellen. Doch tritt die Abnahme gemäss SIA-118 164 II auch dann ein, wenn der Bauherr die Mitwirkung (lange genug) verweigert. Erfüllungsrelevant ist dieses Bauherrenverhalten dementsprechend für den Unternehmer nicht.



# Dritter Teil: Kompensation von Mitwirkungsversäumnissen

## I. Überblick und Abgrenzungen

1. Entsprechend dem eingangs umrissenen Untersuchungsgegenstand dieser Arbeit (Rz 2) werden in diesem dritten Teil die Kompensationsansprüche des Unternehmers untersucht, die ihm aus dem Mitwirkungsversäumnis des Bauherrn entstehen. Unter der «Kompensation» wird der Ausgleich durch Geld verstanden, weshalb der Fokus im Folgenden auf jenen Ansprüchen liegt, die dem Unternehmer die **mitwirkungsbedingten Vermögenseinbussen finanziell ganz oder teilweise ausgleichen**. Dabei kommen drei Anspruchstypen in Betracht: die in der Entgeltlichkeit des Werkvertrags begründete Vergütung von mitwirkungsbedingten Mehrleistungen (**III.**), die aus dem (ergänzten) gesetzlichen Gläubigerverzugsrecht abgeleitete Kompensation mitwirkungsbedingter Aufwendungen (**IV.**) und die in den Regeln der Nichterfüllung wurzelnden Schadenersatzansprüche für mitwirkungsbedingten Schaden (**V.**). 742

2. In dieser Reihenfolge werden die Ansprüche im Folgenden behandelt. In ihr widerspiegelt sich zugleich die **Relevanz der Ansprüche für den Bauvertragsalltag**: Woran es im Bauwerkvertrag begriffsgemäss nie fehlt, ist die Abrede der Entgeltlichkeit (OR 363). Ist Entgeltlichkeit vereinbart, so findet sich damit in jedem Bauwerkvertrag zumindest theoretisch ein erster Anknüpfungspunkt für die Herleitung einer Mehrvergütung durch Vertragsauslegung oder -ergänzung, wenn auch im Einzelfall ein solcher Anspruch zu verneinen sein kann (zum Beispiel wegen einer vertraglichen Limitierungsabrede). Der gläubigerverzugsrechtliche Anspruch anschliessend, wie er hier vertreten wird, ist in seinem Umfang beschränkter als die Mehrvergütung, doch besteht auch für ihn in jedem Bauwerkvertrag zumindest insoweit eine Grundlage, als die Parteien die Rechtsfolgen des Gläubigerverzugs nicht rechtsgeschäftlich eingeschränkt haben. Der Schadenersatzanspruch aus der Verletzung einer Mitwirkungspflicht demgegenüber ist zwar der umfassendste Kompensationsanspruch, doch setzt er voraus, dass der Bauherr die Mitwirkung im Sinne einer Rechtspflicht (einer mindestens kompensatorischen 743

Mitwirkungspflicht) schuldet, was – wie gesehen, Rz 620 ff. – auch in Bauwerkverträgen über grössere Bauwerke die Ausnahme bleiben wird. Dennoch ist der Anspruch zu behandeln, weil die Parteien schliesslich frei sind, Mitwirkungspflichten zu vereinbaren, und weil davon auszugehen ist, dass von dieser Möglichkeit hin und wieder Gebrauch gemacht wird. Relevanter noch, wenn auch im Umfang deutlich beschränkter, ist der Schadenersatzanspruch für den Fall, dass es der nicht mitwirkende Bauherr pflichtwidrig unterlässt, dem Unternehmer eine Säumnisanzeige zu erstatten. Dieser Anspruch wird ebenfalls bei der Kompensation aus Pflichtverletzungsregeln abgehandelt, auch wenn er genau genommen nicht dem Mitwirkungsversäumnis *an sich*, sondern der Anzeigesäumnis des Bauherrn entspringt.

744 **3.** Der Behandlung dieser Kompensationsansprüche geht eine Darstellung der mitwirkungsbedingten Vermögenseinbussen voraus (**II.**), weil die Ansprüche nicht dargestellt werden können, ohne zuvor ein klares Bild davon zu schaffen, was es zu kompensieren gilt. Im Anschluss an die Kompensationsansprüche wird überdies deren Verhältnis untereinander sowie gegenüber Ansprüchen aus vorzeitiger Vertragsbeendigung untersucht (**VI.**). Abgeschlossen wird mit Einzelfragen (**VII.**).

745 **4.** Mit diesem Abriss des Untersuchungsgegenstands ist zugleich gesagt, was **nicht Thema** der folgenden Ausführungen bildet:

746 – Ausgeklammert sind zunächst einmal alle *exekutorischen Rechtsbehelfe* des Unternehmers, so namentlich die Realerfüllungsklage auf Erbringung der Mitwirkungsleistung, soweit der Bauherr ausnahmsweise einer klagbaren Mitwirkungspflicht unterliegt. Eine Mitwirkungspflicht aus konkludenter Abrede oder aus richterlicher Vertragsergänzung ist praktisch nur in Fällen anzunehmen, in denen der Unternehmer erstens ein schutzwürdiges Interesse aufweist, das zweitens allein mit einer klagbaren Mitwirkungspflicht geschützt werden kann (Rz 1291). Diese Fälle dürften in der Praxis sehr selten bleiben. Die Ausführungen in Rz 1244 ff. beschränken sich deshalb auf die Verletzung einer lediglich *kompensatorischen Mitwirkungspflicht*. Immerhin greift der dort umschriebene Anspruch auf Ersatz des Verzugsschadens auch bei der Verspätung des Bauherrn mit einer klagbaren Mitwirkungspflicht, soweit die Parteien die klagbare Mitwirkungspflicht vertraglich nicht anders ausgestalten.

- Ebenfalls nicht weiter vertieft wird das bereits dargestellte *Substituierungsrecht* des Unternehmers. Auch dieses kann im weitesten Sinne als exekutorischer Rechtsbehelf erachtet werden, wenn auch nicht in dem Sinne, dass der Unternehmer dabei in den Stand versetzt würde, eigene Rechte durchzusetzen. Er darf lediglich den Inhalt der Werkleistungspflicht so modifizieren, dass er fortan ohne die unterbleibende Mitwirkungsleistung zu leisten imstande ist (z.G. Rz 481 ff.). Um einen Kompensationsanspruch handelt es sich dabei nicht, wobei die Kompensationsfolgen der Substituierung bereits angeklungen und in Verbindung zu den nachfolgenden Ausführungen gesetzt worden sind (Rz 497). 747
- Als Kompensations-«Anspruch» im weitesten Sinne kann schliesslich auch die Rechtstatsache erachtet werden, dass das Mitwirkungsversäumnis im Regelfall zu einer *«Erstreckung» der vertraglichen Fristen und Termine* führt (zur Terminologie: Rz 907 ff.). Dabei handelt es sich freilich um einen zeitlichen, keinen finanziellen Ausgleich; er wird deshalb nicht selbstständig behandelt, sondern nur insoweit, als er mit der Berechnung der Kompensationsansprüche in Zusammenhang steht. 748

## II. Mitwirkungsbedingte Vermögenseinbussen

1. Durch das Mitwirkungsversäumnis entstehen dem Unternehmer Vermögenseinbussen mannigfaltiger Art. Deren Ersatzfähigkeit variiert je nach Kompensationsanspruch, was sich einfacher und präziser darstellen lässt, wenn die Vermögenseinbussen vorgängig **umschrieben und systematisiert** sind. Dies ist das Ziel dieses Abschnitts. Dabei scheint es sinnvoll, die Vermögenseinbussen zunächst nach ihrer Kompensationsfähigkeit zu gliedern: Da sind zum einen der Mehraufwand des Unternehmers (**A.**), der sich dadurch auszeichnet, dass er unter allen Kompensationsansprüchen *bis zu einem gewissen Grad* ersatzfähig ist, und zum anderen die übrigen Vermögenseinbussen (**B.**), die ausschliesslich durch Schadenersatzansprüche ausgeglichen werden können. Anschliessend werden die umschriebenen Vermögenseinbussen querschnittartig, nämlich aus der Warte zeitlicher Neuordnungen des Bauablaufs betrachtet (**C.**). Schliesslich werden auf dieser Basis Massgaben und Vorschläge entwickelt, nach denen der Unternehmer die erlittenen Vermögenseinbussen errechnen und im Zivilprozess beweisen muss (**D.**). 749

- 750 **2.** Bezogen auf ihre zeitliche Nähe zum Mitwirkungsversäumnis lassen sich bei allen Ansprüchen **primäre** und **sekundäre** Einbussen unterscheiden: Primäre Einbussen entstehen zwingend *dann und dadurch*, dass zu einem gegebenen Zeitpunkt eine Mitwirkungsleistung ausbleibt. Sekundäre Einbussen mögen zwar ebenso unmittelbar entstehen, doch ist das bei ihnen nicht zwingend; regelmässig entstehen die hier interessierenden sekundären Einbussen *zeitversetzt*, gleichsam als «Spätfolgen» des Mitwirkungsversäumnisses. Primäre Einbussen entstehen mithin immer durch den und während des Mitwirkungsverzugs, während sekundäre Einbussen zwar auch schon während des für sie ursächlichen Mitwirkungsverzugs entstehen können, häufiger aber erst eintreten, wenn er weggefallen ist. Die Unterscheidung wird im Folgenden verwendet, wo sie der Umschreibung der Vermögenseinbussen dient.

#### A. Mehraufwand

- 751 **1.** Zur Beschaffung und Aufrechterhaltung der für die Werkleistung nötigen Produktionsmittel ist der Unternehmer zwar nicht verpflichtet. Wohl aber ist er verpflichtet, ein mängelfreies Werk herzustellen und abzuliefern (OR 367 ff.). Er wird sich dementsprechend wirtschaftlich, technisch, personell, organisatorisch und logistisch so aufstellen und diesen Zustand solange beibehalten, wie es für die Erfüllung der Werkleistung erforderlich ist. Das Erstellen dieser Leistungsbereitschaft verursacht dem Unternehmer Aufwand (zum Begriff: Rz 753 ff.) unterschiedlichster Art, der sich im Mitwirkungsversäumnis regelmässig vergrössert. Diese auf die konkrete Baustelle bezogenen, baubetrieblichen Vermögenseinbussen sind praktisch die bedeutsamsten, weil sie dem Unternehmer durch fast jedes Mitwirkungsversäumnis im einen oder anderen Ausmass entstehen. Sie lassen sich zusammenfassen unter den Begriff des Mehraufwands: Gemeint ist die Gesamtheit der direkten und indirekten **Mehrkosten für Beschaffung, Erhaltung und Einsatz der Produktionsfaktoren**<sup>1031</sup>, die der Unternehmer für die gehörige Erfüllung seiner Werkleistungspflicht benötigt und die **ohne das Mitwirkungsversäumnis nicht angefallen wären**. Weshalb und mit welcher Proportionalität der mitwirkungsbedingte Mehraufwand anfällt, hängt vom Typus des tangierten Aufwands ab, der sich wiederum nach vielen Gesichtspunkten

---

<sup>1031</sup> GABLER, zu «Produktionsfaktor»: «Wirtschaftsgut, das bei der Leistungserstellung (Produktion) eingesetzt wird.»

systematisieren liesse<sup>1032</sup>. Nachfolgend wird unterschieden zwischen Nutzensausfall wegen Produktivitätsverlusten (2.), Kosten ausserordentlicher Erfüllungshandlungen (3.) und Mehrkosten ordentlicher Erfüllungshandlungen (4.). Vorgängig behandelt wird der hier verwendete Begriff des Aufwands (1.).

2. Vorwegzunehmen ist, dass die **Ersatzfähigkeit** des dargestellten Mehraufwands je nach Anspruchsgrundlage **variiert**. Gewisse Typen von Mehraufwand, wie namentlich indirekte Kosten, sind für den Unternehmer auch unter der kompensationswirksamsten Anspruchsgrundlage nur begrenzt ersatzfähig. Im Sinne einer betriebswirtschaftlich inspirierten Betrachtung der Unternehmereinbussen werden nachfolgend allerdings auch solche nicht oder nur teilweise ersatzfähigen Einbussen aufgeführt. Welcher Kompensationsanspruch den Mehraufwand in welchem Umfang erfasst, wird erst bei den einzelnen Ansprüchen besprochen (Rz 1033 ff., 1218 f., 1262 ff.).

## 1. Begriff des Aufwands

1. Der «Aufwand» des Unternehmers ist ein im Zusammenhang mit dem werkvertraglichen Vergütungsrecht häufig erwähnter Begriff. Trotzdem bietet es sich an zu klären, von welchem Aufwand (und letztlich Mehraufwand) im Folgenden gesprochen wird. Im allgemeinen Sprachgebrauch bedeutet Aufwand einerseits «**Einsatz**» und ist synonym beispielsweise mit «Anstrengung», «Verausgabung» oder «Engagement». Aufwand bedeutet andererseits aber auch «aufgewendete Mittel» und «**Kosten**», und ist synonym beispielsweise mit «Aufwendungen», «Ausgaben» oder «Auslagen»<sup>1033</sup>. Die beiden Bedeutungsgruppen unterscheiden sich:

a. Im ersteren Fall lässt sich vom *umgangssprachlichen Aufwand* oder vom *Einsatz* sprechen, weil der Begriff in der schweizerischen Umgangssprache häufig in diesem Sinne verwendet wird. Dieser Aufwand ist zu verstehen als aller Einsatz, der zur Erzielung eines bestimmten Nutzens aufgebracht wird, wobei dieser Einsatz in Geld, Zeit, Sachen, Energie usw. ausgedrückt werden kann. Von diesem Begriff des Aufwands zumindest scheinen SCHUMA-

<sup>1032</sup> Z.B. nach «Behinderungsmehraufwand», «Verzögerungsmehraufwand» und «Feststellungsmehraufwand» bei HÜRLIMANN, FS Gauch, S. 834; «unmittelbarer» und «mittelbarer» Mehraufwand bei SCHUMACHER/KÖNIG, Rz 587 ff.; «direkter Aufwand» und «Verlängerungsaufwand» bei HENNINGER, BRT 2005, S. 261 f.

<sup>1033</sup> DUDEN, zu «Aufwand».

CHER/KÖNIG zu sprechen, wenn sie den Aufwand des Unternehmers als «Einsatz von Produktionsmitteln» verstehen und als Produktionsmittel «Personal, Werkzeuge und Geräte, Baustoffe und Hilfsstoffe usw.» nennen<sup>1034</sup>. Auch STÖCKLI spricht mit Blick auf OR 374 vom «Aufwand an Produktionsfaktoren»<sup>1035</sup>. GAUCH spricht ganz allgemein vom «Werken» und «Wirken» des Unternehmers<sup>1036</sup>, das unter der Aufwandvergütung «nach Massgabe der Selbstkosten» zu vergüten sei<sup>1037</sup>; auch bei diesem Autor ist demnach der Aufwand nicht mit den (monetär verstandenen) «Selbstkosten» gleichzusetzen, sondern ist vielmehr die *Ursache* dieser Selbstkosten. Unter all diesen Betrachtungsweisen bezeichnet «Aufwand» keine finanzielle Grösse, sondern einen äusseren, tatsächlichen, vom Unternehmer ausgehenden Vorgang, nämlich das Aufwenden und Einsetzen von Arbeits- oder Maschinenkraft, von Sachen, von Geld usw.

- 755 **b.** Die zweite Bedeutung des Aufwands («Kosten») ist demgegenüber eine *monetäre Quantifizierung* des vorerwähnten «Einsatzes». Gemeint sind freilich nicht die «Aufwendungen» oder der «Aufwand», wie sie aus dem Rechnungswesen bekannt sind, denn sie bezeichnen zunächst nur die «periodisierten Ausgaben einer Unternehmung für die während einer Abrechnungsperiode verbrauchten Güter, Dienstleistungen und öffentlichen Abgaben»<sup>1038</sup>. Der Aufwand im hier verstandenen Sinne bezeichnet demgegenüber die – von den «Aufwendungen» im Sinne des Rechnungswesens abgeleiteten – *Kosten*, nämlich den «bewerteten Verzehr von wirtschaftlichen Gütern materieller und immaterieller Art zur Erstellung und zum Absatz von Sach- und/oder Dienstleistungen sowie zur Schaffung und Aufrechterhaltung der dafür notwendigen Teilkapazitäten»<sup>1039</sup>. Ausgedrückt wird diese Form von Aufwand ausschliesslich in Geld, weshalb zuweilen auch vom *Geldaufwand* gesprochen wird<sup>1040</sup>. Zur Ermittlung dieses Aufwands ist eine vorgelagerte Denkopoperation erforderlich, wenn an seinem Ursprung ein Mitteleinsatz (also umgangssprachlicher Aufwand) steht: Der Geldaufwand ergibt sich erst aus

---

<sup>1034</sup> SCHUMACHER/KÖNIG, Rz 24 (H.h.).

<sup>1035</sup> STÖCKLI H., Habil., Rz 217.

<sup>1036</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rz 19.

<sup>1037</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rz 948.

<sup>1038</sup> GABLER, zu «Aufwendungen».

<sup>1039</sup> GABLER, zu «Kosten».

<sup>1040</sup> SCHUMACHER/KÖNIG, Rz 24. Die Autoren erachten a.a.O. den Geldaufwand als «eine besondere Art von Aufwand», womit sie ihn als Unterart des umgangssprachlichen Aufwands einstufen.

der Multiplikation des betreffenden Einsatzes (an Zeit, Arbeitskräften, Maschinen usw.) mit den für diesen Einsatz anfallenden Erhaltungs-, Betriebs- und Vorhaltekosten (Faktorkosten<sup>1041</sup>). Das gilt ganz gleich, ob sich der Kompensationsanspruch des Unternehmers nach den effektiven Selbstkosten bemisst (reine Aufwandvergütung im Sinne von OR 374; vgl. Rz 1012 ff.) oder nach vertraglich vereinbarten Kostenansätzen (vgl. Rz 1022 ff.); im letzteren Fall wird lediglich der Multiplikator (der «Preis» des Einsatzes) objektiviert. Keine solche Operation ist demgegenüber erforderlich, wenn der Aufwand des Unternehmers sich unmittelbar aus dem Einkauf von Gütern und Dienstleistungen ergibt (zum Beispiel Einkauf von Baustoff, Bezahlung der Vergütung an einen Subunternehmer), solange sich in diesen Geldaufwand keine Formen des Einsatzes mischen.

2. Auch die Kompensationsansprüche des Unternehmers müssen letztlich in 756 Geldeinheiten ausgedrückt werden. Die Mehrvergütung, eine Vergütung im Sinne von OR 363, aber auch der Schadenersatzanspruch und der Aufwendungsersatzanspruch sind Ansprüche auf eine Geldzahlung. Verwendet wird daher grundsätzlich der zweitgenannte Aufwandbegriff (die «Kosten»), der Aufwand des Unternehmers mithin als dasjenige bezeichnet, welches beim Unternehmer infolge seines auf die Erfüllung der Leistungspflicht gerichteten Wirkens an monetär quantifizierbaren Grössen und damit eben an **Selbstkosten** anfällt. Freilich lassen sich die Selbstkosten, wie dargelegt, nicht umschreiben, wenn nicht auch mit der erstgenannten Form des Aufwands, dem «Einsatz» operiert wird. Wo im Folgenden dieser erstere Aufwandbegriff herangezogen wird, ist vom *umgangssprachlichen Aufwand* oder vom (*Mittel-*)*Einsatz* die Rede.

3. Eine wichtige begriffliche Grenze des Aufwands ist sein **Bezugspunkt**. 757 Schliesslich generiert der Geschäftsbetrieb des Unternehmers über eine beliebig abgesteckte Geschäftsperiode in vielfältiger Weise Aufwand in Form von fixen und variablen Kosten (vgl. Rz 755: «Aufwendungen» im Sinne des Rechnungswesens). Von diesem Aufwand aber interessiert im Verhältnis Unternehmer/Bauherr nur jener, der «zur Erstellung und zum Absatz» einer ganz bestimmten Dienstleistung, nämlich *des Bauvorhabens* dient, und der zudem für die «Schaffung und Aufrechterhaltung der dafür notwendigen

---

<sup>1041</sup> GABLER, zu «Faktorkosten»: «Kosten, die auf die Produktionsfaktoren als wirtschaftlicher Gegenwert für ihren Einsatz im Produktionsprozess entfallen».

Teilkapazitäten» anfällt<sup>1042</sup>. Oder in der Sprache des Projektmanagements: Unter dem Aufwand oder den Selbstkosten im hier behandelten Sinne sind nur jene Kosten des Unternehmers zu verstehen, die direkt oder indirekt für ein «Vorhaben, das im Wesentlichen durch Einmaligkeit der Bedingungen in ihrer Gesamtheit gekennzeichnet ist»<sup>1043</sup> anfallen. Die Rede ist also nicht von beliebigem, sondern von **projektbezogenem Aufwand**<sup>1044</sup>, wobei man im Kontext des Werkvertrags auch von «werkbezogenem» Aufwand sprechen könnte. Betreibt der Unternehmer Aufwand zugunsten eines projekt*fremden* Gegenstands, so verursacht solches dem Unternehmer zwar Kosten, doch ist das nach dem hier verwendeten Aufwandbegriff kein Aufwand im Verhältnis Unternehmer/Bauherr, und zwar sogar dann, wenn der projekt- oder werk-fremde Aufwand kausal auf eine Störung innerhalb des Projekts zurückgeht<sup>1045</sup>. Diese übrigen, werkfremden Aufwand bildenden Kosten des Unternehmers werden unter dem Titel der übrigen Vermögenseinbussen dargestellt (Rz 834 ff.). Vorwegzunehmen ist, dass diese zunächst rein betriebswirtschaftliche Unterscheidung auch in rechtlicher Hinsicht bei der Bemessung der Mehrvergütung nach Aufwand (OR 374) zu berücksichtigen ist (vgl. Rz 1041 ff.).

- 758 4. Bezeichnet also der Aufwand die Selbstkosten, die dem Unternehmer für sein Wirken entstehen, so ist Mehraufwand nicht etwa das «Mehrwirken» oder der «Mehreinsatz» des Unternehmers, sondern das **Mehr an Selbstkosten**, das dem Unternehmer durch das Mitwirkungsversäumnis entsteht. Das ist erwähnenswert, weil baubetriebliche Nachteile sich nicht nur darin äussern, dass der Unternehmer zusätzliche Erfüllungshandlungen vornimmt, also «mehr wirkt», sondern auch, dass der Unternehmer durch Produktivitätsverluste gerade «weniger wirkt» als vorgesehen, oder für «ohnehin zu

---

<sup>1042</sup> GABLER, zu «Kosten».

<sup>1043</sup> DIN 69901-5 (Teil 5: Begriffe) Ziff. 3.44 zu «Projekt». Vgl. zur Gleichsetzung von Bauvorhaben aller Art mit «Projekten» im Sinne des Projektmanagements: BRANDENBERGER/RUOSCH, S. 12.

<sup>1044</sup> Vgl. Projekt Magazin, zu «Aufwand»: «Aufwand [...] ist die Menge aller monetär quantifizierbaren Eingangsgrössen in ein Projekt, in ein Programm, in ein Projektportfolio oder in einen Teil eines Projekts» (Projektmanagement-Glossar, [www.projektmagazin.de/glossarterm](http://www.projektmagazin.de/glossarterm)).

<sup>1045</sup> Ein wichtiger Anwendungsfall des werkfremden Aufwands sind AGK (Rz 827 ff.) oder auch Mehraufwand, den der Unternehmer zugunsten von Dritten betreibt (Rz 837 ff.). Unter manchen der hinten behandelten Kompensationsansprüche sind diese Positionen gleichwohl abgeltungs- bzw. ersatzberechtigt (vgl. Rz 1017, 1303 f.).



Erwirkendes» höhere Preis bezahlen muss, wie beispielsweise bei exogenen Kostensteigerungen. Auch der Mehraufwand bestimmt sich nach der zweistufigen Gedankenoperation «Mehreinsatz multipliziert mit Faktorkosten» (siehe Rz 755), und auch hier gilt, dass bei vertraglich objektivierten Kostenansätzen (z.B. unter SIA-118 58 II)<sup>1046</sup> die letzteren anstelle der effektiven Faktorkosten einzusetzen sind. Auch der Mehraufwand beschränkt sich zudem, entsprechend der aufgezeigten begrifflichen Grenze, auf *projektbezogene Mehrkosten* (siehe Rz 757).

### 2. Nutzensausfall durch Produktivitätsverluste

#### a. Ökonomie und Symptomatik

1. Als erster Typ von Mehraufwand werden Produktivitätsverluste behandelt, 759 weil sie die unmittelbarste, prominenteste Auswirkung von Mitwirkungsversäumnissen sind; als primäre Auswirkung sind sie praktisch eine Gewissheit, auch als sekundäre Auswirkung kommen sie zudem häufig vor. Der Begriff der Produktivität wird im engeren Sinn häufig auf die Leistung von Arbeitskräften bezogen<sup>1047</sup>, genauer auf die Leistung (zum Beispiel m<sup>3</sup>) pro Lohnstunde. Produktivitätsverluste bezeichnen hier freilich nicht nur die abnehmende Produktivität der Arbeitskraft pro Zeiteinheit (der sinkende Leistungswert bzw. der ansteigende Aufwandswert der Arbeitskraft; vgl. Fn 1053), sondern die **«Kostenschere»** überhaupt, die sich für den Unternehmer im Mitwirkungsversäumnis öffnet: Einerseits wird dadurch die Werkausführung verlangsamt oder sie steht gänzlich still, andererseits hat der Unternehmer auch während der Stehzeit bzw. der Zeit der Leistungsschwerung zeitabhängige Herstellungskosten<sup>1048</sup> zu tragen, die begriffsgemäss auch dann anfallen, wenn langsamer oder gar nicht gearbeitet wird<sup>1049</sup>.

---

<sup>1046</sup> Zur Anwendbarkeit dieser Bestimmung auf das Mitwirkungsversäumnis siehe Rz 1081 ff.

<sup>1047</sup> Bspw. bei HOFSTADLER/KUMMER, GBB 2017, S. 64.

<sup>1048</sup> Zeitabhängige Faktorkosten entstehen beim Unternehmer schon und allein durch das Fortschreiten der Zeit. Bsp.: Lohnschulden für Arbeit pro Zeiteinheit («Zeitlohn») oder Mietkosten. Vgl. BUCHER/HENNINGER, BRT 2007, S. 166: Zeitabhängige Kosten «verändern sich im Verhältnis zur Einsatzeit».

<sup>1049</sup> «Produktivität» (bzw. deren Ausfall) in diesem weiteren Sinn bei GABLER: «Ergiebigkeit der betrieblichen Faktorkombinationen. Produktivität ist nicht gleichbedeutend mit Wirtschaftlichkeit, auch nicht mit Rentabilität, sondern ist das Verhältnis von Output-Menge zu Input-Menge.»

- 760 **2.** Der dabei interessierende Mehraufwand konstituiert sich genau genommen nicht aus dem abnehmenden Baufortschritt als äusserlich wahrnehmbare Tatsache und auch nicht aus der kalkulatorischen Erhöhung der involvierten Kostentypen, sondern vielmehr aus dem *entgangenen Nutzwert* der angefallenen Beschaffungs-, Betriebs- und Vorhaltekosten. Zu berechnen ist der Produktivitätsverlust nach dem kalkulatorischen Wert des Nutzens, der einem bestimmten Geldaufwand zugeordnet worden ist und der aufgrund des Mitwirkungsversäumnisses entfällt. Es genügt dabei, dass der entgangene Nutzen monetär quantifizierbar ist, indem auf die Selbstkosten zur Generierung des beabsichtigten Nutzens abgestellt wird. Bezeichnend für Produktivitätsverluste ist mithin, dass nicht in dem Sinne «zusätzliche, positive» Geldabflüsse eintreten, sondern dass der **Nutzen eintretender Geldabflüsse entfällt**. Der Nutzensausfall beschlägt namentlich die Lohnkosten, für welche die gewünschte Produktivität ausbleibt, aber auch alle anderen Kostentypen, die während des Mitwirkungsversäumnisses bei nunmehr vermindertem oder eliminiertem Nutzen weiterlaufen<sup>1050</sup>.
- 761 **3.** Ob ein Produktivitätsverlust eintritt, kann erst beantwortet werden, wenn «die realistisch geplante, (mittlere) Arbeitsgeschwindigkeit» des Unternehmers bekannt ist, also seine **hypothetische Produktionsgeschwindigkeit**, unter Einrechnung eines normalen Streubereichs bei Bauzeit und Produktmenge<sup>1051</sup>. Anschliessend lässt sich beurteilen, ob die effektive Produktionsgeschwindigkeit von diesem Wert negativ abweicht. Die hypothetische Produktivität, der sogenannte Normalwert, ist begriffsgemäss keine Tatsache, sondern eine rechnerische Annahme, die im Einzelfall getroffen werden muss und die Grundlage für die Konstruktion des Soll-Ablaufs bildet. Sie hängt in komplexer Weise von der zur Verfügung stehenden Bauzeit, vom geplanten Bauablauf, von der Leistungsfähigkeit des Unternehmers, vom vereinbarten Werk und anderen Faktoren ab. Darauf ist bei der Methode zur Ermittlung der Vermögensseinbussen zurückzukommen (Rz 946 ff./952 ff.).
- 762 **4.** Produktivitätsverluste lassen sich **symptomatisch** nach ihrer Auswirkung auf die Werkausführung klassifizieren. Unterschieden werden sollten im Wesentlichen die blosse Leistungerschwerung und die Stehzeit. Diese Be-

---

<sup>1050</sup> Ähnliches Verständnis in ZH-HGer HG120098 (04.08.2015) E. 3.5.1.3: Produktivitätsverlust, weil «[der Unternehmer] durch den Annahmeverzug des Bestellers [...] am wirtschaftlich sinnvollen Einsatz seiner Arbeitskraft, seines Personals, seiner Geräte oder seines Kapitals gehindert wird», m.V.a. HÜRLIMANN, FS Gauch, S. 834.

<sup>1051</sup> BAUER, Baubetrieb, S. 753.

grifflichkeiten sind bildlich gewählt, doch dürfen sie nicht dahingehend verstanden werden, dass es auf die äusserlich wahrnehmbare Aktivität des Unternehmers ankomme; in allen Fällen geht es um den Grad, zu welchem der Ausführungsfortschritt vermindert bzw. eliminiert wird, und entsprechend um den Grad, zu welchem der Nutzen der investierten Produktionsmittel entfällt<sup>1052</sup>.

a. Eine *Leistungserschwerung* tritt ein, wenn aufgrund des Mitwirkungsversäumnisses der Leistungswert<sup>1053</sup> für einen bestimmten Arbeitsvorgang oder für die Gesamtbauleistung unter den Normalwert fällt, aber dennoch ein Ausführungsfortschritt zu verzeichnen ist<sup>1054</sup>. Eine Leistungserschwerung kann als *primäre* Auswirkung nur eintreten, wenn der Unternehmer dem Mitwirkungsversäumnis zum Trotz Erfüllungshandlungen vornehmen und damit ein Minimum an Baufortschritt erzielen kann (graduelles Mitwirkungsversäumnis, Rz 89). Das ist bei einfacheren Erfüllungshandlungen kaum je der Fall; das Mitwirkungsversäumnis führt dort regelmässig zu einer Stehzeit. Abhängig von der Art der Mitwirkungsleistung gibt es freilich Ausnahmen. Eine notorische ist das Koordinationsversäumnis des Bauherrn bei mehreren parallel verlaufenden Arbeitsvorgängen mehrerer Nebenunternehmer (vgl. Rz 523), das die Ausführung zwar zum Erliegen bringen kann, aber nicht muss; die Ausführung kann auch nur behindert sein. Leistungserschwerungen können sich aber auch erst indirekt daraus ergeben, dass einer von mehreren parallelen Arbeitsvorgängen mitwirkungsbedingt gänzlich zum Erliegen kommt (dort also eine Stehzeit erfährt) und diese Stehzeit sich pro-

<sup>1052</sup> Bsp.: Steht die Baustelle plötzlich still, weil der Bauherr die Versorgung mit Strom unterlässt, fällt beim Unternehmer dennoch kostenfällige «Aktivität» an (namentlich das Vorhalten der Einsatzmittel), obwohl diese Aktivität nichts zum Baufortschritt beiträgt.

<sup>1053</sup> Leistungswert und Aufwandswert sind reziproke Werte. Der Leistungswert ist das Verhältnis von Produktionsmenge (z.B. m<sup>3</sup>) zu Produktionszeit (z.B. 1h); je höher der Leistungswert, desto produktiver der Unternehmer. Der Aufwandswert ist das Verhältnis von Produktionszeit zu Produktionsmenge; je höher der Aufwandswert, desto unproduktiver der Unternehmer (KARASEK, Komm-ÖNORM, Vor Pkt. 6.1 N 633 Fn 541). Beschränkt auf die Produktionsmenge pro Lohnstunden bzw. Lohnstunden pro Produktionsmenge: HOFSTADLER/KUMMER, GBB 2017, S. 62 ff.; vgl. auch WÜRFELE/GRALLA/SUNDERMEIER, Rz 604.

<sup>1054</sup> Mit VOB/B § 6 liesse sich auch von einer «Behinderung» sprechen. KAPPELLMANN/SCHIFFERS/MARKUS, Bd. 1, Rz 1422, sprechen von «Intensitätsabfällen», KARASEK, Komm-ÖNORM, Vor Pkt. 6.1 N 635, spricht von einer «Hemmung».

duktionsmindernd auf parallel verlaufende Arbeitsvorgänge auswirkt<sup>1055</sup>. Als *sekundäre* Produktivitätseinbusse tritt eine Leistungerschwerung zum Beispiel ein, wenn ein früherer, mittlerweile beendeter Mitwirkungsverzug zu anhaltend suboptimaler Zusammensetzung der Produktionsmittel führt und diese sich mindernd auf die Produktivität auswirkt.

- 764 **b.** Eine *Stehzeit* tritt demgegenüber ein, wenn aufgrund des Mitwirkungsversäumnisses der Leistungswert für einen bestimmten Arbeitsvorgang oder für die Gesamtbauleistung sich in der Weise null annähert, dass kein Ausführungsfortschritt (mehr) zu verzeichnen ist<sup>1056</sup>. Eine Stehzeit muss nicht zwingend «unterbrechend» wirken. Sie kann sich auch schon vor Baubeginn einstellen, sodass sie den Baubeginn aufschiebt. Im Kern geht es jedenfalls auch dort um einen Produktivitätsverlust, nicht weil die Produktivität gefallen wäre (sie hat ja noch nicht eingesetzt), sondern weil sie planwidrig nicht hochgefahren werden kann. Als Regel führt das Mitwirkungsversäumnis zur Stehzeit, weil das Ausbleiben einer Mitwirkungsleistung regelmässig zur vorübergehenden Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit der mitwirkungsbedürftigen Erfüllungshandlung führt<sup>1057</sup>. Parallel verlaufende Arbeitsstränge können vom Versäumnis indirekt mitbetroffen sein (normalerweise in Form von Leistungerschwerungen), müssen es aber nicht. Die Stehzeit ist meist die *primäre* Folge des Mitwirkungsversäumnisses, doch können auch *sekundäre* Produktivitätsverluste so schwer ausfallen, dass sie als Stehzeiten in Erscheinung treten.

---

<sup>1055</sup> In diesem Fall gerät der Bauherr mit Blick sowohl auf die erfüllbaren, mangels Mitwirkung blockierten Erfüllungshandlungen als auch auf die bloss erschwerten Erfüllungshandlungen in Gläubigerverzug (bei den letzteren liegt ein graduelles Mitwirkungsversäumnis vor: Rz 89).

<sup>1056</sup> Die Rede ist in der Literatur auch von der «Unterbrechung» oder vom «Stillstand» (KAPELLMANN/SCHIFFERS/MARKUS, Bd. 1, Rz 1438), von «Stillliegezeiten» (KARASEK, Komm-ÖNORM, Vor Pkt. 6.1 N 636, Pkt. 8.2.5.1 N 1686), zuweilen auch von «Leerläufen» (SCHUMACHER/KÖNIG, Rz 43: «Aufwand kann auch wirkungslos, ein Leerlauf sein»), «Leerzeiten» (WÜRFELE/GRALLA/SUNDERMEIER, Rz 1785), «Leerfahrten» (mit Bezug auf Fahrzeuge) usw.

<sup>1057</sup> Die prominenteste Ausnahme bilden wohl Koordinationsversäumnisse, doch können auch andere Mitwirkungsleistungen nur «teilweise» ausbleiben. Umgekehrt können auch Koordinationsversäumnisse zu Stehzeiten führen, wenn sie schwer genug ausfallen.

5. Produktivitätsverluste entstehen in der Regel als **primärer Mehraufwand**, d.h. in dem Moment und aufgrund der Tatsache, da und dass die Mitwirkung ausbleibt. Primäre Produktivitätsverluste enden zunächst, wenn der Bauherr (wieder) mitwirkt und der Unternehmer die Ausführung fortführen kann. Ein primärer Produktivitätsverlust endet aber auch, wenn der Unternehmer seine Kräfte zum Beispiel im Wege von Transitionsmassnahmen (Rz 789 ff.) anderweitig produktiv einsetzt, sei es auf der betreffenden Baustelle oder auf einer anderen. Als **sekundäre Auswirkung** des Mitwirkungsversäumnisses entstehen Produktivitätsverluste nicht immer, aber häufig, und zwar typischerweise anlässlich von Erfüllungshandlungen, die nach dem Wegfall des Mitwirkungsverzugs vorgenommen werden. Zum Teil entstehen sie gleich im Anschluss an den Mitwirkungsverzug, indem bei der Fortführung der Arbeit verlorene Einarbeitungseffekte (Rz 846 f.) und anhaltende personelle oder maschinelle Umstellungen zu ebenso anhaltenden Produktivitätsschwächen führen. Zum Teil treten sie auch erst später auf. Produktivitätsverluste, primäre und sekundäre, können im Übrigen ordentliche Erfüllungshandlungen genauso beschlagen wie ausserordentliche (Rz 782 ff., 803 ff.). 765

#### b. Nutzenausfall bei der Arbeitskraft

1. Der Unternehmer wirkt durch seine Arbeitskräfte, und diese wirken durch ihren Arbeitseinsatz. Ihn erbringen sie normalerweise im Rahmen eines Einzel- oder Gesamtarbeitsvertrags, seltener im Rahmen eines Arbeitsverleihvertrags. Der Unternehmer schuldet ihnen **Lohn** (bzw. die Entschädigung an den Verleihbetrieb), also eine Geldzahlung, die sich in der Regel nach Zeiteinheiten richtet (Zeitlohn). Die Arbeitskräfte kosten den Unternehmer somit auch während eines Produktivitätsverlusts unverändert Geld<sup>1058</sup>, denn Lohn schuldet der Unternehmer auch für nicht nachholbare Arbeitszeit, die der Arbeitnehmer aus Gründen, die dem Arbeitgeber zuzurechnen sind, nicht oder nur reduziert produktiv nutzen kann (OR 324<sup>1059</sup>). Das trifft auch für 766

<sup>1058</sup> Für die Frage, ob dem Unternehmer solche Kosten entstehen, ist unbeachtlich, wo eine Herstellungshandlung zu erfolgen hat. So entstehen dem Unternehmer für den Polier, der auf der Baustelle untätig bleibt, ebenso Lohnkosten wie für den Betonbauer, der auf dem Werkhof des Unternehmers auf die Pläne für die herzustellenden Elemente wartet. Der Leistungsort ist immerhin ausschlaggebend für die Beurteilung, ob der Bauherr am richtigen Ort mitgewirkt hat (Rz 129 ff., 541).

<sup>1059</sup> Von dieser Bestimmung darf vertraglich nicht zuungunsten des Arbeitnehmers abgewichen werden (OR 362 I).

solche Arbeitsverhältnisse zu, wo der Lohn sich nach der erbrachten *Leistungseinheit* richtet (Akkordlohn), soweit der Arbeitgeber ausnahmsweise auch dort Zeitlohn schuldet (OR 326 II/IV) oder den ehemals «durchschnittlich verdienten Akkordlohn» zu entrichten hat (OR 326 III).

767 **2.** Kommt es mitwirkungsbedingt zu einem Produktivitätsverlust und sind Arbeitskräfte des Unternehmers oder der Unternehmer selbst (als natürliche Person)<sup>1060</sup> davon betroffen, mindert das zunächst einmal den **Nutzen dieser Personalkosten**: Das Bereithalten der nötigen Arbeitskraft kostet weiterhin Geld, während die Produktivität derselben Arbeitskraft sich vermindert oder gänzlich entfällt. Der entfallene Nutzen bemisst sich nach dem «Umfang» der Produktivitätseinbusse, namentlich nach der Dauer und der Intensität des Leistungshindernisses. Der Wert dieses Ausfalls, d.h. letztlich der Mehraufwand, bemisst sich nach den für die Bereitstellung der Arbeitskraft anfallenden Selbstkosten des Unternehmers. Der Mehraufwand ist mithin das Produkt von Produktivitätseinbusse einerseits und von Personalkosten andererseits, die in der Zeitspanne anfallen, während welcher das Personal nur mit verminderter Produktivität eingesetzt werden kann. Bei einer Stehzeit betragen die Kosten mithin 100% der Personalkosten, bei einer blossen Leistungserschwerung weniger. Im Einzelnen:

768 **a.** In der *Vorkalkulation* können die Personalkosten für ein beliebiges Bauvorhaben nur geschätzt, nicht genau errechnet werden; letzteres ist nur retrospektiv zuverlässig möglich, also nach Vollendung der Arbeiten. Der Unternehmer prognostiziert seine Lohnkosten deshalb üblicherweise auf Basis eines unternehmenseigenen Mittellohns<sup>1061</sup>. *Im Anschluss an einen Mitwirkungsverzug* allerdings lässt sich der störungsbedingte Lohnmehraufwand retrospektive ermitteln, weil dieser im Zeitpunkt der Differenzbetrachtung eine Tatsache ist und nicht mehr geschätzt werden muss. Es kann bei guter Dokumentationslage mit hoher Präzision rekonstruiert werden, welche Arbeitskräfte zu welchem Lohn wie lange auf der betreffenden Baustelle (oder auch abseits davon) mit welcher Arbeit befasst waren bzw. befasst hätten sein sollen, wenn der Bauherr gehörig mitgewirkt hätte. Auf Basis des Grundlohns der in der Störung involvierten Arbeitskräfte errechnet sich

---

<sup>1060</sup> Setzt der Unternehmer als natürliche Person seine eigene *Arbeitskraft* für die Erfüllung ein, kann sein (Mehr-)Aufwand selbstredend nicht einem bei ihm anfallenden «Beschaffungspreis» abgelesen werden. Seine Kosten errechnen sich auf Basis sinn-gemäss übertragbarer Lohnkostenansätze (vgl. GAUCH, Werkvertrag, Rz 948).

<sup>1061</sup> WÜRFELE/GRALLA/SUNDERMEIER, Rz 608 ff.; SBV, Vorkalkulation 2018, S. 16.

dann, wieviel von dieser Lohnschuld auf die Periode des Produktivitätsverlusts entfällt<sup>1062</sup>. Anschliessend müssen diese Lohnkosten mit der Quote des Produktivitätsverlusts multipliziert werden, was den rechnerischen Anteil der Lohnkosten ergibt, der auf den Produktivitätsverlust entfällt (vgl. Rz 1038). In diese Lohnkosten zu rechnen ist auch der anteilige 13. Monatslohn<sup>1063</sup>, weil dem Unternehmer diese Lohnschuld ebenso wie die Grundlohnforderung mit dem Lauf der Zeit entsteht. Wirkt sich das Mitwirkungsversäumnis in einer Phase von Nacht- und Wochenendarbeit aus, so gehören auch die diesbezüglichen Zuschläge zur Lohnschuld, zumindest bis der Unternehmer die betreffenden Arbeitskräfte entsprechend seiner Schadenminderungsobliegenheit wieder abgezogen hat. Weiters kommen die periodenanteiligen Prämien für Personalversicherungen dazu<sup>1064</sup>, ebenso die Zulagen und Spesenentschädigungen, wie namentlich Mittagzulagen, Wegentschädigungen für Privatautobenutzung, Ersatz für ÖV-Gebühren, Übernachtungen usw., soweit solche Spesen zeitanteilig für diese Phasen geschuldet sind<sup>1065</sup>.

**b.** In der Vorkalkulation wird der Unternehmer auch betriebseigene Produktivitätsrisiken in Form von *Lohnnebenkosten*<sup>1066</sup> einrechnen, so zum Beispiel das in einer Geschäftsperiode durchschnittlich eintretende Risiko von Absenzen mit Kostenfolgen (Unfälle, Krankheiten usw.)<sup>1067</sup>. Ebenfalls in Form von Zuschlägen auf den Grundlohn addiert werden in der Vorkalkulation *personalbezogene Baustellengemeinkosten (BGK-L)*, etwa Kostenanteile für Hand-Werkzeuge und persönliche Ausrüstung, Personaltransporte, Unterkunft und Kantine, Personalbeschaffung und Betreuung, Betriebshaftpflichtversicherung<sup>1068</sup>. Mit diesen Zuschlägen stellt der Unternehmer in der Kalkulation sicher, einen über die gesamte Geschäftsperiode hinweg gesehen

<sup>1062</sup> Das gilt nicht nur für eigentliche, dem Bauvorhaben zugewiesene Bauarbeiter, sondern auch für Poliere und anderes Führungspersonal, das nur «zu Bruchteilen» dem Bauvorhaben zugewiesen ist: Auch deren Lohnbeträge müssen letztlich im Umfang ihres individuellen Wirkens für das streitbetroffene Bauvorhaben zum Mehraufwand gerechnet werden.

<sup>1063</sup> SBV, Vorkalkulation 2018, S. 20, 23.

<sup>1064</sup> SBV, Vorkalkulation 2018, S. 20–22.

<sup>1065</sup> SBV, Vorkalkulation 2018, S. 23.

<sup>1066</sup> SBV, Vorkalkulation 2018, S. 16 ff.

<sup>1067</sup> Bspw. Lohnansprüche für Ferienzeit, Feiertage, Kurzabsenzen, Schlechtwetter oder Karenztage bei Unfall (SBV, Vorkalkulation 2018, S. 16–19). Zu denken ist auch an betrieblich begründete Schwankungen in der Kolonnenzusammensetzung (vgl. WÜRFELE/GRALLA/SUNDERMEIER, Rz 610).

<sup>1068</sup> SBV, Vorkalkulation 2018, S. 11, 15, 24 f.

kostendeckenden Preis für die einzelne Arbeitsstunde formulieren zu können. Solche vorkalkulatorischen Kostenelemente spielen bei der Analyse der mitwirkungsbedingten Vermögenseinbussen grundsätzlich keine Rolle mehr, *soweit sich ein Mehraufwand kausal auf die Baustelle bzw. auf das Mitwirkungsversäumnis zurückführen lässt*. Dann nämlich tritt der Mehraufwand als direkter Kostenpunkt in Erscheinung, gleich, ob der Unternehmer sie noch in der Vorkalkulation als indirekte Kosten behandelte. Beispielsweise lässt sich retrospektiv durchaus eruieren, wie viele Mahlzeiten die Mannschaft während des Mitwirkungsverzugs zu sich genommen hat, womit der Kostenpunkt Verpflegung nunmehr nicht mit einer geschätzten Pauschale aufgeschlagen werden muss, sondern beziffert werden kann. Ebenso können etwa zusätzliche Mannschaftstransporte gezählt werden, die in der Zeit des Produktivitätsverlusts nutzlos vorgenommen werden mussten.

- 770 c. Kann die Einbusse dagegen *nicht baustellenspezifisch abgegrenzt* werden, zählt sie zu den AGK und wird dem Unternehmer allenfalls (je nach Anspruchsgrundlage) durch einen AGK-Zuschlag abgegolten. Personalkosten dagegen, die zwar auf die Baustelle abgegrenzt werden können, jedoch mit dem Mitwirkungsversäumnis *in keinem Zusammenhang stehen*, zum Beispiel vom Bauherrn nicht mitverursachte Unfälle und Krankheiten, verursachen zwar dem Unternehmer (direkte) Mehrkosten, doch sind solche Kostenpunkte unter allen Anspruchsgrundlagen zu den *Betriebsrisiken des Unternehmers* zu zählen, die allenfalls (je nach Anspruchsgrundlage) durch einen Gewinn- und/oder Risikozuschlag, aber darüber hinaus nicht abgegolten werden. Vgl. im Übrigen die Ausführungen zu Reparatur- und Wartungskosten (Rz 777) sowie BGK und AGK (Rz 819 ff.).

### c. Nutzenausfall beim Material

- 771 1. Die Hauptkostenart Material umfasst «alle am Bau verbleibenden Materialien»<sup>1069</sup>, wobei in der Rechtssprache auch vom Stoff, Werk- oder Baustoff gesprochen wird. Material hat keine Produktivität, weil es, anders als Arbeitskräfte und Maschinen, nicht «arbeiten» kann, also **nicht eingesetzt wird**, sondern vielmehr durch den Produktionsprozess in die Substanz des Bauwerks fließt. Im Verlaufe des Mitwirkungsverzugs entsteht daher beim

---

<sup>1069</sup> SBV, Vorkalkulation 2018, S. 26; vgl. WÜRFELE/GRALLA/SUNDERMEIER, Rz 627: «Baustoffe sind alle verwendeten Baustoffe, Materialien und vorproduzierten Bauteile, die unmittelbar Eingang in die Substanz des erstellten Bauwerks finden und auch nach Abschluss der Bauleistung dort verbleiben».



Material grundsätzlich kein Nutzensausfall und damit auch *kein Produktivitätsverlust*.

2. Eine Ausnahme immerhin zeigt sich bei **materialbezogenen Lagerkosten**, soweit sie zeitabhängig sind. Im Rahmen der Vorkalkulation werden solche Kosten normalerweise als Baustellengemeinkostenzuschlag für Materialkosten (BGK-M) zu den geschätzten, direkten Materialkosten addiert<sup>1070</sup>. Denn wenn Baustoff nicht direkt vom Lieferanten auf die Baustelle geliefert wird, muss er beim Unternehmer zwischengelagert werden. Soweit der Unternehmer für die Lagerung Dritte in Anspruch nimmt, etwa den Lieferanten selbst oder einen Lagerdienstleister, so fallen dort üblicherweise zeitabhängige Lagergebühren an. Muss der Baustoff in Räumlichkeiten des Unternehmers gelagert werden, so ist auch diese Lagerung nicht kostenfrei, weil sie in Magazin und/oder Werkhof Raum und Arbeitskraft beansprucht, was zeitabhängige Kosten verursacht, unabhängig davon, wie diese Kosten im konkreten Fall kalkuliert werden<sup>1071</sup>. Während des Mitwirkungsversäumnisses verlieren solche Lagerkosten ihren Nutzen, indem Material für Arbeitsvorgänge gelagert wird, die planwidrig nicht oder nur vermindert vorangetrieben werden können. Dieser Nutzensausfall, bestehend sozusagen aus «unproduktiven Lagerkosten», ist ein Produktivitätsverlust und mithin Mehraufwand, der auf Grundlage der Lagerkosten ermittelt werden muss. Wird stattdessen der Baustoff dem Mitwirkungsverzug zum Trotz auf die Baustelle geliefert und muss er dort vor Ort zunächst einmal gelagert werden, so entspringt dem Unternehmer daraus zunächst kein Lageraufwand. Zu prüfen ist immerhin, ob die Lagerung auf der Baustelle allenfalls den Baubetrieb behindert, zum Beispiel durch Platzmangel für das Wenden von Fahrzeugen. Auf diese Weise entstehen gegebenenfalls andernorts sekundäre Produktivitätsverluste. Denkbar ist auch, dass die Zwischenlagerung Schutzmassnahmen (Rz 784 ff.) erforderlich macht, wie zum Beispiel das Überdachen des temporären Materiallagers auf der Baustelle.

<sup>1070</sup> Vgl. SBV, Vorkalkulation 2018, S. 26 («anteilige Raumkosten für Material im Magazin und Werkhof»).

<sup>1071</sup> Der SBV, Vorkalkulation 2018, S. 26 empfiehlt «prozentuale Zuschläge», die auf die direkten Materialkosten zu rechnen sind.

**d. Nutzenausfall beim Inventar**

- 773 **1.** Inventar sind die auf der Baustelle eingesetzten Maschinen, Geräte, das zugehörige Betriebsmaterial und die Maschinenwerkzeuge, die für die Werk-ausführung gebraucht werden und nicht in die Bausubstanz einfließen<sup>1072</sup>. Inventar wird im Baubetrieb, anders als Material, **eingesetzt** und generiert vielfältige **zeitabhängige Kosten**. Das Inventar muss *vorgehalten* werden, d.h. zugunsten des Bauvorhabens für die Zeit seines Einsatzes zur Verfügung gestellt («disponiert») werden. Inventar muss *betrieben* werden, d.h. es muss von Menschenhand bedient, gewartet, gepflegt und mit Treib- und Schmierstoffen<sup>1073</sup> versorgt werden. Inventar generiert *Gerätegemeinkosten*, denn es muss gelagert, verwaltet, versichert und versteuert werden. Inventar muss schliesslich *bereitgestellt* werden, d.h. an- und abtransportiert, auf- und abge-laden, auf-, ab- und umgebaut werden<sup>1074</sup>.
- 774 **2.** Im Prinzip vermindern sich zunächst die Kosten für Inventar, wenn der Bauherr die Mitwirkung versäumt: Maschinen, Geräte und Handwerkzeuge werden weniger oder gar nicht genutzt, erfahren also weniger Abnutzung, als wenn sie produktiv eingesetzt werden. Es werden naturgemäss bei sinkender Produktivität weniger Betriebs- und Schmierstoffe verwendet, und auch die Reparatur und Instandhaltungskosten gehen durch den verminderten Einsatz zurück. Doch ist zu beachten, dass auch unproduktiv oder weniger produktiv eingesetztes Inventar zeitabhängige Kosten verursacht, namentlich durch dessen **blosses – wenn auch unproduktives – Vorhalten** auf der Baustelle. Ist das Inventar gemietet, schuldet der Unternehmer während der Mietdauer produktivitätsunabhängig den vollen Mietzins, während der Nutzen des ge-mieteten Inventars für den Unternehmer abnimmt. Vertieft wird hier der Fall, in dem das Inventar stattdessen im Eigentum des Unternehmers steht. Auch dann unterliegt es nämlich einem gewissen **Wertverzehr**, dem bei abneh-mender Produktivität weniger Nutzen gegenübersteht. Zwar vermindert sich der Wertverzehr, wenn das Inventar weniger leistet und weniger abgenutzt wird, doch fällt er nicht auf null<sup>1075</sup>; für einen stetigen, minimalen Wertver-

---

<sup>1072</sup> SBV, Vorkalkulation 2018, S. 28.

<sup>1073</sup> Betriebs- und Schmierstoffe werden in der Kostenrechnung teilweise unter unter-schiedlichen Positionen berücksichtigt. Bsp.: Bei WÜRFELE/GRALLA/SUNDERMEIER, Rz 601, sind sie (auch) Teil der Stoffkosten. Nach dem SBV, Vorkalkulation 2018, S. 29, zählen «Energie und Schmiermittel» zu den Inventarkosten.

<sup>1074</sup> Vgl. WÜRFELE/GRALLA/SUNDERMEIER, Rz 649.

<sup>1075</sup> Vgl. KAPPELLMANN/SCHIFFERS/MARKUS, Bd. 1, Rz 1521 ff. m.w.N.

zehr sorgen jedenfalls Alterung und Witterung. Dessen Bezifferung wird freilich immer mit einer gewissen Willkürlichkeit behaftet sein:

**a.** In der Vorkalkulation wird dem Wertverzehr mit *betriebsinternen Abschreibungssätzen oder -beträgen* Rechnung getragen<sup>1076</sup>. Sie werden auf den unterschiedlichen Inventarbestandteilen entsprechend ihrer theoretischen Nutzungsdauer und der voraussichtlichen Dauer des konkreten Bauvorhabens vorgenommen. Mit diesem kalkulatorischen Aufwand wird zweierlei erzielt: Erstens wird der durch Abnutzung, Alterung und Witterung eintretende Wertverzehr an Aktiven bilanziell abgebildet. Zweitens markieren die Abschreibungsbeträge zugleich die Höhe periodischer Deckungsbeiträge, die erwirtschaftet werden müssen, damit das verwendete Gerät durch seine Einsatzzeit bis zu seiner Ausmusterung die Neuanschaffung eines gleichwertigen Geräts «finanziert»<sup>1077</sup>. Weil die Beschaffungspreise für gleichwertigen Ersatz tendenziell steigen, werden diese Deckungsbeiträge normalerweise an einen einschlägigen Preisindex gebunden, in der Schweiz beispielsweise an den Produzenten- und Importpreisindex<sup>1078</sup>. 775

**b.** Für die Einschätzung des *effektiven Wertverzehrs* ist die Kalkulation des Unternehmers an sich unbeachtlich. Die dort verwendete Abschreibungsmethode, sei sie linear, degressiv oder progressiv, ist eine kalkulatorische Fiktion, dient in der Vorkalkulation noch der Preisbildung und dem Controlling in einer bestimmten Geschäftsperiode, bildet aber kaum je den effektiv am Inventar eintretenden Wertverzehr ab. Eine degressive Abschreibungsmethode<sup>1079</sup> kommt zumindest zu Beginn der Einsatzdauer der Realität regelmässig am nächsten, weil der Wertzerfall unmittelbar nach der Neuanschaffung am grössten ausfällt<sup>1080</sup>. Dennoch: Welcher Wertverzehr während des Mitwirkungsverzugs tatsächlich eingetreten ist, müsste durch Analyse jedes einzel- 776

<sup>1076</sup> Vgl. SBV, Vorkalkulation 2018, S. 28: Abzustellen sei zunächst auf betriebsindividuelle Kostenansätze. Sind keine vorhanden, verweist der SBV auf seine eigene Kalkulationshilfen, namentlich die Schweizerische Bauinventarliste (SBIL), die Inventargrunddaten (IGD), die Betriebsinternen Verrechnungssätze (BIV) und Regiekalkulation Inventar (RKI).

<sup>1077</sup> So WÜRFELE/GRALLA/SUNDERMEIER, Rz 662.

<sup>1078</sup> Vgl. WÜRFELE/GRALLA/SUNDERMEIER, Rz 663 (in Deutschland z.B. der Erzeugerpreisindex).

<sup>1079</sup> Empfohlen wird im Rahmen der Vorkalkulation demgegenüber eher eine lineare Abschreibung (SBV, Vorkalkulation 2018, S. 30; WÜRFELE/GRALLA/SUNDERMEIER, Rz 661).

<sup>1080</sup> Vgl. WÜRFELE/GRALLA/SUNDERMEIER, Rz 665.

nen, vom Produktivitätsverlust betroffenen Inventarbestandteils ermittelt werden. Eine solche Analyse wäre offensichtlich umfangreich und kosten-trächtig. Es müssten zunächst einmal alle betroffenen Maschinen und Geräte von solchem Inventar abgegrenzt werden, das vom Produktivitätsverlust nicht betroffen war. Das ist vor allem bei sogenanntem Vorhalte-<sup>1081</sup> bzw. Bereitstellungsgerät<sup>1082</sup> bedeutsam, soweit sich dort die Vermutung bewahrheitet, dass dieses Gerät zeitgleich für parallel laufende, nicht blockierte Arbeitsstränge eingesetzt werden konnte<sup>1083</sup>. Dann müsste für jedes Inventarelement bestimmt werden, welchen Wert es bei der Akquisition hatte, wie lange und mit welcher Auslastung es bereits genutzt wurde usw. In der Mehraufwandberechnung wird dem Unternehmer ein solches Vorgehen regelmässig nicht zumutbar oder auch unmöglich sein, was im Rahmen einer gerichtlichen Auseinandersetzung jedenfalls mit Blick auf das Beweismass zu berücksichtigen ist (dazu Rz 959 ff.). Soweit er schon daran scheitert, dass zwischen dem Mitwirkungsversäumnis und dem eingetretenen Wertverzehr kein Kausalzusammenhang erstellt werden kann, erfolgt die Abgeltung des Wertverzehrs ausschliesslich über einen AGK-Zuschlag, soweit die anwendbaren Kompensationsansprüche einen solchen zulassen.

- 777 **3. Streng genommen nicht zum Wertverzehr zählen die Reparatur- und Instandhaltungskosten.** Sie widerspiegeln keine Abnahme der Inventar-Aktiven, sondern entstehen dadurch, dass Inventar als Folge seiner Auslastung gewartet und (früher oder später) repariert werden muss. Solche Kosten teilen sich mit dem Wertverzehr die Eigenschaft, dass sie zwar während Produktivitätsverlusten normalerweise niedriger ausfallen, weil das Inventar weniger stark ausgelastet ist, demnach weniger häufig gewartet und repariert werden muss, und dass sie aber der niedrigeren Auslastung zum Trotz weiterhin in gewissem Umfang anfallen. Anders als der Wertverzehr, der während des Mitwirkungsverzugs dennoch mit Gewissheit und mit einer gewissen Stetigkeit anfällt, entstehen Reparatur- und Wartungskosten dagegen nur punktuell, nämlich in jenen Augenblicken, in denen tatsächlich repariert bzw. gewartet wird. In der Vorkalkulation rechnet der Unternehmer seine prospektiven, über die gesamte Geschäftsperiode anfallenden Reparatur- und

---

<sup>1081</sup> WÜRFELE/GRALLA/SUNDERMEIER, Rz 681.

<sup>1082</sup> Vgl. KAPPELLMANN/SCHIFFERS/MARKUS, Bd. 1, Rz 22, 1543 ff.

<sup>1083</sup> KAPPELLMANN/SCHIFFERS/MARKUS, Bd. 1, Rz 1526 f.: Zu denken ist etwa an Mannschaftsunterkünfte oder Verpflegungsstellen, die ihren Dienst auch dann leisten können und müssen, wenn auf der Baustelle langsamer oder gar nicht gearbeitet wird.

Instandhaltungskosten in den Herstellungspreis ein, indem er einen angemessenen AGK-Zuschlag auf die direkten Inventarkosten schlägt und einen Preis wählt, der diese Gesamtkosten abdeckt. Im Anschluss an das Mitwirkungsversäumnis freilich kommt es theoretisch nicht auf die vom Unternehmer gewählten Zuschläge mehr an, sondern auf die effektiven, mitwirkungsbedingt eingetretenen Reparatur- und Instandhaltungskosten, wenn es denn solche gibt. Rechnerisch müssten für deren Ermittlung eigentlich die Reparatur- und Instandhaltungskosten aufgespalten werden in solche, die zweifelsfrei auf das Mitwirkungsversäumnis und den daraus folgenden Produktivitätsverlust zurückgeführt werden können, und solche, die es nicht können, was im Normalfall kaum zu bewerkstelligen sein wird<sup>1084</sup>. In Ermangelung eines solchen Kausalzusammenhangs zwischen Mitwirkungsversäumnis und Reparatur- und Wartungskosten sind dem Unternehmer die letzteren wiederum über AGK-Zuschläge abzugelten, soweit denn die anwendbaren Kompensationsansprüche einen solchen zulassen (vgl. Rz 1020, 1158, 1303 f.).

4. Zu den Inventarkosten werden üblicherweise weitere zeitabhängige Kosten gezählt, die erst mittelbar mit Anschaffung, Erhaltung und Vorhalten von Inventar zusammenhängen, jedoch **nicht baustellenspezifisch abgegrenzt** werden können. 778

a. Dabei handelt es sich begriffsgemäss um AGK (siehe Rz 827 ff.), wozu auch die bereits erörterten Reparatur- und Instandhaltungskosten zählen. Die Rede ist zuweilen auch von «Gerätegemeinkosten»<sup>1085</sup>. Zu denken ist weiters an *Versicherungskosten* (soweit die Versicherungsprämien nicht auf die konkrete Baustelle abgegrenzt werden können), Aufwand für die *Verwaltung* des Gerätebestands, *Steuern* für Inventarbestandteile, *Unterhalts- und Reinigungsarbeiten* an Geschäftsfahrzeugen des Unternehmers, *Fahrzeugprüfungen* usw. Eine weitere betriebswirtschaftlich zu berücksichtigende, rechtlich aber nicht unmittelbar ersatzfähige Position sind die *Opportunitätskosten* für 779

<sup>1084</sup> Es dürfte die Ausnahme sein, dass die Reparatur- und Wartungsbedürftigkeit einer Maschine ausschliesslich auf eine – die streitige – Baustelle zurückgeführt werden kann; normalerweise ist dies das Resultat von vielen Einzeleinsätzen auf zahlreichen verschiedenen Baustellen, sodass Reparatur- und Instandhaltungskosten einer beliebigen Geschäftsperiode kaum auf eine konkrete Baustelle abgegrenzt werden können. Ausnahmen sind dort denkbar, wo Inventar seit seiner Anschaffung ausschliesslich für einen konkreten Auftrag eingesetzt worden ist.

<sup>1085</sup> WÜRFELE/GRALLA/SUNDERMEIER, Rz 679. Vgl. auch SBV, Vorkalkulation 2018, S. 30 f. (u.a. «Stationierungskosten», «zusätzliche Versicherungen und Gebühren»).

das momentan in Inventar investierte Kapital. In der Vorkalkulation wird normalerweise auch diesem Kostenpunkt Rechnung getragen, indem zu den direkten Inventarkosten kalkulatorische Kostenzuschläge für Eigenkapitalverzinsung hinzugerechnet werden. Die Funktion dieses Zuschlags ist ähnlich wie jene von Abschreibungen: Es wird damit ein periodischer Deckungsbeitrag stipuliert, den es durch den Einsatz des kapitalbindenden Geräts zu erwirtschaften gilt. Grundlage dieses Aufwands ist aber nicht die Annahme, dass sich das Inventar entwertet, sondern die Tatsache, dass das noch nicht abgeschriebene, im Gerät investierte Kapital alternativ woanders angelegt sein könnte und dort (zum Beispiel in Form festverzinslicher Wertpapiere) eine hypothetische Rendite erzielen würde. Für deren Bezifferung wären die vom Unternehmer verwendeten Ansätze wiederum unbeachtlich, weil theoretisch die tatsächlichen Opportunitätskosten des unproduktiven Inventars errechnet werden müssten, namentlich durch Berücksichtigung des jeweils vorherrschenden Zinsniveaus. Schliesslich fallen für die Bedienung und Wartung des Inventars auch in Zeiten verminderter Produktivität *Persohnalkosten* an, die zu den AGK zählen, soweit sie nicht baustellenspezifisch abgegrenzt werden können.

- 780 **b.** Dass dem Unternehmer durch das Mitwirkungsversäumnis solche und ähnliche Kosten entstehen können, ist betriebswirtschaftlich nicht zu bestreiten. Doch ist deren rechtliche Ersatzfähigkeit beschränkt, soweit der Nachweis der Kausalität zwischen Baustelle und Kostenverursacher – und mithin zwischen Mitwirkungsversäumnis und Kostenverursacher – scheitert. Dann nämlich sind diese Kosten AGK und entspringen ganz allgemein der Obliegenheit des Unternehmers, einen für die Werkleistung leistungsbereiten Betrieb aufzustellen (daher: «Bereitschaftskosten»; Rz 827). Auf die Ersatzfähigkeit solcher Kosten schlägt dies insoweit durch, als der Unternehmer sie unter den Kompensationsansprüchen, wenn überhaupt, so nur in Form pauschalierter Zuschläge für AGK geltend machen kann.

**e. Nutzenausfall bei Fremdleistungen?**

- 781 Das Mitwirkungsversäumnis behindert die Werkausführung, ganz gleich, ob letztere vom Unternehmer oder von seinem Subunternehmer besorgt wird. Trifft das Mitwirkungsversäumnis den ausführenden Subunternehmer, so entsteht zunächst ihm eine primäre und gegebenenfalls auch sekundäre Produktivitätseinbusse, d.h. Subunternehmer-Mehraufwand. Subunternehmer-Mehraufwand bleibt im Verhältnis Bauherr/Subunternehmer unbeachtlich, denn gegenüber dem Subunternehmer wird nicht der Bauherr, sondern der

Unternehmer (seinerseits Besteller des Subunternehmers) ersatzpflichtig, soweit der Subunternehmer über die nötige Anspruchsgrundlage verfügt. Ist das aber der Fall, schlägt der Mehrpreis des Subunternehmers auf den Aufwand des Unternehmers durch und wird zu dessen Mehraufwand. Ein eigentlicher Produktivitätsverlust entsteht so freilich nur beim Subunternehmer, weil es *dessen Mittel und nicht die Mittel des Unternehmers sind*, deren Einsatz mitwirkungsbedingt einen verminderten Nutzen erzielen. Beim Unternehmer demgegenüber macht sich der Mehraufwand nur als Mehrpreis der eingekauften Dienstleistung bemerkbar und nicht als Nutzenausfall an eigenen Produktionsmitteln (vgl. Rz 755 a.E.). Produktivitätsverluste von Subunternehmern sind damit im Verhältnis Unternehmer/Bauherr entweder Kosten ausserordentlicher Erfüllungshandlungen (Rz 782 ff.) oder Mehrkosten ordentlicher Erfüllungshandlungen (Rz 803 ff.).

### 3. Kosten ausserordentlicher Erfüllungshandlungen

1. Ausserordentliche Erfüllungshandlungen bezwecken einen Erfolg, zu dem unter der Leistungspflicht des Unternehmers kein Anlass bestanden hätte, hätte der Bauherr die Mitwirkung nicht versäumt. Mehraufwand entsteht dann nicht durch einen Nutzenausfall, sondern vielmehr durch die **produktive Nutzung von Produktionsmitteln**<sup>1086</sup> zu einem Zweck, der ohne das Mitwirkungsversäumnis gar nicht anzustreben gewesen wäre. Inhaltlich sind solche Erfüllungshandlungen vielfältig, doch lassen sie sich normalerweise einem oder mehreren der nachfolgend aufgeführten Typen zuweisen. 782

2. Zur **Abgrenzung** von der ordentlichen Erfüllungshandlung (Rz 803): Wird eine ordentliche Erfüllungshandlung vorgenommen und erweist sie sich aufgrund des Mitwirkungsversäumnisses als unnütz, liegt keine ausserordentliche Erfüllungshandlung vor, sondern ein mitwirkungsbedingter Produktivitätsverlust (Rz 759 ff.). Das gilt auch für allfällige ebenso unnütze Wiederholungen dieser Erfüllungshandlung<sup>1087</sup>. Wird nun die ehemals unnütze ordentliche Erfüllungshandlung produktiv wiederholt, ist sie eben dies – eine ordentliche, nicht eine ausserordentliche Erfüllungshandlung. Muss 783

---

<sup>1086</sup> Selbstredend können auch ausserordentliche Erfüllungshandlungen Produktivitätsverluste erleiden, wenn sie ihrerseits durch den Bauherrn behindert werden. Solche Ausfälle werden hier freilich nicht als ausserordentliche Erfüllungshandlungen, sondern als Produktivitätsverluste aufgefasst (Rz 759 ff.).

<sup>1087</sup> Zu beachten hat der Unternehmer seine Kosten- und Schadenminderungsobliegenheit (Rz 1510, 1516, 1518).

sie unter höheren Kosten erfolgen, als es bei rechtzeitiger Mitwirkung Fall gewesen wäre, so liegt der Mehraufwand in der Verteuerung der ordentlichen Erfüllungshandlung (Rz 803 ff.). Muss die ordentliche Erfüllungshandlung häufiger produktiv wiederholt werden, als wenn der Bauherr rechtzeitig mitgewirkt hätte, so ist auch das eine Verteuerung ordentlicher Erfüllungshandlungen (endogene Kostensteigerung, Rz 804), weil sie nach wie vor einem Teilzweck dient, der auch in Ermangelung des Mitwirkungsversäumnisses geschuldet war.

**a. Schutzmassnahmen**

784 Der Unternehmer kann sich aufgrund des Mitwirkungsversäumnisses gezwungen sehen, besondere Massnahmen zu treffen, um das **bislang geschaffene Werk zu erhalten**<sup>1088</sup> und/oder dessen **künftige Herstellung zu sichern**. Führt das Mitwirkungsversäumnis zum Beispiel zu einer Stehzeit, bevor witterungsempfindliche Werkteile vollendet werden können, und droht schlechte Witterung, muss das angefangene Werk mit geeigneten Schutzmassnahmen abgeschirmt werden. Zu denken ist beispielsweise an Winterbaumassnahmen. Illustriert sei der Mehraufwand sodann am Beispiel eines Notdachs:

785 **Bsp. 1:** Ein Notdach wird durch den Arbeitseinsatz des Unternehmers bzw. seiner Arbeitskräfte erstellt. Damit werden die (produktiven) **Lohnkosten**, die neuerdings nicht auf ordentliche Erfüllungshandlungen, sondern die Erstellung des Notdachs entfallen, zu Mehraufwand. Das schliesst zum Beispiel auch die Lohnkosten für zusätzliche Führungs- und Beaufsichtigungsarbeit auf und abseits der Baustelle (Rz 801) zwecks Umsetzung der Schutzmassnahme mit ein. Nach Beendigung des Mitwirkungsversäumnisses und der schlechten Witterungsbedingungen, spätestens aber zu Werkvollendung muss das Notdach wieder abgeräumt werden, was weitere Lohnkosten verursacht.

786 **Bsp. 2:** Schutzmassnahmen erheischen oft den **Einsatz von besonderem Inventar**, *in casu* etwa Dachplane, Stützen, gegebenenfalls ein Stützgerüst, Kleinmaterial und Spezialwerkzeug. Verfügt der Unternehmer nicht selbst über das nötige Inventar, wird er dieses kurzfristig von einem Dritten mieten müssen, was zeitabhängige Mietkosten auslöst. Verfügt er selbst über das nötige Inventar, muss er dieses zunächst heranschaffen

---

<sup>1088</sup> Vgl. HENNINGER, BRT 2005, S. 261 («Aufwand zum Schutz der bereits ausgeführten Bauleistung»); siehe auch SCHUMACHER/KÖNIG, Rz 584.



und schliesslich wieder abräumen, was zusätzliche Materialtransporte bedingt. Möglicherweise muss ein Kran herangeschafft werden, um das Notdach aufzuziehen. Schliesslich kostet auch das Vorhalten, Lagern und Betreiben des herangeschafften Inventars Geld, namentlich durch erhöhte Abnutzungskosten.

**Bsp. 3:** Sieht sich demgegenüber der Unternehmer ausserstande, das Notdach selbst zu erstellen, sei es mangels Knowhow oder mangels geeigneter Produktionsmittel, wird er einen Dritten damit beauftragen, was seine **Fremdleistungskosten** erhöht. 787

Die *Umsetzung* der Schutzmassnahme wird regelmässig eine primäre Einbusse bilden, weil deren Notwendigkeit im Zeitpunkt des Mitwirkungsversäumnisses entsteht. Zu bedenken ist bei alledem, dass Schutzmassnahmen in der Regel rückgängig gemacht werden müssen, sei dies unmittelbar nach Wegfall des Mitwirkungsverzugs oder auch erst zum Ende der Werk Ausführung hin. Der mit dem *Rückbau* verbundene Aufwand tritt damit erst als sekundäre Folge des Mitwirkungsversäumnisses in Erscheinung (siehe zur kompensationsrechtlichen Relevanz Rz 1168). 788

### b. Transitionsmassnahmen

1. Stehzeiten und Leistungserschwerungen führen zur Unterauslastung von Produktionsfaktoren, was dem Unternehmer die Möglichkeit eröffnet und je nachdem auch die Obliegenheit aufbürdet (vgl. Rz 1510, 1516, 1518), die betroffenen Produktionsmittel auf andere Weise produktiv zu nutzen, d.h. die Unterauslastung durch **Reorganisation seiner Produktionsmittel zu überbrücken**. 789

2. Ein solches Umdirigieren seiner Kräfte<sup>1089</sup> vermag der Unternehmer praktisch nie ohne einen gewissen Mehraufwand zu vollziehen. Das sei zunächst einmal für den Fall illustriert, da der Unternehmer Arbeitskräfte, Inventar oder Baustoffe vom Bauwerk abziehen und **zugunsten eines anderen Auftrags einsetzen** will. Es entstehen ihm dabei Demobilisierungs- und Remobilisierungskosten: 790

---

<sup>1089</sup> Im Zusammenhang mit VOB/B § 6 III ist auch die Rede von «Anpassungsdispositionen», soweit sich die Transitionsmassnahmen darauf richten, die «Arbeiten in ungestörten Baustellenbereichen oder in anderer Art und Weise» weiterzuführen (WÜRFELE/GRALLA/SUNDERMEIER, Rz 1869).

- 791 **a.** Für die *Demobilisierung* müssen die Produktionsmittel zusammengezogen und transportiert werden. Das verursacht Organisations- und Verwaltungsaufwand sowie Transportkosten. Erbringt der Unternehmer seine Arbeit örtlich innerhalb seines Geschäftsbetriebs, ist die Demobilisierung möglicherweise weniger transportlastig, doch müssen gegebenenfalls auch dort zeitliche, personelle und logistische Umstellungen vorgenommen werden<sup>1090</sup>. Abzugrenzen ist dieser Mehraufwand vom Aufwand, den der Unternehmer zugunsten des Drittauftrags ohnehin tätigen muss, namentlich die «reguläre» Mobilisierung zugunsten des Drittauftrags sowie die «reguläre» Demobilisierung nach Beendigung oder Pausieren des Drittauftrags. Die übrigen Zwischenmobilisierungen und -demobilisierungen aber, die auf Transitionsmaßnahmen zurückzuführen sind, sind Mehraufwand. Kein Mehraufwand ist die Instruktion der Arbeitskräfte mit Blick auf den Drittauftrag, denn dieser Aufwand entsteht dem Unternehmer ohnehin, es sei denn, die Transitionsmaßnahme führe dazu, dass der Unternehmer die Instruktion mehrfach durchführen muss. Auch kein Mehraufwand sind allfällige Produktivitätsverluste, die der Unternehmer *auf der Drittbaustelle* erleidet, weil die abgezogenen Mittel für die dortigen Aufgaben nur vermindert geeignet sind; solche Nachteile fallen unter die übrigen Vermögenseinbussen (Rz 834 ff.), denn sie gehören nicht zum projektbezogenen Aufwand (Rz 757).
- 792 **b.** Entfällt der Mitwirkungsverzug und muss der Unternehmer die Arbeiten fortsetzen, hat er die für den Drittauftrag eingesetzten Produktionsmittel dort neuerdings zu demobilisieren bzw. im Kontext des geschuldeten Bauwerks zu *remobilisieren*. Das umfasst dieselben logistischen Massnahmen wie die Demobilisierung und zudem die Wiederaufnahme der ursprünglichen, ordentlichen Erfüllungshandlungen zugunsten des Bauherrn. Auch das ist eine selbständige Ursache von Mehraufwand. Abzugrenzen ist er namentlich von sekundären Produktivitätsverlusten, die dem Unternehmer entstehen, weil bei ihm bzw. seinen Arbeitskräften durch den Unterbruch der Arbeiten Einarbeitungseffekte verloren gehen (vgl. Rz 846 f.); auch sie sind Mehraufwand, aber keine ausserordentlichen Erfüllungshandlungen.

---

<sup>1090</sup> Will etwa der Betonbauer in der Zwischenzeit die Arbeit an einem anderen als dem vertraglich geschuldeten Treppenelement aufnehmen, wird er die vorläufig unbrauchbaren Schalungs- oder Gusselemente zwischenlagern und die neuen in Position bringen müssen. Vgl. mit Checklisten zur Stilllegung und Wiederaufnahme von Bauarbeiten VYGEN/JOUSSEN/LANG/RASCH, Rz 419 ff.

3. Unter Umständen will der Unternehmer seine Produktionsmittel **im Rahmen des streitigen Bauvorhabens umdirigieren**. In Betracht kommt etwa das Vorziehen anderer, nicht auf dem kritischen Weg liegender Arbeitsstränge, um den drohenden Zeitverlust auszugleichen. Hier gilt das Gesagte sinngemäss. Denn auch wenn die Produktionsmittel nicht eigentlich von der Baustelle de- und wieder zur Baustelle hin remobilisiert werden, verlangt diese Verlagerung der Kräfte regelmässig nach zusätzlichen Erfüllungshandlungen, so beispielsweise die Verschiebung von Mannschaft, Inventar und Material an einen anderen Ort auf der Baustelle sowie deren Rücktransport nach Beendigung der Störung, organisatorische, personelle und logistische Umstellungen, Prozessanpassungen usw. Auch hier muss die Transitions-massnahme vom baustellenbezogenen Ohnehin-Aufwand abgegrenzt werden (siehe schon Rz 791). Etwa die Instruktion der Arbeitskräfte für die vorgezogenen Arbeiten und die Verbringung neuer Mittel auf die Baustelle zur (nun früher an die Hand genommenen) Bewältigung eines anderen Arbeitsstrangs hat der Unternehmer ohnehin vorzunehmen. Dies normalerweise aber nur einmal; sollte eine Instruktion mitwirkungsbedingt mehrfach anfallen, zum Beispiel, weil jedes Mal andere Arbeitskräfte damit befasst sind, so ist das Teil der Transitions-massnahme und damit Mehraufwand, wenn solche Personalumstellungen dem Unternehmer als Mitverschulden anzulasten sind (Rz 1493 ff.). Kein Mehraufwand sind dagegen Produktivitätsschwächen, die der Unternehmer erleidet, weil seine Produktionsmittel für die vorgezogenen ordentlichen Erfüllungshandlungen nicht sofort optimal zusammengesetzt werden können, soweit ihm auch bei normalem Bauablauf beim Angehen dieser Arbeitsschritte so geschehen wäre. Verstärkt sich dieser Effekt freilich mitwirkungsbedingt, so ist dieser Mehraufwand unter den Produktivitätsverlusten zu erfassen. Mehraufwand ist auch der sekundäre Produktivitätsverlust, der sich einstellt, wenn der Unternehmer später nach Fertigstellung des vorgezogenen Arbeitsvorgangs den ehemals gestörten Arbeitsvorgang wiederaufnimmt und sich dort wieder einarbeiten muss (vgl. Rz 846 f.), weil diese Einarbeitung ausser Plan liegt. 793

4. Während Transitions-massnahmen offenkundig der geschuldeten Werkleistung dienen, wenn sie auf der vom Mitwirkungsversäumnis beschlagenen Baustelle erfolgen, so kann das von Transitions-massnahmen, die zugunsten von Drittaufträgen erfolgen, nicht gesagt werden. Denn der vom Unternehmer so betriebene Aufwand hat den Zweck, im Drittauftrag und nicht im streitigen Auftrag Baufortschritt zu erzielen. Zu beachten ist freilich, dass auch die Demobilisierung hin zu Drittaufträgen und die Remobilisierung hin zum streitigen Auftrag zugunsten des Bauherrn erfolgen, soweit der Unter- 794

nehmer damit seine **Schaden- bzw. Kostenminderungsobliegenheit** erfüllt (dazu Rz 1510, 1516, 1518). Es rechtfertigt sich in diesen Fällen ausnahmsweise, einen auf werkfremde Zwecke gerichteten Aufwand als werkbezogenen Aufwand zu qualifizieren, was sich entsprechend in dessen Ersatzfähigkeit (wenn auch immer: abzüglich Ohnehin-Aufwand) niederschlägt (vgl. etwa im vergütungsrechtlichen Kontext: Rz 1046).

### c. Feststellungsmassnahmen

- 795 **1.** Zum Zeitpunkt des Mitwirkungsversäumnisses kann, muss aber nicht abzusehen sein, ob die Rechtsfolgen des Versäumnisses streitig werden. Soweit die Parteien die Angelegenheit nicht sofort einvernehmlich regeln, ist der Unternehmer praktisch gezwungen, den **Beweis der Tatsachen zu sichern**, die für seine Ansprüche begründend sind, will er in einem allfälligen späteren Zivilprozess den Tatsachenbeweis für seine Ansprüche erbringen können. Darauf ist er gar schon im Vorfeld eines allfälligen Zivilprozesses angewiesen, weil er für das Aushandeln einer einvernehmlichen Lösung mit dem Bauherrn auf eine gewisse Verhandlungsmacht angewiesen ist. Im Vordergrund stehen dabei die umfassende Ermittlung, geeignete Dokumentierung und korrekte Kalkulation des Mehraufwands, sei es unter Aufbietung eigener oder fremder Arbeitskraft und Hilfsmittel<sup>1091</sup>. Der Unternehmer sieht sich also gezwungen, seinen Mehraufwand festzustellen, also «Feststellungsmehraufwand»<sup>1092</sup> zu tätigen.
- 796 **2.** Feststellungsmehraufwand beinhaltet bestimmte Unternehmensprozesse, wie namentlich Ermittlungs-, Dokumentations- und Überwachungstätigkeiten, die der Unternehmer üblicherweise ganz allgemein im Rahmen seiner Finanzplanung und Kostenkontrolle («**Controlling**») vornimmt. Das verleitet zuweilen zum Schluss, dass Feststellungsmassnahmen in dem vom Unternehmer ohnehin betriebenen Controlling-Aufwand aufgehen, d.h. Ohnehin-Aufwand und mithin nicht Mehraufwand seien<sup>1093</sup>. Zumindest in abstrakter, vom Einzelfall losgelöster Weise lässt sich das m.E. nicht sagen:

---

<sup>1091</sup> Vgl. SCHUMACHER/KÖNIG, Rz 583.

<sup>1092</sup> HÜRLIMANN, FS Gauch, S. 834; vgl. auch ZH-HGer HG120098 (04.08.2015) E. 3.5.3.5.

<sup>1093</sup> So scheinbar VYGEN/JOUSSEN, Rz 2052; WERNER/PASTOR, Rz 2341.

a. Zum einen wird mit den *alltäglichen Dokumentationsmethoden* des Betriebs der erlittene Mehraufwand normalerweise nicht oder nicht vollständig erfasst. Auf einem Tagesrapport beispielsweise lassen sich zwar ausserordentliche Erfüllungshandlungen einer oder mehrerer Arbeitskräfte darstellen, doch muss – anders als bei ordentlichen Erfüllungshandlungen – zusätzlich auch dargestellt sein, dass und inwiefern die Erfüllungshandlungen auf das Mitwirkungsversäumnis zurückgehen bzw. dass diese Erfüllungshandlungen ohne Mitwirkungsversäumnis hätten eingespart werden können. Produktivitätsverluste erklären sich nicht schon dadurch, dass die (Un-)Tätigkeit von Arbeitskräften protokolliert wird, sondern erst aus dem Vergleich der effektiven mit der hypothetischen Normalproduktivität, und wiederum nur unter Bezugnahme auf das Mitwirkungsversäumnis und das konkret resultierende Leistungshindernis. Nachteile, die sich aus der zeitlichen Neuordnung des Bauablaufs ergeben, werden ebenfalls erst durch Gegenüberstellung mit dem störungsfreien, theoretischen Soll-Ablauf sichtbar (vgl. im Übrigen die Anforderungen an die Ermittlungsmethode in Rz 877 ff.). 797

b. Zum anderen kann der Unternehmer den Mehraufwand nicht allein durch die Protokollierung seiner Tätigkeit ermitteln, sondern es sind hierfür viele, zum Teil aufwändige *intellektuelle Operationen* erforderlich. In allen genannten Fällen sieht sich der Unternehmer gezwungen, für den Rest des Bauvorhabens nicht nur den Ist-Ablauf in der nötigen (nämlich vergleichbaren) Tiefe zu protokollieren, sondern auch den Soll-Ablauf zu konstruieren und fortzuschreiben, dies unter Berücksichtigung der herrschenden Witterungsbedingungen, allfälliger Bestellungsänderungen, eigener Verspätungen und anderer, nicht mitwirkungsbedingter Störungen (vgl. zur Methodik etwa Rz 870 ff.). Der Vergleich von Ist- und Soll-Ablauf erfordert, dass die Daten in eine vereinheitlichte, nachvollziehbare, bauablaufbezogene Darstellung einfließen, was eine Auswertung erst ermöglicht. Anschliessend folgt das Vergleichen, Rechnen, Kombinieren, Zuordnen von Ursachen und Wirkungen usw., sodass durch Vergleich der Ablaufdifferenz der Mehraufwand dargestellt werden kann. Dass das Resultat dieses Vergleichs bereits aus der «branchenüblichen» Protokollierung des Herstellungsprozesses bezogen werden könnte, überzeugt insofern nicht. 798

3. Daran ändert sich nur wenig, wenn ein Unternehmer **modernste Projektmanagement-Mittel** einsetzt, wie namentlich auf Netzplantechnik oder ähnliche Methoden basierende Computerprogramme. Möglicherweise übernimmt zwar die Software einen Grossteil des Aufwands, der für Fortschreibung und Abgleich des Bauablaufs erforderlich wäre, und produziert gar 799

standardisierte und periodische Auswertungen des Bau- und Geschäftsverlaufs. Doch basieren solche Hilfsmittel zumindest nach heutigem Stand immer noch auf Input, der von Menschenhand erfolgen muss. Infolge jedes Mitwirkungsversäumnisses muss der Unternehmer das System mit realitätsgetreuen Eingaben versehen und die resultierende Auswertung studieren. In dieser oder ähnlicher Form wird mithin auch bei «automatisiertem» Bau-Controlling ein gewisser Mehraufwand anfallen, wann immer ein Mehr an störungsbedingten Daten einzutragen und zu verarbeiten sind.

#### d. Fremdleistungen

- 800 Mehraufwand verursachen die ausserordentlichen Erfüllungshandlungen dem Unternehmer auch dann, wenn er sie ganz oder teilweise, jedenfalls aber entgeltlich **durch einen Dritten** vornehmen lässt. Weil es ausserordentliche Erfüllungshandlung sind, ist in diesen Fremdleistungen normalerweise kein Ohnehin-Aufwand enthalten. Mehraufwand bildet demnach die gesamte (vgl. allerdings Rz 791, 793) Vergütung zugunsten des Subunternehmers, die sich nach der betreffenden Vergütungsabrede richtet<sup>1094</sup>. Es spielt dementsprechend keine Rolle, ob den Unternehmer die Massnahme günstiger oder teurer zu stehen gekommen wäre, wenn er sie selbst getroffen hätte. Acht zu geben ist, dass allfälliger Verwaltungsaufwand, der dem Unternehmer durch Auswahl, Instruktion und Überwachung des Subunternehmers entsteht, nicht doppelt gezählt wird, sondern entweder bei den Verwaltungsmassnahmen oder bei den Fremdleistungen berücksichtigt wird.

#### e. Verwaltung ausserordentlicher Erfüllungshandlungen

- 801 Wie ordentliche Erfüllungshandlungen auch, finden Schutz-, Transitions-, Feststellungsmassnahmen und die Vergabe von Fremdleistungen nicht von selbst statt, sondern **müssen geplant, instruiert und überwacht werden**. Das resultiert in einem Mehr an Arbeitseinsatz für Organisations- und Führungsarbeit, kurz: in Verwaltungsaufwand<sup>1095</sup>. Er trifft zunächst einmal den Baustellenchef und ihm unterstellte Chargen, die beurteilen müssen, ob die Massnahme wirtschaftlich und rechtlich geboten ist (Kostenminderungsobliegenheit; Rz 1510, 1516, 1518), wie die Massnahme zweckmässig und wirtschaftlich gestaltet werden kann, ob sie mit dem bereits zugewiesenen

---

<sup>1094</sup> Begrenzend wirkt hier allenfalls die Schaden- und Kostenminderungsobliegenheit des Unternehmers (Rz 1510, 1516, 1518).

<sup>1095</sup> Vgl. SCHUMACHER/KÖNIG, Rz 583.

oder mit zusätzlichem Personal zu treffen ist und wie sie mit diesen Kräften zeitlich, örtlich und sachlich umzusetzen ist. Verwaltungsaufwand schlägt unter Umständen auch nach «oben» durch: Soweit die ausserordentliche Massnahme anderen, nicht auf der Baustelle eingesetzten Arbeitskräften, insbesondere Exekutivkräften Verwaltungsaufwand verursacht (zum Beispiel vermehrte «*management attention*» eines Verwaltungsrats- oder Geschäftsführungsmitglieds), so gehört auch das zum Mehraufwand. Anders als AGK, zu denen die Lohnkosten dieser Führungspersonen normalerweise gerechnet werden, bilden sie hier messbare und direkt der Baustelle zuzuordnende Kosten, selbstredend auch dann, wenn die betreffenden Personen örtlich nicht auf der Baustelle aktiv sind (vgl. Fn 1058). Abzugrenzen sind in diesem Fall vor allem Lohnkosten für Personen, die sowohl produktiv als auch verwaltend eingesetzt sind; sind ihre Kosten bereits als Produktivitätsverlust berücksichtigt, dürfen sie nicht auch noch unter dem Titel der Verwaltung von ausserordentlichen Erfüllungshandlungen erfasst werden.

### f. Teuerungseffekte?

Ausserordentliche Erfüllungshandlungen wären dem Unternehmer begriffsgemäss bei richtiger Mitwirkung nicht abgefordert worden. Mit Blick auf Teuerungseffekte muss deshalb im Unterschied zu ordentlichen Erfüllungshandlungen nicht danach unterschieden werden, ob eine ausserordentliche Erfüllungshandlung zu einem früheren oder späteren Zeitpunkt günstiger oder teurer ausgefallen wäre. Zum Beispiel spielt es keine Rolle, wenn sich im Verlauf einer Schutzmassnahme die Lohn- oder Materialkosten erhöhen: Die Kosten gehören schon vor der Kostensteigerung insgesamt zum Mehraufwand und tun es auch nach – und einschliesslich – der Kostensteigerung. 802

### 4. Mehrkosten ordentlicher Erfüllungshandlungen

Ordentliche Erfüllungshandlungen zielen auf den geschuldeten Werkerfolg, so wie er unter der Leistungspflicht des Unternehmers auch dann zu bewirken gewesen wäre, wenn der Bauherr die Mitwirkung nie versäumt hätte. Die Kosten, die dem Unternehmer durch solcherlei Erfüllungshandlungen entstehen, sind prinzipiell **Ohnehin-Aufwand** und fallen entsprechend als Mehraufwand ausser Betracht<sup>1096</sup>. Mehraufwand entsteht dem Unternehmer aus ordentlichen Erfüllungshandlungen freilich dann, wenn das Mitwirkungsver- 803

---

<sup>1096</sup> Vgl. SCHUMACHER/KÖNIG, Rz 600 ff. i.V.m. 613.

säumnis dazu führt, dass die produktive Nutzung seiner Produktionsmittel<sup>1097</sup> **durch eine Kostensteigerung verteuert** wird. Im Folgenden sind die prominentesten Typen solcher Verteuerungen aufgeführt.

**a. Endogene Kostensteigerungen**

*i. Im Allgemeinen*

- 804 Endogene Kostensteigerungen ereilen den Unternehmer, wenn er aufgrund des Mitwirkungsversäumnisses bei unveränderter Leistungspflicht und gleichbleibenden Beschaffungspreisen **mehr von denselben** Produktionsmitteln, **zusätzliche andere** Produktionsmittel und/oder **anstelle** der vorgesehenen Produktionsmittel **andere, teurere** Produktionsmittel einsetzen muss. Diese Form von Kostensteigerung tritt häufig infolge einer zeitlichen Versetzung der Werkausführung in spätere (manchmal auch frühere) Perioden auf (Rz 849), also als sekundäre Auswirkung des Mitwirkungsversäumnisses. Verschieben sich zum Beispiel durch das Mitwirkungsversäumnis Betonarbeiten in eine kältere Jahreszeit, muss der Unternehmer möglicherweise beim Einbringen, Verdichten und Nachbehandeln des Betons besondere Massnahmen treffen, die mehr Arbeitsschritte, Zeit und/oder Baustoffe (namentlich eine andere Zementmischung) erfordern. Muss eine im Bau befindliche Anlage gekühlt werden und verschiebt sich die Werkausführung mitwirkungsbedingt in den Sommer, muss unter Umständen ein zweites Kühlaggregat in Betrieb genommen werden. Muss empfindlicher Baustoff aufgrund des Mitwirkungsversäumnisses zu lange zwischengelagert werden und verdirbt er, muss der Unternehmer (wenn die Stofflieferung seine Sache ist) neuen Baustoff beschaffen usw. Der wichtigste Unterfall der endogenen Kostensteigerung ist die Beschleunigungsmassnahme, freilich mit der Besonderheit, dass der Unternehmer zu Beschleunigungsmassnahmen verpflichtet sein muss, sollen sie zum mitwirkungsbedingten Mehraufwand zählen (Rz 805 ff.). Sie richtet sich ausserdem auf die Beschleunigung der Bauleistung. Auf die endogene Kostensteigerung im Allgemeinen trifft das nicht zwingend zu; sie kann auch aus qualitativen Überlegungen geboten sein (vgl. das soeben erwähnte Beispiel der Betonarbeiten).

---

<sup>1097</sup> Werden ordentliche Erfüllungshandlungen durch das Mitwirkungsversäumnis behindert, sei es in primärer oder sekundärer Weise (Rz 750), so wird das nicht als Verteuerung der ordentlichen Erfüllungshandlungen im hier umschriebenen Sinn aufgefasst, sondern als Produktivitätsverlust (dazu Rz 759 ff.).



ii. Beschleunigungsmassnahmen

1. Beschleunigungsmassnahmen sind ein Unterfall der endogenen Kostensteigerung und dienen dazu, die Werkausführung **«schneller» voranzutreiben**, was ordentliche Erfüllungshandlungen regelmässig teurer werden lässt. Im Vergleich zu welcher Referenzgeschwindigkeit der Unternehmer beschleunigt, ist relativ: Der Unternehmer kann beispielsweise über das von ihm Geplante oder bislang Praktizierte hinaus oder über das Vereinbarte hinaus beschleunigen wollen. Im Zusammenhang mit dem Mitwirkungsversäumnis geht es dem Unternehmer normalerweise darum, die Produktivität nach Wegfall des Mitwirkungsverzugs<sup>1098</sup> so anzuheben, dass er seine Pflicht trotz des eingetretenen Mitwirkungsversäumnisses noch innerhalb der *vertraglichen Fristen und Termine* erfüllt und eine Verlängerung der Gesamtbauzeit verhindert<sup>1099</sup>. Allerdings:

a. Grundsätzlich geht die Werkleistungspflicht des Unternehmers nicht so weit, Verzögerungen der Werkausführung, die dem Bauherrn zuzurechnen sind, durch Baubeschleunigung ausgleichen zu müssen. Vielmehr steht dem Unternehmer infolge des Mitwirkungsversäumnisses eine *angemessene Fristerstreckung* zu, und zwar auch im Fall, da sich die Parteien hierüber nicht einig werden (Rz 907 ff.). Die Fristerstreckung entlastet den Unternehmer davon, die Werkausführung auf Kosten des Bauherrn zu beschleunigen. Er bleibt zwar dazu berechtigt, zu beschleunigen; das fliesst aus OR 81 I, soweit «sich nicht aus dem Inhalt oder der Natur des Vertrages oder aus den Umständen eine andere Willensmeinung der Parteien ergibt». Doch tut er das dann auf eigene Kosten<sup>1100</sup>.

<sup>1098</sup> Beschleunigungsmassnahmen sind im Normalfall sekundäre Folgen des Mitwirkungsversäumnisses, denn solange die Werkausführung stillsteht oder erschwert bleibt, gibt es nichts zu beschleunigen. Anders mag das bei Bauleistungen mit mehreren parallelen Arbeitsvorgängen sein; dort lässt sich möglicherweise während des Stillstands eines Arbeitsvorgangs ein anderer beschleunigen, z.B. durch Umdirigieren der mitwirkungsbedingt «freigewordenen» Arbeitskräfte.

<sup>1099</sup> Die Referenzgeschwindigkeit, im Verhältnis zu welcher der Unternehmer in diesem Fall beschleunigt, ist also jene, mit welcher er in Ermangelung des Mitwirkungsversäumnisses hätte arbeiten müssen, um das Werk rechtzeitig zu beenden.

<sup>1100</sup> Z.G. REETZ, BRT 2013, Rz 58 ff., 65 ff., 68 m.w.N., 70. Vgl. auch KOLLER A., BK-OR, Art. 365 N 106, Art. 366 N 682 ff.; REETZ, Komm-SIA-118, Art. 94 N 12.5 m.w.N.

- 807 **b.** Den Unternehmer kann freilich im Einzelfall die *Pflicht* treffen, die Werkausführung im Anschluss an ein Mitwirkungsversäumnis zu beschleunigen. Eine solche Pflicht kann bereits bei Vertragsschluss oder erst im Verlaufe der Werkausführung verabredet sein. Die Pflicht kann sich auch aus der Ergänzung des Vertrags ergeben, wenn solches aufgrund des vereinbarten Werks, der Umstände bei Vertragsschluss und der konkreten Ausgestaltung des Vertrags dem hypothetischen Parteiwillen entspricht<sup>1101</sup>. Eine Pflicht zur Beschleunigung trifft den Unternehmer gleichsam «automatisch», wenn die ihm gebührende Fristerstreckung (Rz 907 ff.) zum Beispiel wegen eines allfälligen Mitverschuldens so knapp bemessen ist, dass er sich zur Einhaltung der vertraglichen Fristen zur Beschleunigung gezwungen sieht.
- 808 **2.** Damit die Beschleunigungsmassnahme als Mehraufwand in Betracht kommt, muss zunächst erstellt sein, dass der Unternehmer **überhaupt eine Massnahme getroffen hat**. Die Tatsache allein, dass die Werkausführung schneller voranschreitet als vereinbart oder auch nur geplant, mag eine Beschleunigungsmassnahme indizieren. Doch können auch äussere, nicht im Einflussbereich des Unternehmers liegende Umstände zu einer «Beschleunigung» führen: Fällt etwa die Witterung ausserordentlich gut aus, wirkt sich das auf den Bauablauf normalerweise so aus, dass bei gleichbleibendem Aufwand weniger Arbeitsunterbrüche, längere zusammenhängende Arbeitsphasen und damit eine über den Erwartungen liegende Produktivität erzielt wird. Dies freilich ohne, dass eine Beschleunigungsmassnahme des Unternehmers dahintersteht. Mehraufwand entsteht vielmehr bei einer «Forcierung»<sup>1102</sup> der Werkausführung, die ohne Mitwirkungsversäumnis nicht erforderlich gewesen wäre und die zum Beispiel darin besteht, dass<sup>1103</sup>

---

<sup>1101</sup> Siehe KOLLER A., BK-OR, Art. 366 N 685 ff. (ggf. Pflicht des Unternehmers aus Treu und Glauben, die Ausführung zu beschleunigen, wenn es der Besteller wünscht). Ähnlich GAUCH, Werkvertrag, Rz 682 u. Fn 160, wonach es dem hypothetischen Parteiwillen entsprechen *könne*, «dass der Unternehmer eines konkreten Vertrages zu einer zumutbaren Beschleunigung der Arbeiten verpflichtet ist». Siehe auch HÜRLIMANN, FS Gauch, S. 840: Zulässig sei der Ausschluss einer angemessenen Fristerstreckung insoweit, als Pufferzeiten (dazu Rz 896) mit Mitwirkungsversäumnissen quasi «verrechnet» werden. Das führt beim Unternehmer faktisch erst dann zu einer «Beschleunigungslast», wenn die Puffer aufgebraucht sind und er durch andere Leistungshindernisse verzögert wird.

<sup>1102</sup> So die Terminologie im österreichischen Bauvertragsrecht (KARASEK, Komm-ÖNORM, Vor Pkt. 7.4.2 N 1319 ff.; WENUSCH, Komm-ÖNORM, Pkt. 7 N 73).

<sup>1103</sup> Vgl. auch KAPPELLMANN/SCHIFFERS/MARKUS, Bd. 1, Rz 1422 (Ziff. IV).

- mehr und/oder andere, teurere *Arbeitskräfte* mit der Werkleistung befasst werden, oder die bereits vorgehaltenen Arbeitskräfte mehr und/oder länger arbeiten. Das verursacht dem Unternehmer erhöhte Lohnkosten, sei es nur durch Erhöhung der Lohnstundenzahl oder auch durch das Anfallen von Überstunden-, Nacht- und Wochenendarbeitszuschlägen. Zu diesem Mehraufwand gehören auch Instruktion und Einarbeitungszeit der neuen Kapazitäten, soweit diese Kosten für den weiteren Bauverlauf nicht ohnehin erforderlich geworden wären. 809
- mehr und/oder andere, teurere *Maschinen und Geräte* eingesetzt werden. Der Mehreinsatz von Maschinen und Geräten führt zu höheren Bereitstellungs-, Vorhalte-, Betriebs- und Gerätegemeinkosten (Rz 773 ff.), oder zu Mietkosten, soweit das Gerät von einem Dritten gemietet wird. Überdies verursacht der Mehreinsatz wiederum Lohnkosten, davon ausgehend, dass die zusätzlichen Maschinen und Geräte von Arbeitskräften bedient werden müssen. 810
- die zusätzlich angerufenen Arbeitskräfte und das zusätzliche Inventar *an- und abtransportiert* werden müssen, was in der erhöhten Abnutzung der Transportmittel resultiert bzw. zur Miete von fremden Transportmitteln zwingt und zudem höhere Betriebskosten auslöst. Ebenfalls erhöhen sich dabei die Reparatur- und Instandstellungskosten für das involvierte Inventar und Transportmaterial. 811
- ein *Subunternehmer* für einen Teil der Arbeiten beigezogen wird. Der dadurch erzielte Effekt ist derselbe, wie wenn zusätzliches eigenes Personal und Inventar mit der Baustelle befasst wird. Dem Unternehmer verschafft der Beizug Dritter beispielsweise die Möglichkeit, seine Kräfte auf kleinere Arbeitsfelder zu konzentrieren, während die übrigen Arbeiten vom Subunternehmer übernommen werden, woraus gesamthaft (bei ansonsten gleichbleibendem Produktionsmitteleinsatz) eine Beschleunigung resultiert. Die Beschleunigungswirkung wird damit gleichsam «eingekauft». Die daraus resultierende Vergütungsschuld gegenüber dem Subunternehmer verursacht dem Unternehmer Fremdleistungskosten (beachte freilich den Abzug des Ohnehin-Aufwands; Rz 803, 814). 812
- ein *anderes Herstellungsverfahren* gewählt wird, das pro Zeiteinheit einen höheren Baufortschritt verspricht, was regelmässig zur Verteuerung des Verfahrens führt. 813

3. Steht einmal fest, dass der Unternehmer eine mitwirkungsbedingte Beschleunigungsmassnahme eingeleitet hat, **muss der Ohnehin- vom Mehraufwand abgegrenzt werden**. Das Mitwirkungsversäumnis führt, soweit 814

keine oder keine volle Fristerstreckung Platz greift (Rz 907 ff.), dazu, dass *dieselben* (ordentlichen) Erfüllungshandlungen innert kürzerer Zeit vorgenommen werden müssen. Kosten, die dem Unternehmer auch dann entstanden wären, wäre er nicht durch den Bauherrn verkürzt worden, sind demnach Ohnehin-Aufwand und vom Gesamtaufwand abzuziehen. Diese Kostengrenzung muss bei den Hauptkostenarten ansetzen: Während etwa der Grundlohn für die reguläre Arbeitszeit bei ungestörtem Bauablauf zum Ohnehin-Aufwand zählt, bildet der Grundlohn auf mitwirkungsbedingt und beschleunigungsbedingt angefallene (Mehr-)Arbeitszeit Mehraufwand, einschliesslich Zuschläge für Überstunden, Wochenend- und Nachtarbeit. Muss der Unternehmer kurzfristig einen Dritten mit den beschleunigten Arbeiten beauftragen oder einbinden, so gehört zum Ohnehin-Aufwand, was ihn die Massnahme selbst gekostet hätte – denn die ordentliche Erfüllungshandlung hätte er ohnehin tätigen müssen –, zum Mehraufwand hingegen nur, was ihn der Dritte darüber hinaus kostet. Treten zeitgleich zur Beschleunigungsmassnahme exogene Kostensteigerungen oder -senkungen ein, ist die Nettodifferenz zwischen dem verteuerten bzw. vergünstigten regulären Ablauf gegenüber dem beschleunigten Ablauf zu errechnen usw.

- 815 Von beschleunigungsbedingtem Mehraufwand abzugrenzen sind wiederum Arbeitsvorgänge, die ohne das Mitwirkungsversäumnis nie erforderlich geworden wären, zum Beispiel Lärmschutzmassnahmen, weil der Unternehmer beschleunigungsbedingt nächtens arbeiten muss. Dabei handelt es sich nicht um verteuerte ordentliche Erfüllungshandlungen, sondern um ausserordentliche Erfüllungshandlungen (Rz 782 ff.). Sie sind voll ersatzfähig und müssen grundsätzlich nicht vom Ohnehin-Aufwand abgegrenzt werden.

#### **b. Exogene Kostensteigerungen (Teuerungseffekte)**

- 816 Exogene Kostensteigerungen sind Kostensteigerungen im engsten Sinne: Sie treffen den Unternehmer in Form eines **Anstiegs der Marktpreise für Beschaffung, Betrieb und Vorhalten seiner Produktionsmittel**. Verteuern sich die Produktionsmittel, erhöht sich bei gleichbleibender Leistungspflicht und gleichbleibendem Arbeitstempo der Beschaffungs- und Bereitstellungsaufwand des Unternehmers. Weil das Mitwirkungsversäumnis selbst nicht auf das herrschende Preisniveau einwirkt, treten exogene Kostensteigerungen regelmässig als sekundäre Auswirkungen auf, namentlich als Folge davon, dass die Werkausführung zeitlich in eine andere, teurere Periode versetzt wird (vgl. Rz 849). Zu denken ist im Wesentlichen an (unfreiwillige) Lohn-erhöhungen für nach GAV engagiertes Personal, Preissteigerungen beim

benötigten Baustoff, erhöhte Miet- oder Beschaffungspreise für das eingesetzte Inventar und die Erhöhung der Preise von Fremdleistungen.

### c. Fremdleistungen

Wie ausserordentliche können auch ordentliche Erfüllungshandlungen entgeltlich **an betriebsfremde Dritte ausgelagert werden**, soweit dem Unternehmer dies vertraglich nicht untersagt ist (vgl. OR 68; SIA-118 29 III). Trifft das Mitwirkungsversäumnis einen Subunternehmer, so entsteht bei diesem ein Produktivitätsverlust, der sich im Verhältnis Unternehmer/Bauherr aber nicht als solcher, sondern als Verteuerung ordentlicher Erfüllungshandlungen ausdrückt (dazu schon Rz 781). Der Einkauf von Fremdleistungen kann sodann als sekundäre Folge des Mitwirkungsversäumnisses erforderlich werden, wenn der Unternehmer ordentliche Erfüllungshandlungen mitwirkungsbedingt beschleunigen muss (Rz 805 ff.). Den Unternehmer treffen hierbei Kosten zum einen für die Vergütung des Subunternehmers, zum anderen für dessen Auswahl, Instruktion und gegebenenfalls Überwachung. Geht man davon aus, dass die Vergütung an den Subunternehmer höher ausfällt als die Selbstkosten, die dem Unternehmer bei eigenhändiger Erledigung der übertragenen Arbeiten angefallen wären (was freilich nicht zwingend erscheint und im Einzelfall zu prüfen ist), entsteht dem Unternehmer in der Höhe dieser Kostendifferenz Mehraufwand. Von Fremdleistungsaufwand abzugrenzen sind Kosten, die dem Unternehmer im Rahmen von Drittaufträgen entstehen, weil er aufgrund des Mitwirkungsversäumnisses dort Beschleunigungsmassnahmen ergreifen muss oder sich die Herstellung sonst wie verteuert; solches ist projektfremder Aufwand und gehört nicht zum Mehraufwand, sondern zu den übrigen Vermögenseinbussen des Unternehmers (Rz 837 ff.), deren Ersatzfähigkeit sich von derjenigen des Mehraufwands unterscheidet. 817

### d. Verwaltung verteuerter ordentlicher Erfüllungshandlungen

Endogene Kostensteigerungen, namentlich auch Beschleunigungsmassnahmen, gehen praktisch immer mit organisatorischen, logistischen, personellen und technischen Veränderungen des Herstellungsprozesses einher. Solche Massnahmen bedürfen gegenüber dem regulären Bauablauf üblicherweise eines Mehrs an Planungs-, Führungs- und Überwachungsarbeit durch den Unternehmer bzw. seine Arbeitskräfte. Dasselbe trifft für den Beizug von Subunternehmern zu. Es entstehen dem Unternehmer dann nicht nur für die ausserordentlichen, sondern auch für die ordentlichen Erfüllungshandlungen 818

Verwaltungskosten, die ihm bei gehöriger Mitwirkung erspart geblieben wären. Es kann insofern auf die Ausführungen in Rz 801 verwiesen werden. Wichtig wird auch hier sein, den Ohnehin-Aufwand vom Mehraufwand abzugrenzen, weil für ordentliche Erfüllungshandlungen immer ohnehin schon eine gewisse Planungs-, Führungs- und Überwachungsarbeit anfällt.

## 5. Mehraufwand bei indirekten Kostenverursachern?

### a. Grundlegung

- 819 Bei der Vor-, Arbeits- und Nachkalkulation ist der Unternehmer gehalten, nicht nur die direkten, sondern auch die indirekten Kosten der Werkausführung zu berücksichtigen, will er die Gesamtheit seiner Herstellungskosten im Blick haben. Der Unterschied zwischen direkten und indirekten Kosten liegt darin, dass erstere einem kostenverursachenden Objekt vollständig zugeordnet werden können und letztere nicht. Ob diese Zuordnung gelingt, hängt davon ab, wie eng das kostenverursachende Objekt umschrieben ist, dem die Kosten zugeordnet werden sollen<sup>1104</sup>. Im Baubetrieb werden *im Zuge der Vorkalkulation* direkte Kosten üblicherweise als jene Kosten umschrieben, die einer vertraglich geschuldeten Bau- Teilleistung unmittelbar zugeordnet werden können<sup>1105</sup>, weil sie vollumfänglich dieser Leistung dienen. Andere, einer Teilleistung nicht unmittelbar (also nicht vollständig) zurechenbare Kosten sind demgegenüber indirekte Kosten. Indirekte Kosten werden in der Vorkalkulation weiters danach unterschieden, ob sie mindestens der betreffenden Baustelle zugeordnet werden können oder nicht. Gehört ein Kostenverursacher zu jenen Kosten, «die für das Einrichten, Betreiben und Räumen

---

<sup>1104</sup> Bsp.: Betrachtet man etwa die Erstellung einer Rühlwand, sind die Vorhalte- und Betriebskosten der hierfür benötigten Ramme direkte Kosten der Werkleistung. Wird die Ramme hingegen auf derselben Baustelle für weitere Aufgaben verwendet, z.B. für den Abbruch vorbestehender Strukturen, steht sie im Dienst mehrerer Teilleistungen und kann allenfalls noch mit Bezug auf die Baustelle als «direkter» Kostenpunkt betrachtet werden. Mit Bezug auf die Rühlwand aber wird das Vorhalten der Ramme zu einem indirekten Kostenpunkt, der nur anteilig der Teilleistung «Rühlwand» zugerechnet werden kann.

<sup>1105</sup> WÜRFELE/GRALLA/SUNDERMEIER, Rz 600. Vgl. demgegenüber SBV, Vorkalkulation 2015, S. 7: Kosten, «die einem Produkt (Baustelle, Teilleistung, Position) direkt zugerechnet werden können»; der Kostenpunkt muss dem «Produkt individuell und unmittelbar zugerechnet werden können»; SCHUMACHER/KÖNIG, Rz 31, wonach direkte Kosten jener Aufwand sei, «welcher dem Unternehmer für die Bauausführung unmittelbar auf der Baustelle erwächst».

der Baustelle als wandernde Fabrik für die Bauleistungserstellung anfallen»<sup>1106</sup>, zählt er zu den **Baustellengemeinkosten (BGK)**<sup>1107</sup>. Entsteht der Kostenverursacher dagegen «nicht aus der Abwicklung eines spezifischen Bauauftrags, sondern aus dem Geschäftsbetrieb des Gesamtunternehmens»<sup>1108</sup>, handelt es sich um produktionsfremde, **Allgemeine Geschäftskosten (AGK)**<sup>1109</sup>. Im Folgenden wird erörtert, wie es sich mit diesen Kostentypen verhält, wenn ein Mitwirkungsversäumnis auf den Bauablauf durchschlägt.

## b. Baustellengemeinkosten (BGK)

1. In der Vorkalkulation errechnet der Unternehmer zunächst die direkten 820 Kosten der Werkausführung entlang der anfallenden Hauptkostenarten Lohn, Material, Inventar und Fremdleistungen und addiert anschliessend die BGK zu diesen Kosten. Bei der *Umlagekalkulation* schätzt der Unternehmer die mit dem konkreten Bauvorhaben verbundenen BGK so genau wie möglich, rechnet die Summe auf Basis der direkten Kosten in angemessene prozentuale Zuschlagssätze um und schlägt letztere auf die direkten Kosten. Bei der weniger aufwändigen *Zuschlagskalkulation* multipliziert der Unternehmer die direkten Kosten der Teilleistungen stattdessen mit erfahrungsbasierten, nicht spezifisch auf das konkrete Bauvorhaben zugeschnittenen, prozentualen Zuschlagssätzen<sup>1110</sup>. So oder anders versucht der Unternehmer auf diesem Weg **künftige Kosten** zu kalkulieren, wobei der Betrag dieser Kosten

<sup>1106</sup> WÜRFELE/GRALLA/SUNDERMEIER, Rz 716.

<sup>1107</sup> Siehe die ausführliche Darstellung der auf grösseren Baustellen üblicherweise anfallenden BGK bei WÜRFELE/GRALLA/SUNDERMEIER, Rz 715–762. – Bsp. für Baustellengemeinkosten gemäss SBV, Vorkalkulation 2018, für BGK «Löhne»: Persönliche Ausrüstung der Arbeitskräfte, Unterkunft, Kantine, Personalbetreuung, Betriebshaftpflichtversicherung (S. 24 f.), ggf. auch Aufsicht und Führung (S. 41). Für BGK «Material»: Werkhof-Magazin, Verluste, Mehrkosten wegen Kleinmengentransporten (S. 26). Für BGK «Inventar»: Kleingeräte, Betriebsmaterial, Holz (S. 28). Für BGK «Fremdleistungen»: Transportversicherungen, Beizug von teureren Spezialisten u.a. (S. 34).

<sup>1108</sup> WÜRFELE/GRALLA/SUNDERMEIER, Rz 764.

<sup>1109</sup> Vgl. SBV, Vorkalkulation 2018, S. 11, wo die *indirekten Kosten* sich aufteilen in BGK (die jeweils mit einer der vier Direktkostenarten in Zusammenhang stehen: BGK-L, BGK-M, BGK-I, BGK-F), Aufsichts- und Führungskosten sowie Verwaltungs- und Geldkosten.

<sup>1110</sup> Vgl. KAPELLMANN/SCHIFFERS/MARKUS, Bd. 1, Rz 18. Vgl. SCHUMACHER/KÖNIG, Rz 28; SBV, Vorkalkulation 2018, S. 8, 11.

bzw. ihr Verhältnis zu den künftigen direkten Kosten in dieser Phase noch eine Hypothese bleibt.

- 821 **2.** Im Anschluss an ein Mitwirkungsversäumnis allerdings müssen nicht künftig anfallende Kosten geschätzt und auch kein Preis gebildet werden, sondern es müssen – und können – **effektiv eingetretene Mehrkosten** ermittelt und beziffert werden. Die Dichotomie direkte/indirekte Kosten verliert dabei nicht gänzlich, aber zumindest dann und insoweit an Bedeutung, als BGK, die in der Vorkalkulation noch in Form von kalkulatorischen Zuschlägen veranschlagt werden mussten, nun tatsächlich eingetreten sind, auf die betreffende Baustelle zurückgeführt werden können und neuerdings arithmetisch messbar werden. Dann nämlich werden sie zumindest theoretisch<sup>1111</sup> zu direkten Kosten des Mitwirkungsversäumnisses, obschon sie in der Vorkalkulation noch als indirekte Kosten berücksichtigt werden mussten<sup>1112</sup>. Das gilt unabhängig davon, ob die BGK einmalige, zeitabhängige oder mengenabhängige Kosten sind<sup>1113</sup>. Das führt zur Feststellung, dass im Zuge der Differenzbetrachtung zwei BGK-Typen auseinanderzuhalten sind, die im Zuge der Kalkulation noch als indirekte Kosten behandelt wurden: jene, die dem Mitwirkungsversäumnis *direkt* zugeordnet werden können und deshalb direkte Kosten bilden, und solche, die dem Mitwirkungsversäumnis nicht direkt zugeordnet werden können, also *indirekter Natur bleiben* und letztlich «echte» AGK sind (dazu Rz 827 ff.). Zum ersten Typus, also den ehemals indirekten, neuerdings aber direkten Kosten, folgen einige Beispiele.

- 822 **Bsp. 1:** Vorausgesetzt die Parteien weichen nicht von OR 372 I ab, wonach die Vergütung erst bei der Ablieferung des Werks geschuldet ist, entstehen dem Unternehmer durch die Vorfinanzierung des Bauvorhabens **Finanzierungskosten**. Sie sind normalerweise einerseits *zeitabhängig*, d.h. je länger die Bauzeit, desto höher die Finanzierungskosten. Andererseits hängen sie auch von der Gesamtkostensumme ab, denn je höher die Gesamtkosten, desto grösser wird (absolut betrachtet) der fremdfinanzierte Kostenanteil. Bei der Kalkulation schlägt der Unternehmer die Vorfinanzierungskosten in Form von prozentualen Endzuschlägen auf die direkten Werkkosten<sup>1114</sup>. Führt nun ein Mitwirkungsversäumnis zu einer Verlängerung der Gesamtbauzeit und/oder zu einer Erhöhung der Werk-

---

<sup>1111</sup> Siehe freilich zu den beweisrechtlichen Grenzen des Nachweises Rz 959 ff.

<sup>1112</sup> So auch KAPPELLMANN/SCHIFFERS/MARKUS, Bd. 1, Rz 1424; SCHILDER, BauR 2007, S. 453.

<sup>1113</sup> Zu dieser Unterscheidung vgl. WÜRFELE/GRALLA/SUNDERMEIER, Rz 722.

<sup>1114</sup> SBV, Vorkalkulation 2018, S. 8, 41 ff., 44; SCHUMACHER/KÖNIG, Rz 36.



kosten für den Unternehmer, und muss er länger vorfinanzieren und/oder die Darlehenssumme erhöhen, schlägt sich beides in höheren Finanzierungskosten nieder. Anders noch als in der Kalkulation kann nun aber im Zeitpunkt der Differenzbetrachtung die betreffende Verzögerung bzw. die Kostensteigerung demjenigen Teil der Werkausführung zugeordnet werden, der durch das Mitwirkungsversäumnis gestört wurde. Vorausgesetzt ist bei alledem, dass die Verlängerung der Finanzierung bzw. die Erhöhung der Darlehenssumme kausal vollständig auf den Betrieb der Baustelle insgesamt zurückgeführt werden kann. Nicht der Fall wäre das beispielsweise bei einer generischen Kreditlinie, die der Unternehmer bei einem Finanzinstitut für seinen gesamten Geschäftsbetrieb unterhält.

**Bsp. 2:** Ein weiterer, praktisch bedeutsamer Fall sind die Mehrkosten für **Führung und Aufsicht**, d.h. – normalerweise – *zeitabhängige* Lohnkosten für die mit Führung und Aufsicht betrauten Arbeitskräfte des Unternehmers, in dem Umfang, wie sie für das Bauvorhaben in dieser Funktion eingesetzt werden. Diese Kosten werden manchmal in die BGK für Personal (BGK-L) eingerechnet oder auch gleichmässig auf die BGK aller Hauptkostenarten verteilt<sup>1115</sup>. Erfordert nun ein Mitwirkungsversäumnis beispielsweise eine Transitionsmassnahme und wird hierfür entsprechende Planungs- und Führungsarbeit erforderlich (Rz 801), kann – anders als noch in der Vorkalkulation – retrospektive eruiert werden, welche Arbeitskraft wieviel Zeit zu welchem Lohn zusätzlich auf diese Planungs- und Führungsarbeit verwendet hat. 823

**Bsp. 3:** In die Inventarkosten werden regelmässig standardisierte prozentuale Zuschläge für **Abnutzung, Reparatur und Wartung** von Maschinen, Geräten und Fahrzeugen eingerechnet<sup>1116</sup>. Wird Inventar als Folge eines Mitwirkungsversäumnisses in unproduktiver Art und Weise eingesetzt (zum Beispiel Stillstände oder vergebene Fahrten) oder vermehrt produktiv eingesetzt (zum Beispiel Transitionsmassnahmen), erhöht sich einerseits die Abnutzung des involvierten Inventars durch unproduktive oder produktive Mehreinsatzzeit, andererseits erhöht sich übers Ganze gesehen der Anteil des Bauvorhabens an den Reparatur- und Wartungskosten für die eingesetzten Inventarbestandteile. Zumindest theoretisch gehört nun die real auf das Mitwirkungsversäumnis entfallende Mehrabnutzung des Inventars und der höhere anteilige Reparatur- und Wartungsaufwand fortan zu den direkten Kosten des Mitwirkungsversäumnisses. 824

---

<sup>1115</sup> Bsp. für Führungsarbeiten: Bauführung, Vermessung, technische Bearbeitung, Vorbereitung und Überwachung, sowie Baubüro (SBV, Vorkalkulation 2018, S. 39).

<sup>1116</sup> SBV, Vorkalkulation 2018, S. 28 f. (Abschreibungen als Fixkosten; Reparatur, Wartung, Schmiermittel usw. als variable Kosten).

Wo freilich der Kausalzusammenhang zwischen dem Mitwirkungsversäumnis und diesen Kostenpositionen auch unter dem reduzierten Beweismass nicht dargelegt werden kann, bleiben diese Kosten «echte» AGK (Rz 827 ff.) und deren Abgeltung erfolgt über einen AGK-Zuschlag, soweit die Kompensationsansprüche des Unternehmers einen solchen zulassen (vgl. Rz 776 f., 999 f.).

825

**Bsp. 4:** Der An-/Abtransport und die Inbetriebnahme eines Stromgenerators, der die Baustelle während der Bauzeit mit Strom versorgt, ist normalerweise als *einmaliger* Vorgang innerhalb des **Baustelleneinrichtungsprozesses** angelegt. Der Vorgang verursacht theoretisch vielfältige Kosten. Der Transport des Generators führt zur Abnutzung des benützten Transportmittels. Auf- und Ablad, Aufstellen und Inbetriebnahme wird von Arbeitskräften erwirkt, d.h. die Tätigkeit verursacht Lohnkosten. Benützen die Arbeitskräfte hierfür weiteres Gerät, zum Beispiel einen kleinen Hebekran, fallen auch für dieses Gerät Betriebs- und Vorhaltekosten an usw. Solche einmaligen Kosten werden in der Vorkalkulation kaum je exakt errechnet (was in vielen Fällen auch nicht möglich wäre), sondern mit Pauschalen erfasst, so zum Beispiel beim Transportmittel mit einem bestimmten Kostenansatz pro Fahrkilometer für Abschreibung, Reparatur, Betriebs- und Schmierstoffe, gekoppelt mit der prognostizierten Gesamtfahrdistanz; eventuell auch mit einem prozentualen Zuschlag für die dabei anfallenden Personalkosten, soweit sie nicht schon in Hauptkostenart «Löhne» eingerechnet sind. Muss nun im Rahmen einer Transitions-massnahme der Generator vorübergehend an einen anderen Ort ge- und auch wieder zurückgebracht werden, fallen alle diese Einrichtungskosten nicht nur einmal, sondern mehrmals an. Lassen sich die einzelnen, auf das Mitwirkungsversäumnis zurückgehenden Kostenverursacher (Abnutzung, zusätzliche Fahrdistanz und Abnutzung, zusätzlicher Betriebsstoff, zusätzliche Lohnstunden usw.) messen, lassen sich theoretisch auch die Kosten dieser Mehrvorgänge errechnen, und zwar obwohl der Vorgang in der Kostenplanung noch in Form von Zuschlägen und unter dem Titel indirekter Kosten veranschlagt worden ist.

826

**3.** Dass gewisse BGK-Verursacher im Nachgang zum Mitwirkungsversäumnis theoretisch zu direkten Kosten werden, schliesst – wie gesehen – nicht aus, dass sie ihrer Natur nach **nicht oder nicht mit zumutbarem Aufwand errechnet** werden können. Dieser Beweisnot ist im Zivilprozess bei gegebenen Voraussetzungen Rechnung zu tragen (dazu Rz 959 ff.).

**c. Allgemeine Geschäftskosten (AGK)**

1. Anders als die Hauptkostenarten und BGK werden AGK nicht durch die Werkausführung verursacht, sondern durch den Geschäftsbetrieb des Unternehmers ganz allgemein. Sie werden deshalb zuweilen als «nicht zum Werkbereich»<sup>1117</sup> zählende «**Bereitschaftskosten**»<sup>1118</sup> bezeichnet: Der unter diesem Titel betriebene Geldaufwand befeuert Ressourcen, die zwar mit Bezug auf die Werkausführung nicht produktiv sind, den Unternehmer immerhin aber erst dazu befähigen, für das Bauwerk produktiv tätig zu werden. Hierzu zählen etwa Löhne und Auslagenersatz für die operative, kaufmännische und technische Geschäftsleitung, (Wieder-)Beschaffungs-, Erhaltungs- und Finanzierungskosten für Immobilien, Mobilien und Infrastruktur des Geschäftssitzes oder von Geschäftsstellen (einschliesslich Mietzinse, Abschreibungen und Verzinsung, Abonnemente), Kosten für Werbung und Akquisition, Personalweiterbildung, externe Beratungshonorare, Steuern, Versicherungsprämien usw.<sup>1119</sup> 827

2. AGK entstehen dem Unternehmer dementsprechend **herstellungsunabhängig**: Sie fallen dem Unternehmer auch dann an, wenn er zur Herstellung des konkreten Bauwerks zunächst überhaupt nichts unternimmt<sup>1120</sup>. Das Fehlen dieser Kausalverbindung bringt es mit sich, dass AGK in der Vorkalkulation für ein beliebiges Bauvorhaben weder errechnet noch geschätzt werden können, denn sie werden vom Bauvorhaben *nicht verursacht*. Dies im Unterschied zu denjenigen BGK, deren Verursachung sowohl in der Kalkulation als auch in der Nachkalkulation immerhin auf die konkrete Baustelle abgegrenzt werden kann (siehe Rz 820 ff.). AGK legt der Unternehmer deshalb anders auf seinen Preis um: Er schätzt den Umsatzdeckungsbeitrag, der durch die Ausführung des Bauwerks erzielt werden muss, indem er den Anteil der während der voraussichtlichen Bauzeit anfallenden AGK an demjenigen der interessierenden Geschäftsperiode abschätzt. Der Unternehmer budgetiert hierfür zunächst den Umsatz, den er innerhalb der Geschäftsperiode durch seine Bauleistungen erzielen will, beispielsweise auf Basis seiner 828

<sup>1117</sup> SBV, Vorkalkulation 2018, S. 42.

<sup>1118</sup> WÜRFELE/GRALLA/SUNDERMEIER, Rz 764 m.w.N.

<sup>1119</sup> SBV, Vorkalkulation 2018, S. 42, mit einer Aufzählung der üblichen AGK.

<sup>1120</sup> Siehe KAPELLMANN/SCHIFFERS/MARKUS, Bd. 1, Rz 1428. Selbstverständlich reduziert ein Unternehmer *mittelfristig* seine AGK, wenn die Kosten des Geschäftsapparats mit dem erwirtschafteten Umsatz nicht (mehr) zu decken sind.

Erfahrungen in früheren Geschäftsperioden<sup>1121</sup>. Dann prognostiziert er den für diesen Umsatz erforderlichen Geschäftsapparat und die hieraus verursachten AGK. Das Verhältnis von periodenspezifischen AGK zu periodenspezifischem Umsatz ergibt eine Quote, die in Form eines prozentualen Zuschlags auf die Herstellungskosten (Hauptkosten plus Baustellengemeinkosten) geschlagen wird. So werden AGK – genauer: der quotenproportionale Deckungsbeitrag für das betreffende Bauvorhaben – zum Preisbestandteil<sup>1122</sup>.

- 829 **3.** Weil die mitwirkungsbedingte Störung des Bauablaufs zunächst einmal den Geschäftsapparat des Unternehmers nicht verändert, entsteht dem Unternehmer durch das Mitwirkungsversäumnis **bei den AGK im Prinzip kein Mehraufwand**. Beispielsweise führen mitwirkungsbedingte Produktivitätsverluste nicht dazu, dass auch bei den AGK-Verursachern Nutzen ausfällt, zeichnen sie sich doch gerade dadurch aus, dass sie herstellungsunabhängig anfallen, aber auch herstellungsunabhängig ihren Nutzen stiften: Der Buchhalter des Unternehmers arbeitet während des Mitwirkungsversäumnisses ungehindert (und produktiv) weiter. Am Ursprung von AGK stehen auch keine ordentlichen oder ausserordentlichen Erfüllungshandlungen, womit sie nicht auf endogene Kostensteigerungen, erhöhte Fremdleistungen, Schutz-, Transitions-, Feststellungsmassnahmen usw. reagieren. Allerdings: Wann immer diese für AGK begriffswesentliche, kausale Entkoppelung von Werkausführung und Kostenverursacher entfällt, d.h. wann immer ein «AGK-Posten» sich verteuert und diese Verteuerung kausal auf das Mitwirkungsversäumnis zurückgeführt werden kann, ist der Posten in Wahrheit ein der Werkausführung zurechenbarer, direkter Kostenpunkt des Mitwirkungsversäumnisses<sup>1123</sup>. Somit gilt, wie schon bei den BGK (vgl. Rz 821), auch hier, dass zwei AGK-Typen zu berücksichtigen sind: jene, die retrospektiv dem Mitwirkungsversäumnis direkt zugeordnet werden können, und solche, die auch im Nachgang zum Mitwirkungsversäumnis indirekter Natur bleiben, also «echte» AGK bilden.

---

<sup>1121</sup> Vgl. SBV, Vorkalkulation 2018, S. 42 f.

<sup>1122</sup> Z.G. KAPPELLMANN/SCHIFFERS/MARKUS, Bd. 1, Rz 1428; WÜRFELE/GRALLA/SUNDERMEIER, Rz 768 f.

<sup>1123</sup> Vgl. KAPPELLMANN/SCHIFFERS/MARKUS, Bd. 1, Rz 1427 mit dem Bsp. einer zusätzlichen Sekretärin für die Geschäftsleitung, die aufgrund des erhöhten, durch das Mitwirkungsversäumnis verursachten Schriftverkehrs eingestellt wird.

**Bsp. 1:** Den Unternehmer trifft keine gesetzliche Pflicht, seinen Betrieb 830  
vermittels einer **Betriebshaftpflichtversicherung** gegen Haftpflichtan-  
sprüche Dritter zu versichern, doch wird er dies regelmässig tun. Die Be-  
triebshaftpflichtversicherung schützt das Vermögen des Unternehmers,  
indem sie «zu Recht geltend gemachte Haftpflichtansprüche geschädigter  
Personen übernimmt»<sup>1124</sup>. Ob der Schaden im Rahmen eines spezifischen  
Bauvorhabens oder anlässlich der Geschäftstätigkeit des Unternehmers  
ganz allgemein verursacht wird, ist normalerweise unbeachtlich<sup>1125</sup>. Die  
Prämie errechnet sich regelmässig nach dem jährlichen Total der AHV-  
pflichtigen Lohnsumme aller Arbeitnehmer des Unternehmers<sup>1126</sup>, seien  
sie nun mit dem konkreten Bauvorhaben befasst oder nicht, seien sie in  
leitender Funktion tätig oder nicht<sup>1127</sup>. Führt ein Mitwirkungsversäumnis  
zu einer Stehzeit, verändert sich weder die AHV-pflichtige Lohnsumme  
noch die auf dieser Basis errechnete jährliche Versicherungsprämie. Die  
Prämie kann insofern weder der konkreten Baustelle noch dem Mitwir-  
kungsversäumnis zugeordnet werden, sie bleibt ein AGK-Posten.

**Bsp. 2:** Dasselbe ist zu sagen für **Finanzierungskosten**, die sich nicht auf 831  
ein spezifisches Bauvorhaben abgrenzen lassen: Dienen sie der Deckung  
laufender Kosten für den allgemeinen Geschäftsbetrieb (Mieten, Löhne,  
Logistik am Geschäftssitz, an der Zweigniederlassung, im Magazin),  
können aus dem Mitwirkungsversäumnis auf einer einzelnen Baustelle  
keine direkten Folgen für diese Kosten abgeleitet werden. Gleichermassen  
trifft das etwa für Personalbeschaffungsmassnahmen, Lizenzkosten für  
Projektmanagement- und Lohnbuchhaltungs-Software, Marketing oder  
Steuern zu.

**Bsp. 3:** Anders liegen die Dinge, wenn es um den **Arbeitseinsatz** von 832  
Arbeitskräften aus dem Bereich des allgemeinen Geschäftsbetriebs geht.  
Auf die leitende Funktion kommt es dabei nicht an. Der Mehreinsatz ei-  
nes Geschäftsführers, eines Verwaltungsratsmitglieds, eines Buchhalters,

<sup>1124</sup> FUHRER, Privatversicherungsrecht, Rz 20.2.

<sup>1125</sup> Selbstredend können und werden auch projektspezifische Betriebshaftpflichtversiche-  
rungen für einzelne – grössere – Bauvorhaben abgeschlossen; dann aber sind die Prä-  
mienkosten einer einzelnen Baustelle direkt zurechenbar und fallen als AGK ausser  
Betracht.

<sup>1126</sup> SBV, Vorkalkulation 2018, S. 25. Vgl. auch Ziff. 5.1 der Zurich Betriebshaftpflicht-  
versicherung, Kundeninformation, Allgemeine Versicherungsbedingungen (AVB),  
Ausgabe 01/2018 (www.zurich.ch).

<sup>1127</sup> Vgl. etwa VVG 59, wonach die Versicherungsdeckung sich zwingend auch «auf die  
Haftpflicht der mit der Leitung oder Beaufsichtigung des Betriebes betrauten Perso-  
nen» zu erstrecken hat.

eines Geschäftsleitungsassistenten, eines Sekretärs usw., kann grundsätzlich zeitlich abgegrenzt werden, sofern und soweit er auf das Mitwirkungsversäumnis bzw. die konkrete Baustelle zurückzuführen ist<sup>1128</sup>. Ehemals in der Vorkalkulation als AGK berücksichtigte «Bereitschaftskosten für Löhne» werden im Nachgang zum Mitwirkungsversäumnis zu eindeutig zurechenbaren, direkten Kostenfolgen desselben.

- 833 4. Was die «echten» AGK betrifft, einschliesslich BGK, die dem Mitwirkungsversäumnis nicht direkt zugeordnet werden können: Weil sie zunächst unabhängig von der Baustelle bzw. vom Bauablauf sind und sich das Mitwirkungsversäumnis nur dort auswirkt, muss gefolgert werden, dass sie durch das Mitwirkungsversäumnis nicht vergrössert werden, sprich dem Unternehmer in diesem Punkt **kein Mehraufwand** entsteht. Streng kausal betrachtet hat das seine Richtigkeit. Betriebswirtschaftlich ist diese Konsequenz allerdings fragwürdig: Beschränkte man die mitwirkungsbedingten Einbussen des Unternehmers durchgehend auf seine direkten Kosten, würde einerseits missachtet, dass auch indirekte Kosten den Unternehmer dazu in den Stand versetzen, das Mitwirkungsversäumnis zu bewältigen. Andererseits würde vernachlässigt, dass der Unternehmer mitwirkungsbedingt Mehraufwand zugunsten der Werkausführung betreibt, den er am Markt vermutungshalber mitsamt AGK-Zuschlägen verkaufen könnte<sup>1129</sup>. Diese Umstände sind – je nach Anspruchsgrundlage – bei der Kompensation des Unternehmers zu berücksichtigen.

## B. Übrige Vermögenseinbussen

### 1. Begriff

- 834 Der Unternehmer erleidet durch das Mitwirkungsversäumnis zuweilen weitere Vermögenseinbussen, die sich zwar monetär quantifizieren lassen, im Übrigen aber **nicht unter den hier verwendeten Begriff des Aufwands/Mehraufwands fallen**. Sprachlich lassen sich aus Sicht des Unternehmers zwar auch diese Einbussen als «Selbstkosten» bezeichnen, weil sie den Unternehmer treffen («Selbstkosten») und ihn Geld kosten («Selbstkosten»). Aufwand bzw. Mehraufwand im hier verstandenen Sinne aber sind

---

<sup>1128</sup> Vgl. KAPPELLMANN/SCHIFFERS/MARKUS, Bd. 1, Rz 1427. Zum Mehraufwand der «Nachtragsbearbeitung» auch LG Schwerin 3 O 162/16 (28.06.2017) = NZBau 2017, S. 736.

<sup>1129</sup> Vgl. KAPPELLMANN/SCHIFFERS/MARKUS, Bd. 1, Rz 1431.

diese Vermögenseinbussen nicht, weil sie *nicht* der Beschaffung, dem Erhalt oder dem Einsatz von Produktionsmitteln *zugunsten des geschuldeten Bauvorhabens dienen*. Mit Blick auf das geschuldete Bauvorhaben sind diese Kostenverursacher vielmehr «zwecklos», mithin projektfremd (Rz 757 f.). Die Aussonderung dieser Nachteile ist mit Blick auf ihre kompensationsrechtliche Behandlung geboten: Übrige Vermögensnachteile erhält der Unternehmer nämlich nur kompensiert, wenn die Anspruchsgrundlage, auf die er sich stützt, auch diese Einbussen und nicht nur den Mehraufwand abdeckt (vgl. Rz 1410 ff. m.V.).

## 2. Haftungsschulden gegenüber Dritten

1. Das Mitwirkungsversäumnis kann in vielfältiger Weise dazu führen, dass 835 der Unternehmer **Pflichten gegenüber Dritten verletzt** und ihnen infolge dessen haftbar wird. Das kann sowohl primäre als auch sekundäre Folge des Mitwirkungsversäumnisses sein. So kann der Umstand, dass eine rechtliche Mitwirkungsleistung (Rz 77) zum Zeitpunkt der Werkausführung noch nicht erbracht ist, zu einem Haftungsfall als primäre Auswirkung führen<sup>1130</sup>. Häufiger aber führt eine aus dem Mitwirkungsversäumnis resultierende, zeitliche Neuordnung der Werkausführung dazu, dass Kapazitäten schon bzw. erst zu einem Zeitpunkt eingesetzt werden, in welchem dieselben Kapazitäten für einen Drittauftrag eingeplant gewesen wären. Durch solche Verbindlichkeitskollisionen wird der Unternehmer möglicherweise Dritten gegenüber vertragsbrüchig: Führt er die Arbeiten für den Bauherrn weiter, wozu er jedenfalls verpflichtet ist, gerät er gegenüber dem Dritten gegebenenfalls in Schuldnerverzug und haftet diesem (normalerweise: bei Verschulden) für den Verzugschaden. Vom Nachweis des Verzugschadens ist der Dritte gar entlastet, wenn und insoweit er sich für den Verzugsfall eine Konventional-

<sup>1130</sup> Bsp.: Bauherr B. unterlässt es, seinen Nachbarn N., dessen Grundstück für die Baustoffanlieferung zwingend überquert werden muss, um Erlaubnis zu bitten. Unternehmer U. überschreitet bei nassem Wetter den Rasen des N. und verursacht dabei einen Landschaftsschaden. Soweit die Rechtswidrigkeit des Unternehmerhandelns (Beeinträchtigung des Eigentums von N.) mit der Einwilligung des N. dahingefallen wäre, führt dieses Mitwirkungsversäumnis zur persönlichen Haftbarkeit des U. ggü. N. nach OR 41 I.

strafe (OR 160 I) vom Unternehmer hat versprechen lassen (OR 161 II *e contrario*), was im Bauvertragswesen häufig vorkommt<sup>1131</sup>.

- 836 **2.** Entstehen dem Unternehmer solche Haftungsschulden gegenüber Dritten, so sind dies neu hinzutretende Passiven des Unternehmers, also Vermögens-einbussen. Ob der Unternehmer seine Schuld effektiv begleicht oder nicht, d.h. sich bei ihm ein Mittelabfluss einstellt oder nicht, spielt im hier interes-sierenden Zusammenhang keine Rolle: Die Schuld bzw. der damit zusam-menhängende Mittelabfluss, mögen sie auch auf das Mitwirkungsversäumnis zurückgehen, **stiften zugunsten des Bauvorhabens keinen Nutzen**. Solche Haftungsschulden sind im Verhältnis zum Bauherrn immer projekt- bzw. werkfremd und entsprechend nicht Mehraufwand. Damit fehlt diesem Kos-tenverursacher der für Aufwand bzw. Mehraufwand begriffsnotwendige Bezug zum Bauvorhaben (siehe Rz 757 f.).

### 3. Mehraufwand in Drittaufträgen

- 837 **1.** Das Mitwirkungsversäumnis kann weiter dazu führen, dass der Unterneh-mer **für die Erfüllung eines Drittauftrags mehr Aufwand betreiben muss**, als er hätte betreiben müssen, wenn das Mitwirkungsversäumnis auf der streitigen Baustelle ausgeblieben wäre. Eine Einbusse erleidet der Unter-nehmer freilich nur, wenn er für diesen Mehraufwand vonseiten des Dritten nicht vollumfänglich entschädigt wird. Ausgegangen wird hier deshalb vom Fall, da der Dritte dem Unternehmer den entstandenen Mehraufwand nicht oder nur teilweise zu kompensieren hat, sodass sich für den Unternehmer die Frage stellt, ob er die offen gebliebenen Kosten vom Bauherrn einfordern kann.
- 838 **2.** Eine mögliche Lösung für den Unternehmer bestünde etwa darin, einen Subunternehmer zu engagieren, der für ihn entweder die Arbeiten zugunsten des Bauherrn weiterführt, damit der Unternehmer die Arbeiten im Drittauf-trag aufnehmen kann, oder der die Arbeiten im Drittauftrag aufnimmt, wäh-rend der Unternehmer die Arbeiten für den Bauherrn weiterführt. Nimmt man an, dass die Vergütung des Subunternehmers höher ausfällt als die Selbstkosten, die dem Unternehmer bei eigenhändiger Erledigung der Arbei-ten angefallen wären, unterscheiden sich die Lösungen. Engagiert er den Subunternehmer für die Arbeiten im Drittauftrag, sind diese Fremdleistungs-

---

<sup>1131</sup> Vgl. z.B. VYGEN/JOUSSEN/LANG/RASCH, Rz A104 ff. (in Deutschland: «Vertragsstra-fe»).



kosten im Verhältnis zum Bauherrn insgesamt projektfremd und deshalb weder Aufwand noch Mehraufwand. Die Kosten des Subunternehmers verursachen dem Unternehmer eine übrige Vermögenseinbusse. Engagiert er dagegen den Subunternehmer für die Arbeiten zugunsten des Bauherrn, sind die Fremdleistungskosten Aufwand und in dem Betrag, der über die hypothetischen Selbstkosten des Unternehmers hinausgehen, auch Mehraufwand (Rz 817).

3. Für welche Variante sich der Unternehmer auch entscheidet: Jene Kosten, 839 die er zugunsten des Drittauftrags auf sich nimmt, mögen dort einen Nutzen stiften, nicht aber zugunsten des dem Bauherrn geschuldeten Bauwerks. Damit fehlt diesen Mehrkosten der notwendige Bezug zum Bauvorhaben, woran auch der Umstand nichts ändert, dass die im Drittauftrag entstandenen Mehrkosten ursächlich auf das Mitwirkungsversäumnis zurückgehen. Auch Mehrkosten, die der Unternehmer zugunsten eines Drittauftrags eingeht, sind mithin projekt- bzw. werkfremd (siehe Rz 757 f.) und nicht Mehraufwand.

#### 4. Entgangener Gewinn

Zuweilen entgeht dem Unternehmer durch das Mitwirkungsversäumnis **Ge-** 840 **winn, den er durch Drittaufträge realisiert hätte**, wenn das Mitwirkungsversäumnis ausgeblieben wäre<sup>1132</sup>. Ist der Unternehmer aufgrund der Bauzeitverlängerung länger als vorgesehen mit dem Bauvorhaben befasst, kann das dazu führen, dass er an ihn herangetragene Drittaufträge in dieser Verlängerungsphase ablehnen muss bzw. sich nicht für Drittaufträge bewerben kann, weil die erforderlichen Produktionsmittel noch an das streitige Bauvorhaben gebunden sind. Soweit der Drittauftrag für den Unternehmer mindestens so einträglich gewesen wäre, dass die im Drittauftrag erzielbare Vergütung seine dortigen Selbstkosten überstiegen hätte, entgeht dem Unternehmer letztlich Gewinn<sup>1133</sup>. Solcherart entgangener Gewinn ist ein

---

<sup>1132</sup> Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob der Unternehmer durch seinen Mehraufwand *im streitigen Bauvorhaben* einen Gewinn erzielen soll, d.h. ob ihm bei der Kompensation der mitwirkungsbedingten Nachteile zusätzlich zum Kostenersatz auch ein Gewinnzuschlag zu gewähren ist oder nicht (vgl. dazu die Übersicht in Rz 1410 ff. m.V.).

<sup>1133</sup> Der Unternehmer wird freilich beweisen müssen (was in der Praxis regelmässig Schwierigkeiten bereiten dürfte), dass es ohne das Mitwirkungsversäumnis zum Abschluss des betreffenden Drittvertrags gekommen wäre und welchen Gewinn er aus diesem Auftrag gezogen hätte.

Negativum und zeichnet sich dadurch aus, dass Mittel «planwidrig» nicht zufließen. Entgangener Gewinn ist damit nie Aufwand und auch nie Mehraufwand im hier verstandenen Sinne (auch nicht werkfremder, vgl. Rz 757 f.), weil die so erlittene Vermögenseinbusse weder zugunsten des geschuldeten Bauwerks noch zugunsten eines anderen Objekts irgendeinen Nutzen stiftet.

## 5. Sonstige Einbussen

- 841 **1.** Ein weiterer nennenswerter Fall mitwirkungsbedingter Vermögenseinbussen tritt ein, wenn der Unternehmer aufgrund des Mitwirkungsversäumnisses **bereits akquirierte Aufträge verliert**, zum Beispiel weil er im Rahmen eines Drittauftrags in Verzug gerät und der Dritte vom Vertrag zurücktritt. Äusserlich scheint das Phänomen zunächst dem des *lucrum cessans* ähnlich, denn auch hier entgeht dem Unternehmer Gewinn. Doch bilden bereits akquirierte Aufträge in der Bilanz des Unternehmers ein Aktivum (die Vergütungsforderung), während entgangener Gewinn sich dadurch auszeichnet, dass er in den Büchern des Unternehmers nicht in Erscheinung tritt. Fällt nun auf der Aktivenseite die Vergütungsforderung des Unternehmers weg, verkürzen sich die Aktiven des Unternehmers um den entsprechenden Betrag, einschliesslich des darin enthaltenen Gewinns. Auch diese Vermögenseinbusse stiftet keinerlei Nutzen zugunsten des streitigen Bauvorhabens und ist projektfremd (Rz 757 f.), selbst wenn sie auf das Mitwirkungsversäumnis zurückzuführen ist; sie ist deshalb nicht Mehraufwand.
- 842 **2.** Dass das Mitwirkungsversäumnis *an sich* **beim Unternehmer zu einem Sach- oder Personenschaden führt**, dürfte kaum eintreffen, zumindest nicht, ohne dass sich weitere Drittorsachen hinzumischen. Sach- und Personenschäden sind demgegenüber eine häufige Folge der Verletzung von Treuepflichten, durch welche der Bauherr eine ungenügende Arbeitsplatz- und Arbeitssicherheit am Ort der Bauleistung (mit-)verursacht (dazu Rz 704 ff.). In diesen Fällen verletzt der Bauherr zwar regelmässig auch eine Mitwirkungsobliegenheit, insoweit deren Zweck teilweise auf denselben Tatsachenerfolg zielt, nämlich eine Baustelle, auf der die Arbeit möglich und zumutbar ist (siehe Rz 705). Doch liegt in diesen Fällen der Haftungsgrund beim Bauherrn nicht darin, dass er eine Mitwirkungsobliegenheit verletzt – was zwar auch zutrifft –, sondern in der Verletzung der Treuepflicht, deren Zweck nicht eigentlich auf die Leistungsbewirkung zielt, sondern den Status quo der Rechtsgüter des Unternehmers schützt (Rz 707).

Der durch Sach- und Personenschaden verursachte Geldaufwand ist ein übriger Vermögensnachteil, denn er dient in keiner Weise der Herstellung des geschuldeten Bauwerks. Entsprechend kann der Unternehmer für solche Einbussen nur über jene Kompensationsansprüche Ersatz fordern, die sich nicht auf den Mehraufwand beschränken (namentlich: über die hinten behandelten Schadenersatzansprüche, Rz 1228 ff.), *soweit* er den Ersatz über *mitwirkungsbedingte* Kompensationsansprüche anstrebt. Wie gesagt aber wird dem Unternehmer in solchen Fällen regelmässig ein eigenständiger Schadenersatzanspruch daraus erwachsen, dass der Bauherr im Zuge des Mitwirkungsversäumnisses eine Treuepflicht verletzt (Rz 707, 842).

### C. Querschnitt: Einbussen infolge zeitlicher Neuankordnungen

1. Das Mitwirkungsversäumnis verursacht in der Regel eine zeitliche Neuankordnung der Werkausführung<sup>1134</sup>: Der Start oder die Vollendung, ein Meilenstein oder ein einzelner Arbeitsstrang wird gegenüber dem hypothetischen, ungestörten Bauablauf zeitlich versetzt, **findet also früher (die Ausnahme) oder später (die Regel) statt**, als es ohne das Mitwirkungsversäumnis der Fall gewesen wäre. Solche Neuankordnungen bilden häufig eine Ursache für sekundäre Vermögenseinbussen des Unternehmers<sup>1135</sup>, weshalb es sich anbietet, die wichtigsten Konstellationen solcher Neuankordnungen und die hierfür typischen Vermögenseinbussen des Unternehmers zu systematisieren. Indirekte Kosten werden nicht mehr aufgegriffen, diesbezüglich wird auf Rz 819 ff. verwiesen.

2. Unter zeitlichen Neuankordnungen sind alle zeitlichen Differenzen gegenüber dem hypothetisch ungestörten Bauablauf gemeint, die aufgrund des Mitwirkungsversäumnisses auftreten. Verwendet werden folgende **Begrifflichkeiten**: Führt das Mitwirkungsversäumnis dazu, dass ein Arbeitsvorgang nicht begonnen werden kann, wird der *Ausführungsbeginn aufgeschoben*. Hat dagegen der Unternehmer mit der Werkausführung schon begonnen, führt das Mitwirkungsversäumnis in der Regel zur *Unterbrechung* der Werk-

<sup>1134</sup> Freilich können Witterungsglück oder Beschleunigungsmassnahmen dazu führen, dass erlittene Verzögerungen ausgeglichen werden und der Ist-Vollendungstermin doch noch auf dem Soll-Vollendungstermin zu liegen kommt. Doch hat sich der Bauablauf dann «im Innern» gleichwohl neu angeordnet.

<sup>1135</sup> HÜRLIMANN spricht in diesem Zusammenhang vom «Verzögerungsmehraufwand» des Unternehmers, der auf die «Zwischenursache» der Bauverzögerung zurückzuführen sei (HÜRLIMANN, FS Gauch, S. 834).

ausführung bzw. des Arbeitsvorgangs, mindestens aber zu dessen *Verlangsamung*. Während der Unternehmer auf diese Primärauswirkungen zunächst keinen Einfluss hat, liegt es mangels anderer Abreden in seinem Ermessen, Arbeitsvorgänge *umzustellen*, indem er diese entweder *vorzieht* oder *verschiebt*, d.h. früher oder später als geplant beginnt, ausführt oder vollendet<sup>1136</sup>. Fällt das Mitwirkungsversäumnis schliesslich weg, muss der Unternehmer die Werkausführung je nachdem *beginnen* (Aufschub) oder *fortsetzen* (Unterbruch, Verlangsamung). Vollendet schliesslich der Unternehmer den Arbeitsvorgang oder das Werk, geschieht dies in der Regel zu einem späteren Zeitpunkt als es ohne Mitwirkungsversäumnis der Fall gewesen wäre, d.h. die Werkausführung wurde *verlängert* und die Fertigstellung *verzögert*.

### 1. Einarbeitungseffekte

- 846 **1. Innerhalb eines Arbeitsvorgangs verläuft die Produktivität von Arbeitskräften in drei Phasen:** In der anfänglichen An- oder Einlaufphase wird noch mit verminderter Produktivität gearbeitet, weil sich die Arbeitskräfte des Unternehmers bzw. er selbst in den Arbeitsprozess eingewöhnen müssen<sup>1137</sup>. Die Produktivität steigt während der Anlaufphase zunächst schnell und zur Hauptphase hin immer langsamer (degressiver Anstieg<sup>1138</sup>). Haben die Arbeitskräfte den Prozess mental und motorisch adoptiert und «spielt» sich der Produktionsablauf «ein»<sup>1139</sup>, erreichen die Arbeitskräfte ihre Maxi-

---

<sup>1136</sup> Bsp.: Zwei Arbeitsstränge A und B sind hintereinander geplant, bevor der zeitlich *unverrückbare* Arbeitsstrang C beginnen soll, und der Bauherr verzögert bereits den Arbeitsstrang A so lange, dass der Arbeitsstrang B nicht mehr vor Beginn des Arbeitsstrangs C vollendet werden kann. Der Unternehmer ist gezwungen, den Arbeitsstrang B auf später zu verlegen und stattdessen C zu beginnen, was in einer Umstellung resultiert. Vorausgesetzt ist selbstredend, dass B mit C nicht in einer zwingenden Start-/Stopp-Beziehung steht (Rz 895).

<sup>1137</sup> Ein anlässlich einer Instruktionsverhandlung gehörtes Votum vonseiten des Vorsitzenden eines Richterergremiums am Zürcher Handelsgericht lautete, dass «Einlaufphasen allenfalls im Sport, nicht aber auf der Baustelle» zu finden seien. Der heutige Forschungsstand spricht offenbar eine andere Sprache.

<sup>1138</sup> Vgl. WÜRFELE/GRALLA/SUNDERMEIER, Rz 2040 (Abb. 27); VYGEN/JOUSSEN/LANG/RASCH, Rz B383 ff. (Abb. 196).

<sup>1139</sup> Solche Effekte stellen sich mit Blick auf die einzelne Arbeitskraft deshalb ein, weil ein Arbeiter im Verlaufe von Wiederholungen mit der Aufgabe zunehmend vertraut wird, weil seine Bewegungen sich zunehmend koordinieren und weil sich sein Körper dem Arbeitsablauf anpasst (WACHTER, Diss., S. 92 m.w.N.). Wie stark der Effekt

malproduktivität, endet die Anlaufphase und beginnt die Hauptphase. Während dieser Phase wird der normale Produktivitäts(mittel-)wert leicht überschritten (vgl. Rz 957). In der Auslaufphase demgegenüber, d.h. gegen Arbeitsschluss hin, fällt die Produktivität wieder unter den normalen Produktivitätswert und reduziert sich schliesslich auf quasi null<sup>1140</sup>.

2. Der Unterbruch oder die Verlangsamung der Werkausführung können, 847 wenn sie lange genug andauern, dazu führen, dass Arbeitskräfte **bereits erarbeitete Einarbeitungseffekte verlieren**. Bei der *Umstellung* kommt das etwa vor, wenn ein bereits begonnener Arbeitsvorgang verschoben und ein anderer vorgezogen wird. Diese Verluste sind zunächst einmal rein geistig-motorischer Natur. Doch führen sie mittelbar zu einem sekundären Produktivitätsverlust, nämlich nach Wegfall des Mitwirkungsverzugs, wenn sich die Arbeitskräfte bei der Fortsetzung des Arbeitsvorgangs wieder in die Anlaufphase zurückversetzt sehen. Beim *Aufschub* eines Arbeitsvorgangs demgegenüber kommt es begriffsgemäss nicht zum Verlust von Einarbeitungseffekten; es folgt dementsprechend auch kein sekundärer Produktivitätsverlust beim späteren Beginn des Arbeitsvorgangs, denn die dann stattfindende Anlaufphase hätte der Unternehmer ohnehin zu bewältigen gehabt (Ohnehin-Aufwand).

## 2. Suboptimale Zusammensetzung vorgehaltener Kapazitäten

Aufschübe und Unterbrüche ermöglichen dem Unternehmer bzw. machen es 848 auch zu seiner Obliegenheit (vgl. Rz 1493 ff.), im Wege von Transitions-massnahmen andere Arbeitsvorgänge oder auch andere Aufträge zu bedienen. Solche Massnahmen führen unter Umständen zur **personellen, technischen, logistischen oder organisatorischen Veränderung der vorgehaltenen Kapazitäten**, die sich hinterher negativ auf die Produktivität aus-

---

beim einzelnen Mitarbeiter in Erscheinung tritt, hängt auch von der kollektiven Lernstärke seiner Gruppe ab, die wiederum stark von deren Zusammensetzung, Gruppendynamik und Führung mitbestimmt ist (WACHTER, Diss., S. 90 f.). Einarbeitungseffekte seien etwa im Rahmen von Schalarbeiten in erheblichem Masse zu beobachten, weniger bei Maurer- oder Betonarbeiten und kaum noch bei Bewehrungsarbeiten (VYGEN/JOUSSEN/LANG/RASCH, Rz B384).

<sup>1140</sup> Vgl. z.G. auch HOFSTADLER/KUMMER, GBB 2017, S. 74 f.; KAPPELLMANN/SCHIFFERS/MARKUS, Bd. 1, Rz 1094, 1557; VYGEN/JOUSSEN/LANG/RASCH, Rz B383 ff.; WACHTER, Diss., S. 83 ff.; WÜRFELE/GRALLA/SUNDERMEIER, Rz 2040; vgl. auch ZH-HGer HG120098 (04.08.2015) E. 3.5.3.3.2 («verpuffte Einarbeitungseffekte»).

wirken, wenn der Unternehmer den unterbrochenen oder aufgeschobenen Arbeitsvorgang fortsetzt bzw. beginnt. Beispielsweise verschlechtert sich die Produktivität einer Arbeitskolonne dadurch, dass ihr durch die frühere Umstellung weniger geeignete Arbeitskräfte oder weniger geeignetes Inventar zur Verfügung steht (Produktivitätsverluste: Rz 759 ff.). Davon zu unterscheiden ist der Fall, da ein Arbeitsvorgang (ordentliche Erfüllungshandlungen) mit überqualifizierten Arbeitskräften oder Inventar begonnen bzw. fortgesetzt werden muss; wird solcherart «mit Kanonen auf Spatzen geschossen», entsteht dem Unternehmer eine endogene Kostensteigerung (dazu Rz 804 ff.). Weniger produktiv arbeiten die Arbeitskräfte zum Beispiel auch, wenn sie durch Aufschub oder Unterbruch die Arbeit planwidrig zu einem Zeitpunkt aufnehmen, in welchem sie sich den Arbeitsplatz mit zu vielen Nebenunternehmern teilen müssen und hierdurch verlangsamt werden. Werden zudem Arbeitsprozesse auf diese Weise weniger häufig und/oder weniger schnell wiederholt, stellen sich Einarbeitungseffekte langsamer ein (vgl. Rz 846 f.).

### 3. Versetzung in aufwändigere Perioden

- 849 Durch Aufschübe, Unterbrüche und Verlangsamungen können ordentliche Erfüllungshandlungen **in andere Zeiträume versetzt werden**, in denen den Unternehmer die Werkausführung **teurer** zu stehen kommt, als es bei ungestörtem Bauablauf der Fall gewesen wäre. Häufigster Fall ist die Verschiebung von Erfüllungshandlungen in spätere, teurere Perioden, doch bewirkt auch das Vorziehen eines Prozesses in eine frühere Periode eine Verteuerung, wenn der Prozess zum regulären, späteren Zeitpunkt günstiger ausgefallen wäre. Zu denken ist hier an die zum Zeitpunkt der Werkausführung herrschenden *Witterungsbedingungen*: Sie sind für den Unternehmer zumindest dann aufwandrelevant, wenn seine Arbeiten der Witterung ausgesetzt und witterungsempfindlich sind. Das ist bei Bauverträgen nicht zwingend der Fall, sondern abhängig vom konkreten Leistungsinhalt und -ort. Soweit die Witterung jedenfalls auf die Werkausführung durchschlägt, führt das möglicherweise zu einer Stehzeit oder Leistungserschwerung (sekundäre Produktivitätsverluste, Rz 759 ff.), oder auch zu ausserordentlichen Erfüllungshandlungen (Rz 782 ff.), wie zum Beispiel zu Winterbaumassnahmen <sup>1141</sup>.

---

<sup>1141</sup> Anderes Bsp.: Durch das verlängerte Vorhalten von Stahlmatten, die für einen Sichtbetonbau vorgesehen sind, setzen diese mehr als nur Flugrost an, sodass sie vor dem eigentlichen Betonbau zunächst maschinell abgerieben werden müssen.

Entscheidend sind sodann die zum Zeitpunkt der Werkausführung herrschenden *Beschaffungspreise* für Produktionsmittel, beispielsweise Löhne für Personal, Mietzins für gemietetes Inventar oder auch Preise von Fremdleistungen (exogene Kostensteigerungen, Rz 816). Mehraufwand tritt ein, wenn sich die Kostensteigerung beim Unternehmer konkret auswirkt: Steigt etwa das Lohnniveau einer bestimmten Handwerkerkategorie an, schlägt das nicht ohne weiteres auf die Löhne der eingestellten Arbeitskräfte durch, wohl aber etwa dann, wenn ein im Rahmen eines GAV geregelter (Mindest-)Lohn angehoben wird<sup>1142</sup>. Ist der Mietzins für Inventar vertraglich an einen Preisindex geknüpft und steigt im betreffenden Zeitraum dieser Index, steigt auch der Mietzins.

#### 4. Einbussen im Zusammenhang mit Drittaufträgen

Übrige Vermögenseinbussen aus Mitwirkungsversäumnissen entstehen dem 850 Unternehmer nicht nur, aber überwiegend im Zusammenhang mit bestehenden oder potenziellen Drittaufträgen. Sie sind regelmässig Folgen von zeitlichen Neuankordnungen der Werkausführung. Aufschübe, Unterbrüche und Verlangsamungen führen, soweit sie nicht durch Beschleunigungsmassnahmen oder andere, nicht in der Macht des Unternehmers liegende Faktoren neutralisiert werden (Witterung, Abbestellung von Werkteilen), zur *Verlängerung* von einzelnen Arbeitsvorgängen oder der Werkausführung insgesamt. Durch die längere Befassung seiner Produktionsmittel mit dem Bauvorhaben wird der Unternehmer unter Umständen **Dritten gegenüber vertragsbrüchig**, muss **Mehraufwand zugunsten eines Dritten** betreiben oder es **entgeht ihm Gewinn** aus einem abgelehnten Drittauftrag (Rz 834 ff.). Doch ist das eine Folge, die sich prinzipiell auch aus dem *Vorziehen* von Arbeiten ergeben kann: Sieht sich der Unternehmer aufgrund des Mitwirkungsversäumnisses zu einer solchen Umstellung gezwungen, muss er hierfür möglicherweise Kapazitäten aufbringen, die er für die gleichzeitige Bearbeitung eines Drittauftrags hätte einsetzen können, weil sie bei regulärem Ablauf erst später mit diesem Arbeitsvorgang hätten befasst werden müssen.

---

<sup>1142</sup> Vgl. etwa den Landesmantelvertrag für das Bauhauptgewerbe vom 13. Februar 1998, vom Bundesrat mit Beschluss vom 10. November 1998 für allgemeinverbindlich erklärt (siehe auch die Wiederinkraftsetzung und Änderung vom 6. Februar 2019, BBl 2019 1445 ff.).

5. Einbussen aus «Bauzeitverlängerung»?

- 851 Das Mitwirkungsversäumnis führt nicht zwingend, aber oft zur Verlängerung der Werkausführung, zu einer eigentlichen Bauzeitverlängerung<sup>1143</sup>. Gemeint ist damit der Umstand, dass die Vollendung des Werks und die damit einhergehende **Freigabe der Unternehmerkapazitäten später erfolgt**, als es ohne das Mitwirkungsversäumnis der Fall gewesen wäre. Die Verlängerung bezeichnet mithin den Zeitraum des «Verspätungsdeltas» am Ende der Werkausführung. Für den Unternehmer mag es zuweilen einfacher und schneller erscheinen, seine mitwirkungsbedingten Vermögenseinbussen allein anhand dieser sekundären Auswirkung des Mitwirkungsversäumnisses zu umschreiben. Doch sollte er m.E. davon absehen, weil die Einbussen sich normalerweise weder auf den Verlängerungseffekt beschränken noch allein anhand des Verlängerungseffekts darstellbar sind:
- 852 – Unbestritten ist, dass Einbussen im Zusammenhang mit *Drittaufträgen* (Rz 850) regelmässig aus der Verlängerung der Werkausführung entstehen. Sie ergeben sich für den Unternehmer normalerweise daraus, dass er seine Ressourcen nicht rechtzeitig zugunsten eines anderen Auftrags mobilisieren kann. Doch ist das nicht zwingend mit der Verlängerungsphase verbunden; auch das Vorziehen von Arbeitsvorgängen kann – durchaus noch innerhalb der vereinbarten Bauzeit – zur selben Folge führen, wenn dadurch Verbindlichkeiten gegenüber Dritten verletzt werden.
- 853 – *Witterungsbedingte Produktivitätsverluste (oder -gewinne) und exogene Kostensteigerungen* (Rz 816, 849) treten nicht nur in der Verlängerungsphase auf, sondern können den Unternehmer letztlich bei jeder zeitlichen Neuordnung des Bauablaufs heimsuchen.

---

<sup>1143</sup> Der Begriff wird namentlich in der deutschen Rechts- und Baubetriebsliteratur mit unterschiedlichem Bedeutungsgehalt verwendet. Zum Teil werden damit sämtliche Nachteile bezeichnet, die dem Unternehmer aus einer Ablaufstörung widerfahren (z.B. «Auswirkungen von Bauablaufstörungen aus vertragskonformen [*sic*] Handeln des Auftraggebers», VYGEN/JOUSSEN/RASCH/LANG, Rz B59). Zuweilen wird damit scheinbar nur (wie hier auch) die zeitliche Differenz zwischen der Soll- und der Ist-Vollendung erfasst (z.B. «Verlängerungszeitraum», VYGEN/JOUSSEN/RASCH/LANG, Rz B5). – Bei HAUCK/REBMANN, AJP 2018, S. 425, demgegenüber wird scheinbar die Bauzeitverlängerung mit dem Begriff der Bauablaufstörung gleichgesetzt.



- Dasselbe gilt für *sekundäre Produktivitätsverluste*, die der Unternehmer 854 als *Spätfolge* eines früheren Mitwirkungsversäumnisses in der Verlängerungsphase erleidet: Sie sind Mehraufwand, doch können sekundäre Produktivitätsverluste nicht nur dort, sondern schon während der regulären Ausführungsfrist auftreten.
- Schon gar nicht ist es so, dass ordentliche Erfüllungshandlungen allein 855 dadurch zu Mehraufwand würden, dass sie aufgrund des Mitwirkungsversäumnisses in der Verlängerungsphase anfallen. Ordentliche Erfüllungshandlungen wären begriffsgemäss auch ohne das Mitwirkungsversäumnis, nur eben früher durchgeführt worden; sie sind *Ohnehin-Aufwand* (siehe Rz 803). Soweit sich die Bauzeit verlängert, weil der Unternehmer früher nicht mit seiner Normalproduktivität arbeiten konnte, so äussert sich in der Bauzeitverlängerung zwar eine Spätfolge dieses Umstands, doch entsteht dem Unternehmer der eigentliche (Produktivitäts-)Verlust, nämlich der Nutzensausfall bereits anlässlich des Mitwirkungsverzugs, nicht erst in der Verlängerungsphase. Der Bauzeitverlängerung kommt hier lediglich eine gewisse Kontrollfunktion zu (Rz 958).

Die «Bauzeitverlängerung» im hier verstandenen Sinne ist deshalb kein 856 geeigneter Anhaltspunkt für die ganzheitliche Ermittlung der Nachteile unternehmerseits. Ihre Ermittlung sollte vorzugsweise bei den drei Kategorien des *Mehraufwands* (Produktivitätsverluste; ausserordentliche Erfüllungshandlungen; Mehrkosten für ordentliche Erfüllungshandlungen) sowie an den Erscheinungsformen der *übrigen Vermögensnachteile* ansetzen.

## D. Nachweis der Vermögenseinbussen

Nachdem die mitwirkungsbedingten Vermögenseinbussen des Unternehmers 857 typisiert sind, ist zu besprechen, wie und mit welchen Schwerpunkten der Unternehmer die Einbussen zu ermitteln und im Rahmen einer gerichtlichen Auseinandersetzung zu beweisen hat. Im Vordergrund steht zunächst einmal die gedankliche Methode, mit welcher die Vermögenseinbussen zu ermitteln sind (1.), anschliessend folgen konkrete Umsetzungsvorschläge in den Grundzügen (2.). Vertieft wird dann die Konstruktion des Soll-Ablaufs (3.) und schliesslich die Beweislast und das Beweismass im Zivilprozess (4.). Weitergehende zivilprozessuale Aspekte der Forderungsklage des Unternehmers werden hier ausgelassen, weil sie den Rahmen dieser Betrachtung sprengen würden.

1. Methode: Differenzbetrachtung

- 858 1. «Wo das Gesetz es nicht anders bestimmt, hat derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet» (ZGB 8). In Ermangelung anderer vertraglicher Abreden trägt also der Unternehmer die Beweislast für die anspruchsbegründenden Tatsachen. Welches die anspruchsbegründenden Tatsachen sind, bestimmt sich nach den Tatbestandsvoraussetzungen der Anspruchsgrundlage, auf die sich der Unternehmer stützt. Unter allen hier interessierenden Kompensationsansprüchen hat der Unternehmer darzulegen, dass der Bauherr zunächst eine **Mitwirkungsobliegenheit bzw. -pflicht**<sup>1144</sup> **verletzt** hat und dass dem Unternehmer dieses Versäumnis anschliessend eine **Vermögenseinbusse** verursacht hat<sup>1145</sup>. Der Schwerpunkt des Beweises liegt mithin auf Art, Dauer und Umfang des Mitwirkungsversäumnisses, dessen zeitlichen und qualitativen Auswirkungen auf den Bauablauf und den Auswirkungen des gestörten Bauablaufs auf das Vermögen des Unternehmers. Diese Sachverhaltselemente weisen eine chronologisch-zwingende Abfolge auf: Mitwirkungsversäumnis – Ablaufstörung – Vermögenseinbusse. Das überrascht nicht, weil ja auch die Bauleistung dauerleistungsähnliche Züge trägt (Rz 650), mithin zeitgebunden ist und einen prozessartigen, zeitlich und qualitativ umschreibbaren Ablauf (was geschieht wann) aufweist (Rz 385). Ist für die Bauleistung zu einem gegebenen Zeitpunkt die Bauherrenmitwirkung erforderlich und bleibt diese aus, schlägt sich dieses Ausbleiben entsprechend in einer zeitlichen und qualitativen Veränderung des Bauablaufs nieder. Damit muss der Unternehmer seine Vermögenseinbusse schon der Sache nach anhand einer **bauablaufbezogenen Darstellung** der anspruchsauslösenden Tatsachen ermitteln und nachweisen<sup>1146</sup>.

---

<sup>1144</sup> Bei der Treuepflichtverletzung (Rz 1369 ff.) muss der Unternehmer zusätzlich darlegen, dass der Bauherr seine Pflicht zur rechtzeitigen Säumnisanzeige verletzt hat.

<sup>1145</sup> Je nach Anspruchsgrundlage treten weitere Anspruchsvoraussetzungen hinzu, die nicht hier, sondern bei den einzelnen Kompensationsansprüchen dargestellt werden.

<sup>1146</sup> Die bauablaufbezogene Darstellung entspricht denn auch einer vom BGH wiederholt aufgestellten Beweisanforderung im Zivilprozess (z.B. BGH VII ZR 141/03 (24.02.2005); vgl. auch OLG Köln 24 U 199/12 (28.01.2014) = NZBau 2014, S. 626). Eingehend MÖHRING, Diss., S. 57 ff. Dazu auch VYGEN/JOUSSEN/LANG/RASCH, Rz B725 m.w.N.; WÜRFELE/GRALLA/SUNDERMEIER, Rz 1898, 1962 ff. je m.w.N.

2. Mit der Darstellung des tatsächlich eingetretenen Bauablaufs ist es für den Unternehmer allerdings nicht getan. Anhand eingetretener Tatsachen lässt sich allenfalls das Mitwirkungsversäumnis des Bauherrn einerseits und der davon beeinflusste, tatsächliche Bauablauf andererseits beweisen. Der Nachweis der Kausalität und der Vermögenseinbussen aber fusst zwingend auf einem **hypothetischen Vergleichsmass**. 859

a. Denn die mitwirkungsbedingten Vermögenseinbussen zeichnen sich dadurch aus, dass sie ohne das Mitwirkungsversäumnis nicht eingetreten wären. Auf diese Hypothese stellt schon die *schadensrechtliche Differenzhypothese* ab (vgl. Rz 1266), doch ist dieses Prinzip unter *allen* hier interessierenden Kompensationsansprüchen eine logische Notwendigkeit: Einen monetär quantifizierbaren Mehraufwand kann der Unternehmer erst aufzeigen, wenn er zunächst anhand des Bauablaufs den Einsatz von Arbeitskraft- und Maschineneinsatz, Material- und Inventarmengen usw. (umgangssprachlicher Aufwand, Rz 754) nachweist, der ihm ohne das Mitwirkungsversäumnis *nicht entstanden wäre*. Erst dann lässt sich dieser Wert mit den effektiven oder vereinbarten Beschaffungs-, Betriebs- und Vorhaltepreisen multiplizieren. Dass der Unternehmer eine übrige Vermögenseinbussen getroffen hat, zum Beispiel indem ihm ein potenzieller Drittauftrag nicht zugeschlagen worden ist, lässt sich nur nachweisen, indem dargestellt wird, dass der Ausfall ohne das Mitwirkungsversäumnis nicht eingetreten, dem Unternehmer also bei rechtzeitiger Vollendung des Bauwerks der Anschlussauftrag vergeben worden wäre. 860

b. In sinngemässer Anwendung der Differenzhypothese lässt sich also für mitwirkungsbedingte Vermögenseinbussen formulieren: Sie ergeben sich aus der Differenz zwischen dem gegenwärtigen, *hypothetischen Vermögensstand* des Unternehmers einerseits, wie er bei rechtzeitiger Mitwirkung vorgelegen hätte, und seinem gegenwärtigen, *tatsächlichen Vermögensstand* andererseits. Der hypothetische Vermögensstand des Unternehmers ergibt sich aus dem bis zum Zeitpunkt der Differenzbetrachtung hypothetisch eingetretenen Bauablauf, wie er bei rechtzeitiger Mitwirkung eingetreten wäre («**Soll-Ablauf**»). Der tatsächliche Vermögensstand des Unternehmers ist das Resultat des bis zum Zeitpunkt der Differenzbetrachtung tatsächlich eingetretenen Bauablaufs («**Ist-Ablauf**»). 861

3. Die auf dem Abgleich von Soll- und Ist-Ablauf fussende Differenzbetrachtung bildet auch in der **deutschen und österreichischen Rechtsliteratur** ganz überwiegend den Ausgangspunkt für die Ermittlung von Kompensati- 862

onsfolgen aus gestörtem Bauablauf<sup>147</sup>. Dabei ist unbeachtlich, dass die Methode dort auch für nicht mitwirkungsbedingte Störungen verwendet wird<sup>148</sup> und dass auch dort, wo es um die Folgen des Mitwirkungs säumnisses geht, die Anspruchsgrundlagen je nach anwendbarem Recht (DE, Ö, CH) und je nach Vertragsinhalt (zum Beispiel VOB/B, ÖNORM, SIA-Norm 118) inhaltlich variieren: Auf die Rekonstruktion und den Abgleich von Soll- und Ist-Ablauf ist der Unternehmer grundsätzlich immer verwiesen, will er in schlüssiger Weise darlegen, dass und welche Nachteile er durch (irgend-)eine Ablaufstörung erlitten hat.

## 2. Anstösse zur konkreten Umsetzung

### a. Übersicht und Eingrenzungen

- 863 1. Es obliegt dem Unternehmer nicht erst in seiner Forderungsklage gegen den Bauherrn, seine mitwirkungsbedingten Vermögenseinbussen schlüssig darzustellen, sondern schon im Vorfeld einer gerichtlichen Auseinandersetzung, insoweit er eine einvernehmliche Lösung mit dem Bauherrn anstrebt. Aber selbst wenn der Zivilprozess unumgänglich wird, wird der Unternehmer schon vor Einleitung seiner Klage zahlreiche, seine Ansprüche begründende Tatsachen feststellen und in geeigneter Form dokumentieren, sowie auf Basis dieser Tatsachen Schlussfolgerungen ziehen müssen, die er noch dazu in nachvollziehbarer Form darzustellen haben wird. Die **Methode**, mit welcher **mitwirkungsbedingte Vermögenseinbussen zu errechnen und darzustellen** sind, ist deshalb für den Unternehmer zentral. Zentral ist die Methode aber *auch für den Bauherrn*, denn sie bestimmt mit, inwieweit all-

---

<sup>147</sup> Siehe bspw. KAPELLMANN/SCHIFFERS/MARKUS, Bd. 1, Rz 1593 ff.; KARASEK, Komm-ÖNORM, Pkt. 6.2.7 N 897 (dort nicht mit Bezug auf die ÖNORM, sondern ABGB § 1168); SCHWERTNER/KUMLEHN, GBB 2017, S. 132 ff.; WÜRFELE/GRALLA/SUNDERMEIER, Rz 1903 ff., 1962 ff.; VYGEN/JOUSSEN, Rz 2049 ff. Sinngemäss schlagen dies auch SCHUMACHER/KÖNIG, Rz 613 und HÜRLIMANN, FS Gauch, S. 835, vor, wenn sie beim Vergleich von effektivem Aufwand und Ohnehin-Kosten ansetzen. Vgl. KBOB, Leitfaden, S. 4 und Anhang: «Ob eine Bauablaufstörung im konkreten Einzelfall vorliegt, ergibt sich anhand eines Vergleiches zwischen dem vereinbarten Bauablauf [...] und dem geänderten/effektiv eingetretenen Bauablauf» (Bemerkung: der vereinbarte Bauablauf kann, muss aber nicht zwingend als Soll-Ablauf zugrunde gelegt werden; weiterführend Rz 922 ff.).

<sup>148</sup> Z.B. für die Ermittlung der Verzögerungen und Kostenfolgen aus einseitigen Bestellungenänderungen oder aus dem Herstellungsverzug des Unternehmers.

fällige Tatsachen mit abgebildet werden, auf deren Grundlage er die Ansprüche des Unternehmers zu widerlegen vermag.

2. In der **Schweiz** existieren, abgesehen von den allgemeinen zivilprozessrechtlichen Beweisregeln und den schuldrechtlichen Regeln der Schadens- und Vergütungsberechnung, keine gesetzlichen Vorschriften zur Frage, wie solche Vermögenseinbussen zu errechnen und darzustellen sind. Höchststrichterliche Rechtsprechung hierzu ist keine vorhanden. In der schweizerischen Baubetriebs- und Rechtsliteratur wird, soweit die Methode zur Sprache kommt, der Ist/Soll-Abgleich zwar als die zielführende Methode angesehen, fürs Weitere aber auf das ausländische baubetriebliche und daran angrenzende juristische Schrifttum verwiesen<sup>1149</sup>. Dort allerdings herrschen unterschiedliche Auffassungen darüber, wie der Ist/Soll-Abgleich konkret durchzuführen sei.

a. Allein im *bundesdeutschen* Rechtsraum werden, je nach Zählweise, ca. 865 fünfzehn Verfahren für die Ermittlung der Ablauf-Differenz vorgeschlagen<sup>1150</sup>. Die Vielfalt der Ansätze erklärt sich unter anderem dadurch, dass in Deutschland mehrfach höchstrichterliche Rechtsprechung zu den Anforderungen insbesondere an den Kausalitätsbeweis ergangen ist<sup>1151</sup>. Die vorgeschlagenen Verfahren sind entsprechend stark von dieser Rechtsprechung, aber auch von den beweisrechtlichen Anforderungen des deutschen Zivilprozessrechts geprägt. Auf diese Ansätze wird hier nicht im Einzelnen zurückgegriffen, sondern es sollen lediglich drei Ansätze in den Grundzügen skizziert sein, die nach Auffassung von SCHWERDTNER/KUMLEHN die wichtigsten Elemente der unterschiedlichen Verfahren in sich vereinigen (Rz 870 ff.).

<sup>1149</sup> Etwa HÜRLIMANN, FS Gauch, S. 833, mit Verweis auf die *Time Impact Analysis* und die *Snapshot Analysis*.

<sup>1150</sup> Vgl. MÖHRING, Diss., S. 74–101; SCHWERDTNER/KUMLEHN, GBB 2017, S. 135.

<sup>1151</sup> Vgl. die Übersicht bei MÖHRING, Diss., S. 57–70.

- 866 **b.** Verwiesen wird sodann häufig auf Instrumente zur Messung von Bauverzögerungen («*construction delay analysis techniques*»)<sup>1152</sup>, wie sie vor allem in der angelsächsischen Baubetriebsliteratur ausführlich behandelt werden<sup>1153</sup>, so zum Beispiel auf die *Time Impact Analysis*. Das scheint naheliegend, weil der Zweck dieser Instrumente sich mit demjenigen der Differenzbetrachtung überschneidet: Es geht auch dort darum, die Auswirkungen einer Störung auf den Bauablauf zu ermitteln und darzustellen. Doch werden diese Instrumente hier nur punktuell herangezogen, wo sie zur Konkretisierung der Differenzbetrachtung beitragen, sonst aber nicht vertieft, weil die meisten von ihnen zahlreiche Vorbehalte auf den Plan rufen. Beispiele:
- 867 – *Impacted As-Planned*-Methoden<sup>1154</sup> begnügen sich häufig mit Fiktionen, wo an sich auf den Ist-Ablauf abgestellt werden müsste und könnte. Die eingetretene Störung wird nach Zeitpunkt, Art und Dauer in den Soll-Ablauf eingetragen, dieses störungsmodifizierte Soll wird dann mit dem Ist-Ablauf verglichen. Doch wird der Soll-Ablauf gemäss Stand zu Vertragsschluss konstruiert und zum Zeitpunkt der Störung weder auf seine Auskömmlichkeit überprüft noch entsprechend den tatsächlich eingetretenen Baubedingungen aufdatiert<sup>1155</sup>. Die Gegenüberstellung zeigt daher nicht zuverlässig auf, welcher Arbeitsvorgang reell von der Störung betroffen ist und wie sich die Störung auf den betroffenen Arbeitsvorgang und nachfolgende Vorgänge effektiv auswirkt. Gleich, welche weiteren Operationen dann mit diesem störungsmodifizierten Soll-Ablauf vorgenommen werden<sup>1156</sup>: Die Soll-Seite der Darstellung bleibt realitätsfern

---

<sup>1152</sup> Für diese Methoden existiert keine allgemeingültige *Terminologie*. Es gilt deshalb: «[...] one should never presume to understand the analysis technique employed by an analyst simply on the basis of what label he gives his analysis, rather one should investigate the technique to establish a clear understanding of the methodology employed» (BARRY, Fn 1.).

<sup>1153</sup> So etwa bei BRAIMAH: «As-Planned vs. As-Built», «Impacted As-Planned», «As-Planned But for», «Collapsed As-Built», ««Window» Analysis» und «Time Impact Analysis» (BRAIMAH, *passim*). Auf die ««Window» Analysis» und die «Time Impact Analysis» beziehen sich z.B. auch SCHWERTNER/KUMLEHN mit der «Fenstermethode» (SCHWERTNER/KUMLEHN, GBB 2017, S. 138 f.).

<sup>1154</sup> Einschliesslich Variationen wie z.B. die *Impacted As-Planned But For*-Methode (vgl. BRAIMAH, S. 517 f.).

<sup>1155</sup> Vgl. BARRY, S. 3; BRAIMAH, S. 512–517.

<sup>1156</sup> Bei *Impacted As-Planned* (vgl. BRAIMAH, S. 512 ff.) werden die Verzugsstage addiert und der Verantwortlichkeit der Parteien zugewiesen, allerdings ohne zu prüfen, ob diese Verzugsstage den Ist-Ablauf in der errechneten Weise beeinflusst haben oder

und damit auch das Resultat des Abgleichs mit der Ist-Seite. Die Methode leidet an einem ähnlichen Mangel wie das (hier ebenfalls nicht zu erörternde) abstrakte Äquivalenzkostenverfahren<sup>1157</sup>.

- Oder beispielsweise beruhen *As-Planned vs. As-Built*-Methoden auf der vereinfachten arithmetischen Annahme, dass von den unternehmer- und 868  
bauherrenseitig zu verantwortenden Verzögerungstagen jeweils die kleinere Zahl der Anzahl Tage entspricht, an denen sowohl Unternehmer als auch Bauherr den Bauablauf störten (auch: *Concurrent Delay*; vgl. Fn 1196); in diesem Umfang werden Verzüge rechnerisch einfach weggekürzt. Wird so dann die Verantwortlichkeit jeder Partei ausgerechnet, hat das Resultat mit den effektiv von den Parteien zu verantwortenden Verzögerungen je nachdem wenig zu tun<sup>1158</sup>.

**2. Das baubetrieblich «richtige» Verfahren** jedenfalls kann auch in dieser 869  
Arbeit nicht dargebracht werden. *Zum einen* gibt es «das eine» richtige Verfahren aus rechtlicher Sicht nicht<sup>1159</sup>. Wie im Einzelnen verfahren wird, ist unbeachtlich, solange das Resultat sachlich die von der Anspruchsgrundlage abgedeckten Vermögenseinbussen wiedergibt, baubetrieblich richtig oder wenigstens vertretbar ist und den beweisrechtlichen Anforderungen des Zivilprozessrechts genügt. Schon die Gegenüberstellung der Soll'- und der Ist'-Methode (Rz 870 ff.) illustrieren, dass bei ausreichender Datenlage dasselbe Problem von zwei gegenüberliegenden Ausgangspunkten angegangen werden kann. Welcher Weg zu wählen ist, entscheidet sich anhand der Umstände des konkreten Einzelfalls, so etwa am Zeitpunkt der Differenzbetrachtung, an

---

nicht. Bei der *Impacted As-Planned But For*-Methode (vgl. BRAIMAH, S. 517 ff.) wird das störungsmodifizierte Soll des Anspruchstellers mit dem Ist-Vollendungstermin verglichen. Die Differenz wird als Verzugsanteil der Gegenpartei ausgelegt.

<sup>1157</sup> Auch dieses basiert auf einer «mechanischen Fortschreibung» eines Soll-Ablaufs zu einem (ebenfalls hypothetischen, unkorrigierten) Soll-2- und schliesslich Soll-3-Ablauf, jeweils um die Dauer der einzelnen vom Bauherrn zu vertretenden Störungen. Verglichen werden zum Schluss der ursprüngliche Soll-Ablauf und der Soll-3-Ablauf, wobei die Methode keinerlei Rücksicht darauf nimmt, ob das Ausgangs-Soll wie angenommen auskömmlich ist, ob der Soll-Ablauf bis zur Störung hin dem Ist-Ablauf entsprochen hat, ob die Störung die ihr «angelastete» Verzögerung überhaupt und im angenommenen Umfang bewirkt hat usw. (vgl. z.G. KAPPELLMANN/SCHIFFERS/MARKUS, Bd. 1, Rz 1501–1514). Vgl. auch BGH VII ZR 286/84 (20.02.1986) = BauR 1986, S. 347 ff.; MÖHRING, Diss., S. 93 f.

<sup>1158</sup> Vgl. BRAIMAH, S. 511.

<sup>1159</sup> Siehe auch die massgeblich auf die Komplexität des Einzelfalls zugeschnittenen Empfehlungen bei HÜRLIMANN, FS Gauch, S. 831–833.

der Häufigkeit der bisher eingetretenen Ablaufstörungen oder am verfügbaren Datenmaterial. *Zum anderen* wäre die Erarbeitung einer «zivilprozesstauglichen» Beweispraktik für mitwirkungsbedingte Vermögenseinbußen derart mit baubetriebswirtschaftlichen Fragen verwoben, dass die Aufgabe nicht ohne tiefgreifende baubetriebliche und bautechnische Fachkenntnisse angegangen werden könnte. Im Folgenden liegt der Fokus deshalb auf drei aggregierten Umsetzungsvorschlägen aus der deutschen Literatur (**b.**) und, davon abgeleitet, auf den *wesentlichsten* Kriterien, denen die konkrete Umsetzung der Differenzbetrachtung je nach beweisrechtlicher Zielsetzung des Anspruchstellers gerecht werden muss (**c.**).

#### **b. Drei Umsetzungsvorschläge in den Grundzügen**

- 870 SCHWERTDNER/KUMLEHN fassen die in der deutschen Literatur vertretenen Methoden der Differenzbetrachtung in **drei Kategorien** zusammen: Die Soll'-Methode, die Fenster-Methode und die Ist'-Methode<sup>1160</sup>. Sie gehen dabei davon aus, dass die Methoden «bei hinreichender Dokumentationslage [...] zu identischen Ergebnissen führen»<sup>1161</sup>. Die Methoden können ihrer Natur nach nicht nur für die Darstellung von Mitwirkungsversäumnissen, sondern aller Ablaufstörungen schlechthin eingesetzt werden, richten sie sich doch auf die Darstellung des Bauablaufs überhaupt. Die Ansätze werden nachfolgend, entsprechend der Zielsetzung dieser Arbeit, mit Fokus auf das Mitwirkungsversäumnis dargestellt und gewürdigt. Die Methoden sind notabene keine Garanten für den Beweiserfolg vor einem schweizerischen Gericht, doch liefern sie wichtige Anhaltspunkte für die zum Beweis führenden Tatsachen und Denkoperationen, die im Zivilprozess freilich immer auch hinreichend behauptet und substantiiert werden müssen<sup>1162</sup>.

##### *i. Soll'-Methode*

- 871 **1.** Nach der Soll'-Methode sollen Auswirkungen des Mitwirkungsversäumnisses durch das – hier bildlich zu verstehende – «Übereinanderlegen» dreier Bauabläufe ermittelt werden. Der erste ist der Soll-Ablauf zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses, der zunächst aus damaliger Sicht auf seine Auskömm-

---

<sup>1160</sup> SCHWERTDNER/KUMLEHN, GBB 2017, S. 136.

<sup>1161</sup> SCHWERTDNER/KUMLEHN, GBB 2017, S. 136.

<sup>1162</sup> Vgl. ganz allgemein zu wichtigen beweisrechtlichen Aspekten des bauwerkvertraglichen Zivilprozesses: HÜRLIMANN, BRT 2019, *passim*; REETZ, BRT 2009, *passim*; SCHUMACHER, FS Eichenberger, *passim*.



lichkeit und auf Widersprüche bereinigt werden muss. Der zweite ist der Ist-Ablauf, rekonstruiert anhand der verfügbaren Herstellungsdocumentation, der sich über den Soll-Ablauf «legt». Über diesen noch rudimentären Ist/Soll-Vergleich wird eine dritte Ablaufdarstellung eingeblendet, das «**störungsmodifizierte Soll**» oder «**Soll'**». Dieses wird konstruiert, indem die Auswirkungen des Mitwirkungsversäumnisses anhand der Herstellungsdocumentation nach Zeitpunkt, Art und Dauer in den Soll-Ablauf eingearbeitet werden. Daraus resultiert der Soll'-Ablauf, der im Ergebnis die vertraglichen Fristen und Termine abbildet<sup>1163</sup>, wie sie infolge des Mitwirkungsversäumnisses und aller übrigen Störungen neuerdings gegolten haben. Wirkt der Bauherr nicht mit und bewirkt das eine Stehzeit, zeigt sich im Soll' unter Berücksichtigung der Anordnungsbeziehung der einzelnen Arbeitsvorgänge, äusserer Umstände wie zum Beispiel arbeitsfreier Feiertage usw., wann frühestens der Unternehmer den Arbeitsvorgang hätte wiederaufnehmen können und wann (einschliesslich Fristerstreckung, soweit denn eine eintritt; Rz 907 ff.) mit der Fertigstellung des Vorgangs neuerdings zu rechnen gewesen wäre. Weicht nun der Ist-Ablauf von diesen terminlichen Anhaltspunkten im Soll'-Ablauf positiv oder negativ ab, können – wenigstens im Sinne von Anhaltspunkten – «die vom Auftraggeber [Bauherrn] zu vertretenden Verzögerungen, die vom Auftragnehmer [Unternehmer] zu vertretenden Verzögerungen sowie der Erfolg von Beschleunigungsmassnahmen bestimmt und gegeneinander abgegrenzt werden»<sup>1164</sup>.

2. Die Soll'-Methode wird als Instrument zur einmaligen, gesamthaften 872  
Rückschau über den Bauablauf nach dessen Beendigung verstanden. Sie erinnert strukturell an die *Impacted As-Planned*-Verfahren. An deren Hauptmangel, nämlich am mangelnden Bezug zur Baurealität (vgl. Rz 867), leidet auch sie – weil der Soll-Ablauf auf dem Stand bei Vertragsschluss verbleibt –, freilich in geringerem Masse, weil der Soll-Ablauf immerhin auf Auskömmlichkeit überprüft und gegebenenfalls bereinigt wird. Der Ver-

<sup>1163</sup> Z.G. SCHWERTNER/KUMLEHN, GBB 2017, S. 136–138. Die Autoren sprechen in diesem Zusammenhang nur von den terminlichen Ansprüchen des *Unternehmers*. Doch ergibt sich aus einer mitwirkungsbedingten Fristerstreckung zugunsten des Unternehmers immer zugleich auch ein terminlicher Anspruch des Bauherrn, nämlich der Zeitpunkt, bis zu welchem dieser vom Unternehmer die Vollendung des betreffenden Arbeitsvorgangs (Zwischentermin) oder des Bauwerks (Vollendungstermin) verlangen darf.

<sup>1164</sup> SCHWERTNER/KUMLEHN, GBB 2017, S. 137. Dieser Methode wohl auch verschrieben: BAUER, Baubetrieb, S. 773 f.

gleich des störungsmodifizierten Solls mit den Ist-Daten erlaubt immerhin eine Annäherung an die tatsächlichen Auswirkungen des Mitwirkungsversäumnisses. Die Methode liefert *Indizien* für Verzögerungen, die sich aus dem Versäumnis des Bauherrn und aus selbstverschuldeten Verspätungen des Unternehmers ergeben, sowie für allfällige Baubeschleunigungen<sup>1165</sup>. Indizien bleiben sie, weil ohne weitere qualitative Daten zu den Baubedingungen nicht feststeht, ob wirklich verzögert bzw. beschleunigt worden ist oder ob etwa äussere Umstände (Witterung) auf den Ablauf eingewirkt haben (siehe auch Rz 888 ff.), ob der Bauablauf gegenüber dem Soll-Ablauf umgestellt worden ist (Aufdatierung, Rz 880 ff.), ob unternehmerseits ein nicht benötigter Puffer aufgelöst worden ist (Rz 896 ff.) oder ob und wann Wechsel im kritischen Weg (Rz 901 ff.) stattgefunden haben<sup>1166</sup>.

ii. *Fenster-Methode (Snapshot Analysis)*

- 873 1. Die Fenster-Methode setzt voraus, dass die Differenzbetrachtung nicht erst nach Beendigung der Werkausführung erfolgt, sondern schon während derselben, und zwar entweder periodisch (*Windows/Time Slice Analysis*) oder anlässlich eines jeden Mitwirkungsversäumnisses (*Time Impact Analysis*). Bei jeder Differenzbetrachtung wird für die betreffende Periode bzw. für das betreffende Mitwirkungsversäumnis eine **Momentaufnahme** (ein *Snapshot*) des bislang tatsächlich eingetretenen und des künftig erwarteten Bauablaufs geschaffen. Dabei wird zunächst der Soll-Ablauf nicht nur (aus der Perspektive beim Vertragsschluss) auf Auskömmlichkeit überprüft, sondern jeweils entsprechend dem bisherigen Ist-Ablauf *aufdatiert*, damit er im Zeitpunkt der Differenzbetrachtung mit Blick in die Vergangenheit realitätsgetreu und mit Blick in die Zukunft realistisch ausfällt. Für den künftigen Bauablauf wird eine Annahme über die Dauer der Störung getroffen<sup>1167</sup> und der Soll-Ablauf unter Berücksichtigung von Anordnungsbeziehungen der Arbeitsvorgänge untereinander, vertraglichen Vorgaben, äusseren Bedingungen usw. «fortgeschrieben». Weitere Momentaufnahmen werden periodisch bzw. beim Eintritt des nächsten Mitwirkungsversäumnisses geschaffen. Bei jeder weiteren

---

<sup>1165</sup> Beschleunigungen werden durch diese Methode vorderhand einmal sichtbar gemacht. Eine andere Frage ist, ob diese endogenen Kostensteigerungen vom Bauherrn zu ersetzen sind oder nicht (siehe Rz 805 ff.).

<sup>1166</sup> Vgl. ähnliche Einschätzungen der Methode bei SCHWERDTNER/KUMLEHN, GBB 2017, S. 137 f.

<sup>1167</sup> Wenn die Dauer der Störung zum Zeitpunkt der Differenzbetrachtung bekannt ist, kann stattdessen auf dieses Faktum abgestellt werden.

Momentaufnahme allerdings bildet nicht mehr der anfängliche Soll-Ablauf die Grundlage, sondern der in der vorhergehenden Momentaufnahme geschaffene (aufdatierte) Soll'-*Snapshot*. Gleichzeitig liefert jede Momentaufnahme auch den tatsächlichen Bauablauf, der diesem Soll' gegenübergestellt wird. Durch Vergleich der einzelnen Momentaufnahmen lässt sich für jedes Mitwirkungsversäumnis der Zeitpunkt, die angenommene und die tatsächliche Dauer, der angenommene und der tatsächliche Zeitpunkt der Arbeitswiederaufnahme, die angenommene und die tatsächliche Dauer des vom Versäumnis beschlagenen Arbeitsvorgangs sowie darauffolgender Vorgänge ermitteln<sup>1168</sup>. Durch die Führung eines Beschleunigungs- und Verzugskontos zugunsten bzw. zulasten jeder Partei, wird den Parteien je «durch Addition der schrittweise ermittelten Verzögerungen und Verschiebungen»<sup>1169</sup> die Verantwortlichkeit für Störung und Störungsauswirkung zumindest indizienweise zugewiesen.

2. Die Fenster-Methode gleicht nur in den ersten Schritten der Soll'- 874 Methode. Dadurch, dass ein Abbild (*Snapshot*) des bisherigen Ist-Ablaufs und des erwarteten Soll-Ablaufs für jede einzelne Störung (*Time Impact*) bzw. für eine bestimmte Zeitperiode (*Window/Time Slice*) erstellt wird, steht mehr und besseres Datenmaterial über die Auswirkungen jedes einzelnen Mitwirkungsversäumnisses zur Verfügung: Das «kumulierte» störungsmodifizierte Soll aller Momentaufnahmen entspricht zum Schluss hin vollständig dem Ist-Ablauf. Umstellungen des Bauablaufs werden so miterfasst, weil der Soll-Ablauf Stand per Vertragsschluss nur gerade für die erste Momentaufnahme herangezogen wird, für die späteren stattdessen das letztmals aufdatierte und fortgeschriebene (also aktuelle) Soll'. Die Ermittlung von Verzögerungs- oder Beschleunigungsursachen erfolgt zunächst einmal verfeinert, gleichsam engmaschiger. Mitwirkungsbedingte Wechsel im kritischen Weg werden zumindest bei der *Time Impact*-Methode sichtbar; bei der *Time Slice*-Methode kommt es auf die Länge der Zeitfenster an und inwiefern andere Störungen in diesem Zeitraum ihrerseits Wechsel auslösen. Nachteilig ist an der Methode jedenfalls, dass sie bei zahlreichen Mitwirkungsversäumnissen

<sup>1168</sup> Kritisch hierzu BARRY, S. 4 ff., der freilich von einem anderen Begriff der *Time Impact Analysis* auszugehen scheint.

<sup>1169</sup> Z.G. SCHWEDTNER/KUMLEHN, S. 138 f. Vgl. auch BARRY, S. 8 ff.; BRAIMAH, S. 520 ff. Vgl. zu den Beschleunigungs-, Verzugs- und Pufferkonten WERKL/KAHRER/HECK, GBB 2017, S. 117 ff.

bzw. Aufnahmeperioden selbst unter Einsatz von EDV-Hilfsmitteln aufwändig ausfällt<sup>1170</sup>.

iii. *Ist'-Methode*

- 875 **1.** Die Ist'-Methode gleicht einer Umkehrung der Soll'-Methode. Es wird im Anschluss an die Werkvollendung anhand der Herstellungsprotokolle der Ist-Ablauf bis zum Zeitpunkt der Differenzbetrachtung rekonstruiert. Dann werden Zeitpunkt, Art und Dauer der eingetretenen Mitwirkungsversäumnisse ermittelt. Mit diesen Daten wird anstelle eines Soll' ein **«störungsmodifizierter Ist-Ablauf»** oder **«Ist'»** geschaffen: Die Mitwirkungsversäumnisse des Bauherrn und deren Auswirkungen werden im Ist-Ablauf als solche identifiziert und anschliessend der Ist-Ablauf um diese Mitwirkungsversäumnisse fiktiv «gekürzt» (*«collapsed»*). Dieser Ist'-Ablauf wird dann dem Soll-Ablauf gegenübergestellt, der wiederum auf dem Stand zu Vertragsschluss basiert. Die Auswertung dieser Gegenüberstellung erfolgt gleich wie bei der Soll'-Methode<sup>1171</sup>.
- 876 **2.** Die Ist'-Methode wird, wie die Soll'-Methode, wiederum als Mittel zur einmaligen, gesamthaften Rückschau auf den Bauablauf nach dessen Vollen-  
dung verstanden. Strukturell erinnert die Methode an die *Collapsed As-Built*-Methode. Letztere «schreibt» den anhand von Herstellungsprotokollen rekonstruierten Ist-Ablauf «zurück», d.h. identifiziert zunächst Zeitpunkt, Art und Dauer der Mitwirkungsversäumnisse bzw. ihrer Auswirkungen und kürzt diese dann fiktiv aus dem Ist-Ablauf. Das Resultat ist eine Hypothese darüber, wie der Bau ohne Mitwirkungsversäumnisse abgelaufen wäre. *Collapsed As-Built*-Methoden leiden gewöhnlich daran, dass nachträglich logische Anordnungsbeziehungen einzelner Arbeitsvorgänge in einen Ist-Ablauf hineininterpretiert werden müssen, was bei grösseren Bauvorhaben im besten Fall schwierig, im schlechtesten Fall unmöglich ausfällt<sup>1172</sup>. Dieses Problem umgeht die Ist'-Methode, indem sie die Anordnungsbeziehungen aus dem Soll-Ablauf (Stand per Vertragsschluss) übernimmt, was den Vergleich von Soll und Ist' erleichtert, soweit sich im Verlauf der Ausführung nicht erhebliche Veränderungen eingestellt haben. Auch stellt die Ist'-Methode aufgrund ihrer Nähe zum reellen Ablauf mitwirkungsbedingte Umstellungen richtig

---

<sup>1170</sup> Vgl. im Weiteren SCHWERDTNER/KUMLEHN, GBB 2017, S. 139.

<sup>1171</sup> Z.G. SCHWERDTNER/KUMLEHN, GBB 2017, S. 139.

<sup>1172</sup> Vgl. BARRY, S. 7 f.

dar. Ein Nachteil soll freilich darin liegen, dass die Methode allfällige Friststreckungsansprüche des Unternehmers unterschlägt<sup>1173</sup>.

**c. Aus den Methoden abgeleitete Anforderungskriterien**

Wie schon betont, verschaffen die vorstehend skizzierten drei Methoden dem Unternehmer nicht die Gewissheit, dass ihm im Zivilprozess der Beweis seiner Vermögenseinbussen gelingt. Doch liefern die Methoden zahlreiche Anhaltspunkte dafür, wie der Unternehmer seine Einbussen gedanklich ermitteln und darstellen sollte. Die wichtigsten dieser Anhaltspunkte werden nachfolgend ausgearbeitet. 877

*i. Konkretheit*

**1.** Dem Unternehmer obliegt prinzipiell der Beweis der Tatsachen, aus denen er seinen Kompensationsanspruch ableitet (ZGB 8). Ob er diesen Beweis unter dem Regelbeweismass oder unter dem reduzierten Beweismass der hohen Wahrscheinlichkeit (OR 42 II, Rz 959 ff.) zu führen hat, ändert nichts daran, dass das mit dem Streit befasste Gericht Entstehung und Quantität der geltend gemachten Vermögenseinbussen **konkret** zu errechnen bzw. zu schätzen hat, d.h. idealerweise gemäss der im konkreten Einzelfall vom Unternehmer **effektiv erlittenen Höhe**<sup>1174</sup>. Das zwingt den Unternehmer, seine Vermögenseinbussen so konkret wie nur möglich zu errechnen und darzustellen. 878

**2.** Das Erfordernis der Konkretheit bedeutet für den **Ist-Ablauf**, dass dieser so wiedergegeben werden muss, wie er sich tatsächlich zugetragen hat. Für Vermutungen besteht hier kein Raum, die Realität ist die Massgabe. Beispielsweise müssen die Quote des Produktivitätsverlusts, der Produktionsmitteleinsatz für ausserordentliche Erfüllungshandlungen und die Verteuerungsgründe bei ordentlichen Erfüllungshandlungen möglichst genau angegeben und substantiiert werden. Aber auch Umstellungen und andere zeitliche Neuanoordnungen, aus denen der Unternehmer Ansprüche ableitet, 879

---

<sup>1173</sup> Vgl. SCHWERDTNER/KUMLEHN, GBB 2017, S. 139.

<sup>1174</sup> Vgl. etwa im Zusammenhang mit der Berechnung des Schadens im System des Haftpflichtrechts: KESSLER, BSK-OR, Art. 42 N 2; PASQUIER, Diss., Rz 142; REY H./WILDHABER, Rz 224. Das Postulat gilt im hier verwendeten Sinne freilich auch für nicht haftpflichtrechtliche Ansprüche des Unternehmers, namentlich seinen Mehrvergütungs- und seinen Mehraufwendungsersatzanspruch (siehe Rz 966).

müssen so abgebildet werden, wie sie sich zugetragen haben. Allfällige in der Ist-Darstellung vorgenommene Manipulationen müssen als solche deklariert und begründet sein.

- 880 **3. Für den Soll-Ablauf** hat das Gebot der Konkretheit mindestens zweifache Bedeutung.
- 881 **a.** Zum einen muss der Soll-Ablauf im Zeitpunkt der Differenzbetrachtung *auf den Zeitpunkt des Eintritts des Mitwirkungsversäumnisses aufdatiert* werden<sup>1175</sup>. Gab der Soll-Ablauf zu diesem Zeitpunkt die Soll-Bauzeit und den Soll-Ablauf nicht richtig wieder<sup>1176</sup>, muss der Soll-Ablauf so modifiziert werden, dass er die vor dem Mitwirkungsversäumnis eingetretenen Verzögerungen und Beschleunigungen berücksichtigt und so für die Zeit ab Eintritt des Mitwirkungsversäumnisses einen realistischen weiteren Bauablauf aufzeigt. Heranzuziehen sind hierfür die im Ist-Ablauf vermerkten Witterungseinflüsse, Beststellungsänderungen, Umstellungen, Beschleunigungen, unternehmerseitig verschuldeten Verspätungen usw. Durch das Aufdatieren wird verhindert, dass ein Soll-Ablauf konstruiert wird, der bereits im Zeitpunkt des Störungseintritts weder mit der vergangenen Baurealität übereinstimmt noch die künftige Baurealität realistisch wiedergibt.
- 882 **b.** Zum anderen muss der Soll-Ablauf darüber hinaus auch *auf den Zeitpunkt der Differenzbetrachtung aufdatiert werden*, also für die Zeit nach Wegfall des Mitwirkungsverzugs bis hin zum Betrachtungszeitpunkt. In den Soll-Ablauf eingearbeitet werden müssen für diese Phase namentlich alle Ereignisse, die nicht nur den Ist-Ablauf beeinflusst haben, sondern auch den Soll-Ablauf beeinflusst hätten, wäre er tatsächlich so erfolgt (vgl. zur Bedeutung dieses Kriteriums in der Vorteilsanrechnung, Rz 914 ff.).

---

<sup>1175</sup> Selbstverständlich fällt diese Aufgabe leichter, wenn eine entsprechende Aufdatierung noch im Zeitpunkt der Störung oder wenigstens kurz nach deren Wegfall vollzogen wird, wie etwa bei den *Snapshot*-Methoden. Erfolgt diese Operation erst nach Bauvollendung, ist die Aufgabe umso schwieriger, je weiter zurück das Ereignis liegt und je spärlicher es dokumentiert ist. Im Zivilprozess leidet die Glaubwürdigkeit damit zusammenhängender Behauptungen der Parteien tendenziell.

<sup>1176</sup> Bspw. weil der Unternehmer zuvor in Herstellungsverzug geraten ist und eine vertragsgemässe Vollendung bereits ausser Betracht fällt. Oder umgekehrt: weil der Unternehmer beschleunigt hat und die Ausführung weiter fortgeschritten war, als zu diesem Zeitpunkt geschuldet.

ii. *Blickrichtung und Betrachtungszeitpunkt*

1. Die angelsächsischen Methoden der Bauverzögerungsermittlung (Rz 866 ff.) werden unter anderem danach unterschieden, ob sie eine retrospektive oder prospektive Analyse der Störungsauswirkung zulassen<sup>1177</sup>. 883  
 Prospektiv muss eine Methode vor allem dann einsetzbar sein, wenn sie *während* der Bauausführung als Planungs- und Entscheidungshilfe dienen soll. Die Ermittlung der mitwirkungsbedingten Vermögenseinbussen hat demgegenüber in der Vergangenheit liegende Kausalitäten und Auswirkungen aufzuzeigen, d.h. **retrospektiv** einsetzbar zu sein. Bedarf für prospektive Analysen besteht für den hier angestrebten Zweck normalerweise nicht<sup>1178</sup>, weil der Unternehmer, anders als bei der Planung des restlichen Bauablaufs, nicht auf Annahmen und Eventualitäten, sondern auf Fakten abstellen kann. Gleichzeitig verhält es sich so, dass die aufwändigeren *Snapshot*-Methoden, auf die in der Literatur oft verwiesen wird (vgl. die Fenster-Methode: Rz 873 f.), zwar auch und insbesondere als Planungshilfe, d.h. prospektiv eingesetzt werden wollen, zugleich aber auch bei der Vergangenheitsaufbereitung den grössten Nutzen bieten.

2. Die Methode muss Ablaufänderungen so früh wie nötig erfassen, aber 884  
 nicht so früh wie möglich. Theoretisch könnte eine erste «Differenzbetrachtung» (eher: Prognose) frühestens schon dann angestrengt werden, wenn eine künftige, noch nicht einmal eingetretene Störung antizipiert wird, was in Bauvorhaben durchaus vorkommt<sup>1179</sup>. Für die Ermittlung effektiv eingetretener Nachteile genügt dagegen die retrospektive Betrachtung. Der mithin früheste und zugleich auch günstigste Zeitpunkt, ab welchem die tatsächliche Änderung des Bauablaufs gemessen werden kann und gemessen werden sollte, ist der Zeitpunkt, in dem sich das **Mitwirkungsversäumnis** auf den Ist-Ablauf **auswirkt**. Bei den drei vorne vorgeschlagenen Ansätzen fällt auf:

<sup>1177</sup> Vgl. BARRY, S. 2; BRAIMAH, S. 525.

<sup>1178</sup> Es gibt Ausnahmen: So kann es für die nachträgliche Beurteilung der Frage, ob der Unternehmer unter seiner Kosten- bzw. Schadenminderungsobliegenheit «damals» die angemessene Entscheidung getroffen hat, vonnöten sein, die zu diesem Zeitpunkt neu angeordnete Ablaufplanung aufzuzeigen.

<sup>1179</sup> Bsp.: Das kommunale Bauamt erkennt, dass die Beurteilung des Baugesuchs länger dauern wird als vom Bauherrn ursprünglich angenommen, und teilt ihm dies frühzeitig mit. Oder der Bauherr wird von seinem Architekten darüber unterrichtet, dass sich die versprochene Planlieferung um zwei Wochen verzögert.

- 885 **a.** Die Soll'- und Ist'-Methode werden als Instrumente umschrieben, die erst *nach Bauvollendung* für eine rückwärtsgerichtete Gesamtschau zur Anwendung gelangen sollen. Impliziert wird bei diesen Methoden, dass der Unternehmer es unterlassen hat, während der Werkausführung Momentaufnahmen anzufertigen, und sich gezwungen sieht, die Auswirkungen des Mitwirkungsversäumnisses auf den Bauverlauf gesamthaft *ex post* zu ermitteln. Theoretisch aber kann der Unternehmer schon zu *einem beliebigen Zeitpunkt während der Werkausführung* nach diesen Instrumenten vorgehen: Tritt ein Mitwirkungsversäumnis auf, ist es dem Unternehmer schon dann, spätestens aber bei Wegfall des Mitwirkungsversäumnisses möglich, die Störung in den ursprünglichen Soll-Ablauf zu integrieren und dieses Abbild dann dem bisherigen Ist-Ablauf zu unterlegen (Soll'-Methode). Genauso kann er die Störung vom bisherigen Ist-Ablauf gedanklich abzuziehen und mit dem ursprünglichen Soll-Ablauf unterlegen (Ist'-Methode). Bewahrt der Unternehmer das ermittelte Zwischenergebnis auf und macht er es jeweils zur Grundlage der Analyse weiterer Mitwirkungsversäumnisse, wendet er faktisch eine Art Fenster-Methode an.
- 886 **b.** Welche Methoden(-mischung) der Unternehmer wählt, hängt auch vom Baufortschritt zum Zeitpunkt des Mitwirkungsversäumnisses ab: Steht das Bauvorhaben *noch am Anfang* und haben sich noch keine Ablaufstörungen<sup>1180</sup> eingestellt, mag der Soll-Ablauf auf Basis Vertragsschluss im Zeitpunkt des Mitwirkungsversäumnisses als repräsentative Vergleichsgrundlage erhalten. Liegen umfassende empirische Daten zum Ist-Ablauf, zum Mitwirkungsversäumnis und zu dessen Auswirkungen auf den Ist-Ablauf vor, wird der Vergleich von Soll- und Ist-Ablauf aussagekräftig und es könnten insofern auch erst nach Bauvollendung mit der Soll'-Methode einigermassen verlässliche Ergebnisse erzielt werden. Ist das Bauvorhaben dagegen *weit fortgeschritten* und sind schon zahlreiche Ablaufstörungen eingetreten, wird es allein aufgrund des (nun veralteten) Soll-Ablaufs schwerfallen, ohne Momentaufnahme der zeitlichen «Störungsumgebung» eine aussagekräftige Darstellung der Säumnisauswirkungen zu erzielen; hier wäre die Fenster-Methode der gangbare Weg.

---

<sup>1180</sup> Gemeint sind hier nicht nur Mitwirkungsversäumnisse, sondern auch andere verzögernde Ereignisse des Baualltags, wie namentlich Verfehlungen des Unternehmers (Schlechtausführungen, Verzüge), Witterungseinflüsse und zufällige Beschädigungen des Bauwerks, einseitige Beststellungsänderungen vonseiten des Bauherrn usw.



c. Damit ist nicht gesagt, dass der Unternehmer die Differenzbetrachtung 887 zwingend im Zeitpunkt des Mitwirkungsversäumnisses oder unmittelbar nach dessen Wegfall durchführen muss. Doch sicherlich muss er die Auswirkungen des Mitwirkungsversäumnisses ab dessen Eintritt in einer Weise dokumentieren, die ihm später erlaubt, Ist- und Soll-Ablauf gegenüberzustellen. Empfohlen ist ihm, *Feststellungsmassnahmen* (Rz 795 ff.) *sofort* zu treffen. Der Beweiswert von Momentaufnahmen ist grösser, weil hier Ursache und Wirkung noch im Moment ihres Eintritts festgehalten werden, was sich *per se* durch eine höhere Plausibilität auszeichnet, als wenn nachträglich tatsächliche und hypothetische Abläufe anhand von baubetrieblichen Überlegungen rekonstruiert (Ist-Ablauf) bzw. konstruiert (Soll-Ablauf) werden müssen. Methoden wie *Windows* oder *Time Slice Analysis* bilden einen aufwandsparenden Kompromiss: Sie schaffen Momentaufnahmen nicht anlässlich jeder Störung, sondern nur für einzelne Bauperioden (zum Beispiel für einen Zeitraum zwischen zwei Meilensteinen).

### iii. *Qualitative Darstellung des Bauablaufs*

1. Streng genommen meint «Ablauf» die *zeitliche* Abfolge von Ereignissen, 888 womit der Begriff den an ihn gestellten Anforderungen nicht ganz gerecht wird: Über die zeitliche Abfolge und die Gesamtausdehnung der interessierenden Ereignisse hinaus müssen auch solche Nachteile sichtbar werden, die sich in einer **qualitativen Abweichung** vom Soll-Ablauf manifestieren. Der Vergleich muss mit anderen Worten nicht nur berücksichtigen, wann und wie lange an der Werkausführung gearbeitet wurde bzw. worden wäre, sondern wann und wie lange welcher Arbeitsschritt mit welchen Mitteln unter welchen äusseren Bedingungen zu welchen Kosten erfolgt ist bzw. erfolgt wäre. Für diese Ausdifferenzierung gibt es zahlreiche Gründe, von denen hier einige aufgezählt seien.

2. **Produktivitätsverluste** zeichnen sich dadurch aus, dass die Werkausführung 889 langsamer vonstattengeht oder gänzlich stillsteht. Misst man aber während des Produktivitätsverlusts nur den Zeitablauf, werden Produktivitätsverluste im Ist/Soll-Vergleich – wenn überhaupt – erst dann sichtbar, wenn die Ausführung länger dauert, als es ohne das Mitwirkungsversäumnis der Fall gewesen wäre<sup>1181</sup>. Tatsächlich tritt dort aber lediglich die Bauzeitverlänge-

<sup>1181</sup> Es kann gar sein, dass gute Witterung die Werkausführung über die Erwartungen beschleunigt und zum Schluss keine Verlängerung der Bauzeit eintritt, sodass der Produktivitätsverlust «unsichtbar» bliebe, wenn nur auf die Zeitverhältnisse abgestellt

rung in Erscheinung (Rz 851 ff.). Sie deckt sich nicht zwingend mit dem Ausmass des Produktivitätsverlusts: Der Nutzensausfall durch Produktivitätsverluste tritt bereits im Moment der mitwirkungsbedingten Behinderung ein (Rz 759 ff.), wohingegen die Bauzeitverlängerung weder den entfallenen Nutzen widerspiegelt noch in ihrem Umfang repräsentativ für den entfallenen Nutzen sein muss (vgl. allerdings zu ihrer Kontrollfunktion Rz 958). Dies wird aber nur hinreichend sichtbar, wenn der Ist/Soll-Vergleich nicht nur die Zeitverhältnisse der Ausführung, sondern die zu einem gegebenen Zeitpunkt im Ist-Ablauf vorhandene *Produktivität* (zum Beispiel durch Festhalten des jeweils erreichten Ausführungsstands) abbildet<sup>1182</sup>.

890 **3.** Aus der zeitlichen Gegenüberstellung muss deutlich werden, ob zu einem gegebenen Zeitpunkt an **ordentlichen Erfüllungshandlungen** gearbeitet wurde und an welchen. Veränderungen des Tätigkeitsinhalts beim Unternehmer müssen erkennbar sein. Ist das nicht der Fall und erfolgte zum interessierenden Zeitpunkt eine andere ordentliche Erfüllungshandlung als im Soll-Ablauf vorgesehen, muss der Grund hierfür qualitativ ersichtlich sein (zum Beispiel Verspätung, Beschleunigung, Umstellung usw.). Ohne Wiedergabe dieser Information lässt sich später weder ableiten, ob und warum das behauptete Mitwirkungsversäumnis wirklich ein solches war bzw. sich überhaupt auf den Bauablauf ausgewirkt hat, noch, wie sich das Versäumnis auf die ordentliche Erfüllungshandlung ausgewirkt hat. Bei **ausserordentlichen Erfüllungshandlungen** versteht sich von selbst, dass sie qualitativ von den übrigen Erfüllungshandlungen abgegrenzt werden müssen: Eine rein zeitliche Betrachtung käme sonst fälschlicherweise zum Schluss, es hätten überhaupt keine ausserordentlichen Erfüllungshandlungen stattgefunden, wenn nur ordentliche Erfüllungshandlungen abgebildet werden, und/oder eine ordentliche Erfüllungshandlung habe ohne erkennbaren Grund länger gedauert als geplant, wenn in Wahrheit der betreffende Zeitraum (auch) auf eine ausserordentliche Erfüllungshandlung entfallen ist.

891 **4.** Qualitativ darstellen sollte der Unternehmer überdies **äussere Baubedingungen** jeder Art, die sich dem Einfluss der Parteien entziehen und die sich – wenn nicht zeitlich, so doch in irgendeiner anderen beweisrelevanten Hin-

---

würde. Das wäre freilich falsch – die pünktliche Vollendung ändert nichts daran, dass beim Unternehmer der Produktivitätsverlust und die damit einhergehenden Kosten eingetreten sind, und dass ihm diese Kosten erspart geblieben wären, wäre das Mitwirkungsversäumnis unterblieben.

<sup>1182</sup> Ähnlich WÜRFELE/GRALLA/SUNDERMEIER, Rz 1826 f.

sicht – auf den Bauablauf niederschlagen, wie namentlich Witterung und exogene Kostensteigerungen (Rz 816). Verschiebt sich ein Arbeitsschritt aufgrund verspäteter Mitwirkung in eine Schlechtwetterperiode und leidet dort dann die Produktivität, ist dem Unternehmer durch die Darlegung der zeitlichen Umstellung nicht geholfen: Der Ist-Ablauf muss die witterungsbedingt reduzierte Produktivität aufzeigen. Der Vergleich mit dem Soll-Ablauf muss zutage fördern, dass der betreffende Arbeitsschritt in Ermangelung des Mitwirkungsversäumnisses nicht in der Schlechtwetterphase hätte stattfinden müssen und entsprechend produktiver vonstattengegangen wäre. Ansonsten muss sich der Unternehmer vorwerfen lassen, dass er den umgestellten Arbeitsvorgang ohne ersichtlichen Grund verzögert hat. Der Gedanke ist gleichermassen zu berücksichtigen, wenn der Unternehmer zum Beispiel exogene Kostensteigerungen geltend macht: Der Ist-Ablauf muss aufzeigen, dass die Ausführung sich ab einem gewissen Zeitpunkt gegenüber dem früheren Preisniveau verteuert hat, und der Soll-Ablauf muss aufzeigen, dass die von der Teuerung betroffenen Aufwände in Ermangelung des Mitwirkungsversäumnisses zum betreffenden Zeitpunkt nicht, noch nicht oder nicht mehr hätten betrieben werden müssen.

**5. Beschleunigungsmassnahmen** des Unternehmers (Rz 805 ff.) müssen in 892 den Ablaufdarstellungen als solche erkennbar sein. Die zeitliche Einsparung gegenüber dem Soll-Ablauf kann zwar ein Indiz für Beschleunigungsmassnahmen sein, etwa wenn ein Arbeitsvorgang vom Unternehmer mit weniger Vorlaufzeit an die Hand genommen wird, als es der Soll'-Ablauf nach der verspäteten Planlieferung des Bauherrn hätte vermuten lassen. Oder wenn ein Arbeitsvorgang früher beendet wird, als es der mitwirkungsbedingte Unterbruch gemäss Soll'-Ablauf in Aussicht stellte. In der Ablaufdarstellung jedenfalls erscheinen die beschleunigten Arbeitsvorgänge zunächst einmal nur als zeitliche Ausdehnungen. Ob und inwiefern der Unternehmer in dieser Zeit beschleunigt hat – und damit auch Mehraufwand getrieben hat – ergibt sich aus dieser zeitlichen Darstellung nicht mit Sicherheit; (mit-)verantwortlich für «Beschleunigungen» könnten schliesslich auch äussere Einflüsse, wie namentlich die Witterung sein (vgl. Rz 808). Die hierfür zusätzlich erforderlichen Daten (zum Beispiel eingesetzte Produktionsmittel, normale Produktivität, tatsächliche Produktivität, Mehrkosten der erhöhten Produktivität) müssen deshalb ermittelt und in eine sinnvolle Verbindung mit der Ablaufdarstellung gestellt werden.

iv. *Vergleichbarkeit der Ablaufdarstellungen*

- 893 **1.** Der Vergleich von Ist- und Soll-Ablauf ist zwecklos, wenn die beiden Grössen **Gleiches bzw. Ungleiches** nicht in derselben Weise gleich bzw. ungleich behandeln. Dem klagenden Bauunternehmer mag es vielleicht genügend erscheinen, den ehemals vereinbarten oder auch nur vom Unternehmer geplanten Bauablauf als Soll-Ablauf darzustellen und diesem dann den gesamten, tatsächlich eingetretenen Ist-Ablauf gegenüberzustellen<sup>1183</sup>. Das scheitert unter dem Kriterium der Vergleichbarkeit gegebenenfalls schon daran, dass der Ist-Ablauf auch solche Ablaufstörungen mitenthält, die nicht auf das Mitwirkungsversäumnis zurückzuführen sind. Vergleichbar sind Ist- und Soll-Ablauf aber nur, wenn beide Ablaufdarstellungen in derselben Weise mit *mitwirkungsfremden Störungen* umgehen: Werden solche Störungen im Ist-Ablauf belassen, müssen sie auch in den Soll-Ablauf eingepflegt werden, also im Soll'-Ablauf aufgezeigt werden (vgl. Rz 871 f.).
- 894 **2.** Von selbst versteht sich, dass die Ablaufdarstellungen **denselben Zeitraum** abdecken müssen, um vergleichbar zu sein. Der Vergleich ist zudem nach Möglichkeit über die Dauer der *gesamten Werkausführung bis zum Zeitpunkt der Differenzbetrachtung* zu ziehen. Schliesslich müssen alle ab Ausführungsbeginn eingetretenen Verzögerungen und Beschleunigungen entlang des Bauablaufs im Vergleich ersichtlich sein, soll für spätere Vorgänge realitätsgemäss wiedergegeben werden, warum und inwiefern sie vom Mitwirkungsversäumnis tangiert wurden<sup>1184</sup>. Auch muss der bereits vor dem Mitwirkungsversäumnis eingetretene Aufwand ersichtlich sein, damit er später als Ohnehin-Aufwand vom Mehraufwand abgegrenzt werden kann. Aber auch sämtlicher nach dem Mitwirkungsversäumnis eintretender Aufwand müsste ersichtlich sein, insbesondere für die Rückführung von sekundären Auswirkungen auf das frühere Mitwirkungsversäumnis, die ansonsten «verloren» gingen. Wird etwa eine vermeidbare Kostensteigerung oder ein vermeidbar entgangener Auftrag nicht als Nachteil abgebildet, weil diese Tatsachen nicht mehr als Auswirkungen des schon längst weggefallenen Mitwirkungsversäumnisses verortet werden können, geht der Unternehmer leer aus. Zum anderen bleiben so auch allfällige als Spätfolgen des Mitwir-

---

<sup>1183</sup> Vgl. auch SCHWERDTNER/KUMLEHN, GBB 2017, S. 136.

<sup>1184</sup> Zu erfassen sind insofern «Behinderungen und Eigenbehinderungen» (MÖHRING, Diss., S. 81, zit. nach Matthias Drittler). Vgl. auch BAUER, Baubetrieb, S. 773, wonach alle Störungen entlang des Bauablaufs zu erfassen sind, und zwar nach Störungseigenart, Dauer und Einfluss auf den Bauablauf.

kungsversäumnisses eintretende Vorteile unsichtbar, die sich der Unternehmer anrechnen lassen muss (Rz 914 ff.).

v. *Anordnungsbeziehungen, Puffer, kritischer Weg*

1. Besteht ein Bauvorhaben aus mehr als einem einzelnen Arbeitsvorgang<sup>1185</sup>, was bei grösseren Bauwerken immer der Fall ist, stehen die Arbeitsvorgänge zueinander regelmässig in einer bestimmten technologischen und baubetrieblichen Abhängigkeit, einer **Anordnungsbeziehung**. Die Anordnungsbeziehung äussert sich primär in der zeitlichen Reihenfolge und der Start-/Stopp-Beziehung der einzelnen Arbeitsvorgänge. Beispielsweise kann ein Arbeitsvorgang A2 (zum Beispiel das Legen der Fundamente) erst erfolgen, wenn der Arbeitsvorgang A1 (zum Beispiel der Aushub) vollendet ist. Das schafft nicht nur eine zwingende Reihenfolge, sondern auch eine zwingende Start-/Stopp-Beziehung: A1 muss zuerst begonnen, aber auch zuerst vollendet sein, damit A2 beginnen kann (*Ende-Anfangs-Beziehung mit oder ohne Wartezeit*). Nebst solchen sequenziellen Anordnungsbeziehungen gibt es auch parallele Anordnungsbeziehungen, wenn zeitlich nebeneinander geplante Arbeitsvorgänge in einer logischen Beziehung zueinander stehen. Das ist etwa der Fall, wenn A2 nicht begonnen werden kann, bevor nicht auch A1 begonnen wird (*Anfangs-Anfangsbeziehung*), oder dass A2 nicht vollendet werden kann, bevor nicht auch A1 vollendet ist (*Ende-Ende-Beziehung*)<sup>1186</sup>. Solche Anordnungsbeziehungen sind längst nicht in allen Bauzeitenplänen enthalten, doch ist ihre Darstellung im Rahmen der Beweisführung zu empfehlen, sollen die Auswirkungen des Mitwirkungsversäumnisses nicht nur punktuell für den primär betroffenen Arbeitsvorgang, sondern auch für den *späteren Bauablauf* und namentlich für den *kritischen Weg* (Rz 901 ff.) aufgezeigt werden. Hier tragen die Anordnungsbeziehungen zur Konstruktion des Soll-Ablaufs bei. Beispielsweise ergibt sich erst aus Anordnungsbeziehungen, dass und warum aufgrund des Mitwirkungsversäum-

<sup>1185</sup> Als Arbeitsvorgang definieren WÜRFELE/GRALLA/SUNDERMEIER, Rz 468, «alle zur Realisierung des Bauvorhabens erforderlichen Arbeitsgänge mit einer bestimmten Zeitdauer bei definiertem Anfangs- und Endzeitpunkt». Vgl. den Begriff der Netzplantechnik: «zeiterforderndes Geschehen mit definiertem Anfang und Ende» (BRANDENBERGER/RUOSCH, S. 112, zit. nach DIN 69900).

<sup>1186</sup> Vgl. KARASEK, Komm-ÖNORM, Vor Pkt. 6.1 N 684 ff. (zur «Darstellung von Abhängigkeiten»); WÜRFELE/GRALLA/SUNDERMEIER, Rz 489–491. Vgl. den Begriff der Netzplantechnik: «quantifizierbare Abhängigkeit zwischen Ereignissen und Vorgängen» (BRANDENBERGER/RUOSCH, S. 113, zit. nach DIN 69900).

nisses bestimmte nachfolgende Arbeitsvorgänge verzögert worden sind bzw. warum manche Arbeitsvorgänge trotz des Mitwirkungsversäumnisses nicht vorgezogen werden durften bzw. mussten.

896 **2. Als Pufferzeiten** oder Puffer (*Float*) werden im Baubetrieb Zeitreserven des Unternehmers bezeichnet<sup>1187</sup>. Sie bestehen darin, dass dem Unternehmer für die Gesamtleistung oder für einen einzelnen Arbeitsvorgang unter dem Vertrag mehr Zeit zur Verfügung steht, als er – den ungestörten Ablauf vorausgesetzt – hierfür benötigen wird.

897 **a. Bezogen auf einen einzelnen Arbeitsvorgang** ist der Puffer die Zeitspanne, um die der Start des Arbeitsvorgangs maximal aufgeschoben bzw. um die der begonnene Arbeitsvorgang maximal unterbrochen werden könnte, ohne dass der geplante Endtermin des Arbeitsvorgangs aufgeschoben werden muss<sup>1188</sup>. Bezogen auf die Ausführung eines *aus mehreren, aufeinander folgenden Arbeitsvorgängen entstehenden Bauwerks* ergibt sich der *Gesamtpuffer* kumuliert aus allen Zeitspannen, um welche die einzelnen Arbeitsvorgänge aufgeschoben bzw. unterbrochen werden können, ohne den Endtermin der Gesamtausführung zu verzögern, vorausgesetzt, dass der verbleibende Puffer eines jeden Vorgangs auf seinen Nachfolger übergeht<sup>1189</sup>. Puffer entstehen einerseits, indem der Unternehmer in seiner Arbeitsplanung für die Ausführung mehr Zeit einrechnet als ein versierter Unternehmer angesichts des vereinbarten Werks und der Baubedingungen einzuplanen bräuchte. Andererseits kann sich der Unternehmer Puffer erarbeiten, indem er schneller baut, als es für die Einhaltung der vereinbarten Fristen erforderlich ist.

---

<sup>1187</sup> Der Begriff «Zeitreserven» wird teilweise kritisch beäugt, weil er nicht gleichbedeutend ist mit dem Begriff des «Puffers», wie er in der Netzplantechnik verwendet wird (KAPELLMANN/SCHIFFERS/MARKUS, Bd. 1, Rz 1483 f.; SPIESS, BR DC 1/2018 S. 14 f.; vgl. auch Fn 1192). Für die hier verfolgten Zwecke allerdings stiftet das weitere Verständnis der «Zeitreserve» den grösseren Nutzen (in diesem Sinne wohl auch HÜRLIMANN, FS Gauch, S. 822 f.; WÜRFELE/GRALLA/SUNDERMEIER, Rz 473).

<sup>1188</sup> Vgl. KAPELLMANN/SCHIFFERS/MARKUS, Bd. 1, Rz 1483; WÜRFELE/GRALLA/SUNDERMEIER, Rz 473.

<sup>1189</sup> Vgl. «Gesamtpuffer» bei KAPELLMANN/SCHIFFERS/MARKUS, Bd. 1, Rz 1484. Zwingend ist das nicht, weil manche Puffer vom Unternehmer zwingend aufgelöst werden müssen, selbst wenn er sie angesichts seines Baufortschritts nicht benötigt. Zu denken ist an Puffer, die vorsorglich im Vorfeld von *terminlich unverrückbaren Etappen* eingeplant sind. Siehe Fn 1217.

**b.** Puffer haben in der Ablaufdarstellung Relevanz, weil auch sie zur *Konstruktion des Soll-Ablaufs beitragen*, zumindest *insoweit* hierfür auf die vertraglichen Fristen und Termine abgestellt wird (vgl. Rz 931 ff., 937 ff.):

- Zum einen bleiben Puffer dem Unternehmer grundsätzlich erhalten, wenn dieser infolge eines Mitwirkungsversäumnisses in den Genuss einer Fristerstreckung kommt (Rz 913). So werden Puffer Teil der gegebenenfalls «fortgeschriebenen» Soll-Ausführungsfristen (vgl. freilich zu einer möglichen Ausnahme: Fn 1189). Siehe zur mitwirkungsbedingten Fristerstreckung im Übrigen 907 ff.
- Zum anderen lässt sich in gewissen Fällen anhand von Puffern eruieren, ob der Unternehmer im Nachgang zu einem Mitwirkungsversäumnis einer *Beschleunigungspflicht* (vgl. Rz 805 ff.) unterlegen hat oder nicht. Zumindest in jenen Fällen, in denen eine Fristerstreckung aus irgendwelchen Gründen knapp angesetzt wird (beispielsweise besondere Interessen des Bauherrn, gute Erwartungen an die Witterung, wichtige Anschlussprojekte beim Unternehmer, Mitverschulden des Unternehmers usw.), liegt für den Unternehmer die Behauptung nahe, er habe die Ausführung beschleunigen müssen, um die erstreckte Frist einzuhalten<sup>1190</sup>. Stellt sich aber heraus, dass die erstreckte Frist Puffer mit enthält, die dem Unternehmer faktisch mit gleichbleibender Produktivität die rechtzeitige Ausführung ermöglicht hätten, hat der Unternehmer keiner Beschleunigungspflicht unterlegen, gleich, ob er effektiv beschleunigt hat oder nicht. Sind umgekehrt keine Puffer enthalten, ist dem Bauherrn je nachdem die Einrede versperrt, der Unternehmer habe keiner Beschleunigungspflicht unterliegen können. Demnach können Bestand bzw. Nichtbestand von Puffern als Indiz für oder gegen die Notwendigkeit von (sekundären) endogenen Kostensteigerungen dienen<sup>1191</sup>.

<sup>1190</sup> Dass effektiv beschleunigungsbedingter Mehraufwand eingetreten ist, muss der Unternehmer im Zivilprozess freilich anhand weiterer qualitativer Anhaltspunkte (siehe Rz 888 ff.) behaupten, substantiieren und beweisen.

<sup>1191</sup> Vgl. dazu die «Indizwirkung» der früheren oder späteren Vollendung, die sich die Soll'-Methode zunutze macht: Rz 871. Vgl. das Anwendungsbeispiel von WERKL/KAHRER/HECK, GBB 2017, S. 120 zu den sog. «Pufferkonten» der Parteien.

- 901 **3. Der kritische Weg** liegt in derjenigen «Abfolge von Vorgängen vom Ausführungsbeginn bis zur Fertigstellung eines Leistungsteils resp. der Gesamtleistung, die zur minimalen Pufferzeit führt»<sup>1192</sup>. Andere Arbeitsvorgänge, die parallel dazu verlaufen, liegen auf dem **nicht kritischen Weg**. Der Ist/Soll-Abgleich sollte geeignet sein, die Auswirkungen des Mitwirkungsversäumnisses *sowohl auf dem kritischen Weg als auch abseits davon* aufzuzeigen. Dies aus folgenden Gründen:
- 902 **a.** Dass sich ein Mitwirkungsversäumnis zunächst allein auf einen unkritischen (aber mitwirkungsbedürftigen) Arbeitsvorgang auswirkt, bedeutet nicht, dass der Bauherr hierdurch nicht in *Gläubigerverzug* geraten könne. Es genügt nach OR 91, dass der Unternehmer zur Ausführung des unkritischen Arbeitsvorgangs bereit und berechtigt ist (Erfüllbarkeit) sowie ein wirksames Mahngeschäft vornimmt. Unbeachtlich bleibt, dass der Unternehmer derweil auf dem kritischen Weg weiterarbeiten kann bzw. könnte. Dem Unternehmer ist mithin daran gelegen, auch Mitwirkungsversäumnisse abseits des kritischen Wegs aufzuzeigen. Denn dem Bauherrn ist dort mit Blick auf die Kompensationsfolgen des Gläubigerverzugs die Einrede abgeschnitten<sup>1193</sup>, dass sein Mitwirkungsversäumnis den Unternehmer nicht hindere.
- 903 **b.** Dass «nur» ein unkritischer Arbeitsvorgang vom Mitwirkungsversäumnis beschlagen ist, schliesst nicht aus, dass dem Unternehmer hierdurch *Vermögenseinbussen* entstehen. Produktivitätsverluste (Rz 759 ff.) entstehen dem Unternehmer schon dadurch, dass er Ressourcen vergeblich für die Werkausführung bereithält, was ihm selbstredend auch in nicht kritischen Arbeitsvorgängen widerfahren kann. Gleichermassen kann die unerwartete Sistierung von nicht kritischen Arbeitsvorgängen ausserordentliche Erfüllungshandlungen (Schutz- und Feststellungsmassnahmen usw.) erfordern (Rz 782 ff.). Es mag hier zwar die Vermutung nahe liegen, dass der Unternehmer die unproduktiven Produktionsmittel relativ schnell einem alternativen Einsatz auf

---

<sup>1192</sup> WÜRFELE/GRALLA/SUNDERMEIER, Rz 474. Vgl. demgegenüber KAPELLMANN/SCHIFFERS/MARKUS, Bd. 1, Rz 1663 Fn 1918, die wiederum vom engeren Begriff aus der Netzplantechnik ausgehen, also dem kritischen Weg, der sich dadurch auszeichnet, dass er keine Puffer (mehr) enthält und auf dem jede Verzögerung eines Teilvorgangs zu einer Verschiebung des Endtermins führt (so auch BRANDENBERGER/RUOSCH, S. 117 f.; VYGEN/JOUSSEN/LANG/RASCH, Rz B38 ff.).

<sup>1193</sup> Hingegen wird die Tatsache, dass der Unternehmer auf dem kritischen Weg nicht verzögert wird, bei der Bemessung einer allfälligen Fristerstreckung (soweit denn eine in Frage kommt) zu berücksichtigen sein.



dem (unbehinderten) kritischen Weg zuführen kann bzw. können sollte, doch muss sich der Unternehmer jedenfalls nicht prinzipiell entgegen halten lassen, dass ihn abseits des kritischen Wegs keine Einbussen ereilen könnten.

c. Schliesslich können auch Mitwirkungsversäumnisse in unkritischen Arbeitsvorgängen eine Verzögerung der Gesamtausführung bewirken, wenn sie zu einem *Wechsel im kritischen Weg* führen. Dazu kommt es, wenn das Mitwirkungsversäumnis einen nicht kritischen Arbeitsvorgang derart verzögert, dass er sich ganz in den Puffer des ehemals kritischen (parallel verlaufenden) Arbeitsvorgangs hineinfrisst. Der kritische Weg führt nun neu über die ursprünglich nicht kritische Tätigkeit. Von deren Fertigstellung und nicht von jener des ehemals kritischen Arbeitsvorgangs hängt es neuerdings ab, wann frühestens der nächste Arbeitsschritt an die Hand genommen werden kann<sup>1194</sup>. Die dadurch hervorgerufene Verzögerung der Ausführung mag vielfältige sekundäre Einbussen, namentlich exogene Kostensteigerungen und übrige Vermögenseinbussen mit sich bringen, die dem Unternehmer erspart geblieben wären, wenn der ehemals unkritische Arbeitsvorgang unkritisch geblieben wäre. Ebenfalls denkbar ist, dass der Wechsel im kritischen Weg *an sich* erst als sekundäre Auswirkung des (mittlerweile weggefallenen) Mitwirkungsverzugs eintritt. Dort hat der Unternehmer ein Interesse daran, den Ist/Soll-Abgleich so auszugestalten, dass dieser Wechsel auf das Mitwirkungsversäumnis (habe dieses im kritischen oder nicht kritischen Weg stattgefunden) zurückgeführt und nicht ihm als Eigenbehinderung «in die Schuhe geschoben» wird.

#### vi. Ursachenvermischungen

1. Nicht selten kommt es vor, dass die Werkausführung nicht nur durch das Mitwirkungsversäumnis erschwert oder vorübergehend verhindert wird, sondern **zeitgleich auch durch weitere, nicht vom Bauherrn zu vertretende Ursachen**. Überlagern sich solcherart mehrere Störungsursachen, von denen mindestens eine nicht vom Bauherrn zu vertreten ist, liegt mit Blick auf die Vermögenseinbussen des Unternehmers eine Ursachenvermischung vor. Im Prinzip muss der Ist/Soll-Abgleich solche Ursachenvermischungen so gut wie möglich aufzeigen und die Verursachungsanteile einzelner Ursachen aufschlüsseln. Aus Sicht des Bauherrn wird das relevant, wenn ihm

<sup>1194</sup> Siehe etwa das Anwendungsbeispiel bei BRAIMAH, S. 509 (Wechsel des kritischen Wegs im Ist-Ablauf ggü. dem ursprünglich geplanten Soll-Ablauf).

ansonsten droht, im Zuge seines Mitwirkungsversäumnisses zu Unrecht für Einbussen geradestehen zu müssen, die ihm nicht zuzurechnen sind<sup>1195</sup>. Aus Sicht des Unternehmers geht es darum, mitwirkungsbedingte Einbussen von jenen Einbussen abzugrenzen, für die er das Risiko trägt, ansonsten ihm droht, zu Unrecht auch mitwirkungsbedingte Einbussen übernehmen zu müssen. Treffen sich zum Beispiel produktivitätsmindernde Witterungseinflüsse einerseits und produktivitätsmindernde Koordinationsfehler des Bauherrn andererseits, ist, wenn möglich, der insgesamt eintretende Produktivitätsverlust anteilig auf die beiden Ursachen zu allokalieren. Trifft den Unternehmer an den Folgen des Mitwirkungsversäumnisses ein Mitverschulden (dazu Rz 1493 ff.), tut der Bauherr gut daran, die vom Unternehmer zu vertretende Ohnehin-Verzögerung im Soll-Ablauf darzustellen. Aber auch bei Doppelkausalitäten, die je für sich geeignet sind, die streitige Einbusse hervorzurufen, muss, je nach Interesse des Anspruchstellers, aus dem Ist/Soll-Abgleich wenigstens ersichtlich sein, dass die Gegenpartei eine zur selben Zeit gleichermassen wirkende Ursache zu vertreten hat<sup>1196</sup>.

---

<sup>1195</sup> Vgl. allerdings zu den praktischen Grenzen des Nachweises bei «multikausalen Störungsüberlagerungen» WÜRFELE/GRALLA/SUNDERMEIER, Rz 2030 ff. Siehe auch HÜRLIMANN, FS Gauch, S. 836 f.; SCHUMACHER/KÖNIG, Rz 632 ff. Die Auswirkungen bzw. den Auswirkungs-«Anteil» mehrerer Einzelursachen auf den Bauablauf darzustellen, kann in der Praxis auch einmal unmöglich sein. Gerät der Unternehmer (oder auch im Rahmen des Gegenbeweises: der Bauherr) dabei in eine typische Beweisnot i.S.v. OR 42 II, gilt im Zivilprozess das reduzierte Beweismass (dazu Rz 959 ff.).

<sup>1196</sup> Die gleichzeitige Verzögerungswirkung mehrerer Behinderungsursachen, die nicht alle von derselben Partei zu vertreten sind, wird im angelsächsischen Raum unter dem Begriff *Concurrent Delay* diskutiert (vgl. etwa HÜRLIMANN, FS Gauch, S. 825 f. u. Fn 41 m.w.N.; MASTRANDREA, ICLR 2014, S. 99; WERZ, Diss., Rz 729). Im Fall, da beide Vertragsparteien vollständig ausserstande sind, zu leisten bzw. mitzuwirken, ist in der Schweiz zuweilen die Rede vom «doppelten Verzug» (KOLLER A., BK-OR, Art. 366 N 171; vgl. auch HÜRLIMANN/SIEGENTHALER, CHK-OR, Art. 366 N 4) oder vom «hypothetischen Gläubigerverzug» (KOLLER A., BK-OR, Art. 366 N 171; DERS., OR AT, Rz 55.10 f.), wobei die letztere Bezeichnung vorzuziehen ist, weil zumindest im schweizerischen Schuldrecht mit Blick auf ein und dieselbe Leistung nicht beide Parteien gleichzeitig in Verzug stehen können. Betreffend die Rechtsfolgen dürfte es sich so verhalten, dass der Unternehmer nur, aber immerhin im Umfang der (hypothetischen) Eigenverursachung Anspruch auf eine Fristerstreckung (HÜRLIMANN/SIEGENTHALER, CHK-OR, Art. 366 N 4; vgl. KOLLER A., OR AT, Rz 55.10) und eine Mehrvergütung erlangt. Mehraufwendungsersatz fällt dagegen mangels Gläubigerverzug ausser Betracht. Gegenseitige Schadenersatzansprüche sind mangels pflichtwidrigem

2. Eine Ursachenvermischung liegt auch vor, wenn sich die **sekundären Auswirkungen eines Mitwirkungsversäumnisses** nach dessen Wegfall, d.h. *zeitversetzt* mit anderen, vom Bauherrn nicht zu vertretenden Verzögerungsursachen vermischen und den Bauablauf stören. Es ist auch hier denkbar, dass Verursachungsanteile auseinander gehalten werden können<sup>1197</sup>, was je nach Interesse des Anspruchstellers im Ist/Soll-Abgleich dargestellt werden kann und muss. Häufig indes werden sich zwei Gesamt- oder zwei komplementäre Ursachen mit nicht individualisierbarem Verursachungsanteil auf den Bauablauf auswirken<sup>1198</sup>. Auch dieser Umstand ist, je nach beweisrechtlicher Zielsetzung, in geeigneter Form im Ist/Soll-Abgleich wiederzugeben, denn die Ursachenvermischung ist bei der richterlichen Bemessung des Kompensationsumfangs massgeblich. Insbesondere interessiert, *ob und ab wann die Ursachenvermischung entfällt*, d.h. ob und ab wann nur noch die nicht vom Bauherrn zu vertretende Ursache, nicht mehr aber das Mitwirkungsversäumnis, oder umgekehrt: nur noch das Mitwirkungsversäumnis, nicht mehr aber die vom Bauherrn nicht zu vertretende Ursache beim Unternehmer eine Einbusse bewirkt<sup>1199</sup>.

Verhalten des Unternehmers und – selbst wenn er ausnahmsweise einer Mitwirkungspflicht unterstehen sollte – des Bauherrn ausgeschlossen.

<sup>1197</sup> Bsp.: Die Hälfte der Arbeitnehmer des Unternehmers erkrankt, die Produktivität fällt um 50%. Zugleich ist seine Arbeitskolonne ohnehin schon suboptimal zusammengesetzt und daher um weitere 20% weniger produktiv, weil ein früheres Mitwirkungsversäumnis des Bauherrn durch Kapazitätsumstellungen pariert werden musste.

<sup>1198</sup> Begrifflichkeiten bspw. bei SUMMERMATTER, HAVE 2018, S. 78; vgl. auch FELLMANN/KOTTMANN, Rz 2742 ff., 2745 ff., Rz 2750. – Bsp.: Der Mitwirkungsverzug dauert drei Tage. Nach dessen Wegfall gerät der Unternehmer seinerseits während drei Tagen in Herstellungsverzug. Durch diese Verzögerungen verschiebt sich die Vollendung des Arbeitsvorgangs derart, dass in den letzten beiden Herstellungstagen Baustoffe zu einem erhöhten Preis eingekauft werden müssen (exogene Kostensteigerungen). Dieser Nachteil entfällt sowohl, wenn das Mitwirkungsversäumnis weggedacht wird, als auch, wenn der Herstellungsverzug weggedacht wird. Doch kann nicht gesagt werden, der Nachteil sei eindeutig eine Folge des einen oder des anderen Versäumnisses.

<sup>1199</sup> Bsp.: Der Mitwirkungsverzug dauert drei Tage. Nach dessen Wegfall gerät der Unternehmer seinerseits während zehn Tagen in Herstellungsverzug. Hierdurch verschiebt sich ein Arbeitsvorgang in eine Phase mit exogenen Kostensteigerungen. Kumulative Kausalität liegt maximal im Umfang der ersten drei Teuerungstage vor; für die Mehrkosten der übrigen Teuerungsphase fällt das Mitwirkungsversäumnis als (Mit-)Ursache ausser Betracht.

vii. *Fristerstreckungen*

- 907 **1.** Sowohl im OR-Bauwerkvertrag als auch im Anwendungsbereich der SIA-Norm 118 (vgl. Art. 94 Abs. 2) **verlängern bzw. verschieben** sich unter bestimmten Voraussetzungen die **vertraglichen Fristen bzw. Termine**, wenn der Bauherr die Mitwirkung versäumt<sup>1200</sup>. Dazu was folgt:
- 908 **a.** Etabliert hat sich für diese Rechtsfolge der Begriff der «*Fristerstreckung*». Je nach Lesart impliziert das Wort «Erstreckung», dass sich der Bauherr gegenüber dem Unternehmer einverstanden erklärt, Fristen zu verlängern bzw. Termine zu verschieben, also dass der Fristaufschub ein Produkt beidseitigen, rechtsgeschäftlichen Handelns ist. Zu einer solchen Vertragsanpassung sind die Parteien zwar berechtigt, doch ist sie selbst unter SIA-118 94 II, wonach die betreffenden Fristen und Termine «neu vereinbart» werden sollen, keine Voraussetzung für den Aufschub<sup>1201</sup>: Kommt es zu keiner Einigung, tritt der Aufschub bei gegebenen Voraussetzungen<sup>1202</sup> auch ohne Zutun der Parteien ein<sup>1203</sup>.

---

<sup>1200</sup> Siehe dazu etwa GAUCH, Werkvertrag, Rz 1335, 682 m.w.N.; KOLLER A., BK-OR, Art. 366 N 668 ff.; REETZ, BRT 2013, Rz 56 ff.; SCHUMACHER/KÖNIG, Rz 348a m.w.N.

<sup>1201</sup> Dass solche Verhandlungspflichten häufig als echte Pflichten der Parteien ausgestaltet sind (vgl. REETZ, Komm-SIA-118, Art. 94 N 15.2; STÖCKLI H., BRT 2015, S. 13), ändert daran nichts, führt aber möglicherweise zur Ersatzpflichtigkeit der verhandlungsunwilligen Partei (vgl. MONN, Diss., Rz 1101 ff.).

<sup>1202</sup> Die aus Sicht des Unternehmers zentrale Voraussetzung ist wohl, dass er dem Bauherrn das Mitwirkungsversäumnis und die drohende Verzögerung nach ZGB 2 I, OR 365 III und SIA-118 25 anzeigt, ansonsten die Fristerstreckung nicht eintritt (KOLLER A., BK-OR, Art. 366 N 680; REETZ, Komm-SIA-118, Art. 94 N 11.2 f.). Vgl. zur ausnahmsweisen Befreiung von der Informationspflicht: Rz 511. Die Zeit, die bis zur pflichtgemässen Anzeige vergeht, wird nicht auf die angemessene Erstreckung geschlagen, sondern ist für den Unternehmer verloren (REETZ, Komm-SIA-118, Art. 94 N 11.5).

<sup>1203</sup> Im OR-Bauwerkvertrag: GAUCH, Werkvertrag, Rz 682 («durch eine sinnvolle Ergänzung des Vertrages» auf Basis des hypothetischen Parteiwillens); KOLLER A., BK-OR, Art. 366 N 663 («von Gesetzes wegen»). Vgl. auch HÜRLIMANN/SIEGENTHALER, CHK-OR, Art. 366 N 4. Unter der SIA-Norm 118: REETZ, Komm-SIA-118, Art. 94 N 15.3. Treffen allerdings die Parteien eine Abrede über die Fristerstreckung, verbleibt für eine ergänzende Fristerstreckung aus Gesetz oder Vertrag kein Raum mehr.

b. Tatsächlich ergibt sich der Aufschub aus zwei unterschiedlichen Rechts- 909  
 folgen des Mitwirkungsversäumnisses: Erstens ist eine pflichtwidrige Ver-  
 spätung des Unternehmers während der Zeit des Mitwirkungsversäumnisses  
 ausgeschlossen, weil es an der *objektiven Pflichtwidrigkeit* seines Verhaltens  
*fehlt*, wenn der Bauherr die Ursache für das Leistungshindernis setzt<sup>1204</sup>.  
 Zweitens *«bleibt die eingetretene Verzögerung auch nach dem Wegfall ihres*  
*Rechtsfertigungsgrundes gerechtfertigt»*<sup>1205</sup>. Die vertraglichen Fristen und  
 Termine werden in diesem Sinne nicht «erstreckt» oder «aufgeschoben»<sup>1206</sup>,  
 sondern verlieren ganz einfach für den Unternehmer ihre Verbindlichkeit,  
 indem er neuerdings nicht pflichtwidrig handelt, wenn er die Leistung bis  
 dahin nicht erbracht hat. Pflichtwidrig handelt er fortan erst, wenn er für die  
 Leistung länger benötigt, als in Anbetracht der mitwirkungsbedingten Ver-  
 zögerung und der konkreten Umstände des Einzelfalls noch *angemessen*  
 erscheint. Nach dieser Massgabe bestimmen sich folglich in Ermangelung  
 einer Parteiabrede die neuen vertraglichen Fristen und Termine, bis zu deren  
 Ablauf der Unternehmer zu leisten hat. In diesem «weiteren» Sinne kann von  
 einer Fristerstreckung die Rede sein und wird der Begriff hier verwendet.

2. Fristerstreckungen sind beim Nachweis mitwirkungsbedingter Vermö- 910  
 genseinbussen bedeutsam, *insoweit* für die Konstruktion des Soll-Ablaufs auf  
 die vertraglichen Fristen und Termine abgestellt wird und **die Auswirkungen  
 mehrerer Mitwirkungsversäumnisse beurteilt werden müssen**  
 (Rz 931 ff., 937 ff.): Allenfalls vereinbarte bzw. eingetretene Fristerstre-  
 ckungen sind bei der «Fortschreibung» des Soll-Ablaufs im Nachgang zu  
 einem Mitwirkungsversäumnis genauso einzurechnen wie die Tatsache, dass  
 einmal trotz Mitwirkungsverzug keine Fristerstreckung eintritt. Im ersten  
 Fall muss der gestörte Arbeits(rest-)vorgang und der daran anschliessende  
 Bauablauf um jene Frist verlängert dargestellt werden, auf die sich die Par-  
 teien geeinigt haben bzw. die dem Unternehmer zusteht und objektiv ange-  
 messen ist. Im zweiten Fall verlängert sich der störungsmodifizierte Soll-

<sup>1204</sup> Vgl. GAUCH, Werkvertrag, Rz 678. Dass bestellerseits induzierte Ausführungsverzö-  
 gerungen nicht pflichtwidrig sind, ergibt sich schon aus dem Wortlaut von OR 366 I.  
 Entgegen dem zu engen Wortlaut der Bestimmung ist das fehlende Bestellerverschul-  
 den unter allen drei Tatbestandsvarianten erforderlich (CHAIX, CR-CO, Art. 366  
 N 12; GAUCH, Werkvertrag, Rz 679; KOLLER A., BK-OR, Art. 366 N 148).

<sup>1205</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rz 682 (H.h.).

<sup>1206</sup> So aber KOLLER A., BK-OR, Art. 366 N 660 (hindernde Umstände aus der Sphäre des  
 Bestellers «schieben den Fertigstellungstermin [...] hinaus»); anders dann aber z.B.  
 a.a.O., N 663.

Ablauf (Soll') gegenüber dem als Ausgangspunkt gewählten oder letztmalig fortgeschriebenen Soll-Ablauf prinzipiell nicht. Jedenfalls erlaubt die so ermittelte Bauzeit eine Annäherung an den hypothetischen Produktivitätsnormalwert, den der Unternehmer nach Dahinfallen eines Mitwirkungsverzugs durchschnittlich hätte einhalten müssen, um die vertragliche Bauzeit einzuhalten. Unter Berücksichtigung der in der Fristerstreckung enthaltenen oder nicht enthaltenen Puffer lässt sich in gewissen Konstellationen ausserdem andeuten, ob der Unternehmer zur Baubeschleunigung verpflichtet war oder nicht (Rz 900), ob er effektiv beschleunigt hat und ob ihm selbst Verzögerungen zur Last fallen.

- 911 **3.** Entsprechende Bedeutung hat die genaue Dauer der Fristerstreckung. Beruht die Fristerstreckung auf Parteivereinbarung, so stellen sich zur Dauer der Frist keine Fragen. Werden sich aber die Parteien während der Ausführung nicht einig, so hat das Gericht im Streitfall rückblickend festzulegen, welches die **angemessene Erstreckungsdauer** gewesen wäre. Es wird deshalb kurz beleuchtet, wie sich diese Dauer ermittelt:
- 912 **a.** Die Fristerstreckung bemisst sich *objektiviert*. Massgeblich ist nicht, wieviel Erstreckungsdauer der konkrete Unternehmer wünscht oder in Anbetracht seiner Fähigkeiten benötigt hätte, sondern wieviel Mehrzeit «ein versierter, aber auch anderweitig ausgelasteter Unternehmer» benötigen würde, um das geschuldete Werk nach Wegfall des Mitwirkungsverzugs sorgfältig zu vollenden<sup>1207</sup> (vgl. sinngemäss die Bemessung des objektiven Ablieferungstermins unter OR 75: Rz 505). Dabei sind die konkreten Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen, namentlich die vom Mitwirkungsversäumnis betroffene Erfüllungshandlung und die herrschenden Baubedingungen. Ein schematisches Vorgehen, namentlich die starre Bemessung der Erstreckungsdauer nach der Dauer des Mitwirkungsverzugs, verbietet sich dabei<sup>1208</sup>. Auch bildet die Verzögerungsdauer nicht das Mindestmass für die Erstreckung<sup>1209</sup>, weil durch die Verzögerung unverhofft auch einmal günstigere Baubedingungen eintreten können, als der Unternehmer sie noch für seine Arbeitsplanung voraussetzte<sup>1210</sup>, zum Beispiel indem sich der Bau von

---

<sup>1207</sup> Vgl. REETZ, BRT 2013, Rz 56.

<sup>1208</sup> REETZ, BRT 2013, Rz 58 ff.: Keine «block- und bündelweise» Verschiebung der vertraglichen Fristen und Termine um die Verzögerungsdauer.

<sup>1209</sup> So aber GAUCH, Werkvertrag, Rz 682.

<sup>1210</sup> So müsste zumindest dann entschieden werden, wenn es dem Unternehmer in Anbetracht der Umstände *möglich und zumutbar* ist, die betreffende Arbeit innerhalb einer

einer ungünstigen in eine günstigere Jahresperiode verschiebt. Als relevante Faktoren bei der Bemessung der Fristerstreckung nennt REETZ: (i.) Art, Dauer und Schwere des Mitwirkungsversäumnisses, (ii.) Grad des Verschuldens<sup>1211</sup>, (iii.) Auswirkungen des Mitwirkungsversäumnisses auf die Dispositionsfreiheit des Unternehmers, (iv.) konkrete betriebliche Situation des Unternehmers (einschliesslich anderweitige Auslastung)<sup>1212</sup> und schliesslich (v.) die hypothetische Leistungskadenz (d.h. Produktivität, Rz 946 ff., 952 ff.), zu der sich der Unternehmer unter den damaligen Umständen vernünftigerweise hätte bereit erklären müssen<sup>1213</sup>.

**b.** Unter diesen Kriterien wird unter anderem die Frage zu behandeln sein, ob 913  
allfällig vorhandene *Pufferzeiten* (dazu Rz 896 ff.) *in die Fristerstreckung einzurechnen* sind oder nicht. «Verrechnet» man vorhandene Pufferzeiten mit der angemessenen Erstreckungsdauer, verkürzt sich für den Unternehmer faktisch die zur Verfügung stehende Bauzeit. Das beschränkt den Unternehmer in seiner Dispositionsfreiheit, denn es vermindert oder eliminiert für den verbleibenden Bauablauf seine Fähigkeit, seine Baugeschwindigkeit zu variieren (vgl. Rz 929), allfällige selbst verschuldete Verzögerungen durch Puffer auszugleichen und seine Produktionsmittel im Verlaufe der Ausführung auch anderen Aufträgen zuzuwenden. All dies wäre stossend, schon deshalb, weil nicht der Unternehmer, sondern der Bauherr die Ursache für die Verzögerung gesetzt hat. Vor allem aber ist der Unternehmer in seinem berechtig-

---

Erstreckungsdauer zu vollenden, die kürzer ausfällt, als die Verzögerungsdauer. Die Frage beurteilt sich nach Treu und Glauben (ZGB 2 I). Vgl. zum Kriterium der Zumutbarkeit KOLLER A., BK-OR, Art. 366 N 677, der dem Unternehmer jede Fristerstreckung verweigern will, «wenn er zwar durch den betreffenden Umstand behindert wird, jedoch die Ausführungszeit so reichlich bemessen ist, dass ihm die Einhaltung des Termins trotz der Behinderung ohne weiteres möglich und zumutbar ist». Auch nach REETZ, BRT 2013, Fn 50, könne einmal «überhaupt keine Fristerstreckung» zugestehen sein, wenn auch nur «sehr selten».

<sup>1211</sup> Dieses Kriterium sollte m.E. nur in dem Sinne berücksichtigt werden, dass im Falle von grobfahrlässigen Mitwirkungsversäumnissen oder gar absichtlicher Obstruktion vonseiten des Bauherrn eine ohnehin schon ausreichende Erstreckungsfrist billigkeitshalber mit einem Zuschlag versehen wird. Hingegen ginge es nicht an, eine Frist desto knapper zu gestalten, je kleiner das Verschulden des Bauherrn ausfällt; auch die kürzeste Erstreckungsdauer darf bereits in Ermangelung jeglichen Verschuldens des Bauherrn nicht weniger als ausreichend sein.

<sup>1212</sup> Mit in die Fristbemessung einfließen müssen z.B. auch die mit Transitionsmassnahmen verbundenen Produktivitätsverluste (Einarbeitungseffekte; Rz 846 f.).

<sup>1213</sup> REETZ, BRT 2013, Rz 65; DERS., Komm-SIA-118, Art. 94 N 12.4.

ten Vertrauen zu schützen (ZGB 2 I): Erstens soll er bei seiner Arbeitsplanung, insbesondere bei der Einplanung «systemimmanente[r] Unwägbarkeiten der Bauablaufplanung»<sup>1214</sup> und entsprechend benötigter Pufferzeiten, auf die Proportionen der vertraglichen Termine und Fristen vertrauen dürfen. Zweitens soll er im Fall, da er sich die Pufferzeiten erst im Verlaufe der Werkausführung herausgearbeitet hat, darauf vertrauen dürfen, dass ihm solche Reserven, die er schliesslich mit eigenen Investitionen aufgebaut hat, erhalten bleiben. Das ergibt sich in Ermangelung anderer Erfüllungbarkeitsregeln aus seinem Recht, vorzeitig zu erfüllen (OR 81 I). Die überwiegende Auffassung in der schweizerischen und deutschen Literatur geht deshalb zu Recht dahin, dass Pufferzeiten dem Unternehmer grundsätzlich erhalten bleiben müssen, d.h. die Ausführungsfristen und -termine einschliesslich der vorhandenen Pufferzeiten zu erstrecken sind<sup>1215</sup>. Ausnahmen ergeben sich etwa, wenn der Unternehmer den Puffer nicht mehr zum Ausgleich selbst verschuldeter Verzögerungen benötigt<sup>1216</sup> oder wenn ein Puffer einem bestimmten Zweck gewidmet ist, der sich im Verlaufe des Bauablaufs erfüllt, dahinfällt oder nicht mehr erfüllt werden kann<sup>1217</sup>. In solchen Fällen nämlich wäre es stossend, den Puffer zugunsten des Unternehmers zu erhalten.

---

<sup>1214</sup> WÜRFELE/GRALLA/SUNDERMEIER, Rz 2058.

<sup>1215</sup> EGLI, Komm-SIA-118, Art. 88 N 6.5 (hier im Kontext der Beststellungsänderung unter der SIA-Norm 118); HÜRLIMANN, FS Gauch, S. 824; REETZ, BRT 2013, Rz 76; SCHUMACHER/KÖNIG, Rz 639; WERZ, Diss., Rz 746. Sodann DÖRING, IngKor-VOB/B, § 6 Abs. 4 N 3 (im Kontext der VOB/B); GENSCHOW/STELTER, S. 33 f.; KAPELMANN/SCHIFFERS/MARKUS, Bd. 1, Rz 1485; VYGEN/JOUSSEN/LANG/RASCH, Rz A411; WÜRFELE/GRALLA/SUNDERMEIER, Rz 2084; siehe auch OLG Düsseldorf, VI-U 11/11 (20.07.2011) = BauR 2011, S. 1969 ff.

<sup>1216</sup> Vgl. HÜRLIMANN, FS Gauch, S. 824. Das wird selbstredend erst zum Ende der Bauzeit hin verlässlich zu beurteilen sein (vgl. VYGEN/JOUSSEN/LANG/RASCH, Rz B140; WÜRFELE/GRALLA/SUNDERMEIER, Rz 2088), doch erfolgt die Bemessung der angemessenen Fristerstreckung im Streitfall ohnehin *ex ante* durch das Gericht (Rz 911 ff.).

<sup>1217</sup> Vgl. VYGEN/JOUSSEN/LANG/RASCH, Rz B140 («zweckgebundene Puffer» mit dem Bsp. des Sonderkrans, der auf einen bestimmten Zeitpunkt reserviert ist und so oder anders erst ab dann zur Verfügung stehen wird, selbst wenn der Unternehmer mit dem vorgehenden Arbeitsvorgang früher fertig wird, den Puffer also nicht einlöst). Vgl. auch Fn 1189.



viii. *Vorteilsanrechnung*

1. Das Gebot der Vorteilsanrechnung entspringt logisch der schadensrechtlichen Differenzhypothese und ist, wie die Differenzhypothese selbst, unabhängig vom Typ des Kompensationsanspruchs analog auf die Ermittlung der mitwirkungsbedingten Vermögenseinbussen anzuwenden. Der Unternehmer hat sich insofern unter allen Kompensationsansprüchen **allfällige Vermögensvorteile anrechnen zu lassen**, die ihm kausal aus dem Mitwirkungsversäumnis bis zum Zeitpunkt der Differenzbetrachtung zugekommen sind und die ihm nach dem hypothetischen Bauablauf nicht zugekommen wären<sup>1218</sup>. Der Bauherr wird dementsprechend daran interessiert sein, dass solche Vorteile im Ist/Soll-Abgleich sichtbar werden.

Eng damit verbunden ist das *absichtliche Versäumnis des Unternehmers, allfällige Vorteile zu erzielen*, deren Erzielung ihm aufgrund des Mitwirkungsversäumnisses möglich und zumutbar gewesen wäre (zur Schaden- bzw. Kostenminderungsobliegenheit des Unternehmers: Rz 1510, 1516, 1518); auch solche hypothetischen Vorteile muss sich der Unternehmer anrechnen lassen, weshalb dem Bauherrn an deren Sichtbarmachung im Ist/Soll-Abgleich gelegen sein wird.

2. Vorteile dürften dem Unternehmer aus dem Mitwirkungsversäumnis selten entstehen, doch ist das nicht zum Vornherein ausgeschlossen. Vor allem im Zusammenhang mit **Produktivitätsverlusten** ist die Vorteilsanrechnung die Kehrseite der Erkenntnis, dass dem Unternehmer der Nutzensausfall bereits im Zeitpunkt der Leistungerschwerung bzw. Stehzeit entsteht und nicht erst durch eine allfällige spätere Verlängerung der Bauzeit (Rz 855); die vermögensrechtlichen Folgen dieses Nutzensausfalls können sich nämlich im späteren Bauverlauf wieder auflösen, indem sie durch vorteilhafte Auswirkungen desselben Mitwirkungsversäumnisses gleichsam «neutralisiert» werden. Es mag deshalb für den Bauherrn sinnvoll sein, für jedes Mitwirkungsversäumnis eine «Bilanz» der dem Unternehmer dadurch zugefallenen Vorteile zu führen.

**Bsp.:** Unternehmer U. muss für die Werkausführung einen Arbeitsvorgang A1 und sodann einen Arbeitsvorgang A2 vornehmen. A1 ist nicht witterungsempfindlich, A2 dagegen schon. Bauherr B. wirkt an A1 während eines Arbeitstags nicht mit, weshalb A1 einen Tag stillsteht. Dann

<sup>1218</sup> Vgl. z.B. mit Blick auf die Mehrvergütung: SCHUMACHER/KÖNIG, Rz 637 f. Vgl. GAUCH, Werkvertrag, Rz 555 (im Kontext der Schadloshaltung i.S.v. OR 377).

gehen die Arbeiten mit einem Tag Verspätung weiter. Am letzten Tag von A1 bricht ein Gewitter über die Baustelle herein, was den Bauablauf aber nicht beeinträchtigt, weil A1 nicht witterungsempfindlich ist. Nach dem Soll-Ablauf allerdings wäre der betreffende Tag der erste Arbeitstag für A2 gewesen – der aber zu einem Stehtag geraten wäre, weil A2 witterungsempfindlich ist (Risikosphäre des Unternehmers). Entlang der Werkausführung ergibt sich also aus dem Mitwirkungsversäumnis zunächst ein Tag Produktivitätsverlust, dann ein Tag witterungsbedingte «Gratisbeschleunigung»; letztere neutralisiert den ersteren.

- 918 **3.** Vorteile können sich ihrerseits **durch gleichzeitig oder später hinzutretende Vermögenseinbussen wiederum neutralisieren**, weswegen es sich für den Unternehmer anbietet, nicht nur die unmittelbaren, primären Auswirkungen des Mitwirkungsversäumnisses festzustellen. Führt im vorerwähnten Beispiel dasselbe Mitwirkungsversäumnis später im Bauablauf (also sekundär) dazu, dass ein Arbeitsvorgang in eine Periode mit Kostensteigerungen versetzt wird, sind die daraus entstehenden Mehrkosten mit dem unverhofft gewonnenen Baufortschritt wiederum zu «verrechnen».
- 919 **4.** Bei der Vorteilsanrechnung tritt damit erneut zutage, dass es für die eine oder die andere Partei bedeutsam sein kann, den Bauablauf **konkret** (Rz 878 ff.) und **qualitativ** (Rz 888 ff.) zu erfassen. Verzichtete man im erwähnten Beispiel darauf, die im Ist-Ablauf eingetretene schlechte Witterung qualitativ im fortgeschriebenen Soll-Ablauf darzustellen, würde sich im Ist-/Soll-Abgleich nur die Verlängerung des einen Arbeitsvorgangs (A1) als zeitliche Auswirkung des Mitwirkungsversäumnisses äussern und so dem Bauherrn zur Last fallen. Wird dagegen die Witterung und die Witterungsempfindlichkeit von A2 im Soll-Ablauf integriert, wird der mitwirkungsbedingt eingetretene Vorteil sichtbar, nämlich dass A2 ohnehin erst einen Tag später als geplant hätte an die Hand genommen werden können.
- 920 **5.** Während des Mitwirkungsverzugs eröffnet sich dem Unternehmer unter Umständen die Möglichkeit, die brachliegenden Produktionsfaktoren zugunsten von «planwidrigen» Drittaufträgen einzusetzen, die er in Ermangelung des Mitwirkungsversäumnisses nicht hätte akquirieren können («**Füllaufträge**»). Ob das Mitwirkungsversäumnis eine Stehzeit oder lediglich eine Leistungserschwerung herbeiführt, ist im Prinzip unbeachtlich, weil auch die letztere es dem Unternehmer normalerweise ermöglicht, unterausgelastete Produktionsfaktoren zu rationalisieren und zu reallozieren. Solange seine Schaden- bzw. Kostenminderungsobliegenheit nicht greift, steht es dem Unternehmer frei, Füllaufträge anzunehmen, wobei er freilich das Risiko trägt,

sich entweder hier oder im Drittauftrag zu verspäten, wenn der Mitwirkungsverzug kürzer ausfallen sollte, als für den Füllauftrag erforderlich (vgl. zur Absehbarkeit: Rz 1531). Trifft ihn aber die Minderungsobliegenheit (dazu Rz 1510, 1516, 1518; 1520 ff.), so ist er gehalten, solche Füllaufträge anzunehmen oder wenigstens nicht absichtlich zu versäumen (vgl. etwa Rz 1309 ff.), ansonsten er sich die Vorteile, die er dort hätte lösen können, anrechnen lassen muss. Es liegt daher im Interesse des Bauherrn, dass die Annahme und die profitable Ausführung eines Füllauftrags bzw. die blosse Möglichkeit, einen profitablen Füllauftrag zu akquirieren, in der bauablaufbezogenen Darstellung sichtbar gemacht wird. Durch die bloss chronologische Darstellung einzelner Arbeitsvorgänge auf der streitigen Baustelle ist dafür regelmässig nicht gesorgt; auch das spricht dafür, qualitative Merkmale des Bauablaufs bei der Beweisführung hinreichend abzubilden (dazu Rz 888 ff.).

### 3. Insbesondere zur Konstruktion des Soll-Ablaufs

In allen dreien der skizzierten Umsetzungsvorschläge (Rz 870 ff.) ist der Soll-Ablauf eine entscheidende Hypothese, die entweder Ausgangspunkt (Soll'- und Fenster-Methode) oder Endpunkt (Ist'-Methode) des Nachweisverfahrens bildet. Dabei fragt sich, wie der Soll-Ablauf zu konstruieren sei, namentlich welche **hypothetische Bauzeit** und welcher **hypothetische Bauablauf** ihm zugrunde zu legen ist. SCHWERTNER/KUMLEHN gehen davon aus, der Soll-Terminplan sei nach den «terminlichen Vorgaben aus dem geschlossenen Bauvertrag», aber auch nach dem «vom Auftragnehmer zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses vorgesehenen Planungs- und Bauablauf» aufzustellen<sup>1219</sup>. Klar ist, dass nicht beides geht, wenn die beiden Massgaben sich nicht decken. Doch muss schon prinzipiell geklärt werden, welche Massgaben für die Konstruktion des Soll-Ablaufs überhaupt in Frage kommen und mit welcher Priorität sie heranzuziehen sind. Dem gelten die nächsten Ausführungen.

#### a. Erster Schritt: Grundlage des Soll-Ablaufs

1. Ausgangspunkt ist der Gedanke, dass die Analyse der Säumnisauswirkungen nur hinreichend erfolgt, wenn der gesamte bis zum Zeitpunkt der Differenzbetrachtung erfolgte Bauablauf berücksichtigt wird (vgl. Rz 880 ff.).

---

<sup>1219</sup> SCHWERTNER/KUMLEHN, GBB 2017, S. 136, 139.

Dies deshalb, weil die Auswirkungen des Mitwirkungsversäumnisses nicht ganzheitlich beurteilt werden können, wenn nicht auch vom Unternehmer zu verantwortende Verspätungen und zufällige Ablaufstörungen (zum Beispiel witterungsbedingte Unterbrüche) abgebildet werden, die sich vor und nach dem Mitwirkungsversäumnis ereignet haben. Zu diesem Zweck muss der Soll-Ablauf bereits beim **«Nullpunkt» der Werkausführung** ansetzen, also dort, wo die Bauleistung als Beginn eines Ablaufs in Erscheinung tritt. Im Folgenden werden Anhaltspunkte diskutiert, auf deren Grundlage von diesem Nullpunkt aus der hypothetische Bauablauf konstruiert werden könnte. Schon hier ist vorwegzunehmen, dass die so geschaffene Grundlage des Soll-Ablaufs anschliessend in mehrfacher Hinsicht zu *korrigieren* und zu *ergänzen* sein wird (Rz 939 ff.).

- 923 **2.** Herauszustreichen ist, dass zur Konstruktion des Soll-Ablaufs sowohl **Tatsächliches** als auch **Rechtstatsächliches** (namentlich der Vertragsinhalt) herangezogen werden darf und soll. Der Soll-Ablauf stellt nämlich nicht in erster Linie dar, wie der Bau hätte ablaufen *müssen*, sondern wie die Ausführung unter Einbezug aller bis zum Zeitpunkt der Betrachtung bekannten Tatsachen (inklusive Baubedingungen, Zufälle usw.) abgelaufen *wäre*. Das gebietet die hier analog verwendete Differenzhypothese (vgl. Rz 859 ff.).

*i. Arbeitsplanung des Unternehmers*

- 924 **1.** Soweit die Arbeitsplanung des Unternehmers, wie sie noch im Zeitpunkt des Vertragsschlusses oder kurz vor Baubeginn bestand, bewiesen werden kann, ist das vermutungsweise der **realitätsnächste Anhaltspunkt** für den Soll-Ablauf, wie er zu Beginn der Ausführung vermutet werden konnte. Zu denken ist zunächst an die *Auftragskalkulation* des Unternehmers, d.h. den Stand der Vorkalkulation, auf deren Basis der Unternehmer den Bauwerkvertrag schliesst. Aus ihr ergibt sich im Idealfall, welche Mittel der Unternehmer wo, wann und wie lange zu welchen Kosten für die Ausführung einzusetzen gedenkt. Doch darf es dabei nicht bleiben, wenn nach Vertragsschluss wesentliche Änderungen des Bauablaufs vereinbart bzw. bestellt worden sind oder Konkretisierungen des noch nicht abschliessend geplanten Bauwerks oder auch Zufälle zu Änderungen in der Ablaufplanung führen. Es müssen auch nach Vertragsschluss, aber noch vor Baubeginn angesetzte Ablaufänderungen erfasst werden, was möglicherweise gelingt, wenn auch die *Arbeitskalkulation* des Unternehmers herangezogen wird. Sie ist das ausführungsbeleitende Kontrollinstrument des Unternehmers nach Vertragsschluss und

wird zum Stichtag Baubeginn normalerweise den aktuellsten Stand des anfänglichen Soll-Ablaufs wiedergeben<sup>1220</sup>.

2. Besteht zwischen den Vertragsparteien eine hinreichend aussagekräftige Bauzeitabrede (siehe Rz 931 ff.), so zum Beispiel ein Bauzeitenplan, wie er bei grösseren Bauvorhaben regelmässig vereinbart wird (Rz 521), ist das **Verhältnis dieser Abrede zur Arbeitsplanung** des Unternehmers zu klären. 925

a. Die *Arbeitsplanung* geniesst dabei unabhängig von der (Un-)Verbindlichkeit der Bauzeitabrede insoweit *Vorrang*, als sie im Sinne einer natürlichen Vermutung als verlässlicher und aussagekräftiger als die Bauzeitabrede gelten darf. Bauzeitenpläne bezwecken zwar, den Bauherrn darüber zu informieren, innert welcher Fristen bzw. bis zu welchen Terminen welche Arbeitsvorgänge erfolgen sollen bzw. müssen. Der Detailgrad solcher Bauzeitenpläne ist aber häufig geringer als derjenige, mit welchem der Unternehmer intern «seinen» Bauablauf plant. Sieht etwa ein Bauzeitenplan für einen Vorgang eine bestimmte Frist vor, mag in dieser Frist nach der internen Planung des Unternehmers ein Puffer versteckt sein (Rz 896 ff.). Das ermöglicht ihm allerlei Variationen hinsichtlich Planung und Ausführung des Vorgangs. Stellt man demgegenüber allein auf den vergleichsweise grobkörnigen Bauzeitenplan ab, verleitet das möglicherweise zu Fehlannahmen: 926

**Bsp.:** Der Bauzeitenplan sieht für einen Arbeitsvorgang 25 Arbeitstage vor, doch «versteckt» der Unternehmer darin mehrere Tage Pufferzeit. Der Unternehmer kann bei gleichbleibender Produktivität (i.) sofort beginnen, durcharbeiten und das Werk ein paar Tage vor Fristablauf vollenden, (ii.) mit dem Baubeginn solange zuwarten, wie es der Puffer erlaubt und anschliessend eine «Punktlandung» vollführen, also das Werk auf den Fristablauf hin vollenden, (iii.) die Arbeiten rechtzeitig an die Hand nehmen und diese im Rahmen des Zeitpuffers nach Belieben – auch mehrfach – unterbrechen und wiederaufnehmen. Zusätzlich kann er an manchen Tagen unter, an manchen Tagen über dem erforderlichen Produktivitätsmittelwert arbeiten, sich durch eine über alles gesehen beschleunigte Arbeitsgeschwindigkeit aber auch Puffer erarbeiten usw. 927

b. Stellt man auf die Arbeitsplanung des Unternehmers ab, erfasst man diese *Variabilität in der Tätigkeit des Unternehmers* eher, als wenn man auf eine Bauzeitenabrede abstellt. Letztere verleitet den Betrachter möglicherweise 928

---

<sup>1220</sup> Zu den unterschiedlichen Typen von Kalkulationsinstrumenten siehe die Ausführungen von WÜRFELE/GRALLA/SUNDERMEIER, Rz 568–597.

zur Annahme, der Unternehmer hätte während der in der Bauzeitabrede vereinbarten Ausführungsfristen zu jedem gegebenen Zeitpunkt einen bestimmten Produktivitätsmittelwert eingehalten, wobei sich diese Annahme mit der tatsächlichen Produktivität des Unternehmers keineswegs decken muss. Ebenfalls insinuiert die Bauzeitabrede, der Unternehmer habe seine Produktionsfaktoren während der vereinbarten Dauer durchwegs und in gleicher Zusammensetzung auf der Baustelle vorgehalten, was seiner internen Planung ebenfalls keineswegs entsprechen muss.

- 929 **c.** Auf Basis der Bauzeitabrede lässt sich also *nur approximativ bestimmen, wann und wie schnell der Unternehmer das Werk ausgeführt hätte*. Über die Regeln des Herstellungsverzugs (OR 366 I) kommt man dabei nur beschränkt weiter. Zwar lässt sich in Abhängigkeit des geschuldeten Bauwerks und der vereinbarten Bauzeit für einen beliebigen Arbeitstag errechnen, welchen Produktivitätsmittelwert der Unternehmer innert der (allenfalls auch nur verbleibenden) Bauzeit hätte einhalten müssen, um nicht in Herstellungsverzug zu geraten. Doch solange dieser Wert unter der maximal möglichen Produktivität des Unternehmers liegt und der Unternehmer vertraglich über volle Planungsautonomie verfügt, ist damit kaum etwas dazu gesagt, wann und mit welcher Produktivität der Unternehmer *effektiv gearbeitet hätte*<sup>1221</sup>. Greift man nicht auf seine eigene Arbeitsplanung zurück, können solche Unsicherheiten nicht ausgeräumt werden.
- 930 **3.** Die Arbeitsplanung des Unternehmers nachzuweisen dürfte regelmässig nur dem Unternehmer, dem Bauherrn dagegen nicht möglich sein, wenn der Vertrag keine dahingehende Rechenschaftspflicht des Unternehmers stipuliert. Das Problem relativiert sich, insoweit es regelmässig der (wider-)klagende oder Verrechnung erklärende Unternehmer ist, der seinen Anspruch substantzieren muss und hierfür auf seine Arbeitsplanung zurückgreifen müsste. Zuweilen aber wird der Zugriff auf die Arbeitsplanung auch im Interesse des Bauherrn sein, beispielsweise wenn sich auf diesem Weg allfällige mitwirkungsbedingte Vorteile nachweisen und dem Unternehmer entgegenhalten liessen. Selbst aber wenn der Unternehmer seine Arbeitsplanung offenlegt (im Zivilprozess: als Beweismittel ins Recht legt), besteht die

---

<sup>1221</sup> Bsp.: Muss ein Unternehmer 240m<sup>3</sup> Beton innert einer verbindlichen Bauzeit von 30 Arbeitstagen verbauen, ergibt das einen minimalen Tages-Leistungsmittelwert von 8m<sup>3</sup>. Verfügt der Unternehmer aber über eine wesentliche höhere Leistungsfähigkeit, z.B. 12m<sup>3</sup> pro Tag, schafft ihm das einen Puffer von 10 Tagen und damit Spielraum bei der Wahl des Baubeginns und der Baugeschwindigkeit.

Gefahr, dass sie manipuliert wiedergegeben wird. In Deutschland, wo die Auftragskalkulation unter den Regeln der VOB/B für die Preisfortschreibung herangezogen werden muss<sup>1222</sup>, lassen sich öffentliche Auftraggeber deshalb häufig vertraglich zusichern, dass die Auftragskalkulation versiegelt hinterlegt wird und im Streitfall für beide Parteien einsehbar ist<sup>1223</sup> (vgl. auch BGB § 650c II).

ii. *Bauzeitabreden*

1. Eine weitere Grundlage für die Konstruktion des Soll-Ablaufs findet sich 931 in allen **vertraglichen Abreden** der Parteien, die in irgendeiner Weise die **Bauzeit** und/oder den **Bauablauf** beschlagen. Im Vordergrund stehen die typischen, mittels relativen oder absoluten Fristen und Terminen ausgestalteten Bauzeitabreden (vgl. Rz 514 ff.). Bauzeitabreden liefern unter Umständen einen soliden Anhaltspunkt dafür, wie Bauzeit und, in Verbindung mit dem vereinbarten Werk, Bauablauf sich zugetragen hätten, wenn der Bauherr rechtzeitig mitgewirkt hätte. Wie die Arbeitsplanung des Unternehmers reichen sie zeitlich weit genug zurück, weil sie begriffsgemäss zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses entstehen und den «Nullpunkt» der Werk Ausführung so normalerweise hinreichend repräsentieren. Die Bauzeitabrede ist umso hilfreicher, je detaillierter sie zur geschuldeten Bauzeit und zum geschuldeten Bauablauf Auskunft gibt. Optimal sind Bauprogramme im Sinne von SIA-118 93 I oder ähnliche Bauzeitenpläne, von denen der «zeitliche[...] Fortschritt der Arbeiten innerhalb der vertraglichen Fristen», «die für einzelne Arbeitsperioden vorgesehene Zahl der eingesetzten Arbeitnehmer» und der «vorgesehene[...] Einsatz der hauptsächlichsten Geräte» abzulesen sind (SIA-118 93 I). Vorausgesetzt ist freilich, dass die Bauzeitabrede baubetrieblich plausibel ist; auf diesen Punkt hin muss sie, soweit sie zur Konstruktion des Soll-Ablaufs herangezogen wird, jedenfalls geprüft und gegebenenfalls auch korrigiert werden (dazu Rz 946 ff., 952 ff.).

---

<sup>1222</sup> Vgl. VOB/B § 2 VI Ziff. 1 und 2 («Vergütung für zusätzliche Leistungen»): «Wird eine im Vertrag nicht vorgesehene Leistung gefordert, so hat der Auftragnehmer Anspruch auf besondere Vergütung. [...] Die Vergütung bestimmt sich nach den Grundlagen der Preisermittlung für die vertragliche Leistung und den besonderen Kosten der geforderten Leistung [...]». Dazu KELDUNGS, IngKor-VOB/B, § 2 Abs. 6 N 28 ff.

<sup>1223</sup> WÜRFELE/GRALLA/SUNDERMEIER, Rz 582.

- 932 **2. Ob die Parteien Bauzeit und Bauablauf verbindlich festgesetzt haben oder nicht**, hat in diesem Zusammenhang eine gewisse Bedeutung. Ist die Bauzeitabrede eine solche im Rechtssinne, also *bindend*, begründet das die natürliche Vermutung, dass der Unternehmer die Ausführung entsprechend diesem Ablauf geplant und disponiert hat. Dies vielleicht schon, weil er es so will, aber jedenfalls auch und vor allem, weil er es muss. In solchen Fällen sollte nicht ohne triftigen Grund auf andere Anhaltspunkte abgestellt werden, vorbehaltlich einer abweichenden Arbeitskalkulation des Unternehmers (Rz 924 ff.). Ist die Bauzeitabrede dagegen *unverbindlich*, wie das namentlich beim Bauprogramm im Sinne von SIA-118 93 I gemäss Abs. 2 derselben Bestimmung der Fall ist<sup>1224</sup>, sollte m.E. nur zurückhaltend angenommen werden, dass der Unternehmer sich bei der Ausführung an die unverbindliche Bauzeitabrede gehalten hätte. Dies namentlich dann, wenn (kumulativ):
- 933 – vom Unternehmer vorgeschlagen oder in den Vertragsverhandlungen zumindest mit dem Unternehmer verhandelt worden ist. Für seine Kalkulation geht der Unternehmer notwendigerweise von einer Bauzeit und einem Ablauf aus, die er auf Basis des geschuldeten Bauwerks nach Erfahrungswerten abschätzt<sup>1225</sup>. Das vom Unternehmer unterbreitete bzw. ausgehandelte Bauprogramm reflektiert mutmasslich seine Vorstellung darüber, ab wann frühestens, bis wann spätestens, in welchen Abschnitten, mit welcher Produktivität welcher Arbeitsvorgang ausgeführt werden kann und soll, um den geschuldeten Werkerfolg zu erzielen. Seine Vorstellung ist bedeutsam, denn er ist ein Fachmann und kennt zudem sich, seinen Betrieb und seine Produktionskapazitäten am besten.
- 934 – *prima vista* realistisch ausfällt, mithin auf die Mittel und Möglichkeiten des konkreten Unternehmers abgestimmt ist und auf Annahmen basiert, die den einschlägigen Regeln der Technik gerecht werden. Ist das nicht der Fall, d.h. enthält der Bauzeitenplan bautechnische oder baubetriebliche Unmöglichkeiten, Widersprüche, Irrtümer oder setzt er offensichtlich beim Unternehmer nicht vorhandene Mittel voraus, ist er für den hypothetischen Bauverlauf wenig bis gar nicht aussagekräftig.
- 935 – objektiv dazu geeignet ist, den Bauherrn über den Arbeitsplan des Unternehmers zu informieren und ihn zur Koordination der Arbeiten zu befähigen (vgl. etwa SIA-118 93 II). Dann nämlich muss und darf der Bauzeitenplan in Ermangelung anderer Indizien als das massgebliche

---

<sup>1224</sup> REETZ, Komm-SIA-118, Art. 93 N 1.4 ff., 20.1 ff.

<sup>1225</sup> Vgl. SCHUMACHER/KÖNIG, Rz 29.



Planungs- und Führungsinstrument der Parteien gelten. Fehlt es dagegen an diesem Zweck bzw. ist er offensichtlich weggefallen, beispielsweise weil der Unternehmer die Werkausführung von Beginn weg anders umsetzt, kommt der Bauzeitenabrede bei der Konstruktion des hypothetischen Bauablaufs wenig bis keine Bedeutung zu.

**3.** Im Soll-Ablauf mit zu berücksichtigen sind auch einvernehmliche **Abänderungen** der (verbindlichen oder unverbindlichen) Bauzeitabrede im Verlaufe des Vertragsvollzugs, wie zum Beispiel die Verlängerung oder Verkürzung einzelner Arbeitsabschnitte oder der Gesamtleistung, oder die Umstellung einzelner Arbeitsschritte. Solche Vertragsanpassungen müssen im Soll-Ablauf ihren Niederschlag finden, indem bis und mit dem Zeitpunkt der einvernehmlichen Anpassung noch die ursprüngliche Bauzeitabrede, ab diesem Zeitpunkt dann die neue Bauzeitabrede zugrunde gelegt wird. 936

*iii. Antizipierte Ergänzung der Fristen und Termine*

**1.** Streiten sich die Parteien über den hypothetischen Bauablauf, streiten sie sich normalerweise direkt oder indirekt auch über die verbindlichen Fristen und Termine, die in der Zeit vor und gegebenenfalls auch nach dem Mitwirkungsversäumnis für die Werkausführung gegolten haben. Streiten mögen sie sich namentlich über die Frage, ob und inwieweit Fristen und Termine – seien sie vereinbart oder nicht – im Nachgang zu einem Mitwirkungsversäumnis zugunsten des Unternehmers zu erstrecken gewesen wären bzw. noch zu erstrecken sind (siehe Rz 907 ff.). Fehlt es jedenfalls an einer Bauzeitabrede, wird das Gericht diese Fragen auflösen müssen, indem es den Vertrag nach OR 75 ergänzt und eine **objektivierte Bauzeitregel**, namentlich auch einen **objektivierten Bauablauf** schafft (vgl. Rz 505). Zu berücksichtigen hat es dabei das vereinbarte Bauwerk<sup>1226</sup>, das vereinbarte Herstellen 937

<sup>1226</sup> Losgelöst vom Bauwerk lassen sich weder Bauzeit noch Bauablauf bestimmen. Ausschlaggebend ist mithin das Bausoll, d.h. «die durch den Bauvertrag [...] als Vorgabe nach Bauinhalt (Was?) und – ggf. – nach Bauumständen (Wie wird gebaut?) näher bestimmte Leistung des Auftragnehmers zur Erreichung des werkvertraglichen Erfolges [...]. Unter «Bausoll» ist also nicht nur die inhaltlich geschuldete Bauleistung zu verstehen, sondern auch die durch den Bauvertrag definierte Art und Weise, wie diese Leistung erreicht werden soll, also in einer bestimmten Zeit, unter bestimmten, im Leistungsverzeichnis definierten Verhältnissen (z.B. Baugrundverhältnissen), durch bestimmte, vom Auftraggeber vorgegebene Ablaufplanungen oder technische Methoden, durch einen bestimmten, mit bestimmter Fachkunde ausgestatteten Unterneh-

lungsverfahren und die Umstände beim Vertragsschluss. Bei alledem wird das Gericht auf Antrag einer oder beider Parteien (siehe ZPO 183 I) auf einen baubetrieblich geschulten Gutachter zurückgreifen.

- 938 **2.** Ist es dem Unternehmer unmöglich oder ist er nicht willens, seine Arbeitskalkulation als Beweisofferte ins Recht zu legen, und fehlt es an einer verbindlichen Bauzeitabrede der Parteien, bleibt ihm nichts anderes übrig, als **die richterliche Vertragsergänzung zu antizipieren**. Will er sich beim Beweis seiner Ansprüche auf den objektivierten, hypothetischen Bauablauf stützen, muss er also im Vorfeld des Zivilprozesses abschätzen, nach welchen Regeln das Gericht eine Bauzeitregel schaffen wird, wenn der hypothetische Bauablauf zwischen den Parteien streitig wird (wovon in den hier interessierenden Fällen immer auszugehen ist). Es kann hier auf die Überlegungen zur baubetrieblichen Plausibilisierung des Soll-Ablaufs verwiesen werden, wie sie in Rz 953 skizziert sind. Dabei wird der Unternehmer zu beachten haben, dass allfällige Bauzeitabreden, die zwar verbindlich und auskömmlich, aber lückenhaft und mithin ergänzungsbedürftig sind, das Gericht möglicherweise bei der Vertragsergänzung inspirieren werden, weil dieses gehalten ist, den Vertrag nicht mit einer unpassenden Regel zu ergänzen (vgl. Rz 283).

**b. Zweiter Schritt: Korrekturen und Ergänzungen**

*i. Gemäss den abgeleiteten Anforderungskriterien*

- 939 Auf Grundlage der Arbeitsplanung des Unternehmers, der verbindlichen Bauzeitabrede der Parteien und/oder der antizipiert ergänzten Bauzeitregel lässt sich ein erster, tentativer Soll-Ablauf konstruieren, wie er zu Beginn der Werkausführung anzunehmen war. Dieser Entwurf ist allerdings zum Zeitpunkt der Differenzbetrachtung regelmässig «veraltet», weil er bis dahin – und möglicherweise schon zum Zeitpunkt des Mitwirkungsversäumnisses – fast immer von der Baurealität überholt worden ist. Der in Entstehung begriffene Soll-Ablauf bedarf deshalb der **Optimierung**, soll er anschliessend im Abgleich mit dem Ist-Ablauf brauchbare Resultate liefern. Konkret muss der Soll-Ablauf – je nach beweisrechtlicher Zielsetzung der beweisführenden

---

mer» (KAPELLMANN/SCHIFFERS/MARKUS, Bd. 1, Rz 100 [H.e.]). Zu beachten ist immerhin, dass auch das Bausoll nur in den Grundzügen vereinbart sein kann. Sind sowohl das konkrete Bausoll als auch die Bauzeit und der Bauablauf zu ergänzen, werden sich diese Ergänzungsvorgänge unweigerlich gegenseitig beeinflussen.

Partei – entsprechend den vorne ausgearbeiteten Anforderungskriterien (Rz 877 ff.) korrigiert und ergänzt werden:

- Aufdatierung des Soll-Ablaufs vom Nullpunkt ausgehend bis zum Zeitpunkt des Mitwirkungsversäumnisses gemäss dem eingetretenen Ist-Ablauf, unter Einschluss aller nicht vom Bauherrn zu vertretenden Ereignisse mit Behinderungs- und Verzögerungswirkung (Rz 881); 940
- Aufdatierung aller späteren, zur Veränderung des hypothetischen Bauablaufs führenden Ereignisse bis zum Zeitpunkt der Differenzbetrachtung (Rz 882), einschliesslich inzwischen vereinbarter oder eingetretener Fristerstreckungen (Rz 907 ff.); 941
- Gleichartige Bezeichnung und Behandlung behindernder und verzögernder Ereignisse sowohl im Soll-Ablauf als auch im Ist-Ablauf (Vergleichbarkeit) (Rz 893 f.); 942
- Einarbeitung qualitativer Faktoren, über die zum Zeitpunkt der Differenzbetrachtung Gewissheit besteht, wo dies zur Darstellung bzw. zur Widerlegung von Einbussen erforderlich ist (Rz 888 ff.); 943
- Darstellung von Anordnungsbeziehungen, Pufferzeiten, kritischem Weg und gegebenenfalls von unkritischen Wegen (Rz 895 ff.); 944
- Darstellung mitwirkungsbedingter Vorteile (Rz 914 ff.). 945

ii. *Empirische Plausibilisierung*

1. Die effektive Leistungsfähigkeit des Unternehmers, die sich erst im Verlaufe der Werkausführung zeigt, ist ein wichtiger Korrekturfaktor für den – bereits ein erstes Mal korrigierten (Rz 939 ff.) – Soll-Ablauf. Sie ist von Bedeutung, weil sie die Auftrags- und Arbeitskalkulation des Unternehmers bzw. die Bauzeitabrede der Parteien möglicherweise als **übertrieben optimistisch/pessimistisch** entlarvt und deren Korrektur nahelegt. Die tatsächliche Produktivität des Unternehmers bestimmt insofern die Konstruktion des gesamten Soll-Ablaufs mit. Mit besonderem Blick auf die Berechnung von *Produktivitätsverlusten* ist sie ausserdem eine massgebliche Grösse, weil erst sie im Vergleich zur Ist-Produktivität das reell eingetretene Produktivitäts-Delta in Erscheinung treten lässt. Das sei kurz vertieft: 946

2. Gleich, ob der Soll-Ablauf auf Basis der Arbeitsplanung des Unternehmers, der Bauzeitabrede oder der antizipierten Vertragsergänzung konstruiert wird; daraus allein darf die hypothetische Produktivität des Unternehmers nicht abgeleitet werden, wenn erwiesen ist, dass der Unternehmer **zum darin** 947

**umschriebenen Baufortschritt nicht imstande ist**, d.h. die zunächst einmal angenommene Soll-Produktivität nicht zu leisten vermag. Behauptet in einem solchen Fall der Unternehmer eine Produktivitätseinbusse wegen eines Mitwirkungsversäumnisses, kann ihm der Bauherr entgegenhalten, dass der Unternehmer die von ihm geltend gemachte Produktivität nie erreicht hätte, mithin die hypothetische Produktivität niedriger angesetzt werden muss<sup>1227</sup>. Im Ist/Soll-Vergleich wird sich dann zeigen, dass die mitwirkungsbedingt erlittene Produktivitätseinbusse kleiner ausfällt als noch auf Basis der ersten Soll-Annahmen. Umgekehrt kann der Unternehmer geltend machen, dass er **zu einer höheren Produktivität imstande ist**, als es seiner Arbeitsplanung, der Bauzeitabrede oder dem objektivierten Bauablauf zugrunde lag<sup>1228</sup>, und dass seine hypothetische Produktivität für die Zeit des Mitwirkungsverzugs dementsprechend heraufzusetzen ist. Hier führt der Vergleich von Ist-Produktivität zur höheren Soll-Produktivität dazu, dass die Produktivitätseinbusse des Unternehmers grösser ausfällt als noch auf Basis des unkorrigierten Soll-Ablaufs.

- 948 **3. Von Bedeutung ist diese Korrektur der hypothetischen Produktivität auch für Sekundärauswirkungen** des Mitwirkungsversäumnisses. Würde ein Baufortschritt unterstellt, der die Fähigkeiten des Unternehmers übersteigt, fiel der Soll-Ablauf «zu schnell» bzw. «zu kurz» aus. Vergleicht man dann den Ist-Ablauf mit diesem verkürzten Soll-Ablauf, werden die Sekundärauswirkungen von mitwirkungsbedingten Unterbrechungen und Verlängerungen als zu gross eingeschätzt<sup>1229</sup>. Eine solche Verzerrung der Differenzbetrach-

---

<sup>1227</sup> Vgl. zur Korrektur eines kalkulatorischen «Eigenanteils» des Unternehmers: KAPPELLMANN/SCHIFFERS/MARKUS, Bd. 1, Rz 1555. Die angelsächsische Baubetriebsliteratur spricht auch vom *Measured Mile Approach* (siehe etwa HÜRLIMANN, FS Gauch, S. 831).

<sup>1228</sup> Schneller zu arbeiten, als vereinbart wurde, ist dem Unternehmer in Ermangelung besonderer Erfüllbarkeitsaufschübe (Rz 514 ff.) nach OR 81 I erlaubt; beachte freilich die Regeln der Unzeitigkeit: Rz 507 ff.

<sup>1229</sup> Bsp.: Ein Bauvorhaben hätte störungsfrei effektiv 30 Arbeitstage gedauert, doch nimmt man im Soll-Ablauf fälschlicherweise eine Bauzeit von nur 20 Tagen an, weil die Leistungsfähigkeit des Unternehmers überschätzt wird. Blockiert der Bauherr den Baubeginn für vier Tage und tritt an den Tagen 21–24 eine Schlechtwetterphase ein, führt der falsche Soll-Ablauf von 20 Tagen zum unrichtigen Schluss, dass die Schlechtwetterphase (und die damit einhergehenden Produktivitätsverluste) ohne das Mitwirkungsversäumnis hätte vermieden werden können. Stellt man auf die effektive Leistungsfähigkeit des Unternehmers ab, stellt sich heraus, dass sich die Schlechtwetterphase ohnehin auf den Baubetrieb ausgewirkt hätte.

tung muss vermieden werden, indem der Soll-Ablauf entsprechend der tatsächlichen (minderen) Fähigkeit des Unternehmers «verlangsamt» bzw. «verlängert» wird. Wird umgekehrt ein Baufortschritt unterstellt, der die Fähigkeiten des Unternehmers unterschätzt, fällt der Soll-Ablauf «zu langsam» bzw. «zu lang» aus. Das führt im Abgleich mit dem Ist-Ablauf zu allzu geringen Produktivitätseinbussen<sup>1230</sup>. Auch diese Verzerrung muss vermieden werden, indem der Soll-Ablauf entsprechend der tatsächlichen (höheren) Produktivität des Unternehmers «beschleunigt» bzw. «gekürzt» wird.

4. Damit dem Unternehmer der Einwand der höheren hypothetischen Produktivität bzw. dem Bauherrn der Einwand der tieferen hypothetischen Produktivität gelingt, wird er im Zivilprozess den dahingehenden *Beweis* erbringen müssen. Dabei stellt sich die Frage, inwiefern sich eine Partei **auf empirische Tatsachen stützen kann und muss**, um das Gericht von der behaupteten hypothetischen Produktivität zu überzeugen. Denn selbst wenn bei der Konstruktion des Soll-Ablaufs das reduzierte Beweismass zur Anwendung gelangt (dazu Rz 982 ff.), wird das Gericht nicht durch blosse Behauptungen davon zu überzeugen sein, dass der Unternehmer langsamer bzw. schneller gearbeitet hätte. Dazu zwei Überlegungen:

a. KAPELTMANN/SCHIFFERS/MARKUS vertreten in diesem Zusammenhang einleuchtend, dass sich die mindere Leistungsfähigkeit des Unternehmers *bereits im bisherigen Ist-Ablauf gezeigt haben muss*<sup>1231</sup>. Ausserdem müsse der Arbeitsvorgang, bei dem sich der langsamere Baufortschritt geäussert hat, mit dem in Frage stehenden, mitwirkungsbedingt gestörten Bauvorgang *vergleichbar* sein. Diesen Ansätzen ist zu folgen. Sie gelten aber nicht nur für die mindere Leistungsfähigkeit des Unternehmers: Auch die über die zunächst angenommene Soll-Produktivität *hinausgehende* Leistungsfähigkeit

<sup>1230</sup> Bsp.: Ein Bauvorhaben hätte störungsfrei effektiv 20 Arbeitstage gedauert, doch nimmt man im Soll-Ablauf fälschlicherweise eine Bauzeit von 30 Tagen an, weil die Leistungsfähigkeit des Unternehmers unterschätzt wird. Blockiert der Bauherr die Ausführung zu Baubeginn für vier Tage und tritt an den Tagen 27–29 eine Schlechtwetterphase ein, führt der falsche Soll-Ablauf zum unrichtigen Schluss, dass der Unternehmer die Schlechtwetterphase ohnehin erlitten hätte. Stellt man auf die effektive Leistungsfähigkeit des Unternehmers ab, stellt sich heraus, dass die Schlechtwetterphase auch mit einer viertägigen Verspätung vermieden worden wäre. Ist der Unternehmer nun gleichwohl in die Schlechtwetterphase geraten, indiziert das möglicherweise eine Verzögerungsursache, die nicht der Bauherr zu vertreten hat.

<sup>1231</sup> KAPELTMANN/SCHIFFERS/MARKUS, Bd. 1, Rz 1553 ff. Vgl. auch HÜRLIMANN, FS Gauch, S. 831 m.w.N.

des Unternehmers muss bereits in Erscheinung getreten sein, und der gestörte Arbeitsvorgang muss mit der bereits gemessenen Leistungsfähigkeit vergleichbar sein. Kann die beweisführende Partei auf Basis bereits absolvierter und vergleichbarer Arbeitsvorgänge eine Minder- bzw. Mehrproduktivität aufzeigen, so rechtfertigt das unter dem reduzierten Beweismass (das für die Darlegung der hypothetischen Produktivität praktisch immer zur Anwendung gelangt, Rz 983) die tatsächliche Vermutung, dass die einmal gemessene Minder- bzw. Mehrproduktivität derjenigen entspricht, die der Unternehmer in der Phase des Mitwirkungsverzugs an den Tag gelegt *hätte*, wäre das Mitwirkungsversäumnis ausgeblieben. Der anderen Partei steht es offen, die Vermutung umzustossen.

- 951 **b.** Ob sich die effektive Leistungsfähigkeit *vor Eintritt oder nach Wegfall des Mitwirkungsverzugs* gezeigt hat, ist m.E. unbeachtlich. Erfolgt die Störungsanalyse bereits zum Zeitpunkt des Mitwirkungsversäumnisses oder kurz danach, kann selbstredend nur auf frühere Baufortschritte des Unternehmers abgestellt werden. Doch soweit die Differenzbetrachtung erst später – oder gar, wie in der Praxis häufig – nach Bauvollendung durchgeführt wird, können auch (vergleichbare) Baufortschritte herangezogen werden, die sich *nach* dem Mitwirkungsversäumnis ereignet haben. Beide Anhaltspunkte jedenfalls sind gleichermassen aussagekräftig, können aber auch von denselben Umständen gleichermassen erschüttert werden: Namentlich erweist sich die gemessene Produktivität kaum als repräsentativ, wenn in der betreffenden Phase der Werkausführung zum Beispiel (i.) der Unternehmer gezwungen war, den Bau zu beschleunigen, (ii.) der Unternehmer die Arbeit bewusst verzögert hat, etwa weil Nebenunternehmerarbeiten sich verspäten («Strecken»)<sup>1232</sup>, (iii.) deutlich bessere bzw. schlechtere Witterung herrschte als in der interessierenden Störungsphase, (iv.) der Unternehmer in der Messperiode noch in der An- oder Auslaufphase eines vergleichbaren Arbeitsvorgangs arbeitete, während er in der Störungsphase bereits in der Hauptphase angelangt war (Rz 846 f.) usw.

---

<sup>1232</sup> KAPELLMANN/SCHIFFERS/MARKUS, Bd. 1, Rz 1422, Ziff. I.1.a.: «Arbeitnehmer «strecken die Arbeiten wegen der Augenscheinlichkeit fehlender Anschlussarbeiten»». SPINELLI/ZACK, S. 7 (m.w.N.), zum äquivalenten Begriff *Pacing Delays* (dort zit. nach James G. Zack): ««Deceleration of the work on the project, by one of the parties to the contract, due to a delay or potential delay to the end date of the project caused by the other party, so as to maintain steady progress with the revised overall project schedule.»»

iii. *Theoretische Plausibilisierung*

1. Vorstehendes wirft die Frage auf, wie zu verfahren ist, wenn die Produktivität des Unternehmers **empirisch nicht nachgewiesen** werden kann. Das ist regelmässig der Fall, wenn das Mitwirkungsversäumnis vor oder unmittelbar zu Baubeginn eintritt oder zu Beginn eines Arbeitsvorgangs, für den es im bisherigen Bauverlauf keine vergleichbaren Produktivitätsdaten gibt. Es bleibt dann nichts Anderes übrig, als den zunächst einmal angenommenen – schon ein erstes Mal korrigierten (Rz 939 ff.) – Soll-Ablauf nach objektivierten Kriterien zu überprüfen, zu korrigieren und zu ergänzen, unter Einbezug aller verfügbaren und geeigneten Indizien des konkreten Einzelfalls. 952

2. Wie ein Fachmann bzw. der gerichtliche Gutachter bei dieser **theoretischen Plausibilisierung** verfahren wird, soll an dieser Stelle nicht vertieft werden. Zu beantworten sein wird im Wesentlichen die Frage, ob der angenommene und bereits vorkorrigierte Soll-Ablauf demjenigen entspricht, wie ihn ein versierter und rationaler Unternehmer derselben Arbeitsgattung in einem kompetitiven Marktumfeld zugrunde legt, gemessen an dem auf das vereinbarte Bauwerk «an diesem Standort zugeschnittenen Fertigungsverfahren[...]» und dem hierfür «optimalen Einsatz des [...] erforderlichen Potenzials an Geräten, Maschinen, Produktionsverfahren, Arbeitskräften und Betriebsmitteln»<sup>1233</sup>. Prinzipiell wird bei der Beurteilung dieser Frage an ähnlichen Überlegungen anzuknüpfen sein, wie sie der Unternehmer schon in der Vorkalkulation anstellt, wenn er dem Bauherrn ein Angebot über eine Bauzeit unterbreiten will bzw. die vom Bauherrn geforderte Bauzeit auf ihre Wirtschaftlichkeit hin überprüfen will: Auf Grundlage der Arbeitsplanung des Unternehmers (Rz 924 ff.), der Bauzeitabrede der Parteien (Rz 931 ff.) oder der vom Unternehmer antizipierten richterlichen Ergänzung der Bauzeitregel und des angenommenen Bauablaufs (Rz 937 f.) muss anhand des eingesetzten Baustellenapparats eruiert werden, ob das Zeit-Soll einzuhalten gewesen wäre. Hierfür muss die *mittlere Tagesproduktivität* des Unternehmers etabliert werden. Vom vereinbarten Bauwerk und allfälligen späteren 953

<sup>1233</sup> VYGEN/JOUSSEN/LANG/RASCH, Rz A4. Vgl. auch BAUER, Baubetrieb, S. 751 f.; HENNINGER, BRT 2005, S. 240; SCHUMACHER/KÖNIG, Rz 595a: «Die Kalkulation günstiger Preise, von denen jeder Bauherr profitieren will, setzt immer eine Optimierung der Kosten und der Bauvorgänge durch den Unternehmer voraus, die auf der Annahme beruhen muss, dass die Bauausführung [...] mit einem Minimum an Aufwand und in minimaler Zeit erbracht werden kann».

Bestellungsänderungen<sup>1234</sup> sind dann die benötigten Baustoffmengen abzuleiten, und zu beantworten, ob diese mit den vom Unternehmer vorgesehenen Schlüsselgeräten und den eingeplanten Arbeitskräften (namentlich den täglich maximal realisierbaren Lohnstunden) innerhalb des Zeit-Solls hätten verbaut werden können oder nicht<sup>1235</sup>.

- 954 **3.** Der auf Basis des Baustellenapparats angenommene **Produktivitätsmittelwert** oder «Normalwert» des Unternehmers genügt sicherlich für die Einschätzung der *gesamten* zeitlichen Ausdehnung des Soll-Ablaufs, weil es dabei auf Produktivitätsunterschiede zu einzelnen Zeitpunkten des Bauablaufs nicht ankommt. Für die Berechnung des Ausmasses *einzelner mitwirkungsbedingter Produktivitätsverluste* im Verlaufe der Werkausführung allerdings sollte der Produktivitätsmittelwert der Vergleichswert letzter Wahl sein, denn:
- 955 **a.** Der Mittelwert ist ein kalkulatorischer Wert und impliziert gleichsam, dass der Unternehmer während des gesamten Bauvorhabens mit dieser einen konstanten Produktivität gearbeitet hätte. Produktivität variiert aber schon bei voller Auslastung in kleineren Ausschlägen<sup>1236</sup>. Der Unternehmer ist mangels anderer Abreden und unter Einhaltung der vertraglichen Fristen und Termine berechtigt, die Ausführung beliebig zu beschleunigen oder zu verzögern. Deshalb kann der Unternehmer für den einzelnen Arbeitsvorgang bzw. auch schon für den einzelnen Arbeitstag eine höhere oder tiefere Produktivität geplant haben, als sie im Mittelwert zum Ausdruck kommt. Das lässt sich möglicherweise hinreichend berücksichtigen, indem der Soll-Ablauf mit der zum Zeitpunkt des Mitwirkungsversäumnisses *aktuellsten Fassung der Arbeitsplanung* angereichert wird.
- 956 **b.** Auch wenn die Arbeitsplanung des Unternehmers nicht zur Verfügung steht, können sich aus dem *Ist-Ablauf von Baubeginn bis hin zum Mitwirkungsversäumnis* Anhaltspunkte dafür ergeben, dass (und gegebenenfalls wie) der Unternehmer in der gestörten Ausführungsphase vom Produktivitätsmittelwert abgewichen wäre. So kann es sein, dass er sich gegenüber dem

---

<sup>1234</sup> Vgl. zur Bedeutung des vereinbarten Bauwerks für die Ermittlung von Bauzeit und Bauablauf schon KAPPELLMANN/SCHIFFERS/MARKUS in Fn 1226.

<sup>1235</sup> Vgl. die Überlegungen zur Produktivitätsplanung bei HOFSTADLER/KUMMER, GBB 2017, S. 87–90.

<sup>1236</sup> Siehe dazu HOFSTADLER/KUMMER, GBB 2017, S. 73 f. und die dort enthaltene Abbildung IV-12.



geplanten Soll-Ablauf schon früher verspätet hat und deshalb in der interessierenden Phase hätte beschleunigen müssen und beschleunigt hätte. Umgekehrt kann es sein, dass er seine Produktivität gedrosselt hätte, weil zeitgleich woanders (auf der Baustelle oder in Drittaufträgen) mehr Ressourcen erforderlich geworden sind als von ihm geplant, oder weil er sich im Verlaufe der Ausführung einen Puffer erarbeitet hat und Indizien dafür bestehen, dass er diesen für eine Verzögerung der Arbeiten hätte nutzen wollen. In engen Grenzen – weil kaum eine Baustelle mit der anderen zu vergleichen ist – mag auch die Feststellung dienlich sein, dass der Unternehmer im zeitnahen Umfeld der interessierenden Phase mit einem vergleichbaren Baustellenapparat unter vergleichbaren Zeitverhältnissen gleichgelagerte Arbeiten im Rahmen von Drittaufträgen schneller oder langsamer erbracht hat, als ihm im streitigen Auftrag in Form des Produktivitätsmittelwerts unterstellt wird.

c. Selbst in Abwesenheit solcher Anhaltspunkte ist die mitwirkungsbedingt gestörte Ausführungsphase auf *Einarbeitungseffekte* (Rz 846 f.) zu prüfen bzw. einzuschätzen. Denn der Produktivitätsmittelwert wird in der Anlaufphase zuerst unter-, dann überschritten, in der Hauptphase normalerweise leicht überschritten und in der Auslaufphase zuerst über- und dann unterschritten. Dieses Muster zeigt sich nicht nur in Bezug auf die gesamte Werk Ausführung, sondern auch auf die Ausführung einzelner Arbeitsvorgänge. Die hypothetische Produktivität kann also *nicht ungeachtet der Arbeitsphase* angenommen werden, in welcher sich das Mitwirkungsversäumnis ereignet hat. Insbesondere schiene es fragwürdig, die Produktivitätsverluste einer Leistungerschwerung aufgrund des Produktivitätsmittelwerts errechnen zu wollen, wenn der Unternehmer sich in einer An- oder Auslaufphase befunden hat und sich die Produktivitätskurve noch nicht oder nicht mehr mit dem Mittelwert schneidet. Dasselbe umgekehrt: Der Mittelwert ist wohl nicht das richtige Mass, wenn der Unternehmer sich zum Zeitpunkt des Mitwirkungsversäumnisses schon in der Hauptphase befunden hat und eine höhere Produktivität erreicht hätte. Solche Vergleiche brächten Verzerrungen zulasten der einen oder der anderen Partei mit sich, die nur dann in Kauf genommen werden könnten, wenn sich die Verzerrungen über den gesamten Bauablauf gesehen rechnerisch neutralisieren.

4. Spätestens nach Werkvollendung kann flankierend auch die mitwirkungsbedingt eingetretene **Bauzeitverlängerung** mitberücksichtigt werden. Die Produktivitätseinbussen des Unternehmers bemisst sich zwar nicht an dieser sekundären Auswirkung, sondern am Selbstkostenwert des ausgefallenen Nutzens der unproduktiven Produktionsmittel im Zeitpunkt des bzw. in der

Periode der Leistungsbehinderung; das wurde bereits in Rz 855 dargelegt. Doch bildet die Bauzeitverlängerung *ceteris paribus* ein brauchbares Kontrollmass, mithilfe dessen die errechnete Produktivitätsstörung wenigstens aggregiert plausibilisiert werden kann. Allerdings ist die Bauzeitverlängerung vorgängig um nicht bauherrenseits zu vertretende Verzögerungen zu bereinigen.

#### 4. Grenzen des Nachweises

- 959 Die Differenzbetrachtung stellt im Zivilprozess hohe Anforderungen an die beweisbelastete Partei. Das trifft regelmässig zunächst den Unternehmer und sodann auch den Bauherrn, soweit ihn im Verlaufe des Zivilprozesses einmal die (Gegen-)Beweislast trifft, beispielsweise wenn es an ihm ist nachzuweisen, dass dem Unternehmer mitwirkungsbedingt Vorteile zugefallen sind oder dass dessen hypothetische Produktivität niedriger gewesen wäre, als er behauptet. Während der Beweis des Ist-Ablaufs die Wiedergabe reiner Tatsächlichkeiten erfordert und damit bei ausreichender Datenlage machbar sein sollte, ist die Konstruktion des Soll-Ablaufs nach den vorstehend skizzierten Anforderungskriterien eine komplexe, ja zuweilen gar unmögliche Aufgabe<sup>1237</sup>. Schwierigkeiten bereitet zudem auch die Bezifferung mancher Vermögenseinbussen, weil sich zwar deren Bestand betriebswirtschaftlich begründen, deren Höhe aber nicht oder nur mit unzumutbarem Aufwand errechnen und darstellen lässt (dazu beispielsweise schon Rz 776 f.). Zu besprechen ist deshalb das zivilprozessrechtliche Beweismass, dem die beweisführende Partei beim Nachweis der anspruchsbegründenden bzw. -vernichtenden Tatsachen zu genügen hat, und vor allem dessen Reduktion, wo die Beweisführung unmöglich oder unzumutbar ist.

##### a. Striktes und reduziertes Beweismass im Zivilprozess

- 960 1. Nach ZGB 8 trägt der Unternehmer die Beweislast für jene Tatsachen, aus denen er seinen Kompensationsanspruch ableitet. Im Zivilprozess trägt er die Beweisführungsobliegenheit, d.h. die Obliegenheit, die anspruchsbegründenden Tatsachen zu behaupten, zu substantiieren und zu beweisen. Bewiesen hat er diese Tatsachen grundsätzlich dann, wenn sie sich nach Überzeugung des Gerichts mit einer Wahrscheinlichkeit von 90% so verwirklicht haben; das Gericht darf an der Verwirklichung, so die gängige Umschreibung des

---

<sup>1237</sup> Siehe schon Fn 1195.

**vollen/strikten Beweismasses**, höchstens noch unbedeutende Zweifel hegen, sie muss ihm annähernd sicher erscheinen<sup>1238</sup>. Die Hürde des strikten Beweismasses bringt es mit sich, dass der Beweisbelastete an ihr nicht nur dann scheitert, wenn die behaupteten Tatsachen nicht eingetreten sind, sondern auch dann, wenn die anspruchsbegründenden Tatsachen an sich eingetreten sind, das Gericht aber vom Eintritt dieser Tatsachen mit den verfügbaren Beweismitteln nicht hinreichend überzeugt werden kann. Eine solche Beweisschwäche trägt grundsätzlich der Beweisbelastete.

2. Anders liegen die Dinge, wenn der Beweis der rechtsrelevanten Tatsachen *typischerweise unmöglich oder unzumutbar* ist. Für diesen Fall sehen die schadensrechtlichen Bestimmungen des Obligationenrechts in OR 42 II eine Beweismasserleichterung vor. Hiernach hat das Gericht den Schaden, wenn er «nicht ziffernmässig nachweisbar» ist, «nach Ermessen [...] mit Rücksicht auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge und auf die vom Geschädigten getroffenen Massnahmen abzuschätzen». Liegt eine typische Beweisnot vor, indem der Schaden «nicht ziffernmässig nachweisbar» ist, so ist das Gericht verpflichtet<sup>1239</sup>, die vorgetragenen Beweismittel nach dem reduzierten **Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit** zu beurteilen. Eine Tatsache gilt hiernach dann als bewiesen, wenn sich die anspruchsbegründenden Tatsachen nach Überzeugung des Gerichts mit einer Wahrscheinlichkeit von 75% verwirklicht haben; ein vom Behaupteten abweichender Sachverhalt bleibt zwar denkbar, darf aber nicht massgeblich in Betracht kommen<sup>1240</sup>. Vom reduzierten Beweismass profitiert der Beweisbelastete unter folgenden Voraussetzungen:

- Seine Beweisnot muss eine *typische* sein. In Beweisnot steht eine beweisbelastete Partei, wenn sie «das Gericht von der Verwirklichung einer Tatsache nicht mit hinreichender Intensität zu überzeugen vermag aus Gründen, die sie nicht zu vertreten hat»<sup>1241</sup>. Typisch ist die Beweisnot, wenn die Tatsache nicht nur aufgrund von einzelfallspezifischen

<sup>1238</sup> LEU CHR., DIKE-Komm-ZPO, Art. 157 N 61–63. Vgl. JUNGO, ZK-ZGB, Art. 8 N 37; REETZ, BRT 2009, Rz 39 ff.

<sup>1239</sup> PASQUIER, Diss., Rz 26.

<sup>1240</sup> LEU CHR., DIKE-Komm-ZPO, Art. 157 N 65 f., 71, 73; PASQUIER, Diss., Rz 47. Vgl. JUNGO, ZK-ZGB, Art. 8 N 38 ff.; REETZ, BRT 2009, Rz 45; SCHUMACHER, FS Eichenberger, S. 169 ff.

<sup>1241</sup> PASQUIER, Diss., Rz 62.

Schwierigkeiten nicht nachgewiesen werden kann, sondern schon *der Natur der Sache nach* unmöglich oder unzumutbar nachzuweisen ist<sup>1242</sup>.

- 963 – Eine beweismassrelevante *Unmöglichkeit der Beweisführung* liegt vor, wenn die Beweisführung nicht nur für den Beweisführenden, sondern auch für einen beliebigen Dritten, also objektiv unmöglich ist und der Beweisbelastete die Unmöglichkeit des Tatsachenbeweises nicht zu vertreten hat<sup>1243</sup>.
- 964 – *Unzumutbar* ist die Beweisführung dem Beweisbelasteten demgegenüber dann, wenn sie überwiegenden Interessen entgegensteht, seien dies seine eigenen, jene der Gegenpartei oder die eines Dritten. Seinen eigenen Interessen steht der Beweis namentlich dann entgegen, wenn die Kosten der Beweisführung den Betrag des zu ermittelnden Schadens übertreffen oder schon nur einen bedeutsamen Teil desselben ausmachen<sup>1244</sup>.
- 965 – Die Beweismassreduktion darf *nicht vertraglich ausgeschlossen* worden sein. Bei Ansprüchen, die keine Pflichtwidrigkeit voraussetzen, ist eine solche Vereinbarung uneingeschränkt wirksam. Beruht der Anspruch freilich auf einer Pflichtwidrigkeit (zum Beispiel auf der Verletzung einer Mitwirkungspflicht), so liegt eine Haftungsfreizeichnung vor, die nach OR 100 I nur mit Blick auf leichtfahrlässige Pflichtverletzungen wirksam ist<sup>1245</sup>.

- 966 **3. Das reduzierte Beweismass wird im Folgenden *unabhängig vom Typ des Kompensationsanspruchs* behandelt, den der Unternehmer als Folge des Mitwirkungsversäumnisses geltend macht. Dies daher, weil der Unternehmer sich auf das reduzierte Beweismass berufen kann, ganz gleich, ob er einen Mehrvergütungsanspruch, einen Aufwendungsersatzanspruch oder einen Schadenersatzanspruch geltend macht. Bei vertraglichen Schadenersatzansprüchen profitiert er schon kraft der gesetzlichen Anordnung in OR 99 III in Verbindung mit 42 II vom reduzierten Beweismass, wenn er in eine typische Beweisnot gerät. Doch gilt für die anderen beiden Anspruchstypen dasselbe: In Bundesgerichtsrechtsprechung und Lehre ist anerkannt, dass die Beweismassreduktion von OR 42 II trotz ihrer systematischen Stellung (im Scha-**

---

<sup>1242</sup> PASQUIER, Diss., Rz 63. Vgl. REETZ, BRT 2009, Rz 49 f.; SCHUMACHER, FS Eichenberger, S. 174 f.

<sup>1243</sup> PASQUIER, Diss., Rz 172–178.

<sup>1244</sup> PASQUIER, Diss., Rz 183–187. Vgl. auch SCHUMACHER, FS Eichenberger, S. 175.

<sup>1245</sup> PASQUIER, Diss., Rz 24 («nur für mittlere und leichte Fahrlässigkeit» zulässig). Vgl. auch hinten Rz 1356.

densrecht) in vielfältiger Weise *auch für nicht schadensrechtliche Anspruchstypen* zur Anwendung gelangt. Bedenkenlos kann PASQUIER gar dahin gefolgt werden, dass die Beweismasserleichterung von OR 42 II in sämtlichen Zivilstreitigkeiten sinngemäss zur Anwendung gelangen soll, in denen die typische Beweisnot den *Nachweis von Quantitäten* ganz allgemein beschlägt<sup>1246</sup>. Dabei gilt der aus der Schadensschätzung bekannte Satz, dass die Schätzung eines Schadens (d.h. einer Quantität) immer zugleich auch die Frage seiner (ihrer) Verursachung positiv beantwortet. Tatsächlich lassen sich die beiden Fragen nicht unabhängig voneinander beantworten und vom Gericht unter OR 42 II folglich nicht separat beurteilen: Bejaht es den Eintritt einer Vermögenseinbusse, muss sie eine Quantität haben; schätzt es eine Quantität, muss eine Einbusse eingetreten sein<sup>1247</sup>. Die Beweismassreduktion greift bei typischer Beweisnot also nicht nur hinsichtlich Entstehung und Quantitativ des Schadenersatzanspruchs, sondern hinsichtlich Entstehung und Quantitativ *aller* Kompensationsansprüche des Unternehmers<sup>1248</sup>.

4. Auch unter dem reduzierten Beweismass wird dem Unternehmer nicht die Beweisführungsobliegenheit abgenommen. Er hat auch dann «alle Umstände, die für die Verwirklichung des behaupteten Sachverhalts sprechen, soweit möglich und zumutbar zu behaupten und beweisen», und alle ihm «zugänglichen Beweise, die eine Schadensschätzung [hier: die Schätzung seiner Einbussen generell] erlauben oder erleichtern»<sup>1249</sup>, zu nennen. Er muss insbesondere eine eigene Berechnung der eingeklagten Einbussen vornehmen und aufzeigen<sup>1250</sup>. Mit anderen Worten hat der Unternehmer bis an die Grenzen der Beweismöglichkeit und -zumutbarkeit hin die unter den Umständen **bestmögliche Annäherung** an die behauptete Vermögenseinbussen zu erarbeiten und in geeigneter Form darzustellen. Im Folgenden wird versucht, die

<sup>1246</sup> PASQUIER, Diss., Rz 361, 65. Siehe auch JUNGO, ZK-ZGB, Art. 8 N 423 f.; REETZ, BRT 2009, Rz 47 ff.; SCHUMACHER, FS Eichenberger, S. 177.

<sup>1247</sup> PASQUIER, Diss., Rz 151 ff. Vgl. OFTINGER/STARK, Bd. I, § 6 Rz 26. Bejahen das weitere (analoge) Anwendungsgebiet von OR 42 II ebenfalls: JUNGO, ZK-ZGB, Art. 8 N 353 und REETZ, BRT 2009, Rz 47.

<sup>1248</sup> Siehe GAUCH, Werkvertrag, Rz 786 f. betr. die Bemessung der Mehrvergütung aus Beststellungsänderung sowie a.a.O., Rz 1339, für die Bemessung der Mehrvergütung aus Mitwirkungsverzug; HÜRLIMANN, FS Gauch, S. 835 f. Vgl. explizit für den «Beweis des Schadens auf Grund von Bauablaufstörungen»: LEU CHR., DIKE-ZPO-Komm, Art. 157 N 91 m.V.a. SPIESS, recht 2012, S. 122 f.

<sup>1249</sup> LEU CHR., DIKE-ZPO-Komm, Art. 157 N 87 m.w.N.

<sup>1250</sup> Vgl. LEU CHR., DIKE-ZPO-Komm, Art. 157 N 87 m.w.N.

anspruchsbegründenden Tatsachen des typischen bauwerkvertraglichen For-derungsprozesses aus Mitwirkungsversäumnissen beweisrechtlich zu systematisieren, indem zwischen den normalerweise strikte zu beweisenden Tatsachen einerseits und den normalerweise reduziert zu beweisenden Tatsachen andererseits unterschieden wird.

#### b. Tendenzuell strikte darzubringende Tatsachen

- 968 1. Im Zivilprozess gilt für den Unternehmer bei der Geltendmachung seiner Kompensationsansprüche **grundsätzlich das strikte Beweismass**. Auch wenn in bauvertraglichen Streitigkeiten mit Blick auf einzelne anspruchsbegründende Tatsachen häufig eine typische Beweisnot eintreten kann und wird, hat der Unternehmer im Zweifel das strikte Beweismass als Massgabe zu beachten, wenn er die anspruchsbegründenden Tatsachen behauptet und substantiiert. Tatsächlich gibt es auch in Baustreitigkeiten eine ganze Reihe von *Tatsachentypen*, für deren Entstehung und Quantifizierung der Unternehmer grundsätzlich den strikten Beweis erbringen müssen wird (vgl. aber Rz 980 ff.). Zu nennen sind exemplarisch:
- 969 – Inhalt und Typ, Zeitpunkt und Dauer, Ort und Umgebungsbedingungen des *Mahngeschäfts* des Unternehmers (Rz 501 ff.), soweit dieses anspruchsbegründend ist<sup>1251</sup>;
- 970 – Inhalt und Typ, Zeitpunkt und Dauer, Ort und Umgebungsbedingungen des *Mitwirkungsversäumnisses* des Bauherrn, soweit die Mitwirkungsleistung in einer Unterlassung oder Duldung besteht und sich das Versäumnis dementsprechend in einem Tun des Bauherrn äussert (vgl. Rz 1217)<sup>1252</sup>;
- 971 – Inhalt, Zeitpunkt, Ort und Übermittlung der *Anzeige*, mit welcher der Unternehmer dem Bauherrn das Mitwirkungsversäumnis und dessen potenziellen Auswirkungen auf den Bauablauf hinreichend angezeigt hat, soweit der Unternehmer von dieser Pflicht nicht ausnahmsweise entlastet war (vgl. beispielsweise Rz 1054);

---

<sup>1251</sup> Die Leistungsbereitschaft des Unternehmers, für die er grundsätzlich ebenfalls die Beweislast trägt, wird in tatsächlicher Hinsicht zu seinen Gunsten vermutet (vgl. Rz 1225 u. Fn 1625). Diese Vermutung greift demnach auch mit Blick auf den Beweis des Mahngeschäfts, insoweit dieser auf dieselben Tatsachen zielt.

<sup>1252</sup> Weitergehend REETZ, BRT 2009, Rz 47, der bei gegebenen Voraussetzungen das Vorliegen der Vertragsverletzung (wohl auch: der Obliegenheitsverletzung) generell dem reduzierten Beweismass unterstellt.

- sämtliche anspruchsbegründenden Tatsachen des *Ist-Ablaufs* vom Bau- 972  
beginn an<sup>1253</sup> bis zum Zeitpunkt der Differenzbetrachtung, so zum Bei-  
spiel Beginn, Dauer und Reihenfolge einzelner ordentlicher und ausser-  
ordentlicher Erfüllungshandlungen, das Erreichen einzelner Zwischen-  
termine und die erreichte Produktivität im ungestörten und im mitwir-  
kungsbedingt gestörten Bauablauf;
- Zweck, Zeitpunkt und Umfang von Aufwand, der sich in reinem Geld- 973  
aufwand *ohne* den Einsatz eigener Produktionsmittel erschöpft (Rz 755),  
wie namentlich der Einkauf von Gütern und Dienstleistungen (zum Bei-  
spiel von Baustoffen, Subunternehmerleistungen)<sup>1254</sup>;
- Inhalt und Typ, Zeitpunkt und Dauer, Ort und Umgebungsbedingungen 974  
von getätigtem Einsatz (umgangssprachlichem Aufwand: Rz 754)<sup>1255</sup>, so  
etwa der Arbeitseinsatz von Arbeitskräften, Führung und Organisations-  
arbeit, Lagerung/Transport/Verbau von Material, Betrieb/Vorhalten von  
Inventar, Evaluation/Aufsicht/Instruktion von Subunternehmern usw.;
- *monetäre Quantifizierungen des getätigten Mitteleinsatzes* (vgl. Rz 755), 975  
indem der Einsatz mit dem hierfür anfallenden, korrespondierenden  
Geldaufwand verknüpft wird. Dies zumindest insoweit, als der Geldauf-  
wand sich unzweifelhaft anhand von Beschaffungs- und Vorhaltepreisen  
ableiten lässt (zum Beispiel Löhne, Mietkosten);
- sämtliche *internen Arbeitsergebnisse* des Unternehmers, wie namentlich 976  
seine Vor-, Arbeits- und Nachkalkulation einschliesslich Baustellendis-  
position und Ablaufplanung;

<sup>1253</sup> Wirkt sich das Mitwirkungsversäumnis bereits vor Baubeginn aus, z.B. indem der Bauherr dem Unternehmer den Baugrund gar nicht erst zur Verfügung stellt, sodass der Unternehmer die Baustelle nicht einrichten kann, wird der Beweis zeitlich noch weiter zurückgreifen müssen.

<sup>1254</sup> Unmöglichkeit bzw. Unzumutbarkeit i.S.v. OR 42 II verneint für Quantitäten, die sich durch Rechnungen hätten nachweisen lassen in BGer 4A\_307/2008 (27.11.2008) E. 5.3 («[...] comme l'a relevé la cour cantonale, le préjudice était aisé à établir par la production des factures en possession de la demanderesse; si celle-ci n'avait pas la force de les classer, elle aurait pu et dû les faire suivre à son conseil, qui la représentait déjà à l'époque dans la présente procédure» [H.h.]).

<sup>1255</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rz 786, 1339, zit. in ZH-HGer HG120098 (04.08.2015) E. 3.5.2.2.4.

977 – die Tatsache, dass den Unternehmer eine *typische Beweisnot* im Sinne von OR 42 II trifft<sup>1256</sup>.

978 **2.** Mit Blick auf solche Tatsachen wird sich der Unternehmer höchst selten auf den Standpunkt stellen können, es sei ihm unmöglich oder unzumutbar gewesen, diese Informationen adäquat zu dokumentieren, aufzubewahren und darzustellen. Vielmehr handelt sich um Tatsachen, die er mit beliebiger Akribie anhand von Herstellungsprotokollen, Tages- und Wochenrapporten, Buchhaltungsinstrumenten, Abrechnungen und Rechnungen usw. **erheben, messen, zählen und interpretieren kann**, wenn er es denn will. Entschärft wird die Beweisobliegenheit des Unternehmers frühestens dort, wo ihm dies aufgrund des damit einhergehenden Mehraufwands unzumutbar wird. Das aber ist zumindest solange nicht der Fall, als der Unternehmer diese Daten, wenn schon nicht im Rahmen einer allfälligen Buchführungspflicht<sup>1257</sup> (OR 957), so wenigstens für die mittelfristige Planung, Führung und Überwachung seines Betriebs (kurz: für das operative Controlling) im branchenüblichen Umfang ohnehin benötigt. Beweismassrelevante Unzumutbarkeit ist auch nicht schon deswegen zu bejahen, weil der Unternehmer zur Sicherung seines Anspruchs besondere Feststellungsmassnahmen (Rz 795 ff.) treffen muss. Verletzt er hier schon seine Beweisführungsobliegenheit, indem er es unterlässt, auf Daten zurückzugreifen, die verfügbar sind oder zumindest hätten verfügbar gemacht werden können, wird ihm vom urteilenden Gericht vorgehalten werden, er habe die Unmöglichkeit des Beweises selbst zu vertreten bzw. der Beweis sei ihm zumutbar gewesen. Letzteres zudem selbst dann, wenn die nachträgliche Rekonstruktion der «verpassten» Daten nun überaus aufwändig und mithin unzumutbar ausfällt.

---

<sup>1256</sup> PASQUIER, Diss., Rz 113 f. m.w.N. zu abweichenden Auffassungen in Lehre und Rechtsprechung.

<sup>1257</sup> Unmöglichkeit bzw. Unzumutbarkeit verneint für Quantitäten, die ein buchführungspflichtiger Betrieb mit einer gehörigen Buchhaltung erbringen könnte in BGer 4A\_357/2011(18.10.2011) E. 3.3: Der Beschwerdeführerin habe bekannt sein müssen, «dass sie bei korrekter Buchführung den strikten Beweis der an einem bestimmten Tag im Geschäft vorhandenen Waren aufgrund von Inventar und Verkaufsbelegen hätte leisten können. Dass die Buchführungspflicht nicht primär bezweckt, damit den Beweis der abhanden gekommenen Sachen bei einem allfälligen Einbruch zu führen, kann entgegen der Meinung der Beschwerdeführerin nicht bewirken, dass gestützt darauf nicht der strikte Beweis des Vorhandenseins bestimmter Gegenstände im Einbruchzeitpunkt verlangt werden dürfte. Entscheidend ist, dass sich bei ordnungsgemässer Buchführung der betreffende Beweis führen lässt». Vgl. die bedenkenswerte Kritik FREYS, Diss., Rz 272 ff.



3. Keine einzelfallbezogene, sondern eine *typische Beweisnot* kann in seltenen Fällen auch mit Blick auf die genannten Tatsachen eintreten. Unmöglichkeit liegt etwa vor, wenn die zur Darlegung der genannten Tatsachen erforderlichen Beweismittel ohne Schuld des Unternehmers **zerstört werden**<sup>1258</sup>. Wenigstens theoretisch kann die Beweisführung auch unzumutbar sein, weil sie gegen **überwiegende Interessen** einer der Parteien oder eines Dritten verstossen würde. Das kommt in Bauvorhaben normalerweise nicht vor, ist aber nicht auszuschliessen; letztlich kommt es auf die involvierten Interessen der Parteien und allfälliger Dritter im konkreten Einzelfall an. 979

### c. Tendenziell erleichterte Beweisthemen

1. Bei anderen anspruchsbegründenden Tatsachen als den vorgenannten allerdings stellt das strikte Beweismass den Unternehmer **regelmässig vor Schwierigkeiten**. Solche Tatsachen sind in erster Linie (i.) das Mitwirkungsversäumnis durch Unterlassung, (ii.) der natürliche bzw. der hypothetische Kausalzusammenhang zwischen dem Mitwirkungsversäumnis und der geltend gemachten Vermögenseinbusse und (iii.) Entstehung und Höhe gewisser mitwirkungsbedingter Vermögenseinbussen<sup>1259</sup>. Für solche Tatsachen gilt zwar nicht automatisch das reduzierte Beweismass, sondern grundsätzlich ebenso wie für die übrigen das strikte Beweismass. Nur dürfte es faktisch die Ausnahme bleiben, dass im Hinblick auf diese Tatsachen *keine* typische Beweisnot vorliegt. Es wird im Folgenden begründet, warum und in welchem Umfang für den Beweis dieser Tatsachen das reduzierte Beweismass gelten sollte. 980

2. Im Prinzip ist der Tatbestand des Mitwirkungsversäumnisses strikte zu beweisen (Rz 970). Besteht nun aber die Mitwirkungsleistung in einem Tun und das Mitwirkungsversäumnis folglich in einer **Unterlassung**, was nicht begriffsnotwendig (Rz 81 ff.), aber häufig ist, obliegt dem Unternehmer demgemäss der Beweis über eine *negative Tatsache*: Der Unternehmer müsste zum Nachweis, dass der Bauherr zum betreffenden Zeitpunkt bzw. in der betreffenden Periode nicht mitgewirkt hat, darlegen, wie sich der Bauherr in 981

<sup>1258</sup> PASQUIER, Diss., Rz 72. Bsp.: Der Unternehmer hält die gesamte Baustellendokumentation in seinem mobilen Büro auf der Baustelle vor und dieses wird von einem nicht vorhersehbaren Felssturz zerstört.

<sup>1259</sup> Vgl. HÜRLIMANN, FS Gauch, S. 835 f.; REETZ, BRT 2009, Rz 47; SCHUMACHER/KÖNIG, Rz 632 ff.

dieser Periode schlechthin verhalten hat<sup>1260</sup>. Das ist dem Unternehmer nicht zuzumuten und begründet eine typische Beweisnot: Der Unternehmer hat die Unterlassung bauherrenseits mithin nur nach dem reduzierten Beweismass der hohen Wahrscheinlichkeit zu beweisen. Strikte wird der Unternehmer aber weiterhin jene Tatsachen zu beweisen haben, die das Gericht für die Beurteilung der Rechtsfrage benötigt, ob der Bauherr einer Mitwirkungsobliegenheit bzw. -pflicht überhaupt unterstanden hat<sup>1261</sup>.

- 982 **3.** In typische Beweisnot gerät der Unternehmer regelmässig auch beim Beweis des **natürlichen**<sup>1262</sup> bzw. **hypothetischen**<sup>1263</sup> **Kausalzusammenhangs** zwischen dem Mitwirkungsversäumnis einerseits und dessen konkreten Auswirkungen auf den Bauablauf andererseits. Während das Mitwirkungsversäumnis als Tatsache tendenziell strikte zu beweisen ist (Rz 970), stösst der Unternehmer bei der kausalen Beziehung zwischen dem Versäumnis und seinen Folgen schnell an die Machbarkeits- oder Zumutbarkeitsgrenze, weil er darlegen muss, wie sich der Ablauf mitwirkungsbedingt *nicht* entwickelt hat. Es geht hier also nicht darum, das Gericht von der Verwirklichung einer Tatsache zu überzeugen, sondern davon, dass ohne das Mitwirkungsversäumnis eine bestimmte Tatsache (der Soll-Ablauf) eingetreten *wäre*. Konkret geht es um den **Beweis des Soll-Ablaufs** und um das Ziehen der richtigen Schlüsse durch den Vergleich mit dem Ist-Ablauf. Der Beweis von hypothetischen Tatsachen ist ein typisches Anwendungsgebiet von OR 42 II<sup>1264</sup>, wie auch der Beweis von negativen Tatsachen (vgl. Rz 981). Typische Beweisschwierigkeiten werden bei der Darstellung des Soll-Ablaufs etwa bereiten:

---

<sup>1260</sup> Vgl. PASQUIER, Diss., Rz 70 f.

<sup>1261</sup> Vgl. FELLMANN/KOTTMANN, Rz 414.

<sup>1262</sup> Vgl. JUNGO, ZK-ZGB, Art. 8 N 357; PASQUIER, Diss., Rz 331 ff.; REETZ, BRT 2009, Rz 47; SCHUMACHER, FS Eichenberger, S. 177 ff.

<sup>1263</sup> LEU CHR., DIKE-ZPO-Komm, Art. 157 N 91. Vgl. auch FELLMANN/KOTTMANN, Rz 488 (kein «natürlicher», sondern ein «normativer» Kausalzusammenhang bei Unterlassungen). Zum Beweis des «hypothetischen Kausalverlaufs»: SCHUMACHER, FS Eichenberger, S. 197 ff.

<sup>1264</sup> Bsp.: Schadensbeweis bei unsorgfältig ausgeführten Vermögensverwaltungsaufträgen durch Vergleich des tatsächlichen mit einem hypothetisch sorgfältig geführten Portfolio (siehe LEU CHR., DIKE-ZPO-Komm, Art. 157 N 91; BGer 4A\_351/2007 [15.01.2008] E. 3.3.2). Siehe auch FELLMANN/KOTTMANN, Rz 412.

- die Bezifferung der *hypothetischen Produktivität* des Unternehmers (vgl. 983  
Rz 761, 952 ff.), wie sie während der Zeit des Mitwirkungsverzugs ein-  
getreten wäre (für primäre Produktivitätsverluste) bzw. wie sie in der  
Zeit nach Wegfall des Mitwirkungsverzugs eingetreten wäre (für sekun-  
däre Produktivitätsverluste), wenn der Bauherr rechtzeitig mitgewirkt  
hätte;
- ob die im Rahmen eines ungestörten Arbeitsvorgangs tatsächlich einge- 984  
tretene Produktivität für einen mitwirkungsbedingt gestörten Arbeitsvor-  
gang vergleichshalber herangezogen werden darf, also ob die interessie-  
renden Perioden punkto Produktivität *vergleichbar* sind (Rz 946 f.; die  
tatsächlich erreichte Produktivität ist dagegen strikte zu beweisen:  
Rz 972);
- ob der angenommene hypothetische Bauablauf aus baubetrieblicher 985  
Sicht *auskömmlich und widerspruchsfrei* ausfällt (siehe Rz 946 ff.,  
952 ff.), gleich auf welcher Grundlage er konstruiert wird;
- ob und inwiefern aus einer Diskrepanz zwischen dem Ist-Ablauf und 986  
dem einschliesslich Fristerstreckungen und Pufferzeiten «fortgeschrie-  
benen» Soll-Ablauf auf eine *Beschleunigung* bzw. *Verzögerung* der  
Werkausführung durch den Unternehmer zu schliessen ist, sowie ob der  
Unternehmer sich dabei pflichtgemäss bzw. pflichtwidrig verhalten hat  
(vgl. beispielsweise Rz 900, 910);
- ob und inwiefern ohne das Mitwirkungsversäumnis im Verlaufe der 987  
Werkausführung *Anordnungsbeziehungen* und der *kritische Weg* sich  
verändert oder nicht verändert hätten, sowie ob und inwiefern im Soll-  
Ablauf *Pufferzeiten* enthalten sind oder nicht (z.G. Rz 895 ff.);
- wie sich tatsächlich eingetretene *äussere Einflüsse*, wie zum Beispiel 988  
Witterungsbedingungen und schwankende Beschaffungskosten, im Soll-  
Ablauf ausgewirkt hätten (siehe Rz 891);
- wie sich bei *Ursachenvermischungen* (siehe Rz 905 f.) die nicht im Mit- 989  
wirkungsversäumnis begründeten Behinderungs- und Verzögerungswir-  
kungen in Ermangelung des Mitwirkungsversäumnisses auf den Soll-  
Ablauf ausgewirkt hätten;
- welche *Vorteile* zugunsten des Unternehmers (siehe Rz 914 ff.) in wel- 990  
chem Umfang ausgeblieben wären, hätte der Bauherr rechtzeitig mitge-  
wirkt.

- 991 4. In typische Beweisnot dürfte der Unternehmer nicht immer, aber häufig geraten, wenn er beweisen muss, **ob eine bestimmte Vermögenseinbusse eingetreten ist und wie hoch sie ausfällt** (Rz 966). Dieses Beweisthema überschneidet sich gegebenenfalls mit der – den hypothetischen Kausalzusammenhang betreffenden – Frage, ob und inwiefern das Mitwirkungsversäumnis zu einer Veränderung des Bauablaufs geführt hat<sup>1265</sup>. Bejaht man eine mitwirkungsbedingte Veränderung des Bauablaufs, bejaht man damit normalerweise auch, dass dem Unternehmer eine Vermögenseinbusse entstanden ist. Beziffert man eine mitwirkungsbedingte Vermögenseinbusse, bejaht man zugleich, dass eine solche entstanden ist und demnach auch, dass das Mitwirkungsversäumnis auf den Bauablauf durchgeschlagen hat. Jedenfalls profitiert der Unternehmer bei gegebenen Voraussetzungen sowohl hinsichtlich der *Entstehung* als auch der *Höhe* (Quantität) der Vermögenseinbusse von der Beweismassreduktion im Sinne von OR 42 II (vgl. Rz 966). Dies tut er namentlich in folgender Hinsicht:
- 992 a. Bei der Bezifferung seines *Mehraufwands* darf sich der Unternehmer zunächst nicht auf die Beweismassreduktion in OR 42 II verlassen. Wie dargelegt, muss er die Tatsachen des Ist-Ablaufs einschliesslich des tatsächlich betriebenen Aufwands strikte beweisen (Rz 973 f.). Mit dem reduzierten Beweismass darf er freilich rechnen, wenn er nicht den eigentlichen Bestand des geltend gemachten Aufwands insgesamt, sondern dessen *Unterteilung in Ohnehin-Aufwand und Mehraufwand aufzeigen muss*. Denn in diesem Umfang zielt seine Beweisführung auf eine rein hypothetische Einsparung (nämlich jene, die eingetreten wäre, hätte der Bauherr rechtzeitig mitgewirkt). Dementsprechend muss der Unternehmer zum Beispiel
- 993 – zwar die effektiven Selbstkosten für jene Produktionsmittel strikte beweisen, die von Produktivitätsverlusten (Rz 759 ff.) betroffen waren, aber nur mit reduziertem Beweismass, welcher Anteil dieser Selbstkosten mitwirkungsbedingt nutzlos (unproduktiv) geworden ist;
- 994 – zwar die effektiven Selbstkosten für jene Produktionsmittel strikte beweisen, deren Beschaffungspreise sich durch exogene Kostensteigerungen (Rz 816) erhöht haben, aber nur mit reduziertem Beweismass, welcher Anteil dieser Selbstkosten durch die mitwirkungsbedingte Neuan-

---

<sup>1265</sup> Insoweit eine solche Überschneidung vorliegt, ist auf das Gesagte zu verweisen (Rz 982).

ordnung des Bauablaufs (vgl. Rz 849) der Teuerung unterworfen worden ist;

- zwar die effektiven Selbstkosten für jene Produktionsmittel strikte be- 995  
weisen, die in die Werkausführung investiert worden sind, aber nur mit  
reduziertem Beweismass, welcher Anteil dieser Selbstkosten auf eine  
mitwirkungsbedingte, endogene Kostensteigerung zurückzuführen ist  
(Rz 804 ff.);
- zwar die effektiven Selbstkosten für Fremdleistungen (Rz 781, 800, 817) 996  
strikte beweisen, aber nur mit reduziertem Beweismass, welcher Anteil  
dieser Selbstkosten auf die mitwirkungsbedingte Störung der Subunter-  
nehmertätigkeit zurückgeht<sup>1266</sup>;
- zwar die effektiven Selbstkosten für Organisations-, Führungs-, Auf- 997  
sichts-, Verwaltungshandlungen strikte beweisen, aber nur mit reduzier-  
tem Beweismass, welcher Anteil dieser Selbstkosten auf mitwirkungsbe-  
dingte Produktivitätsverluste, ausserordentliche Erfüllungshandlungen  
und verteuerte ordentliche Erfüllungshandlungen zurückgeht;
- zwar die effektive Höhe der Selbstkosten für jene Produktionsmittel 998  
strikte beweisen, die nebst für ordentliche auch für ausserordentliche Er-  
füllungshandlungen (Rz 782 ff.) eingesetzt wurden, aber nur mit redu-  
ziertem Beweismass, welcher Anteil dieser Selbstkosten auf ausseror-  
dentlichen Erfüllungshandlungen entfallen, zumindest soweit die letz-  
teren nebenbei und laufend in ordentliche Erfüllungshandlungen integri-  
riert werden.

**b.** Mehraufwand umfasst zum Teil Aufwandstypen, deren Entstehung be- 999  
triebswirtschaftlich unbestreitbar ist, deren Bezifferung aber sowohl in der  
Vorkalkulation (prospektiv) als auch in der Nachkalkulation (retrospektiv)  
unmöglich oder bestenfalls mit unzumutbarem Aufwand verbunden ist. Dar-  
gestellt wurde dies bereits anhand des *Wertverzehrs beim Inventar* während  
mitwirkungsbedingten, zusätzlichen Vorhaltezeiten (Rz 776). Soweit in sol-  
chen Fällen nicht zum Vornherein auf einen abstrakten Nachteilsbeweis aus-

<sup>1266</sup> Geht freilich der Einsatz des Subunternehmers insgesamt und ausschliesslich auf ein  
Mitwirkungsversäumnis zurück (z.B. zum Zwecke der Beschleunigung), muss der  
Unternehmer die effektiven Selbstkosten, die ihm der Subunternehmereinsatz verur-  
sacht, strikte beweisen. Das reduzierte Beweismass gilt allenfalls für den Beweis der  
hypothetischen Tatsache, wieviel den Unternehmer die eigenhändige Ausführung  
selbst gekostet hätte, wenn es darum geht, den Mehr- vom Ohnehin-Aufwand abzu-  
grenzen.

gewichen wird – was in der deutschen Literatur mit guten Gründen vertreten wird<sup>1267</sup> –, muss das strikte Beweismass auf die aufwandbegründende Tatsache (zum Beispiel die redundante Fahrzeugbewegung durch eine Leistungser schwerung, das nutzlose Vorhalten der Maschine in der Stehzeit) limitiert werden. Denn der Beweis der effektiv erlittenen Vermögenseinbusse ist in solchen Fällen ein Ding der Unzumutbarkeit, wenn nicht gar der Unmöglichkeit. Für die Bezifferung der effektiven, mitwirkungsbedingten Mehrabnutzung muss sich der Unternehmer unter OR 42 II damit begnügen dürfen, die für die Berechnung bzw. Schätzung wesentlichen Anhaltspunkte zu behaupten und zu substantzieren (zum Beispiel Anschaffungswert, branchenübliche Abschreibungssätze, mutmasslicher Veräusserungswert usw.).

1000 **c.** Ein ähnliches Problem tritt auf, wenn der Unternehmer Mehrkosten für *Reparatur- oder Instandhaltungsaufwand* beweisen soll, der ihm mitwirkungsbedingt für baustellenspezifisch eingesetzte Produktionsmittel entsteht (Rz 777). Im Unterschied zwar zum Wertverzehr, der laufend eintritt, entstehen Reparatur- und Wartungskosten erst anlässlich der effektiven Reparatur- und Wartungshandlungen. Doch ist es eine betriebswirtschaftliche Gewissheit, dass die mitwirkungsbedingte Mehr- und Leernutzung von Inventar (irgend-)einen Verursachungsanteil an der *Notwendigkeit* von (teilweise viel) späteren Reparatur- und Wartungsmassnahmen trägt. Auch in solchen Fällen jedenfalls muss es genügen, wenn der Unternehmer die aufwandauslösende Tatsache (Mehr- und Leernutzung) strikte beweist. Ansonsten aber soll er sich damit begnügen können, die für die Berechnung bzw. Schätzung der Einbusse wesentlichen Anhaltspunkte zu behaupten und zu substantzieren (wiederum zum Beispiel branchenübliche Ansätze). Auch mit Blick auf solche Mehrkosten wird in der deutschen Literatur mit guten Gründen eine abstrakte Nachteilsermittlung postuliert<sup>1268</sup>.

1001 **d.** Das reduzierte Beweismass kommt *teilweise* auch für den Beweis übriger Vermögenseinbussen (Rz 834 ff.) in Betracht. Das zunächst einmal beim Beweis des *entgangenen Gewinns*, für den OR 42 II häufig herangezogen wird<sup>1269</sup>, was schon damit zu begründen ist, dass auch hier eine hypotheti-

---

<sup>1267</sup> KAPELLMANN/SCHIFFERS/MARKUS, Bd. 1, Rz 1515 ff. Vgl. die Bemerkungen zum abstrakten Schadensbeweis in Rz 1267 ff.

<sup>1268</sup> KAPELLMANN/SCHIFFERS/MARKUS, Bd. 1, Rz 1515 ff.

<sup>1269</sup> LEU CHR., DIKE-ZPO-Komm, Art. 157 N 91. Vgl. auch PASQUIER, Diss., Rz 276 ff. betreffend die Schätzung von effektiv erzielt (aber unmöglich oder unzumutbar zu beweisendem) Gewinn durch bösgläubige Eigengeschäftsführung (OR 423 I).

sche Tatsache (der hypothetische Vertragsschluss, der hypothetisch erzielte Gewinn) zu beweisen ist. Der Unternehmer ist freilich nicht davon entbunden, die minimalen Anhaltspunkte für das entgangene Geschäft zu behaupten und zu substantzieren (Vertragsverhandlungen, mutmasslich erzielte Vergütung gegenüber mutmasslichen anfallenden Herstellungskosten, hinreichender Abschlusswille der anderen Vertragspartei usw.), woran er in der Praxis häufig scheitern dürfte. Weiter greift OR 42 II auch beim Nachweis des *Mehraufwands, den der Unternehmer zugunsten Dritter* betreibt, insoweit es darum geht, den dort betriebenen Mehraufwand vom Ohnehin-Aufwand abzugrenzen, bei dem es geblieben wäre, wenn der Bauherr die Mitwirkung nicht versäumt hätte. Weiters ist an die Konstellation zu denken, da dem Unternehmer die Offenlegung des dort betriebenen Aufwands unzumutbar ist, zum Beispiel, weil er sich gegenüber dem Dritten zur Geheimhaltung verpflichtet hat. Auch *Haftungsansprüche Dritter* sind grundsätzlich strikte zu beweisen: Dem Unternehmer sollte es regelmässig möglich und zumutbar sein, Rechtsgrundlage, Verursachung, Bestand und Höhe einer solchen Verbindlichkeit zu beziffern, ausser wenn sein Gläubiger die Forderung bislang noch nicht beziffert hat oder diese zunächst auf gerichtlichem Wege festgestellt werden muss.

5. Bei der Frage, auf welche technischen Hilfsmittel der Unternehmer bei der Planung, Exekution, Überwachung und Nachbearbeitung der Werkausführung zurückgreifen könnte bzw. sollte, wird häufig auf moderne, **computer-gestützte Projektorganisation**, digitale Lösungen für Netzplantechnik (*Critical Path Method*, CPM) und Ähnliches verwiesen<sup>1270</sup>. Weil solche Instrumente offensichtlich auch zur Bewältigung von Ablaufstörungen aller Art taugen, wird zuweilen suggeriert, dass sie für die Erfassung und für den Beweis mitwirkungsbedingter Vermögenseinbussen einzusetzen seien<sup>1271</sup>.

a. Dem ist im Prinzip nichts entgegen zu setzen, denn es ist unzweifelhaft, dass der Unternehmer bei fachgerechtem Einsatz solcher Instrumente manche der hiervor aufgezeigten Beweisschwierigkeiten wenigstens teilweise überbrückt. Freilich darf die Tatsache, dass solche Hilfsmittel am Markt verfügbar sind, *nicht dazu führen*, dass dem Unternehmer vorgehalten wird, der Beweis wäre ihm mit solchen Mitteln möglich und zumutbar gewesen,

<sup>1270</sup> BRANDENBERGER/RUOSCH, S. 112; VYGEN/JOUSSEN/LANG/RASCH, Rz A9 f., B33 ff.; WÜRFELE/GRALLA/SUNDERMEIER, Rz 485 ff.

<sup>1271</sup> Vgl. unter anderen HÜRLIMANN, FS Gauch, S. 833; KAPELLMANN/SCHIFFERS/MARKUS, Bd. 1, Rz 1664 ff.

weshalb er sich *nicht auf OR 42 II stützen* könne. Solche Hilfsmittel sind regelmässig teuer, erfordern eine EDV-Infrastruktur, müssen erlernt und bedient werden usw. Während sich die Investition bei Grossunternehmern lohnen mag (oder schon getätigt worden ist), werden von den KMU-Unternehmern vermutlich nur gerade die grössten hierfür empfänglich sein, während es m.E. realitätsfremd wäre, von mittleren und kleinen KMU zu verlangen, allfällige mitwirkungsbedingte Ablaufstörungen auf diese Weise festzuhalten und zu interpretieren, und zwar unabhängig von der Komplexität des konkreten Einzelfalls. Es darf also nicht sein, dass dem Unternehmer prinzipiell das reduzierte Beweismass verweigert wird, weil er seine Beweisführung nicht auf solche Hilfsmittel stützt.

- 1004 **b.** Gleichzeitig lastet auf dem Unternehmer, der über solche Instrumente *verfügt* und sie fachmännisch – auch für die Darstellung der mitwirkungsbedingten Ablaufstörung – *zu bedienen weiss*, die Obliegenheit, dieses Wissen und Können im Beweisverfahren einzusetzen, ansonsten er die beweisrechtlichen Nachteile trägt, die sich gegebenenfalls durch den Einsatz solcher Mittel hätten vermeiden lassen.

### III. Kompensation aus Vergütungsregeln

#### A. Ausgangspunkt

- 1005 **1.** Der Werkvertrag ist nach OR 363 begriffsnotwendig entgeltlich und entsteht im Sinne des Gesetzes nur, wenn der Besteller dem Unternehmer für die Werkleistung «die Leistung einer Vergütung» verspricht (OR 363). Vergütung und Werkleistung sind **synallagmatisch verschränkt**: Das Eine ergeht fürs Andere und umgekehrt (*do ut des*). Muss der Unternehmer nun für die Werkleistung mehr aufwenden, weil der Besteller nicht rechtzeitig mitwirkt, fragt sich, ob und inwiefern nicht auch die versprochene Gegenleistung, also die Vergütung, anwächst. Dogmatisch unterscheidet sich dieser Kompensationsanspruch von den anderen, hinten besprochenen Ansprüchen: Sowohl der Aufwendungs- als auch der Schadenersatzanspruch sind auf Ausgleich gerichtete Sekundäransprüche, die infolge einer Obliegenheits- bzw. einer Pflichtverletzung entstehen. Im Gegensatz hierzu wurzelt die *vergütungsrechtliche* Kompensation mitwirkungsbedingter Nachteile, wenn sie denn im Vertrag eine Grundlage findet, in der vereinbarten bzw. in einer



richterlich ergänzten Vergütungsregel und konstituiert damit einen Primäranspruch des Unternehmers<sup>1272</sup>.

2. Massgeblich für die untersuchte Frage ist demnach die vertragliche Vergütungsabrede der Parteien bzw., in deren Ermangelung, die richterlich ergänzte Vergütungsregel (im Folgenden pauschal «**Vergütungsregel**»). Das Gesetz unterscheidet zwischen der *Aufwandvergütung* und dem *Festpreis*. Vereinbaren die Parteien eine Aufwandvergütung im Sinne von OR 374, bestimmt sich die Vergütung «nach Massgabe des Wertes der Arbeit und der Aufwendungen» des Unternehmers (OR 374). Mit der Übernahme eines Festpreises (OR 373 I, III) vereinbaren die Parteien dagegen einen festen Vergütungsbetrag, bei dem es bis und mit Vertragserfüllung grundsätzlich bleibt, und zwar ohne Rücksicht auf die ausgeführten Leistungsmengen und den Aufwand des Unternehmers<sup>1273</sup>. Die beiden Vergütungsarten lassen sich vertraglich beliebig ausdifferenzieren und kombinieren, was im Bauwerkvertrag häufig geschieht<sup>1274</sup>. Unabhängig von dieser Vielfalt lassen sich grundsätzlich drei Fälle unterscheiden, in denen dem Unternehmer mitwirkungsbedingt ein Mehrvergütungsanspruch entsteht: Erstens, der mitwirkungsbedingte Mehraufwand ist nach Aufwand zu vergüten, weil die gesamte Werkleistung schlechthin gegen eine Aufwandvergütung versprochen worden ist oder die Parteien für die Werkleistung überhaupt keine Vergütungsabrede getroffen haben (**B.**). Zweitens, der mitwirkungsbedingte Mehraufwand ist nach Aufwand zu vergüten, weil er aufgrund einer besonderen *Abrede* (zum Beispiel SIA-118 58 II) oder aufgrund einer *Vertragslücke* nicht in den Anwendungsbereich des vereinbarten Festpreises fällt (**C.**). Drittens, das Mitwirkungsversäumnis führt beim Unternehmer zu einem Mehr an preislich fix vereinbarten Bauleistungen (**D.**). In dieser Reihenfolge werden die Konstellationen nachfolgend behandelt.

## B. Voraussetzungen der Mehrvergütung nach Aufwand

1. Im Folgenden werden die kumulativen Voraussetzungen dargestellt, unter denen der Unternehmer vom Bauherrn gestützt auf die mitwirkungsbedingt eingetretenen **Mehrkosten seiner Werkherstellungs- und Werkablieferungstätigkeit** eine Mehrvergütung verlangen darf: Die Werkleistungs-

<sup>1272</sup> Vgl. KRAMER, BK-OR, Einl N 89.

<sup>1273</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rz 905a.

<sup>1274</sup> Bei grösseren Bauvolumen dominiert regelmässig der Festpreis bzw. die Festpreiskomponente (SCHUMACHER/KÖNIG, Rz 14 m.w.N.).

pflicht muss erfüllbar sein (1.), der Vertrag muss eine einschlägige aufwand-bezogene Vergütungsregel enthalten (2.), dem Unternehmer muss Mehraufwand entstanden sein (3.) und zwischen dem Mitwirkungsversäumnis und dem Mehraufwand muss ein Kausalzusammenhang vorliegen bzw. der Mehraufwand muss vergütungsberechtigt sein (4.). Weitere Voraussetzungen, namentlich dass der Unternehmer seinen Anspruch nicht verwirkt haben darf, werden in (5.) umschrieben. In (6.) schliesslich werden Beweislast und Beweismass gestreift.

1008 **2.** Der Mehrvergütungsanspruch setzt zwar ein dem Bauherrn zurechenbares, für das Leistungshindernis kausales Verhalten voraus (Rz 1048 ff.), doch ergibt sich dieses Erfordernis aus dem Vergütungsrecht und nicht aus den Tatbestandsvoraussetzungen einer Pflicht- oder Obliegenheitsverletzung. Insbesondere beruht der Mehrvergütungsanspruch nicht auf der Pflichtwidrigkeit des Bauherrenverhaltens, und zwar auch dann nicht, wenn er ausnahmsweise zur Mitwirkung verpflichtet ist; ein **Verschulden des Bauherrn** bildet deshalb nur bei mitwirkungsbedingten *Schadenersatzansprüchen* eine Haftungsvoraussetzung. Für den Mehrvergütungsanspruch bleibt es **unbeachtlich**, ob der Bauherr schuldhaft, d.h. fahrlässig oder absichtlich nicht mitwirkt, bzw. ob er sich ein für den Mehraufwand ursächliches Verhalten seiner Hilfspersonen hypothetisch vorwerfen lassen muss oder nicht (OR 101 I)<sup>1275</sup>. Dem Verschulden des Bauherrn kommt immerhin dann Bedeutung zu, wenn dieses mit einem allfälligen Mitverschulden des Unternehmers abzuwägen ist (dazu Rz 1493 ff.), oder wenn dieses rechtsgeschäftlich zur Voraussetzung des Mehrvergütungsanspruchs gemacht worden ist (so in SIA-118 58 II, dazu Rz 1081 ff.).

1009 **3.** Nach der gesetzlichen Ausformung von OR 374 und nach den praxisüblichen Variationen der Aufwandvergütung (namentlich Regiepreisabreden) ist für eine Mehrvergütung ebenfalls **nicht** vorausgesetzt, dass der Bauherr in **Gläubigerverzug** gerate. Es besteht von Gesetzes wegen keine konditionale Verknüpfung zwischen dem Eintritt des Gläubigerverzugs einerseits und der Vergütungsberechtigung für den aus einem Mitwirkungsversäumnis entstehenden Mehraufwand andererseits. Mag das Mitwirkungsversäumnis gleichzeitig auch den Tatbestand von OR 91 verwirklichen, so ist die Mehrvergütung nicht hiervon die Rechtsfolge, sondern Rechtsfolge der Vergütungsabrede (bzw. deren Ergänzung).

---

<sup>1275</sup> Vgl. GAUCH, Werkvertrag, Rz 1338.

1. Erfüllbarkeit

Der Unternehmer ist erst nach Eintritt der Erfüllbarkeit berechtigt, die Werkleistung insgesamt und die mitwirkungsbedürftige Erfüllungshandlung insbesondere zu erbringen (OR 75). Beginnt der Unternehmer bereits zu erfüllen, da er hierzu noch nicht berechtigt ist, betreibt er «unerlaubten» und mithin zum Vornherein nicht vergütungsberechtigten Aufwand (Näheres zur Vergütungsberechtigung des Aufwands: Rz 1047 ff.). Mögen auch alle übrigen Voraussetzungen der Mehrvergütung nach Aufwand vorliegen: Solange die mitwirkungsbedürftige Erfüllungshandlung nicht erfüllbar ist, muss nicht weiter geprüft werden, ob eine vertragliche Anspruchsgrundlage für eine Mehrvergütung besteht. Die Erfüllbarkeit der Werkleistungspflicht wird in den Ausführungen zur zeitlichen Konformität des Mahngeschäfts besprochen (Rz 502 ff.), worauf hier verwiesen wird. Zu beachten ist, dass in Bauwerkverträgen mangels anderer Abreden auch einmal eine «gespaltene Erfüllbarkeit» vorliegen kann (Rz 528), wenn die Erfüllbarkeit für gewisse Erfüllungshandlungen noch aufgeschoben, für andere bereits eingetreten ist.

2. Aufwandbezogene Vergütungsregel

a. Ausgangspunkt

Damit dem Unternehmer ein Mehrvergütungsanspruch nach Aufwand entsteht, muss der Vertrag zunächst eine (vereinbarte oder ergänzte) Vergütungsregel enthalten, gemäss welcher sich die Vergütung **nach der monetären Quantifizierung des effektiven Unternehmer-Einsatzes richtet** (Rz 754 f.). Ein Anknüpfungspunkt für eine Mehrvergütung besteht demnach einerseits dann, wenn die Vergütungsregel den Einsatz des Unternehmers nach dessen Selbstkosten bemisst (reine Aufwandvergütung, zum Beispiel OR 374)<sup>1276</sup>. Zum anderen dann, wenn die Vergütungsregel den Unternehmer-Einsatz anhand von vertraglich bestimmten oder bestimmbaren Kostenansätzen bewertet (Regiepreise).

---

<sup>1276</sup> Die AGK- und Risikozuschläge, die dem Unternehmer hierunter ebenso gebühren, werden demgegenüber in Form von (meist prozentualen) Pauschalen zum Selbstkostensatz addiert und beinhalten keine monetäre Bewertung der effektiv angefallenen Selbstkosten (siehe auch Rz 1041 ff.).

**b. Reine Aufwandvergütung (OR 374)**

- 1012 **1.** Der gesetzliche «Prototyp» der reinen Aufwandvergütung ist in OR 374 verankert, der lautet: «Ist der Preis zum Voraus entweder gar nicht oder nur ungefähr bestimmt worden, so wird er nach Massgabe des Wertes der Arbeit und der Aufwendungen des Unternehmers festgesetzt». Diese Vergütungsregel gelangt einmal zur Anwendung, wenn sie die Parteien durch Abrede **vertraglich nachbilden**, sodann – und das ist in der vorliegend interessierenden Frage der Hauptanwendungsfall –, wenn die Parteien für eine Werkleistung **keine** oder eine **lückenhafte Vergütungsabrede** getroffen haben<sup>1277</sup>.
- 1013 **a.** Vorab wird in beiden Fällen anzunehmen sein, dass die reine Aufwandvergütung *auch für mitwirkungsbedingten Mehraufwand* gelten soll. Wenn die Parteien den Preis «gar nicht oder nur ungefähr bestimmt» haben, greift die Vergütungsregel von OR 374 prinzipiell auf sämtlichen, auch mitwirkungsbedingten Aufwand durch, wenn nicht ausnahmsweise besondere Umstände für einen abweichenden hypothetischen Parteiwillen sprechen. Aber auch wo eine reine Aufwandvergütung zwischen den Parteien *vereinbart* ist, ist nichts Anderes zu vermuten: Aufwandvergütungen werden gerade dort vereinbart, wo der Aufwand schwer einzuschätzen ist oder die Parteien sich aus anderen Gründen nicht auf die (respektiven) Risiken eines Festpreises einlassen wollen. Regelmässig wird das darauf hindeuten, dass der gesamte dem Unternehmer im Zusammenhang mit dem Werk entstehende und dem Werk dienende Aufwand, also auch mitwirkungsbedingter Mehraufwand, der Vergütungsregel unterfallen soll. Ist die Vergütungsregel anwendbar, tritt nicht nur der «reguläre» Aufwand, sondern auch der mitwirkungsbedingte Mehraufwand in das synallagmatische Verhältnis von Leistung und Gegenleistung<sup>1278</sup>, womit dem Unternehmer eine Mehrvergütungsforderung entsteht.
- 1014 **b.** Ein typischer Anwendungsfall für die *Ergänzung* mit OR 374 liegt vor, wenn die Parteien einen *Festpreis* vereinbaren, nicht aber die Frage, ob der Festpreis auch den mitwirkungsbedingten Mehraufwand erfasse. Auf diesen

---

<sup>1277</sup> OR 374 komme nicht nur dann zur Anwendung, «wenn feststeht, dass die Parteien den Preis gar nicht oder nur ungefähr bestimmt haben», sondern schon dann, «wenn *nicht* feststeht, dass die Parteien etwas anderes vereinbart haben [...]» (GAUCH, Werkvertrag, Rz 943).

<sup>1278</sup> Vgl. SCHUMACHER/KÖNIG, Rz 641.

Fall wird gesondert eingetreten (Rz 1060 ff.). Ein vergleichbares Problem taucht auf, wenn eine Kombination von Fest- und Aufwandvergütung vereinbart ist<sup>1279</sup>, nicht aber die Frage, ob der mitwirkungsbedingte Mehraufwand dem Anwendungsbereich des Festpreises, des aufwandbasierten Preises oder überhaupt einer dieser Preisvereinbarungen unterfällt.

c. Zur Ergänzung des Vertrags mit OR 374 kommt es auch dann, wenn die Parteien für eine Aufwandkategorie zwar einen besonderen Kostenansatz pro Aufwandeinheit vereinbart haben (einen Regiepreis, Rz 1022 ff.), jedoch das Mitwirkungsversäumnis dem Unternehmer Einheiten einer *Aufwandkategorie* abfordert, für die *kein Kostenansatz* vereinbart ist. Vorbehalten bleibt der Fall, da anzunehmen ist, dass der hypothetische Parteiwillen nach einer anderen Lösung rufe, zum Beispiel, dass die mitwirkungsbedingt erforderlich werdende Aufwandkategorie überhaupt nicht zu vergüten sei oder analog zu vereinbarten Regiepreisen zu vergüten sei. Natürlich können die Parteien auch im Sinne einer Auffangbestimmung abstrakte, aber wenigstens bestimmbare Kostenansätze vereinbaren, nach denen nicht gesondert bepreiste Aufwandkategorien zu vergüten sind; Raum für die ergänzende Anwendung von OR 374 verbleibt dann allenfalls noch für die Preisbildungs*methode* und die Frage, ob Zuschläge geschuldet sind oder nicht (vgl. auch im Zusammenhang mit der Bemessung der Mehrvergütung unter SIA-118 58 II/89: Rz 1109).

d. Mit OR 374 ergänzt werden sollte der Bauwerkvertrag ausserdem auch dann, wenn die Parteien zwar vereinbart haben, dass der Unternehmer im Anschluss an ein Mitwirkungsversäumnis zur *Baubeschleunigung* verpflichtet ist (Rz 805 ff.), soweit dies für die Einhaltung der Fristen und Termine nötig ist, nicht aber, wie der Beschleunigungsaufwand zu vergüten sei. Enthalten weder die Beschleunigungsabrede noch der Vertrag für diesen Fall eine Vergütungsregel, verbleibt Raum für die Vertragsergänzung nach OR 374.

2. Kommt OR 374 bzw. eine gehaltsgleiche Vergütungsregel auf den mitwirkungsbedingten Mehraufwand zur Anwendung, ist der Mehraufwand «nach Massgabe des Wertes der Arbeit und der Aufwendungen des Unternehmers» zu vergüten (OR 374). Diese Vergütung errechnet sich nach Mass-

<sup>1279</sup> Vgl. SCHUMACHER/KÖNIG, Rz 177 ff., u.a. mit dem Beispiel von Aufwandpositionen, die in (normalerweise auf Einheitspreise ausgelegten) Leistungsverzeichnissen untergebracht sind (dazu Rz 1025).

gabe der **effektiven Selbstkosten** des Unternehmers<sup>1280</sup> (den «Kosten seines Aufwands»<sup>1281</sup>), **zuzüglich Zuschläge für AGK, Risiko und Gewinn** (*Cost plus Fee*):

- 1018 **a.** In der *Vorkalkulation* errechnet der Unternehmer zunächst alle mit der Bauausführung einhergehenden direkten Kosten, d.h. die auf das Bauwerk bzw. einzelne Bauleistungen entfallenden Lohn-, Material-, Inventar und Fremdleistungskosten<sup>1282</sup>. Auf diese direkten Kosten schlägt er die keiner einzelnen Bauleistung, aber immerhin der Baustelle (kalkulatorisch) zuordenbaren indirekten Kosten, namentlich Baustellengemeinkosten für Löhne, Material, Inventar und Fremdleistungen, sowie Generalunkosten für Aufsicht und Führung<sup>1283</sup>. Dazu kommen Endzuschläge für nicht der Bauausführung zuzuordnende AGK, namentlich Verwaltungs-<sup>1284</sup> und Geldkosten<sup>1285</sup> sowie ein angemessener Zuschlag für Risiko<sup>1286</sup> und Gewinn<sup>1287</sup>. Dazu kommt, bei gegebenen gesetzlichen Voraussetzungen, auch ein Zuschlag in Höhe des gesetzlichen Mehrwertsteuersatzes<sup>1288</sup>.

---

<sup>1280</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rz 947 f.

<sup>1281</sup> Vgl. SCHUMACHER/KÖNIG, Rz 22.

<sup>1282</sup> SCHUMACHER/KÖNIG, Rz 28; SBV, Vorkalkulation 2018, S. 8, 10.

<sup>1283</sup> Siehe die Bsp. in Fn 1107.

<sup>1284</sup> Verwaltungskosten sind im Allgemeinen AGK (Rz 827 ff.) und entstehen dem Unternehmer durch den für seinen Geschäftsbetrieb erforderlichen Verwaltungsapparat und nicht durch die Werkausführung (vgl. auch SBV, Vorkalkulation 2018, S. 42: Kosten der Geschäftsleitung, Miete für Verwaltungsgebäude, Büromobiliar, Akquisition und Marketing usw.).

<sup>1285</sup> Kosten der Vorfinanzierung, die dadurch entstehen, dass dem Unternehmer die Aufwandskosten regelmässig früher anfallen als die durch diesen Aufwand generierten Zahlungseingänge (SBV, Vorkalkulation 2018, S. 44; vgl. auch das Bsp. in Rz 822).

<sup>1286</sup> Eine pauschale Abgeltung zugunsten des Unternehmers für typischerweise mit der Erfüllung der Werkleistungspflicht einhergehende Betriebsrisiken, z.B. ungünstige Witterungsverhältnisse, Baumängel, Anwendung neuer Methoden, Beschaffungsrisiken, Frost- und Feuergefahr, Arbeitskonflikte usw. (SBV, Vorkalkulation 2018, S. 44).

<sup>1287</sup> Vgl. GAUCH, Werkvertrag, Rz 949, der den Zuschlag für Risiko und Gewinn bereits im «Wert der Arbeit und der Aufwendungen» (OR 374) enthalten sieht.

<sup>1288</sup> SCHUMACHER/KÖNIG, Rz 38 ff.

Eine Variation der reinen Aufwandvergütung ist die Abrede, wonach 1019 nur die *effektiven Selbstkosten* des Unternehmers zu vergüten sind. Diesfalls berechnet der Unternehmer seinen Preis auf dieselbe Weise, lässt freilich die Zuschläge für Risiko und Gewinn weg<sup>1289</sup>.

**b.** Auch die mitwirkungsbedingte *Mehrvergütung* folgt zunächst der Zweiteil- 1020 lung von Selbstkosten und Zuschlägen, wenn auch mit inneren «Verschiebungen»: Zu ersetzen ist dem Unternehmer einmal der unter den genannten Hauptkostenarten entstandene, direkte Mehraufwand (Rz 751 ff.). Dazu gehören die kalkulatorische Selbstkostenquote eingetretener Produktivitätsverluste (Rz 759 ff.), die Mehrkosten aus der Verteuerung ordentlicher Erfüllungshandlungen (Rz 803 ff.), die Kosten ausserordentlicher Erfüllungshandlungen (Rz 782 ff.) sowie gegebenenfalls der Geldwert eigener Arbeit des Unternehmers (als natürliche Person) nach sinngemäss übertragbaren Lohnkostenansätzen<sup>1290</sup>. Zu den direkten Kosten gehören aber auch jene, die in der Vorkalkulation noch als indirekte Kosten – sei es als BGK, sei es als AGK – veranschlagt worden sind, nun aber als Folge des Mitwirkungsversäumnisses in ihrer Tatsächlichkeit gemessen und als direkte Mehrkosten beziffert werden können (vgl. Rz 819 ff.). Die übrigen Kosten, die indirekter Natur bleiben und demnach «echte» AGK darstellen, sind nur, aber wenigstens pauschaliert vergütungsberechtigt, nämlich in Form eines AGK-Zuschlags, der als prozentualer Zuschlag zu den Direktkosten hinzugerechnet wird. Dazu kommen, ausser bei der reinen Selbstkostenvergütung, pauschalierte Zuschläge für Risiko und Gewinn. Für die Bemessung interner Verrechnungssätze, Abschreibungssätze und anderer kalkulatorischer Faktoren sowie des Risiko-<sup>1291</sup> und Gewinnzuschlags darf das mit der Streitigkeit befasste Gericht die einschlägige Übung berücksichtigen<sup>1292</sup>.

<sup>1289</sup> Vgl. GAUCH, Werkvertrag, Rz 955.

<sup>1290</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rz 948.

<sup>1291</sup> Der Risikozuschlag darf freilich nicht in Abhängigkeit der konkreten Auswirkungen des Mitwirkungsversäumnisses veranschlagt werden. Ziel dieses Zuschlags ist es nicht, den Unternehmer für entstandenen Schaden zu kompensieren, sondern einen aus Sicht des Vertragsschlusses angemessenen, pauschalen Deckungsbeitrag an das allgemeine Geschäftsrisiko zu leisten.

<sup>1292</sup> Vgl. GAUCH, Werkvertrag, Rz 957. Nicht zu vergessen sind im Baukontext auch branchenspezifische Empfehlungen darüber, ob und inwiefern zeit- und einsatzabhängige Faktorkosten in unterschiedlichen Auslastungsphasen (z.B. in Stehzeiten) zu veranschlagen sind (vgl. namentlich die in Fn 1076 aufgezählten Kalkulationshilfen des SBV).

- 1021 Auch mit dem mitwirkungsbedingten Mehraufwand erbringt der Unternehmer gegebenenfalls mehrwertsteuerpflichtige Leistungen im Sinne von MWSTG 1 II, soweit die gesetzlichen Voraussetzungen hierfür gegeben sind, namentlich der Unternehmer nicht von der Steuerpflicht befreit ist (MWSTG 10 II). In diesem Fall ist zur Mehrvergütungssumme ein Zuschlag in Höhe des gesetzlichen Mehrwertsteuersatzes zu addieren.

**c. Kostenansätze («Regiepreise»)**

- 1022 **1.** Dass im Bauvertragsalltag eine reine Aufwandvergütung verabredet wird, dürfte selten vorkommen<sup>1293</sup>. Idealerweise will sich der Bauherr nicht darauf verlassen müssen, dass der Unternehmer seine Selbstkosten transparent abrechnet, zumal die Verrechnung indirekter Kosten grossen Ermessensspielraum eröffnet<sup>1294</sup>. Und kaum ein Unternehmer will sich darauf verlassen, dass der Besteller der gleichen Auffassung darüber ist, was ein angemessener Risiko- und Gewinnzuschlag sei. Die Aufwandvergütung kennt deshalb in der Praxis unzählige vertragliche Ausformungen, denen gemeinsam ist, dass die Parteien nicht auf die effektiven Selbstkosten des Unternehmers abstellen, sondern die Kostenansätze, mit denen der Unternehmer-Einsatz zu multiplizieren ist (siehe Rz 754 f.), «fest» vereinbaren, mithin **«objektivieren»**. Solche Kostenansätze werden in der Bauwirtschaft normalerweise als **Regiepreise** bezeichnet. Ob die Regiepreisabrede auf den mitwirkungsbedingten Mehraufwand anzuwenden ist, bleibt eine Auslegungsfrage des Einzelfalls:
- 1023 **a.** *Als Regel* sollten mitwirkungsbedingte *Mehreinheiten – und zwar auch unproduktive Mehreinheiten*<sup>1295</sup> – *vertraglich pauschalierter Aufwandkategorien* (mehr Lohnstunden, Maschinenstunden usw.) nach den vereinbarten Regiepreisen bemessen werden. Weil die Regiepreisabrede sich strukturell auf einzelne Aufwandeinheiten (Input) bezieht<sup>1296</sup> und nicht Bauleistungen

---

<sup>1293</sup> Häufiger wird demgegenüber in kleineren Aufträgen überhaupt keine Vergütung (wohl aber Entgeltlichkeit) vereinbart. In diesem Fall führt die Ergänzung des Vertrags mit OR 374 zur reinen Aufwandvergütung.

<sup>1294</sup> Vgl. GAUCH, Werkvertrag, Rz 954; GAUCH/STÖCKLI H., Komm-SIA-118, Art. 48 N 3.6.

<sup>1295</sup> Bsp.: Ist für den Arbeitseinsatz eines Malermeisters CHF 120.00 pro Stunde vereinbart, lässt sich dieser Preis auch auf mitwirkungsbedingt unproduktive Arbeitszeit anwenden.

<sup>1296</sup> Dies im Gegensatz zu Aufwandpositionen: Rz 1025.



(Output)<sup>1297</sup> preislich pauschaliert, ist anzunehmen, dass die vereinbarten Ansätze dem Unternehmer erlauben, das Bauwerk auch unter Inkaufnahme allfälligen Mehraufwands weiterhin nicht nur kostendeckend, sondern gewinnträchtig, ja gar gewinnträchtiger zu vollenden<sup>1298</sup>. Die Hypothese versagt allerdings dann, wenn der Mehraufwand sich nicht allein in einem Mehr an Aufwandeinheiten äussert, sondern die «Wertäquivalenz» der vereinbarten Ansätze verloren geht, etwa weil es mitwirkungsbedingt zu exogenen Kostensteigerungen (Rz 816) kommt. Der Bauherr kann sich dann nicht auf den Standpunkt stellen, der Unternehmer habe mit der Vereinbarung von Regiepreisen auch das Risiko von Kostensteigerungen übernehmen wollen, die ihn bei rechtzeitiger Mitwirkung des Bauherrn nicht getroffen hätten. Vertragslücken dieser Art müssen, ergänzend zur Regiepreisabrede, mit OR 374 ausgefüllt werden<sup>1299</sup>.

**b.** Fallen demgegenüber mitwirkungsbedingt Einheiten von *Aufwandkategorien an, für die kein Regiepreis vereinbart worden ist*, besteht für die vereinbarten Regiepreise grundsätzlich kein Anwendungsgebiet. In der Regel wird diese Lücke mit OR 374 zu füllen sein, wobei der hypothetische Parteiwille im konkreten Einzelfall etwas Anderes gebieten kann, zum Beispiel, dass die preislich nicht fixierten Aufwandeinheiten überhaupt nicht (siehe zum Ausschluss der Mehrvergütung Rz 1030 ff.) oder anders (zum Beispiel durch Fortschreibung der vereinbarten Kostenansätze) zu vergüten sei. 1024

**c.** Abzugrenzen sind in diesem Zusammenhang einfache Regiepreisabreden 1025 von *Aufwandpositionen*, einem besonderen Typus der Aufwandvergütung, der sich in der Bauvertragspraxis vor allem im Zusammenhang mit Einheitspreisabreden (einer Festpreisabrede) herausgebildet hat. Preise für Aufwandpositionen sind feste Preise, die sich nicht auf einzelne Bauleistungen beziehen, sondern auf «*Aufwandpakete*», in denen mehrere, an sich ganz unterschiedliche und normalerweise selbstständig bepreiste Aufwandkategorien in einer einzigen Position zusammengefasst werden<sup>1300</sup>. In der Praxis werden

<sup>1297</sup> Vgl. SCHUMACHER/KÖNIG, Rz 23, 43.

<sup>1298</sup> Vgl. die gänzlich andere Ausgangslage der Parteien bei der Festpreisabrede (Rz 1064 f.) und bei der Abrede von Aufwandpositionen (Rz 1025).

<sup>1299</sup> Zuweilen regeln die Parteien die Frage, ob die Regiepreise im Falle von bestimmten Aufwandsteigerungen anzupassen sind, vertraglich (vgl. etwa SIA-118 51). Im Regelfall wird nach dem hypothetischen Parteiwillen anzunehmen sein, dass sich solche Abreden auch auf den mitwirkungsbedingten Mehraufwand erstrecken.

<sup>1300</sup> Z.G. SCHUMACHER/KÖNIG, Rz 177 ff.

für die Werkausführung sinnvolle und herstellungstechnisch massgebliche Verbindungen von Aufwandkategorien gewählt, wie zum Beispiel ein Quadratmeter Schalung<sup>1301</sup>. Auch diese Vergütungsabreden sind Aufwandvergütungen und können, aufgrund der auch hier greifenden «Objektivierung» der Selbstkosten, im weiteren Sinne als Regiepreisabreden bezeichnet werden. Beachtlich ist aber, dass sie Mengeneinheiten preislich fixieren, in denen verschiedene, normalerweise separat bepreiste Aufwandkategorien zusammengefasst sind. Beim Eintritt eines Mitwirkungsversäumnisses versagt daher die vorhin angestellte Profitabilitätshypothese (Rz 1023) meistens schon dann, wenn Produktivitätsverluste anfallen<sup>1302</sup>, und ebenso bei einem mitwirkungsbedingten Mehr an Einheiten einer Aufwandposition. In diesen Fällen nämlich verschlechtert sich für den Unternehmer das Verhältnis zwischen effektiv betriebenem Aufwand und erzieltm Ertrag ähnlich vehement wie beim Festpreis. Mit Blick auf den typischen mitwirkungsbedingten Mehraufwand des Unternehmers steht die Aufwandposition deshalb dem granularen Festpreis näher als der Aufwandvergütung; analog zu den Ausführungen in Rz 1125 ff. ist die Vergütungsabrede in solchen Fällen mit OR 374 zu ergänzen.

- 1026 2. Wenn der Unternehmer einen Regiepreis bildet, geht er zunächst in der Vorkalkulation nicht anders vor, als bei der reinen Aufwandvergütung: Er berechnet den direkten und indirekten Geldaufwand je Einheit der relevanten Aufwandkategorien. Zu den Kosten einer solchen Aufwandeinheit addiert er den gewünschten AGK-, Risiko- und Gewinnanteil und formuliert so einen Preis pro Aufwandeinheit. Dieser Preis wird anschliessend durch Abrede zum fixen Kostenansatz für den Einsatz an menschlicher Arbeitskraft, Maschinen, Material und Zeit gemacht; nach diesem Preis richtet sich fortan der monetäre Wert des «umgangssprachlichen» Aufwands des Unternehmers (Rz 754). Es resultiert gleichsam ein Pauschalpreis für eine Mengeneinheit

---

<sup>1301</sup> Bsp. bei BUCHER/HENNINGER, BRT 2007, S. 184 f.: Die Aufwandposition von CHF 31.26 pro Quadratmeter Schalung setzt sich zusammen aus CHF 0.66 pro Quadratmeter für den einmaligen Zu- und Abtransport des Schalungsmaterials, CHF 5.00 pro Quadratmeter für Vorhaltekosten und CHF 25.60 für Lohnkosten, Verbrauchsmaterial und Krankosten.

<sup>1302</sup> Bsp.: Ist für den Quadratmeter Schalung CHF 31.26 vereinbart (vgl. Fn 1301), so kann der Unternehmer für eine mitwirkungsbedingt unproduktive Stunde Wartezeit nicht zusätzliche Quadratmeter Schalung in Rechnung stellen, auch wenn die Lohnkosten der unproduktiven Schaler in der Aufwandposition «verbaut» sind.

einer bestimmten Aufwandskategorie<sup>1303</sup> (zum Beispiel Preis für die Lohnstunde eines Poliers; Preis pro vom Unternehmer eingekaufte Tonne Zement usw.). Die Vergütung berechnet sich aus der Multiplikation der Anzahl Mengeneinheiten einer Aufwandskategorie mit den für diese Kategorie vereinbarten Regieansätzen, sodass es auf das **Produkt von Mitteleinsatz einerseits und von Kostenansätzen andererseits** ankommt und «nicht auf die effektiven Kosten des betreffenden (konkreten) Unternehmers»<sup>1304</sup>. Als Kostenansätze kommen im Rahmen der Vertragsfreiheit beliebige, eigens festgesetzte oder auch von Dritten übernommene Ansätze in Betracht, wie zum Beispiel die Tarife, die vormalig von einschlägigen Berufsverbänden vorschlagshalber publiziert wurden<sup>1305</sup>.

**3. Objektivierter Kostenansätze können allerdings auch in lediglich bestimmbarer Art und Weise vereinbart werden:** 1027

**a.** Eine praktisch wichtige Variante hierfür findet sich in *SIA-118 58 II*. Nach 1028 der derzeitigen Rechtsprechung des Bundesgerichts verweist die Bestimmung indirekt auf bestimmbare Kostenansätze (nämlich auf «allgemeine Marktpreise» im Sinne von *SIA-118 62*) und steht damit den hier behandelten Regiepreisabreden nahe. Auch diese Lösung ist freilich in einigen Aspekten lückenhaft, sodass OR 374 ergänzend beigezogen werden muss. Generell aber ist umstritten, ob die Bestimmung auch auf Mitwirkungsversäumnisse des Bauherrn zur Anwendung gelange. Zudem bedarf die Berechnung der darauf gestützten Mehrvergütung weitergehender Ausführungen. Das alles wird deshalb gesondert behandelt (Rz 1081 ff.).

<sup>1303</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rz 953.

<sup>1304</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rz 954.

<sup>1305</sup> Vgl. GAUCH, Werkvertrag, Rz 952. Die prominentesten Branchenverbände sind heute aufgrund wettbewerbsrechtlicher Bedenken dazu übergegangen, keine Tarife mehr zu publizieren (dazu bspw. Michael Tschudin, Bau-Kartellrecht: wie die Dinge stehen, in: Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht, Universität Freiburg i.Ü. (Hrsg.), Schweizerische Baurechtstagung 2019, S. 213 ff., Rz 47 ff.). Stattdessen setzen sie auf «Kalkulationshilfen»: Vgl. z.B. SBV/IPB, Kalkulationshilfen für Regiearbeiten 2018, Region Bern, Ausgabe 2018; SIA-Kalkulationshilfen 102-K, 103-K, 105-K und 108-K [jeweils Ausgabe 2018]. Siehe zu den letzteren auch EGLI/STÖCKLI H., Planerverträge § 8, Rz 8.53, 8.148 ff.

- 1029 **b.** Nicht unähnlich ist die *Vergütung nach der Übung*, gemäss welcher der Unternehmer «nach allgemein anerkannter Auffassung am Ort und zur Zeit der Werkausführung für den betreffenden Aufwand bezahlt werden muss»<sup>1306</sup>. Eine solche übungsgemässe Vergütung muss nicht zwingend eine Aufwandvergütung sein, sondern könnte die Parteien theoretisch auch auf einen Festpreis verweisen. Mit GAUCH ist allerdings davon auszugehen, dass eine übungsgemässe Vergütung häufig auf eine Aufwandvergütung hinauslaufen wird<sup>1307</sup>. Soweit die einschlägigen Berufsverbände diesbezüglich Tarife empfehlen – was heute freilich nicht mehr oder nicht mehr in dieser Form vorzukommen scheint (siehe Fn 1305) –, führt diese Preisvereinbarung nicht automatisch zur Anwendung solcher Tarife. Denn dass sie der Übung entsprechen, wäre zunächst einmal von der anspruchstellenden Partei zu beweisen. Dieser Beweis dürfte häufig schwierig anzutreten sein, weil die Tarife der Branchenverbände regelmässig Verbandsinteressen in den Vordergrund stellen und deshalb die nötige Anerkennung als Verkehrssitte zumindest vonseiten der Nachfrager (der Bauherren) vermissen lassen<sup>1308</sup>. Immerhin: Soweit sich in solchen Tarifen einmal von den Verbandsinteressen abstrahieren lässt, mögen sie die Marktlage hinreichend widerspiegeln, sodass sie zur Bemessung der übungsgemässen Vergütung mindestens als Schätzungsrichtlinien herangezogen werden könnten<sup>1309</sup>. Dann aber müssten sie auch für die Berechnung des Mehrvergütungsanspruchs herangezogen werden.

#### **d. Kein vertraglicher Ausschluss**

- 1030 **1.** Eine negative Voraussetzung für den Mehrvergütungsanspruch ist, dass die Vergütungsregel selbst oder andere Bestimmungen des Vertrags mitwirkungsbedingten Mehraufwand **nicht ganz oder teilweise von der Vergütungsberechtigung ausnehmen**, ansonsten die Vergütungsregel keine Anwendung auf den mitwirkungsbedingten Mehraufwand findet. Ob das zutrifft, ist eine Auslegungsfrage im Einzelfall. Prinzipiell jedenfalls steht es den Parteien unter der Vertragsfreiheit offen, solches zu verabreden.

---

<sup>1306</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rz 951.

<sup>1307</sup> Vgl. GAUCH, Werkvertrag, Rz 191, 961.

<sup>1308</sup> Siehe GAUCH, Werkvertrag, Rz 191, 961; vgl. demgegenüber KOLLER A., Werkvertragsrecht, Rz 189.

<sup>1309</sup> Siehe auch SCHUMACHER/KÖNIG, Rz 650.

2. HÜRLIMANN zwar erblickt im Ausschluss jeglicher Vergütungsberechtigung für mitwirkungsbedingten Mehraufwand einen unter OR 20 und ZGB 27 II **unzulässigen Knebelungsvertrag**. Die Abrede erlaube dem Bauherrn, dem Unternehmer willkürlich und unlimitiert Mehrkosten zu verursachen<sup>1310</sup>. Diese Einstufung erscheint zu weitgehend: Unterlässt der Bauherr die Mitwirkung treuwidrig, zum Beispiel einzig in der Absicht, dem Unternehmer Mehrkosten zu verursachen, wird er sich schon aufgrund von ZGB 2 II nicht auf eine solche Ausschlussklausel berufen können. Ohnehin aber steht es dem Unternehmer im Mitwirkungsverzug des Bauherrn unter OR 95 frei, den Vertrag zu kündigen (vgl. SIA-118 94 II). Eine Ausschlussklausel verursacht daher nicht die unter ZGB 27 II erforderliche *Intensität* oder *überlange Dauer* der Bindung<sup>1311</sup>. Auch in sachlicher Hinsicht<sup>1312</sup> liegt allein darin, dass sich der Unternehmer potenziell zu einer unentgeltlichen Mehrleistung verpflichtet, noch keine übermässige Bindung. Denn auch der uneigennützte Vertrag begründet zulasten des Verpflichteten eine klagbare Leistungspflicht<sup>1313</sup>, ist aber unter der Rechtsordnung keineswegs verpönt<sup>1314</sup>. Solange sich nicht nachgerade die Frage stellt, ob die «wirtschaftliche Bewegungsfreiheit» des Unternehmers «aufgehoben» wird «oder doch in einem Masse eingeengt wird, [...] dass dadurch seine wirtschaftliche Existenz gefährdet wird»<sup>1315</sup>, verbleibt den Parteien m.E. auch unter ZGB 27 II ausreichend Spielraum für eine Abrede, nach der die mitwirkungsbedingte Mehrvergütung vollständig ausgeschlossen ist.

<sup>1310</sup> HÜRLIMANN, FS Gauch, S. 818, 838 (dort zwar im Zusammenhang mit dem Festpreisvertrag, doch stellt sich die Frage hier ebenfalls, weil sich eine auf das Mitwirkungsversäumnis bezogene Limitierungsabrede unter beiden Vergütungstypen gleich auswirkt). GL.M. HAUCK/REBMANN, AJP 2018, S. 436, wonach sich die übermässige Bindung aus der mangelnden Voraussehbarkeit des Mehraufwands bei Vertragschluss ergebe.

<sup>1311</sup> Zu den Kriterien: AEBI-MÜLLER, CHK-ZGB, Art. 27 N 9 (beachte dort zudem die Gewichtung des «verbleibenden Spielraums hinsichtlich der Zukunftsgestaltung»).

<sup>1312</sup> Vgl. auch AEBI-MÜLLER, CHK-ZGB, Art. 27 N 9.

<sup>1313</sup> SCHWERY, Diss., Rz 14.

<sup>1314</sup> Siehe bspw. OR 99 II oder 248 I. Vgl. auch SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, Rz 140 ff.

<sup>1315</sup> BGE 50 II 481/486 E. 3.1. Vgl. die ähnliche Bewertung im Zusammenhang mit dem Rücktrittsrecht des Unternehmers bei KREJCI, Rummel-ABGB, § 1168 N 34 («in *Extremfällen* wohl auch mit dem Knebelungsverbot»; H.h.).

- 1032 **3.** Die Bauvertragspraxis kennt im Übrigen zahlreiche, wenn auch weniger weitgehende Ausformungen solcher Ausschlussklauseln im Zusammenhang mit Festpreisverträgen<sup>1316</sup>. **Bagatell- oder Selbstbeteiligungsklauseln** zum Beispiel (oder Klauseln mit ähnlicher Funktion) richten sich zwar üblicherweise auf Kostensteigerungen, die *nicht* vom Bauherrn verursacht werden<sup>1317</sup>. Doch sind die Parteien frei, auch mitwirkungsbedingte Mehrkosten solchen «Limitierungen» zu unterwerfen<sup>1318</sup>. Im Einzelfall können auch Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass es dem hypothetischen Parteiwillen entspreche, solche Ausschlussklauseln auf mitwirkungsbedingten Mehraufwand analog anzuwenden. Dies mit dem Ergebnis, dass der mitwirkungsbedingte Mehraufwand bis zu einem gewissen Mindestbetrag nicht vergütungsberechtigt ist (Bagatellklausel) oder dass der Unternehmer den Mehraufwand zu einem gewissen Anteil selbst zu tragen hat (Selbstbeteiligungsklausel). Siehe im Übrigen die Ausführungen im Zusammenhang mit ZGB 27 II in Rz 1031.
- 1033 **4.** Solche Limitierungen finden sich auch in Bauverträgen, die eine Aufwandvergütung vorsehen, so beispielsweise in Form eines **Circa-Preises** oder eines **reinen Höchstpreises**<sup>1319</sup>. Auch solche Abreden werden zwar regelmässig so auszulegen sein, dass sie auf mitwirkungsbedingten Mehraufwand keine Anwendung finde, weil solche Limitierungen den Bauherrn normalerweise nicht vor Kostensteigerungen schützen sollen, die er selbst verursacht. Doch sind die Parteien auch hier frei, ähnliche Mechanismen zur Limitierung des Mehrvergütungsanspruchs zu implementieren. Ist zum Beispiel ein Circa-Preis oder ein reiner Höchstpreis vereinbart, der spezifisch *auch für mitwirkungsbedingten Mehraufwand* gilt, und wird durch das Hinzutreten der mitwirkungsbedingten Mehrvergütung der obere Gabelwert des Circa-Preises bzw. der Höchstpreis überschritten, ist der Mehrvergütungsanspruch um den überschüssenden Betrag zu kürzen.

---

<sup>1316</sup> Zur Mehrvergütung in Festpreisverträgen siehe Rz 1060 ff.

<sup>1317</sup> Vgl. KAPPELLMANN/SCHIFFERS/MARKUS, Bd. 1, Rz 112; VYGEN/JOUSSEN, Rz 2033. Zudem zur Auslegung des Festpreises: Rz 1062 ff.

<sup>1318</sup> Siehe das Bsp. bei HÜRLIMANN, FS Gauch, S. 839: eine Vereinbarung, wonach der Mehraufwand aus verspäteten oder mangelhaften Plänen bis zu einer Höhe von 5% des vereinbarten Pauschalpreises vergütungsfrei bleibe.

<sup>1319</sup> Vgl. GAUCH, Werkvertrag, Rz 941, 1036.

### 3. Mehraufwand des Unternehmers

#### a. Allgemeines

1. Enthält der Vertrag eine Vergütungsregel, die den Unternehmer zu einer Mehrvergütung nach Aufwand berechtigt, so setzt der darauf gestützte Mehrvergütungsanspruch zunächst **Mehraufwand** voraus. Es muss dem Unternehmer also ein Mehr an Aufwand entstanden sein, das ihm hypothetisch erspart geblieben wäre, wenn der Bauherr rechtzeitig mitgewirkt hätte (zum Begriff: Rz 751 ff.). Kurz zu vertiefen ist, an welcher Form von Aufwand je nach Vergütungsregel anzuknüpfen ist:

a. Bei der reinen Aufwandvergütung (Rz 1012 ff.) geht es nebst dem Wert der Arbeit um die «*Aufwendungen* des Unternehmers» (OR 374). Die Werkleistung ist von Gesetzes wegen eine Geldleistung (OR 363)<sup>1320</sup>, und soll sich die Vergütung nach den «*Aufwendungen*» bemessen, können letztere nicht anders sein als der Geldaufwand<sup>1321</sup>, also die Selbstkosten, die dem Unternehmer durch die Werkausführung entstehen. Quasi: Was der Unternehmer durch den *Einsatz* seiner Mittel einerseits (zum Beispiel seiner Arbeitskräfte) und durch *reine Geldausgaben* ohne Mitteleinsatz andererseits (zum Beispiel Einkauf von Fremdleistungen) gesamthaft in Geld aufwendet, das soll er als Geldbetrag vergütet erhalten. Das gilt nicht nur infolge der Ergänzung des Vertrags mit OR 374, sondern bei jeder sinngemäss konzipierten Vergütungsregel, die auf die effektiven Selbstkosten des Unternehmers abstellt. Unter einer solchen Regel jedenfalls ist der *Mehraufwand des Unternehmers im Sinne der Rz 751–818* sowie der ehemals indirekte und neuerdings direkte Mehraufwand im Sinne der Rz 819–833 tatbestandsauslösendes Merkmal und zugleich Bemessungsgrundlage für den Mehrvergütungsanspruch.

b. *Aufwandbezogenen Vergütungsregeln mit Kostenansätzen (Regiepreisen)* ist gemeinsam, dass sie die Selbstkosten für bestimmte Aufwandstypen «objektivieren» (Rz 1022). Entsprechend sind nicht die effektiven Selbstkosten

<sup>1320</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rz 111.

<sup>1321</sup> Vgl. SCHUMACHER/KÖNIG, Rz 23 f. Wollte man stattdessen den umgangssprachlichen Aufwand des Unternehmers (Rz 754) für ersatzpflichtig ansehen, stellt sich die Frage, wie effektiver Arbeits- und Materialaufwand usw. ersetzt werden sollte, wenn nicht in Geld; eine «Naturalrestitution» jedenfalls wäre nicht nur unsinnig und unpraktikabel, sondern schlosse auch die Qualifikation als Werkvertrag aus (OR 363).

des Unternehmers massgeblich, sondern die vereinbarten Kostenansätze. Auch diese Vergütungsregeln sind Aufwandvergütungen: Es wird zwar nicht auf den effektiven Geld- und Geldmehraufwand des Unternehmers abgestellt, wohl aber zunächst auf seinen umgangssprachlichen Aufwand, nämlich auf den Mehreinsatz an menschlicher Arbeitskraft, Maschinen, Material und Zeit usw., soweit sich dieser Mehreinsatz in Einheiten des vertraglich pauschalierten Aufwandtyps niederschlägt. Entsprechend ist unter einer solchen Regel der *Mehreinsatz* des Unternehmers, *wie er dem Mehraufwand im Sinne der Rz 751–818* und gegebenenfalls dem *neuerdings direkten Mehraufwand im Sinne der Rz 819–833 zugrunde liegt*, tatbestandsauslösendes Merkmal für den Mehrvergütungsanspruch. Enthält der Vertrag freilich für diesen Mehreinsatz oder für einzelne Kategorien dieses Mehreinsatzes keine Kostenansätze, ist auf die Vorgehensweise bei der reinen Aufwandvergütung zu verweisen (Rz 1035).

- 1037 2. Obwohl die Frage nicht strittig zu sein scheint, ist zu betonen, dass auch mitwirkungsbedingte **Produktivitätsverluste** des Unternehmers unter solchen Vergütungsregeln tatbestandsauslösend und mehrvergütungsberechtigt sind. Sie äussern sich im Einsatz eigener Produktionsmittel, dem mitwirkungsbedingt der Nutzen ganz (Stehzeit) oder teilweise (Leistungserschwerung) entzogen wird. Der «Vergütungswert» des entgangenen Nutzens bemisst sich dabei als Quote: Bei der reinen Aufwandvergütung als Quote jener Geldaufwände, die für den Einsatz der betroffenen Produktionsmittel getätigt und durch das Mitwirkungsversäumnis entwertet werden; bei objektivierten Kostenansätzen als Quote am vereinbarten Kostenansatz derjenigen Aufwandkategorie, von welcher geleistete Einheiten durch das Mitwirkungsversäumnis entwertet werden. Zumindest unter OR 374 wäre es weder rechtlich noch wirtschaftlich zu begründen, zu den «Aufwendungen» des Unternehmers nicht auch einen immateriellen Ausfall, wie namentlich den hier im Vordergrund stehenden Nutzenausfall zu zählen, soweit diese Aufwendungen wenigstens monetär quantifizierbar sind<sup>1322</sup>. Das entspricht zumindest

---

<sup>1322</sup> Verwiesen wird zunächst sinngemäss auf die Ausführungen zur Schadensberechnung bei Produktivitätsverlusten (dazu Rz 1274 ff.). Indizienweise lässt sich sodann auf die Überlegung abstützen, dass nach den Rechnungslegungsregeln des OR auch «nicht liquiditätswirksame [...] Aufwendungen» in die Erfolgsrechnung einfließen müssen, so namentlich Abschreibungen (siehe NEUHAUS/GERBER, BSK-OR, Art. 959b N 6). Zwischen einem kalkulatorischen Wertverzehr und einem kalkulatorischen Nutzenausfall besteht dies betreffend kein wesentlicher Unterschied: Beide Kostentypen äussern sich nicht in einem Mittelabfluss, wohl aber in einer immateriellen und zugleich



auch der Auffassung des Zürcher Handelsgerichts, wonach dem Unternehmer bei gegebenen Voraussetzungen auch «Mehraufwendungen im Sinne von Produktivitätsverlusten» zu ersetzen sind, «die dem Unternehmer anfallen, weil er durch den Annahmeverzug des Bestellers bzw. die Bestelländerung am wirtschaftlich sinnvollen Einsatz seiner Arbeitskraft, seines Personals, seiner Geräte oder seines Kapitals gehindert wird»<sup>1323</sup>.

**Bsp.:** Führt ein Mitwirkungsversäumnis zu einer Produktivitätseinbusse von 60% und liegt die Produktivität fortan bei 40% der Normalproduktivität, so entfällt mitwirkungsbedingt 60% des Nutzens der betroffenen Produktionsmittel. Der entfallene Nutzen lässt sich proportional, d.h. als 60%-Anteil am Selbstkostenbetrag ausdrücken; er ist Mehraufwand. Die übrigen 40% der Selbstkosten entfallen auf den produktiven Teil der Produktionsmittel; sie sind Ohnehin-Aufwand. So entsteht dem Unternehmer ein Mehrvergütungsanspruch in Höhe der Quote des entfallenden Nutzens (60%), bemesse sich die Quote nun an den Selbstkosten oder am vereinbarten Kostenansatz. Der «produktive» Kostenanteil in Höhe von 40% wird dem Unternehmer nach Aufwand zu vergüten sein, wenn für den «regulären» Aufwand (die ordentlichen Erfüllungshandlungen, Rz 803) eine Aufwandvergütung gilt. Ist dagegen ein Festpreis vereinbart, entfällt der 40%-Kostenanteil auf die vom Preis abgedeckten Bauleistungen und ist nicht gesondert zu vergüten.

**3. Bereits dargestellt wurde, dass allfälliger Beschleunigungsaufwand nur vergütungsberechtigt ist, wenn sich aus dem Vertrag die Pflicht des Unternehmers ergibt, infolge eines Mitwirkungsversäumnisses die Werkausführung zu beschleunigen (Rz 805 ff.). Soweit auf den Beschleunigungsaufwand eine aufwandbezogene Vergütungsregel zur Anwendung gelangt<sup>1324</sup>, gilt für die Bemessung der Vergütungsforderung dasselbe wie für den übrigen Mehraufwand auch: Unter der reinen Aufwandvergütung sind die *effektiven Beschleunigungskosten* massgeblich. Unter einer Aufwandvergütung mit objek-**

geldwerten Entwertung von akquirierten Gütern bzw. erbrachten Dienstleistungen, für deren Akquisition bzw. Erbringung Geld aufgewendet wird.

<sup>1323</sup> ZH-HGer HG120098 (04.08.2015) E. 3.5.1.3 m.V.a. HÜRLIMANN, FS Gauch, S. 834. Der Entscheid wurde insgesamt vom Bundesgericht geschützt (BGer 4A\_507/2015 [19.02.2016] E. 3.4), wobei die Mehrvergütungsfähigkeit von Produktivitätsverlusten nicht Gegenstand des Beschwerdeverfahrens bildete.

<sup>1324</sup> Theoretisch könnten die Parteien mit Blick auf den Beschleunigungsaufwand auch eine Festpreisabrede treffen; diesfalls kommt es auf den Aufwand des Unternehmers nicht an, soweit in Auslegung der Preisabrede nicht anzunehmen ist, dass er ausserhalb des Anwendungsbereichs der Festpreisabrede steht.

tivierten Kostenansätzen kommt es auf den *Mehreinsatz* an, also das Mehr an Einheiten des vertraglich pauschalierten Aufwandtyps, soweit für diese Einheiten eine Regiepreisabrede besteht.

- 1040 **4.** In Rz 914 ff. wurde aufgezeigt, dass und wie sich der Unternehmer allfällige **Vorteile**, die ihm aus dem Mitwirkungsversäumnis entstehen, anzurechnen lassen hat. Ebenfalls anzurechnen sind ihm mitwirkungsbedingte Vorteile, die er absichtlich zu erzielen unterlassen hat, soweit deren Erzielung ihm zumutbar gewesen wäre (vgl. zur Kostenminderungsobliegenheit: Rz 1516). Das Prinzip gilt für alle Kompensationsansprüche des Unternehmers gleichermassen. Allfällige Vorteile müssen entsprechend von seinem Mehrvergütungsanspruch in Abzug gebracht werden<sup>1325</sup>. Es zählt unter einer Vergütungsregel nach Aufwand also der «Netto-Mehraufwand» bzw. der «Netto-Mehreinsatz».

#### **b. Vergütungsrechtliche Behandlung «werkfremden» Aufwands**

- 1041 **1.** Die reine Aufwandvergütung nach OR 374 verspricht dem Unternehmer, wie gesehen, eine Vergütung nach der Struktur *Cost plus Fee*. Von diesem Modell geht auch SIA-118 50 I aus, wonach in die Regiepreise nicht nur die direkten Kosten des Unternehmers eingerechnet sind, sondern auch «Allgemeine Geschäftskosten sowie Risiko» und «Verdienst». Von diesen Zuschlägen seien hier der **AGK-Zuschlag** und der **Risiko-Zuschlag** (der zumeist mit dem Gewinn-Zuschlag zusammengefasst wird) herausgegriffen. Denn sie verhelfen dem Unternehmer nicht nur zu einem Deckungsbeitrag für indirekte Kosten (AGK-Zuschlag) bzw. zu einer Art «Prämie» für die Übernahme der mit seiner Tätigkeit verbundenen Risiken (Risiko-Zuschlag). Sie bringen gleichzeitig zum Ausdruck, dass und wo eine **vergütungsrechtliche Grenze** zwischen hinreichend werkbezogenen Selbstkostentypen einerseits und «werkfremden» Selbstkostentypen andererseits verläuft:
- 1042 **a.** AGK sind begriffsgemäss werkfremd (Rz 757 f.), weil sie mit dem Baustellenbetrieb in *keinem unmittelbaren kausalen Zusammenhang* stehen. Stattdessen erlauben diese Bereitschaftskosten dem Unternehmer, einen Geschäftsapparat auf die Beine zu stellen und aufrecht zu erhalten, durch welchen er sich erst in die Lage versetzt sieht, die Werkausführung anzubieten und auszuführen (dazu Rz 827 ff.). In welchem Umfang allerdings diese

---

<sup>1325</sup> SCHUMACHER/KÖNIG, Rz 637 f. Vgl. GAUCH, Werkvertrag, Rz 555 u. STÖCKLI H., Planerverträge § 2, Rz 2.115 (je im Kontext der Schadloshaltung i.S.v. OR 377).

Kosten dem Unternehmer zur Bewältigung der konkreten Baustelle verhelfen, kann nicht beziffert werden, oder allenfalls nur gerade über kalkulatorische Behelfslösungen. Zum Beispiel, indem die in einer Geschäftsperiode prospektiv anfallenden oder (*ex post*) die effektiv angefallenen AGK anteilig auf die Zeit der Werkausführung «gelegt» werden. Die reine Aufwandvergütung im Sinne von OR 374 überspielt dieses Kausalitätsproblem und spricht dem Unternehmer nach einhelliger Auffassung einen pauschalierten Zuschlag für AGK zu; es ist dies die Konzession, die eine *Cost plus Fee*-Struktur an die Tatsachen macht, dass AGK zwar kausal nicht rückführbar sind, deren Bestand aber betriebswirtschaftlich nicht ernstlich bestritten werden kann, und dass letztlich auch die konkrete Baustelle und damit der Bauherr von diesen Bereitschaftskosten profitiert (Rz 833). AGK werden dem Unternehmer insofern nie im engeren Sinn «ersetzt», sondern vielmehr (pauschal) abgegolten. Das bedeutet aber auch: Auf die effektiven AGK-Selbstkosten des Unternehmers kommt es in der Aufwandvergütung nie an, und alles an AGK, das vom AGK-Zuschlag nicht gedeckt wird, gilt unter *Cost plus Fee* als werkfremder und mithin nicht vergütungsberechtigter Aufwand.

**b.** Anders als AGK kann die *Verwirklichung typischer Betriebsrisiken* des 1043 Unternehmers häufig direkt auf die konkrete Baustelle zurückgeführt werden. So entstehen ihm beispielsweise im Zusammenhang mit der Baustelle Mehrkosten, wenn sämtliche mit der Baustelle befassten Arbeitnehmer gleichzeitig erkranken, Vandalen über Nacht das Baugerüst des Unternehmers zerstören, das Werk sich nach der Ablieferung als mangelbehaftet erweist und er nachbessern muss usw. Solche Risiken trägt der Unternehmer in Ermangelung anderer Abreden grundsätzlich selber<sup>1326</sup>. Das geht aus dem in

<sup>1326</sup> Zwar rechnet der Unternehmer solcherlei Risiken in der einen oder anderen Weise in seinen Preis ein. Lohnpflichtige Absenzen seiner Arbeitnehmer (Karenztage, Ferien usw.) etwa berücksichtigt der Unternehmer bereits als Lohnnebenkosten beim kalkulatorischen Mittellohn der mit der Werkausführung befassten Arbeitskräfte (vgl. SBV, Vorkalkulation 2018, S. 16 ff.). Gegen Sachbeschädigungen an seinem Inventar sichert er sich mit einer Sachversicherung ab und legt die Kosten der Versicherungsprämie anteilig auf den Preis (ggf. zuerst auf den AGK-Zuschlag) um. Die Risiken einer mangelhaften Werkausführung werden in Form eines pauschalen Risiko- und Gewinnzuschlags in die Vergütung gerechnet usw. Das ändert freilich nichts daran, dass der Unternehmer die Kosten solcher Risiken bei deren Verwirklichung selbst trägt und nicht auf den Bauherrn überwälzen kann – zumindest nicht in höherem Um-

*Cost plus Fee* mitverstandenen *Risikozuschlag* hervor, der zum Ausdruck bringt, dass es durchaus Kosten gibt, die anlässlich der Tätigkeit des Unternehmers auf der konkreten Baustelle – also als «direkte» Kosten – entstehen, aber dem Unternehmer trotzdem nicht ersetzt werden müssen, weil sie zu dessen Risikosphäre und nicht zu jener des Bauherrn zählen. Auch eine Aufwandvergütung begründet insofern für den Unternehmer keine «Garantie» auf wirtschaftliches Überleben. Der Ungewissheit und der Unvorhersehbarkeit dieser Betriebsrisiken begegnet die Struktur *Cost plus Fee* mit der Konzession, dass dem Unternehmer Risiko-Kosten zwar nicht im engeren Sinne «ersetzt» werden, aber immerhin pauschal und unabhängig von ihrem tatsächlichen Anfallen mit einem Zuschlag abgegolten werden. Auch hier bedeutet das: Auf die effektiven Risiko-Selbstkosten des Unternehmers kommt es nicht an, und alles an Risiko-Selbstkosten, das mit dem Risiko-Zuschlag nicht gedeckt wird, gilt unter *Cost plus Fee* als werkfremder und mithin nicht vergütungsberechtigter Aufwand.

- 1044 **2. Ein weiterer Typus von werkfremdem Aufwand sind die *Kosten, die dem Unternehmer im Zusammenhang mit anderen Aufträgen entstehen*, gleich, ob er diese Drittaufträge bereits akquiriert hat, bereits wieder verloren hat (vgl. Rz 841) oder gar nicht erst akquiriert hat (namentlich in Fällen von entgangenem Gewinn, Rz 840). Auch solche Kosten gehören nach hier vertretener Auffassung zu den werkfremden Selbstkosten und deshalb zum nicht vergütungsberechtigten Aufwand. Das freilich, anders als bei den AGK und den Risiko-Kosten des Unternehmers, nicht im Rückschluss aus den Zuschlägen, die dem Unternehmer unter der Aufwandvergütung (*Cost plus Fee*) gewährt werden, sondern weil sich die Aufwandvergütung – die ja Gegenleistung für das geschuldete Werk ist – begriffsgemäss nur an jenen «Aufwendungen» bzw. an jenem «Wert der Arbeit» (OR 374) bemessen kann, die in der einen oder anderen Weise *in die Herstellung und/oder die Ablieferung des geschuldeten Werks* fliessen. Wo das nicht der Fall ist, fehlt es dem fraglichen Aufwand und der Vergütung an der nötigen synallagmatischen Verschränkung. Das beschlägt erstens Geldbeträge, die der Unternehmer in die Herstellung fremder Werke investiert (Mehraufwand zugunsten Dritter), und zweitens Kosten, die als Haftungsfolge seiner Tätigkeit für fremde Werke dastehen (Haftungsansprüche Dritter). Schon gar nicht als Aufwand kommt entgangener Gewinn in Frage, weil er sich als reines Negativum weder als**

---

fang, als er diese Kosten vorgängig als Risikodeckungsanteile in die Vergütung hat einfließen lassen.

Mittelabfluss noch als entgangener Nutzen investierter Mittel äussert. Die Aufwandvergütung vollzieht demnach die Abgrenzung zu werkfremden, nicht vergütungsberechtigten Aufwänden entlang jenen Selbstkosten des Unternehmers, die vorne als *übrige Vermögenseinbussen* charakterisiert und nur bei Schadenersatzansprüchen ersatzfähig sind (siehe Rz 753 ff./834 ff.).

3. Auf den mitwirkungsbedingten Mehraufwand übertragen bedeutet das: 1045

**Werkfremder Mehraufwand** ist dem Unternehmer unter der Aufwandvergütung nur, aber immerhin in dem Umfang zu vergüten wie werkfremder Aufwand überhaupt. AGK und Risiko-Kosten, die der Unternehmer aus dem Mitwirkungsversäumnis geltend macht (was ihm bei AGK schon in kausaler Hinsicht nicht möglich wäre), sind ihm nur in Höhe des branchenüblichen AGK- und Risikozuschlags abzugelten. Wo die Kostenansätze objektiviert sind und auf den Mehraufwand zur Anwendung gelangen (Rz 1023 ff.), ist anzunehmen, dass die dort enthaltenen AGK- und Risikozuschläge die mitwirkungsbedingten, werkfremden Kosten pauschal abgelden. Mitwirkungsbedingte Aufwände schliesslich, die der Unternehmer nicht zugunsten des geschuldeten Bauwerks tätigt, also übrige Vermögenseinbussen sind (Rz 834 ff.), sind dem Unternehmer unter der Aufwandvergütung überhaupt nicht zu vergüten. Auf die effektiven Selbstkosten des Unternehmers, seien es nun AGK, Risiko-Kosten oder direkte Kosten zugunsten von bzw. aufgrund von Drittaufträgen, kommt es insofern auch für die Bemessung der Vergütung für mitwirkungsbedingten Mehraufwand nicht an. Ersatzfähig sind solche Kosten allenfalls dann, wenn dem Unternehmer ein Ersatzanspruch für mitwirkungsbedingten Schaden (Rz 1244 ff., 1369 ff.) zusteht.

Eine gewichtige **Ausnahme** zum Gesagten ist dort zu beachten, wo 1046 der Unternehmer im Rahmen seiner **Kostenminderungsobliegenheit** (Rz 1516) gegebenenfalls auch werkfremden Aufwand treibt, der billigerweise dem Bauherrn als Verursacher der Leistungsstörung zugerechnet werden muss. Primäres Anwendungsbeispiel ist der Fall, da der Unternehmer eine Transitionsmassnahme zugunsten eines Drittauftrags einleitet. Hier liesse sich weder bautechnisch noch anders schlüssig begründen, wie der Abzug der bislang vorgehaltenen Arbeitskräfte von der gestörten Baustelle und deren Aufbau auf einer Drittbaustelle für das streitige Bauvorhaben dienlich wäre. Gleichzeitig wird sich der Unternehmer gegenüber dem Drittbauherrn kaum auf den Standpunkt stellen – und mithin auch keine Mehrvergütung geltend machen – können, es entspreche sorgfältigem und angemessenem Aufwand, dass er den Drittauftrag zur Überbrückung eines Mitwirk-

ungsversäumnisses mehrfach habe anfangen und wieder abbrechen müssen<sup>1327</sup>. In solchen Fällen muss m.E. der säumige Bauherr dem Unternehmer den «zwischen Stuhl und Bank» fallenden Mehraufwand vergüten, selbst wenn dieser seiner Natur nach werkfremd ist.

#### 4. Vergütungsberechtigung

- 1047 **1.** Dem Unternehmer obliegt es unter der Aufwandvergütung, seinen Aufwand zugunsten des geschuldeten Bauwerks so auszugestalten, dass dieser **sorgfältig** (insbesondere zweckmässig) und **angemessen** (d.h. nicht überzogen und nicht überflüssig) ausfällt<sup>1328</sup>. Fehlt dem getätigten Aufwand die nötige Sorgfalt und/oder Angemessenheit, ist der Unternehmer im Umfang dieses Aufwands grundsätzlich nicht vergütungsberechtigt. Das so verstandene Kriterium der **Vergütungsberechtigung** ist beim Mehrvergütungsanspruch zentral und «ersetzt» gewissermassen Tatbestandsvoraussetzungen, wie sie typischerweise im Zusammenhang mit Pflichtverletzungen gesondert geprüft werden können und müssen, nämlich die *Vertragsverletzung* einerseits und die *Kausalität* zwischen ihr und dem entstandenen Schaden andererseits. Das wird im Folgenden vertieft.
- 1048 **2.** Der mitwirkungsbedingte Mehrvergütungsanspruch geht auf eine vom Bauherrn gesetzte Ursache zurück, nämlich auf sein Versäumnis, rechtzeitig mitzuwirken, und zwar ungeachtet dessen, welchen Verbindlichkeitsgrad die Mitwirkung für den Bauherrn aufweist. Doch kommt der Verbindung (Kausalität) von Ursache (dem Mitwirkungsversäumnis) und Auswirkung (Mehraufwand) im Vergütungsrecht nicht dieselbe Bedeutung zu wie bei der Pflichtverletzung. Denn soweit eine aufwandbezogene Vergütungsregel zur Anwendung gelangt, ist der effektiv angefallene werkbezogene Aufwand des Unternehmers (Rz 757 f.) *ohnehin vergütungsberechtigt*, solange er die ge-

---

<sup>1327</sup> Hier wird Ohnehin-Aufwand vom Mehraufwand abzugrenzen sein, weil es die Annahme eines Drittauftrags immer mit sich bringt, dass der Unternehmer seine Mittel früher oder später verlagern muss – wenn auch normalerweise nur ein einziges und nicht mehrere Male.

<sup>1328</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rz 839, 964 f.; ZINDEL/PULVER/SCHOTT, BSK-OR, Art. 374 N 13. Zweckmässigkeit umschreibt das Bundesgericht zuweilen auch mit Notwendigkeit: «Il appartient à l'entrepreneur [...] de démontrer la *nécessité* des frais engagés [...]» (BGer 4A\_183/2010 [27.05.2010] E. 3.2). Bei Produktivitätsverlusten und ausserordentlichen Erfüllungshandlungen zwingt diese Qualitätsanforderung den Unternehmer dazu, auf das Mitwirkungsversäumnis als Rechtfertigungsgrund für un-zweckmässigen bzw. unnötigen Aufwand zurückzugreifen (Rz 1049).

nannten Voraussetzungen der Vergütungsberechtigung erfüllt. Welche Anforderungen stellt das Kriterium der Vergütungsberechtigung also an **Ursache, Mehraufwand und an deren kausale Verbindung**?

a. Weil die Vergütungsberechtigung ohne weiteres gegeben ist, wenn der Aufwand gemessen am vereinbarten Bauwerk und den Baubedingungen im konkreten Einzelfall sorgfältig und angemessen ausfällt, ist das *Mitwirkungsversäumnis* nur dann eine beweisbedürftige *Ursache*, wenn sich in dessen Ermangelung der geltend gemachte Mehraufwand nicht als sorgfältig bzw. angemessen begründen lässt. Weil das Mitwirkungsversäumnis überwiegend besondere Mehraufwände hervorruft, die sich ohne dieses nicht begründen liessen, wird der Unternehmer regelmässig gezwungen sein, das Bauherrenversäumnis zu beweisen. Der Fall, dass ein bestimmter Aufwandsposten sowohl als Folge des Mitwirkungsversäumnisses als auch ohne ein solches als sorgfältig und angemessen in Erscheinung tritt, ist dagegen kaum denkbar, wenn nicht weitere Drittursachen hinzutreten, die nicht dem Unternehmer zuzurechnen sind<sup>1329</sup>. Besonders vordringlich ist der Ursachenbeweis demnach bei Produktivitätsverlusten, weil der dort anfallende Mehraufwand sich aus nutzlosem – *prima vista* also unzweckmässigem – Produktionsmitteleinsatz konstituiert. Ebenso bedeutsam wird der Ursachenbeweis bei der Kompensation von ausserordentlichen Erfüllungshandlungen sein, denn sie zeichnen sich begriffsgemäss dadurch aus, dass sie ohne das Mitwirkungsversäumnis nicht erforderlich gewesen wären. Es liegt damit in der Natur dieser Erfüllungshandlungen, dass sie kaum als zweckmässig bzw. angemessen anzusehen sind, wenn sie nicht auf das Mitwirkungsversäumnis (oder wenigstens auf eine Störung mit vergleichbaren Auswirkungen) zurückgeführt werden können. Bei verteuerten ordentlichen Erfüllungshandlungen dagegen beschränkt sich die Notwendigkeit der kausalen Rückführung auf den Ver-

<sup>1329</sup> Bspw. einseitige Beststellungsänderungen oder mangelhafte Ausschreibungsunterlagen vonseiten des Bauherrn, schlechte Witterungsbedingungen, Verschlechterung des ausgeführten Werkteils usw. Vgl. SCHUMACHER/KÖNIG, Rz 338 ff., 351 ff., 376, 377 ff. Die Autoren beziehen sich dort zwar auf den Festpreisunternehmer, doch liegt es in allen Fällen, in denen der Unternehmer seinen (Mehr-)Aufwand vergütet haben will, an ihm, die Notwendigkeit seines Aufwands darzulegen, soweit sie vom Bauherrn bestritten wird (Rz 1057 a.E.). Von solchen möglicherweise zu einer Mehrvergütung berechtigenden Umständen werden andere abzugrenzen sein, die in die Risikosphäre des Unternehmers fallen, z.B. Produktivitätsverluste, die auf Motivationsabfälle der Arbeitskräfte oder auf ein «Strecken» der Arbeiten (dazu Fn 1232) zurückgehen.

teuerungseffekt; im Übrigen aber müssen und können solche Erfüllungshandlungen nicht auf das Mitwirkungsversäumnis zurückgeführt werden, weil sie ja bereits durch das vereinbarte Leistungsprogramm bedingt sind.

- 1050 **b.** Nach SCHUMACHER/KÖNIG müsse bei der Mehrvergütung ein Kausalzusammenhang zwischen der «Ursache» und dem «Mehraufwand» bestehen<sup>1330</sup>. Das Kausalitätskriterium entstammt zwar dem Haftungsrecht<sup>1331</sup> (vgl. Rz 1312 ff.), doch ist dieser Auffassung zumindest mit Blick auf die *natürliche Kausalität* zwischen Mitwirkungsversäumnis und Mehraufwand zuzustimmen, *soweit* das Mitwirkungsversäumnis als Begründung für Sorgfalt und Angemessenheit des Aufwands bewiesen werden muss (dazu Rz 1049). Dann nämlich muss das Mitwirkungsversäumnis zunächst für das resultierende Leistungshindernis und anschliessend für den Mehraufwand des Unternehmers *condicio sine qua non* sein. Das ergibt sich alles implizit aus der Massgabe, dass auch der Mehraufwand, wie jeder Aufwand, sorgfältig und angemessen ausgestaltet sein muss: Mehraufwand, der nicht natürlich kausal auf ein Mitwirkungsversäumnis zurückgeführt werden kann, ist regelmässig nicht sorgfältig und/oder angemessen, sondern vielmehr unnötig, wenn der Unternehmer hierfür nicht eine hinreichende alternative Ursache aufzeigen kann. Der Beweis der natürlichen Kausalität obliegt damit auch unter dem Kriterium der Vergütungsberechtigung dem Unternehmer, wenn auch häufig mit reduziertem Beweismass (siehe Rz 982 ff.).
- 1051 **c.** Soweit allerdings der Verweis auf das Kausalitätserfordernis sich auf dasjenige erstrecken soll, was im Haftpflichtrecht unter dem Titel der *adäquaten Kausalität* geprüft wird, so muss das bei der Mehrvergütung verneint werden<sup>1332</sup>. Nach der bundesgerichtlichen Formel läge letztere, analog auf den Mehraufwand übertragen, vor, wenn das Mitwirkungsversäumnis nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet ist, den eingetretenen Mehraufwand herbeizuführen oder jedenfalls zu begünstigen<sup>1333</sup>. Wollte man freilich eine solche «Adäquanz» des mitwir-

---

<sup>1330</sup> SCHUMACHER/KÖNIG, Rz 628 ff.

<sup>1331</sup> Vgl. etwa FELLMANN/KOTTMANN, Rz 406 ff.; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz 2946 ff.; KESSLER, BSK-OR, Art. 41 N 14 f.; SCHWENZER, Rz 19.01 ff.; TERCIER/PICHONNAZ, Rz 1223 ff.; WIEGAND, BSK-OR, Art. 97 N 41.

<sup>1332</sup> So auch beim Mehraufwendungsersatz: Rz 1221.

<sup>1333</sup> Vgl. zur Formel der adäquaten Kausalität z.B. BGE 107 II 238/243 f. E. 5a. Siehe auch FELLMANN/KOTTMANN, Rz 421 ff.; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz 2948 ff.



kungsbedingten Mehraufwands prüfen, führte dies zu unbequemen und wohl auch vom Gesetzgeber nicht beabsichtigten Inkongruenzen mit der Vergütungsberechtigung. Könnte es überhaupt einmal zutreffen, dass für einen mitwirkungsbedingten Mehraufwand die Adäquanz fehlt, er aber ansonsten sorgfältig und angemessen ist? Und, fielen solcherart Adäquanz und Vergütungsberechtigung einmal auseinander, was wäre das vergütungsrechtliche Schicksal des fraglichen Mehraufwands? Tatsächlich wird die Frage der Adäquanz unter der Vergütungsberechtigung abgelöst. Im Vordergrund steht allein die Frage, ob der Unternehmer vertraglich zum konkreten Mehraufwand verpflichtet war und bejahendenfalls, ob er den Mehraufwand sorgfältig tätigt und dieser angemessen ausfällt; *andere Massgaben* interessieren im vergütungsrechtlichen Verhältnis zwischen Unternehmer und Bauherr *nicht*. Eine Adäquanz streng im haftungsrechtlichen Sinne liesse sich allenfalls noch zwischen Mitwirkungsversäumnis und dem dadurch verursachten, konkreten Leistungshindernis untersuchen, doch wird sie dort kaum je fehlen.

**3. Im Ergebnis** muss das Mitwirkungsversäumnis als Tatbestandsvoraussetzung des Mehrvergütungsanspruchs nur dann vorliegen, wenn sich der geltend gemachte Mehraufwand nicht ohnehin, gegebenenfalls auch anhand von alternativen Ursachen als sorgfältig und angemessen begründen lässt. Lässt sich der Mehraufwand ohne das Mitwirkungsversäumnis nicht als sorgfältig und angemessen begründen, so bedarf es zwischen dem Mitwirkungsversäumnis und dem Mehraufwand eines natürlichen Kausalzusammenhangs. Fehlt es daran, ist die Mehrvergütungsberechtigung ausgeschlossen. Ist der natürliche Kausalzusammenhang aber gegeben, so beurteilt sich aufgrund von Art, Dauer und Umfang des Mitwirkungsversäumnisses, des vereinbarten Bauwerks und der konkreten Baubedingungen, ob der auf das Mitwirkungsversäumnis rückgeführte Mehraufwand nach den anerkannten Regeln der Technik sorgfältig und angemessen ausfällt. Eine wie auch immer geartete kausale «Adäquanz» bleibt dabei ausser Betracht. 1052

## 5. Weitere Voraussetzungen

**1. Voraussetzung für den Mehrvergütungsanspruch des Unternehmers** ist sodann, dass den Unternehmer am entstandenen Mehraufwand **kein Mitverschulden** trifft (dazu Rz 1493 ff.), namentlich dass er den entstandenen 1053

---

und dort Fn 7; KESSLER, BSK-OR, Art. 41 N 16 ff.; SCHWENZER, Rz 19.03 ff.; WIEGAND, BSK-OR, Art. 97 N 41.

Mehraufwand unter seiner *Kostenminderungsobliegenheit* nicht hätte abwenden oder mindern müssen. Verletzt er diese Obliegenheit, trägt er den vermeidbaren Teil des Mehraufwands selbst und es entsteht ihm in diesem Umfang kein Vergütungsanspruch.

- 1054 **2.** Nach **OR 365 III**, durch welchen die Sorgfaltspflicht des Unternehmers konkretisiert wird, hat der Unternehmer dem Bauherrn von «Verhältnisse[n], die ein gehörige oder rechtzeitige Ausführung des Werkes gefährden [...], ohne Verzug [...] **Anzeige zu machen**, widrigenfalls die nachteiligen Folgen ihm selbst zur Last fallen». Zu solchen Verhältnissen zählt auch das Mitwirkungsversäumnis des Bauherrn. Dieses hat zwar die Besonderheit, dass es gerade vom Bauherrn bzw. seinen Stellvertretern und Hilfspersonen ausgeht, mithin ihm bzw. diesen Dritten (deren Wissen er sich anrechnen lassen muss, Rz 323) *bereits bekannt ist*. Trifft das zu, ist anzunehmen, dass die Anzeige keinen Unterschied gemacht hätte; dem Unternehmer wird die Anzeige dann erlassen<sup>1334</sup>. Doch ist die Unterlassung der Anzeige für den Unternehmer riskant, weil er im Streit zu beweisen haben wird, dass der Bauherr bzw. seine Hilfspersonen das Mitwirkungsversäumnis kannten bzw. hätten kennen müssen. Davon ist auch dann nicht ohne weiteres auszugehen, wenn der Unternehmer pflichtgemäss den Bauherrn im Vorfeld über den anstehenden Mitwirkungsbedarf unterrichtet hat (dazu Rz 510); ob der Bauherr dieser Information den genauen Zeitpunkt der Mitwirkung entnehmen kann – also wissen kann, dass er die Mitwirkung versäumt –, ist eine Frage des Einzelfalls. Dem Unternehmer ist jedenfalls die Versäumnisanzeige an den Bauherrn zu empfehlen, ansonsten er riskiert, wenigstens jene Folgen des Mitwirkungsversäumnisses selbst zu tragen, die sich durch eine rechtzeitige Anzeige hätten vermeiden lassen (vgl. OR 365 III). Zu denken ist primär an die unnötige Verlängerung von Produktivitätsverlusten und an ausserordentliche Erfüllungshandlungen, die hätten vermieden werden können, wenn der Unternehmer das Mitwirkungsversäumnis früher bzw. überhaupt angezeigt hätte. Zudem haftet der Unternehmer für allfälligen Schaden, der dem Bauherrn aus der verspäteten Anzeige entsteht<sup>1335</sup>.

---

<sup>1334</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rz 829 u. Fn 461; REETZ, Komm-SIA-118, Art. 94 N 11.3 f.

<sup>1335</sup> Siehe zu den vielfältigen Rechtsfolgen der Verletzung der Anzeigepflicht KOLLER A., BK-OR, Art. 365 N 83 ff.

3. Den Parteien steht es im Rahmen der Vertragsfreiheit offen, den Mehrvergütungsanspruch unter beliebige **vertragliche Bedingungen** zu stellen<sup>1336</sup>. Wie der Fall von OR 365 III illustriert, können solche Regeln auch in Bestimmungen zu finden sein, die mit der Vergütungsabrede in keiner (offensichtlichen) Verbindung stehen. Welche Vertragsbestimmungen auf den Mehrvergütungsanspruch des Unternehmers einwirken, ist eine Auslegungsfrage im konkreten Einzelfall. Als Anwendungsbeispiel der Bauvertragspraxis sei etwa SIA-118 156 genannt, wonach der Unternehmer «auf jeden weiteren Vergütungsanspruch für Leistungen verzichtet, die er bis dahin nicht in Rechnung gestellt hat», wenn er weitere Ansprüche in der Schlussabrechnung (SIA-118 153 III) nicht unter schriftlichen Vorbehalt stellt. In den AGB öffentlicher Auftraggeber findet sich zudem eine Fülle an Klauseln, in denen die Bestimmung von OR 365 III übernommen oder gar verstärkt wird, zum Beispiel indem die Behinderungsanzeige besonderen Formvorschriften unterworfen wird oder indem das Versäumnis der Anzeige zum Verlust des gesamten Mehrvergütungsanspruchs führt<sup>1337</sup>.

#### 6. Beweislast und Beweismass

1. Als Anspruchsteller ist es am **Unternehmer**, die für seinen Mehrvergütungsanspruch begründenden Tatsachen zu beweisen (ZGB 8; siehe schon Rz 960 ff.):

<sup>1336</sup> Vgl. HÜRLIMANN, FS Gauch, S. 838 f.

<sup>1337</sup> Bspw. Ziff. 9.7 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Bau- und Umweltschutzdirektion für Bauleistungen und Lieferung des Kantons Basel-Landschaft, Version vom 1. Januar 2017: «[...] Die Unternehmung ist in allen Fällen, in welchen ihr ein Mehraufwand zu entstehen droht, verpflichtet, der Bauherrschaft umgehend schriftlich Anzeige zu machen. Ohne schriftliche Vorankündigung erlischt das Forderungsrecht zur Geltendmachung des Mehraufwands.» AGB einsehbar auf der «Plattform SIA-118» des Instituts für Schweizerisches und Internationales Baurecht, Universität Freiburg i.Ü. ([www.unifr.ch/ius/baurecht/de/dienstleistungen/sia-118](http://www.unifr.ch/ius/baurecht/de/dienstleistungen/sia-118)).

- 1057 a. Dem Unternehmer obliegt zunächst der Beweis, dass ein Bauwerkvertrag zustande gekommen ist<sup>1338</sup>, was voraussetzt, dass er auch die Entgeltlichkeitsabrede nachweist (siehe OR 363)<sup>1339</sup>. Bereits dargelegt wurde, dass der Unternehmer formell nicht den Eintritt des Gläubigerverzugs darzulegen braucht, doch wird sich seine Beweisführungsobliegenheit weitgehend mit diesem Beweis überschneiden (vgl. Rz 1009/1204 ff.). So wird er aufzuzeigen haben, dass er einen Leistungsversuch unternommen hat und dieser Leistungsversuch misslungen ist, weil der Bauherr bzw. seine Hilfspersonen die Mitwirkung versäumt haben. Damit wird er, sei es auch unter dem Titel der Vergütungsberechtigung (siehe Rz 1047 ff.), die natürliche Kausalität zwischen dem Mitwirkungsversäumnis und dem Mehraufwand bzw. den Mehreinheiten und mithin auch den Mehraufwand bzw. die Mehreinheiten *an sich* darlegen müssen<sup>1340</sup>. Eine wie auch immer geartete adäquate Kausalität hingegen muss der Unternehmer weder darlegen noch darf das Gericht eine solche als Rechtsfrage (vgl. ZPO 57) beurteilen; entscheidend ist vielmehr die werkvertragliche Massgabe der Vergütungsberechtigung, wobei es am *Bauherrn* ist, darzulegen, dass der vom Unternehmer geltend gemachte mitwirkungsbedingte Mehraufwand gegebenenfalls *unsorgfältig* oder *unan gemessen* ausfällt<sup>1341</sup>. Für den Mehrvergütungsanspruch dagegen irrelevant

---

<sup>1338</sup> Vgl. JUNGO, ZK-ZGB, Art. 8 N 388.

<sup>1339</sup> Vgl. JUNGO, ZK-ZGB, Art. 8 N 391 f., 396. Der Beweis wird dem Unternehmer freilich erleichtert, indem er bei gegebenen Voraussetzungen von der natürlichen Vermutung profitiert, dass die Werkherstellung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten war (siehe auch GAUCH, Werkvertrag, Rz 111b f.), oder wenn man die Entgeltlichkeitsvermutung von OR 394 III analog auf den Werkvertrag anwendet (siehe KOLLER A., BK-OR, Art. 366 N 75; STÖCKLI H., Habil., Rz 188; DERS., Planerverträge § 2, Rz 2.48).

<sup>1340</sup> Gelingt dem Unternehmer der Beweis, dass für mitwirkungsbedingte Mehrleistungen Festpreise vereinbart sind, so muss er die korrespondierenden mitwirkungsbedingten Mehrleistungen aufzeigen (z.B. durch das Ausmass). Gelingt ihm der Beweis nicht bzw. fehlt es überhaupt an einer Festpreisabrede, gelangt OR 374 zur Anwendung; hierunter muss der Unternehmer die relevanten Berechnungsfaktoren, nämlich seinen Arbeitsumfang und seine Aufwendungen beweisen (vgl. JUNGO, ZK-ZGB, Art. 8 N 442).

<sup>1341</sup> JUNGO, ZK-ZGB, Art. 8 N 442. Anders: GAUCH, Werkvertrag, Rz 1021 m.V.a. BGer 4A\_183/2010 (27.05.2010) E. 3.2. Der zit. Entscheid setzt m.E. den *Nachweis des Aufwands* («le montant des coûts effectifs»), der unbestrittenermassen dem Unternehmer obliegt, zu Unrecht mit dem *Nachweis der Notwendigkeit* des Aufwands gleich («*donc également* [...] la nécessité des frais engagés»).

und nicht zu beweisen ist, wie dargelegt, das Verschulden des Bauherrn (Rz 1008).

b. Idee und Kriterien der *Methode*, mit welcher der Unternehmer seinen mitwirkungsbedingten Mehraufwand ermittelt und darstellt, wurden bereits besprochen (Rz 857 ff.). Dabei, aber auch beim Beweis der übrigen Anspruchsvoraussetzungen (namentlich der Kausalität) steht der Unternehmer regelmässig vor *Beweisschwierigkeiten*, die im Zivilprozess unter dem strikten Beweismass nicht zu überwinden wären. Soweit diese Beweisschwierigkeiten Fälle einer typischen Beweisnot sind, gelangt bei der Darlegung der anspruchsbegründenden Tatsachen das reduzierte Beweismass zur Anwendung. Dazu kann auf Rz 959 ff. verwiesen werden.

2. Ein **objektiver «Rechtfertigungsgrund»** für die Tatsache, dass der Bauherr die Mitwirkung versäumt hat (vgl. Rz 114/1218), ist unter der Mehrvergütung theoretisch unbeachtlich, weil die Vergütung auf OR 374 bzw. auf der vertraglichen Vergütungsregel nach Aufwand basiert und nicht auf OR 91. Im Einzelfall mag es dem hypothetischen Parteiwillen entsprechen, dass solche Rechtfertigungsgründe sich in dem Sinne zugunsten des Bauherrn auswirken, dass ein Mehrvergütungsanspruch ganz oder teilweise dahinfällt. Diesfalls ist der Eintritt des Rechtfertigungsgrunds als anspruchvernichtende Tatsache jedenfalls vom Bauherrn zu beweisen.

## C. Mehrvergütung nach Aufwand im Festpreisvertrag

### 1. Ausgangspunkt

1. Den Parteien des Werkvertrags steht es offen, als Vergütungsleistung einen Festpreis zu vereinbaren. Der *gesetzliche Begriff* des Festpreises ist in OR 373 I umschrieben: «Wurde die Vergütung zum Voraus genau bestimmt, so ist der Unternehmer verpflichtet, **das Werk um diese Summe fertigzustellen**, und darf keine Erhöhung fordern, selbst wenn er mehr Arbeit oder grössere Auslagen gehabt hat, als vorgesehen war» (H.h.). Ergänzt wird die Umschreibung zudem in OR 373 III, wo es heisst: «Der Besteller hat auch dann den vollen Preis zu bezahlen, wenn die Fertigstellung des Werkes weniger Arbeit verursacht, als vorgesehen war». Unter dem Festpreis kommt es folglich nicht darauf an, ob und welchen Aufwand der Unternehmer für die Erfüllung seiner Leistungspflicht betreiben muss, und auch nicht, ob und welche Partei den für die Werkleistung anfallenden Aufwand ursprünglich grösser oder kleiner «vorgesehen» hatte, als er dann tatsächlich ausgefallen

ist: Versprochen und geschuldet ist dem Unternehmer nur und genau<sup>1342</sup> der vereinbarte Vergütungsbetrag<sup>1343</sup>.

- 1061 **2.** Vor diesem Hintergrund stellt sich im Festpreisvertrag die Frage, wie sich die Festpreisabrede zum mitwirkungsbedingten Mehraufwand verhält, also ob der Mehraufwand auf den Bauherrn überwältzt werden kann oder ob der Mehraufwand der Festpreisabrede unterfällt und somit nicht zu vergüten ist. Wenn die Parteien des Festpreisvertrags es versäumt haben, das vergütungsrechtliche Schicksal des mitwirkungsbedingten Mehraufwands zu bestimmen, verbleiben aufgrund der gesetzlichen Dichotomie von Festpreis (OR 373) und Aufwandvergütung (OR 374)<sup>1344</sup> im Wesentlichen zwei Konstellationen, in denen unter dem Festpreis eine Mehrvergütung geschuldet ist: Entweder geht die vergütungsberechtigte Einbusse auf die Vervielfachung einer preislich verselbständigten *Bauleistung* zurück (einem Mehr an Output, einer Mehrleistung); die Mehrvergütung ergibt sich dann ohne weiteres aus der vertraglichen Festpreisabrede. Auf diesen eher seltenen Fall wird später im Abschnitt (D.) eingegangen (Rz 1125 ff.). Oder, und das ist Thema des vorliegenden Abschnitts, die Einbusse besteht in einer Vermehrung des Aufwands (einem Mehr an Input, einem Mehraufwand) und ist als solche

---

<sup>1342</sup> Siehe etwa BGer 4C.23/2004 (14.12.2004) E. 3.1: «En ce sens, on admet que le prix forfaitaire ou prix ferme fixe une limite à la fois maximale et minimale pour la rémunération de l'entrepreneur» (m.w.N.; H.h.). Vgl. auch GUHL/KOLLER, § 47 Rz 40.

<sup>1343</sup> Vgl. etwa BGer 4C.90/2005 (22.06.2005) E. 3.2: «Der Pauschalpreis ist nach einhelliger Lehre ein fester Preis in dem Sinne, dass er unabänderlich sowie unabhängig von den tatsächlichen Erstellungskosten des Werkes, den ausgeführten Leistungsmengen, Aufwendungen und Arbeiten ist; die Abweichung von den bei Vertragsschluss vorgesehenen Erstellungskosten (Arbeits- und andere Kosten) ist daher ohne Belang – vorbehaltlich vorliegend nicht gegebener ausserordentlicher Umstände im Sinne von Art. 373 Abs. 2 OR [...]» (m.w.N.). Vgl. auch BÜHLER, ZK-OR, Art. 373 N 11; GAUCH, Werkvertrag, Rz 899 ff.; TERCIER/BIERI/CARRON, Rz 3976 ff.; ZINDEL/PULVER/SCHOTT, BSK-OR, Art. 373 N 5 ff.

<sup>1344</sup> Der Passus «genau bestimmt» in OR 373 I ist in Verbindung mit OR 374 zu lesen, der für den Fall, dass der Preis «zum voraus entweder gar nicht oder nur ungefähr bestimmt worden» ist, vorschreibt, dass der Unternehmer nach Aufwand zu vergüten sei. Festpreis und Aufwandvergütung grenzen sich so einerseits voneinander ab, schmiegen sich aber auch nahtlos aneinander, sodass für einen dritten Vergütungstypus im gesetzlichen Vergütungsrecht kein Raum verbleibt: Ist ein Preis gar nicht oder nur ungefähr – d.h. nicht «genau» – bestimmt, gilt OR 374; ist der Preis anders vereinbart worden, kann er nur i.S.v. OR 373 I «genau» bestimmt sein und damit ein Festpreis sein.

vergütungsberechtigt, **weil der Mehraufwand ausserhalb der Festpreisabrede steht**. Letzteres wird regelmässig zutreffen, wenn die Parteien diesbezüglich nichts anderes vereinbaren (2.), oder wenn die Parteien für den mitwirkungsbedingten Mehraufwand eine besondere Vergütungsregel treffen, wie namentlich in SIA-118 58 II (3.).

## 2. Ohne Mehrvergütungsabrede

### a. Vertragslücke in der Festpreisabrede (OR 373 I)

1. Dass dem Unternehmer bei der Werkausführung Mehraufwand entsteht, 1062 wenn der Bauherr nicht mitwirkt, ist die Regel und in Rz 751 ff. ausführlich dargestellt. Als tatsächlicher Umstand hängt dies auch nicht davon ab, ob die Parteien eine Vergütungsabrede getroffen haben und gegebenenfalls welche. Zu klären ist im Folgenden nun aber, ob der mitwirkungsbedingte Mehraufwand dem Anwendungsbereich des Festpreises unterfällt oder nicht.

2. OR 373 I beschreibt die Konzeption des Festpreises exemplarisch anhand 1063 einer Abrede, nach der das *gesamte* Werk zu einem (einzigem) Festpreis zu vergüten ist. Doch spricht sich der Tatbestand nicht darüber aus, *welche* Leistungen des Unternehmers im Gegenzug zur Festpreisvergütung versprochen sein müssen; die Bestimmung besagt lediglich, dass diejenige Leistung zum Festpreis zu vergüten sei, die im Austausch gegen den festen Preis versprochen ist. Der Begriff des Festpreises umschreibt folglich einen **Vergütungsmodus, nicht einen Vergütungsgegenstand**. Ob und in welchem Umfang die vom Unternehmer geschuldete Leistung mit dem vereinbarten Festpreis im Austauschverhältnis steht, d.h. vom Festpreis «abgedeckt»<sup>1345</sup> ist, ist demnach eine Auslegungsfrage, die für jeden streitig werdenden Bauwerkvertrag gesondert zu prüfen ist<sup>1346</sup>. Zu dieser Auslegung was folgt:

---

<sup>1345</sup> Vgl. etwa BGer 4C.385/2005 (31.01.2006) E. 5 «[...] so fällt ein hieraus entstehender Mehraufwand *aus dem Deckungsbereich des Pauschalpreises*» (H.h.).

<sup>1346</sup> Vgl. etwa BGer 4A\_458/2016 (29.03.2017) E. 6.1 (m.V.a. GAUCH, Werkvertrag, Rz 1033); 4C.385/2005 (31.01.2006) E. 5; 4A\_88/2011 (23.02.2012) E. 4 f. Dementsprechend sind die Parteien frei, eine «gemischte» Vergütungsabrede zu treffen, wonach ein Teil des Werks zum Festpreis, ein anderer Teil nach Aufwand zu vergüten sei (vgl. GAUCH, Werkvertrag, Rz 1033). Siehe auch EGLI/Stöckli H., Planerverträge § 8, Rz 8.19 ff.; KOLLER A., AJP 2014, S. 765.

- 1064 **a.** Spricht sich der Vertrag zu dieser Frage nicht aus und kann der tatsächliche Wille der Parteien nicht ermittelt werden, ist im Wege der objektivierten Vertragsauslegung primär auf die Begleitumstände des Vertragsschlusses, so namentlich auf die *Interessenlage der Parteien* abzustellen (Rz 249 m.V.): *Der Besteller* sucht mit der Festpreisabrede Preissicherheit. Er nimmt in Kauf, den vereinbarten Preis auch dann bezahlen zu müssen, wenn die Werkleistung den Unternehmer weniger Aufwand gekostet hat, als vom Besteller erwartet<sup>1347</sup>. Im Gegenzug erlangt der Besteller Gewissheit, dass ihn die Werkleistung nicht mehr als den vereinbarten Preis kosten wird, selbst wenn der Unternehmer unrichtig vorkalkuliert hat und das Werk für letzteren zum Verlustgeschäft wird. *Der Unternehmer* erklärt sich seinerseits mit dem Festpreis einverstanden, weil er aufgrund des beträchtlichen Risikos von späteren Kostensteigerungen einen höheren Risikozuschlag verlangen darf als er es unter einer Aufwandvergütung könnte. Antizipiert der Unternehmer seinen Aufwand und insbesondere künftige Kostensteigerungen korrekt, vermag er für ein beliebiges Werk im Festpreisvertrag eine höhere Vergütung zu lösen als unter der Aufwandvergütung<sup>1348</sup>. Fallen gewisse Arbeiten oder Beschaffungen sodann günstiger aus, als vom Unternehmer erwartet, verbessert sich die Profitabilität weiter. Mit anderen Worten hat die Festpreisabrede aus der Sicht beider Vertragsparteien spekulativen Charakter<sup>1349</sup>. Sie ist prinzipiell nicht so gelagert, dass das Kostenrisiko allein vom Unternehmer zu tragen sei, vielmehr bewirkt die Festpreisabrede strukturell eine «gleichförmige Belastung»<sup>1350</sup> der Parteien.
- 1065 **b.** Vor diesem Hintergrund lautet die Frage, ob der Unternehmer die Festpreisabrede so verstehen musste bzw. der Bauherr die Festpreisabrede so verstehen durfte, dass die pauschal abgeholte Werkleistung auch allfällige

---

<sup>1347</sup> Im Sinne von OR 373 I und III «vorgesehen» kann nur jener Aufwand sein, der von den Parteien für die Werkleistung kalkuliert worden ist. Die Bestimmung verdeutlicht mithin, dass es auf die individuelle (oder auch gemeinsame) Vorstellung der Parteien zum voraussichtlich nötigen Aufwand im Festpreisregime nicht ankommt. Vgl. auch GAUCH, Werkvertrag, Rz 902: Es mache «keinen Unterschied, ob die ursprüngliche Kostenvorstellung des Unternehmers auf grober Schätzung beruht oder auf genauer Kostenanalyse und ob der Besteller die Kostenvorstellung des Unternehmers und dessen Kalkulation [...] kannte, sie teilte oder nicht»; ZH-HGer HG140250 (31.01.2017) E. 2.2.2.1.1. Vorbehalten bleiben Fälle von OR 373 II.

<sup>1348</sup> Vgl. auch KARASEK, Komm-ÖNÖRM, Pkt. 6.3.1 N 1060.

<sup>1349</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rz 1057.

<sup>1350</sup> GLÖCKNER, FA-Komm-BGB, § 313 N 35.



durch Mitwirkungsversäumnisse des Bestellers induzierte Vermögensnachteile miteinschliesst. *Das ist im Regelfall zu verneinen*: Die Folgen des Mitwirkungsversäumnisses spielen sich gänzlich ausserhalb des Risikos ab, welches die Festpreisabrede ansonsten im Wege einer «gleichförmigen Belastung» (Rz 1064) auf die Parteien zu verteilen sucht. *Aus Sicht des vernünftigen und loyalen Unternehmers* kann nur diejenige Leistung vom Festpreis erfasst sein, von der er bereits bei Vertragsschluss erkennt oder erkennen muss, dass sie geschuldet und zur gehörigen Werkvollendung erforderlich ist<sup>1351</sup>. Hierzu ist das Mitwirkungsversäumnis nicht zu zählen, denn im Rahmen seiner Kalkulation wäre es für den Unternehmer realitätsfern, Mitwirkungsversäumnisse des Bestellers (abgesehen vielleicht vom üblichen Zuschlag für das allgemeine Geschäftsrisiko) in der Preisbildung zu berücksichtigen. Dies nicht nur, weil er die Kosten aller denkbaren, künftigen Mitwirkungsversäumnisse des Bestellers vor Vertragsschluss abschätzen müsste, sondern auch, weil er auf diesem Wege kaum einen konkurrenzfähigen Preis anbieten könnte<sup>1352</sup>. Der *vernünftige und loyale Besteller* wiederum muss die soeben umschriebene Ausgangslage des Unternehmers als solche erkennen. Dass der Besteller grundsätzlich nicht zur Mitwirkung verpflichtet ist (Rz 165 ff.), kann er dem Unternehmer nicht entgegenhalten, denn diese Rechtslage ändert nichts an der Unzumutbarkeit, die es für den Unternehmer bedeuten würde, die Kosten künftiger Mitwirkungsversäumnisse zu errechnen und in den Preis einfließen zu lassen. Vielmehr weiss der Besteller um die Kostensensitivität seiner Mitwirkung für den Unternehmer bzw. sollte davon wissen, selbst wenn ihn die interne Kalkulation des Unternehmers ansonsten nicht zu interessieren braucht<sup>1353</sup>. Der Unternehmer darf deshalb erwarten, dass der Besteller allfällige Vorbehalte hinsichtlich der Mehrvergütung aus Mitwirkungsversäumnissen in seiner Erklärung klar zu erkennen gibt, wollte er solche Vorbehalte im Festpreis «untergebracht» wissen. Unterlässt der Besteller das, ist der vereinbarte Festpreis «stets an den stillschweigenden Vorbehalt geknüpft, dass der Bauherr richtig mitwirkt»<sup>1354</sup>.

<sup>1351</sup> Vgl. VYGEN/JOUSSEN, Rz 2155.

<sup>1352</sup> Siehe auch SCHUMACHER/KÖNIG, Rz 595a (zit. in Fn 1233).

<sup>1353</sup> Das Wissen des Bestellers bzw. des Bauherrn um das Kompensationsinteresse des Unternehmers führt namentlich nicht dazu, dass der Unternehmer in der Willenserklärung des Bauherrn das Versprechen erkennen dürfte, er (der Bauherr) wolle sich zur Mitwirkung verpflichten (siehe Rz 203 ff., 636).

<sup>1354</sup> ZELTNER, Diss., Rz 305. Ähnlich: HAUCK/REBMAN, AJP 2018, S. 433: «Genauso wenig nämlich wie der Unternehmer bei einem Werkvertrag ohne Preisvereinbarung

- 1066 **3.** Im **Ergebnis** unterfallen die mitwirkungsbedingten Herstellungsmehrkosten des Unternehmers nicht einer Festpreisabrede im Sinne von OR 373 I/III, soweit die Vertragsparteien die Frage nicht anders regeln. Dabei ist unbeachtlich, ob sich der Festpreis auf das gesamte Werk bezieht oder nur auf einen Teil des Werks: Solange mitwirkungsbedingte Mehrkosten im Rahmen von oder durch Leistungen entstehen, die dem vereinbarten Festpreis ganz oder teilweise unterworfen sind, gilt letzterer jedenfalls im Umfang der «Festpreisgebundenheit» für diese Mehrkosten nicht. Mit Blick auf die Vergütung dieser mitwirkungsbedingten Herstellungsmehrkosten bleibt die Festpreisabrede also **lückenhaft**<sup>1355</sup>.

**b. Lückenausfüllung**

*i. Reine Aufwandvergütung nach OR 374*

- 1067 **1.** In Ermangelung anderer Abreden ist die Lücke in der Festpreisabrede mit dispositivem Gesetzesrecht zu füllen, d.h. mit der Regel von OR 374 (zur reinen Aufwandvergütung schon Rz 1017 ff.). Der vergütungsberechtigte Mehraufwand bemisst sich also nach den **effektiven Selbstkosten** des Unternehmers, die ihm aus Produktivitätsverlusten, ausserordentlichen Erfüllungshandlungen und Mehrkosten von ordentlichen Erfüllungshandlungen anfallen (insgesamt: Mehraufwand, Rz 751 ff.).
- 1068 **2.** OR 374 berechtigt den Unternehmer grundsätzlich zu einem **Zuschlag für Allgemeine Geschäftskosten**, der zur Vergütung der Herstellungskosten hinzukommt. Dieser Zuschlag gebührt dem Unternehmer m.E. auch bei der

---

hat der Unternehmer, der von einer Bauablaufstörung betroffen ist, für den entsprechenden Mehraufwand einen Preis vereinbart» (worin die Autoren dann offenbar aber nicht eine Lücke in der Vergütungsabrede, sondern in den gesetzlichen Regeln des Gläubigerverzugs erblicken); STÖCKLI H., BRT 2017, S. 22. – Anders HÜRLIMANN, FS Gauch, S. 819: Er stellt auf die französische Fassung von OR 373 I ab, wonach der Unternehmer auch dann keinen Anspruch auf eine Vergütungserhöhung habe, «[...] si l'ouvrage a exigé plus de travail ou de dépenses que ce qui avait été prévu» (H.h.). Daraus werde deutlich, dass unter der Festpreisabrede nur *im Werk selbst* – nicht im Bauherrenverhalten – begründeter Mehraufwand ausgeschlossen sei.

<sup>1355</sup> Anders KOLLER A., AJP 2014, S. 765 f., wonach der Mehrvergütungsanspruch des Unternehmers sich aus OR 376 III, OR 378 I und II ableite, in denen der Grundgedanke verankert sei, dass der Unternehmer aus einer dem Besteller zurechenbaren Leistungserschwerung keine Vergütungsnachteile davontragen soll. Dieser Interpretation von OR 376 III und OR 378 wird hier nicht gefolgt (Rz 572 ff., 578 ff.).

Mehrvergütung im Festpreisvertrag. Es mag im Einzelfall zwar zutreffen, dass sich das Mitwirkungsversäumnis nicht (auch nicht indirekt) auf die AGK des Unternehmers auswirkt. Gerade in den seltenen Fällen, in denen sich die Bauzeit infolge des Mitwirkungsversäumnisses nicht verlängert, mag der im Festpreis verbaute AGK-Deckungsbeitrag keine Unterdeckung erfahren, weil der Unternehmer den Deckungsbeitrag entsprechend der veranschlagten Bauzeit bemessen hat. Doch lehnen sich solche Überlegungen letztlich an eine Art Bereicherungsverbot und entlarven sich damit als haftungsrechtlich inspiriert und kausalitätsbezogen. Hierfür aber ist bei der Abgeltung von AGK im *Vergütungsrecht* kein Platz (zum Kausalitätsproblem bei AGK: Rz 828). Soll der Unternehmer nach seinen «Aufwendungen» sowie nach dem «Wert seiner Arbeit» vergütet werden (OR 374), so ist es eine normative Anforderung dieses Vergütungsmodus (*Cost plus Fee*), dass es nicht darauf ankommt, ob und in welchem Umfang AGK mit den aufgewendeten direkten Kosten einhergehen oder nicht. Es spricht nichts dagegen, dass im Einzelfall auch einmal eine AGK-«Überdeckung» eintritt. Ausserdem besteht eine natürliche Vermutung, dass AGK-Verursacher den Unternehmer nicht nur in den Stand versetzen, seiner Bautätigkeit ganz allgemein nachzugehen, sondern auch, das Mitwirkungsversäumnis zu bewältigen. Das kann nicht schon deshalb in Abrede gestellt werden, weil es unmöglich ist, genau zu ermitteln, von welchen AGK-Verursachern der mitwirkungsbedingte Mehraufwand wann, wo, wie, wie lange und zu welchem Wert profitiert. Jedenfalls rechtfertigt es sich nicht, das naturgemäss nicht überprüfbare Risiko, dass das Mitwirkungsversäumnis den Geschäftsapparat des Unternehmers (und sei es auch zeitlich stark versetzt) doch in irgendeiner Weise belastet, auf den Unternehmer zu überwälzen, indem man ihm den AGK-Zuschlag versagt. Deshalb ist auch im Festpreisvertrag im Rahmen der auf OR 374 gestützten Mehrvergütung der AGK-Zuschlag geschuldet (vgl. demgegenüber beim Mehraufwendungsersatz: Rz 1158).

3. Unzweifelhaft ist sodann, dass dem Unternehmer bei der Ausfüllung der lückenhaften Festpreisabrede **Zuschläge für Gewinn und Risiko** gebühren. Für deren Streichung besteht kein Anlass:

a. Es kommen keine Gründe in Betracht, aus denen ein *Gewinnzuschlag*, wie er üblicherweise Bestandteil der Aufwandvergütung bildet, bei der Mehrvergütung im Festpreisvertrag nicht zum Vertrag passen würde. Namentlich überzeugt es nicht, dem Unternehmer entgegen zu halten, er erziele den ihm gebührenden Gewinn bereits über den vereinbarten Festpreis (vgl. Rz 1191). Der Umstand, dass ein Festpreisvertrag vorliegt, legt in keiner Weise nahe,

dass Aufwand, der nicht unter die Festpreisabrede fällt, anders zu vergüten wäre, als wenn derselbe Aufwand im Rahmen eines Vertrags anfiel, in welchem gar keine Vergütungsabrede getroffen ist. Tatsächlich ist in beiden Fällen der «Wert der Arbeit» im Sinne von OR 374<sup>1356</sup> derselbe, sodass es der Vergütungsmodus *Cost plus Fee* gebietet, dem Unternehmer auch in solchen Fällen eine *Fee*, eben einen Gewinnanteil einzuräumen. Ausserdem schafft der Unternehmer auch mit ausserordentlichen Erfüllungshandlungen und mit verteuerten ordentlichen Erfüllungshandlungen Werte, die am Markt mit Gewinn verkauft werden könnten. Bei Produktivitätsverlusten dagegen wird der Unternehmer vom Bauherrn gleichsam gezwungen, Zeit unprofitabel verstreichen zu lassen, die er stattdessen hätte profitabel einsetzen können – zumindest im *vergütungsrechtlichen* Kontext rechtfertigt sich diese Rentabilitätsfiktion auch mit Blick auf den Gewinn (vgl. demgegenüber Rz 1307). Zu bedenken ist schliesslich, dass längere, auf das Mitwirkungsversäumnis zurückzuführende gewinnfreie Zeitspannen für den Unternehmer wirtschaftlich keine Option sind. Geschäftsbetriebe erfordern Neuanschaffungen, Überholungen, Restaurationen usw., deren Finanzierung – einen stetigen Preisanstieg der Güter und Dienstleistungen vorausgesetzt – nur mit einem Gewinn sicherzustellen ist. Es wird damit kaum je dem hypothetischen Parteiwillen entsprechen, bei der Mehrvergütung im Festpreis den Gewinnzuschlag zu streichen, mag auch der vereinbarte Festpreis für den Unternehmer lukrativ sein.

- 1071 **b.** Den *Risikozuschlag* erhält der Unternehmer dafür, dass er durch die Übernahme der Vertragsleistung zugleich eine unüberschaubare Anzahl typischer und atypischer Betriebsrisiken übernimmt, deren Eintritt seine Gewinnmarge schmälern oder zunichtemachen können. Zu denken ist etwa an den zufälligen Untergang oder die zufällige Beschädigung des Werks, für die er normalerweise vor der Werkablieferung geradestehen muss (vgl. OR 376 I), seine Mängelhaftung, Änderungen des Markts oder der Technik, Kalkulationsrisiken, ungünstige Witterungsverhältnisse, Beschaffungsrisiken, Frost- und Feuergefahr<sup>1357</sup> usw. Diese Risiken bestehen auch im Zuge des Mehraufwands fort, den der Unternehmer zur Bewältigung des Mitwirkungsversäumnisses betreibt, und möglicherweise vergrössern sie sich dabei sogar. Beispielsweise scheint es plausibel, dass mitwirkungsbedingte, zeitliche Neuansordnungen des Bauablaufs (Rz 849), der mehrfache Verlust von Einarbei-

---

<sup>1356</sup> Vgl. GAUCH, Werkvertrag, Rz 949; vgl. demgegenüber STÖCKLI H., Habil., Rz 217.

<sup>1357</sup> Vgl. SBV Vorkalkulation 2018, S. 44; SCHUMACHER/KÖNIG, Rz 649.

tungseffekten (Rz 846 f.), die Veränderung von Kolonnenzusammensetzungen (Rz 848), Transitionsmassnahmen (Rz 789 ff.) usw. das Risiko einer Schlechtausführung erhöhen. Gleichwohl trägt der Unternehmer diese Risiken weiterhin allein. Daher rechtfertigt sich der Risikozuschlag.

ii. *Besondere Mehrvergütung nach OR 373 II*

Auf den Gewinn- und Risikozuschlag hat der Unternehmer *freilich dann zu* 1072 *verzichten*, wenn das Mitwirkungsversäumnis ausnahmsweise einen **ausserordentlichen Umstand im Sinne von OR 373 II** darstellt, der die Werkherstellung übermässig erschwert.

a. Das ist angesichts der Voraussetzungen von OR 373 II schwer denkbar<sup>1358</sup>. 1073 Das Mitwirkungsversäumnis resultiert zwar, wie dargestellt, regelmässig in einer Stehzeit oder wenigstens in einer Leistungserschwerung (Rz 763 f.), wodurch die Werkausführung im Sinne von OR 373 II «erschwert» wird, d.h. die Herstellungskosten in die Höhe getrieben werden<sup>1359</sup>. *Erstens* aber wird ein – beliebiges – Mitwirkungsversäumnis zumindest und gerade für den Bauunternehmer kaum je «unvorhersehbar» im Sinne der Bestimmung sein, weil er «nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge»<sup>1360</sup> vernünftigerweise mit Mitwirkungsversäumnissen vonseiten des Bauherrn zu rechnen hat (wobei er beim Vertragsschluss freilich annehmen darf, dass der dadurch ausgelöste Mehraufwand von der Festpreisabrede nicht erfasst werde, Rz 1062 ff.). *Zweitens* werden die Parteien normalerweise gerade keine übereinstimmende Vorstellung darüber haben, dass ein – wiederum beliebiges – Mitwirkungsversäumnis überhaupt nicht eintreten könne<sup>1361</sup>. Selbst wenn letzteres einmal der Fall wäre, wird die Kostenminderungsobliegenheit des Unternehmers greifen (Rz 1516), bevor die Erschwerung das Kriterium der «Ausserordentlichkeit» in OR 373 II erfüllt.

<sup>1358</sup> Anders freilich ERDIN, Diss., Rz 283 ff.: Er befürwortet offenbar die Anwendbarkeit von 373 II bei vom Besteller verursachten Mehrkosten, unter Verzicht auf das Kriterium der übermässigen Mehrkosten.

<sup>1359</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rz 1050 ff., wonach sich die Störung sowohl sachlich-technisch als auch kostenmässig auswirken müsse (Rz 1051 f.). Vgl. auch a.a.O., Rz 1067: «Sie [die Umstände] verzögern die Herstellung des Werkes oder erschweren die Herstellung sonst wie, so dass der Unternehmer ein Mehr an Arbeit, Arbeitsmitteln oder Material aufzuwenden hat».

<sup>1360</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rz 1079.

<sup>1361</sup> Vgl. GAUCH, Werkvertrag, Rz 1093.

- 1074 **b.** Kommt es aber so weit, dass dieser Schweregrad bereits erreicht wird, noch bevor der Unternehmer darauf reagieren kann und die Leistung dadurch für ihn unzumutbar bzw. unerschwinglich<sup>1362</sup> wird, ist die Vertragslücke ausnahmsweise nicht mit OR 374, sondern *mit OR 373 II auszufüllen*. In solchen Fällen hat die «Erhöhung des Preises», zu welcher der Unternehmer nach OR 373 II berechtigt ist, nicht die Funktion, das Geschäft gewinnbringend oder verlustfrei zu machen. Die Mehrvergütung soll lediglich die Unzumutbarkeit, die dem Unternehmer aus dem erschwerenden Umstand erwächst, beseitigen. Das bedeutet nicht nur, dass dem Unternehmer keinerlei Gewinn- oder Risikozuschläge auszurichten sind, sondern auch, dass dem Unternehmer nicht sämtlicher Mehraufwand, sondern nur der «unzumutbare» Teil des Mehraufwands zu vergüten ist<sup>1363</sup>.

*iii. Zur Preisfortschreibung insbesondere*

- 1075 **1.** Zu behandeln ist ausserdem, ob im Festpreis der hypothetische Parteiwille nicht eher dahingeht, die Mehrvergütung nach dem Prinzip der **Preisfortschreibung** zu bemessen. Im Zusammenhang mit der Frage, wie bei einseitigen Beststellungsänderungen in Festpreisverträgen der Nachtragspreis für die neue oder veränderte Leistung festzusetzen ist, ist diese Preisbildungsmethode schon seit längerem ein weit verbreiteter Leitgedanke, der in den wichtigsten bauwerkvertraglichen AGB einen gewissen Niederschlag gefunden hat (siehe zum Beispiel SIA-118 87 II, 88 I; VOB/B § 2 Abs. 5<sup>1364</sup>; ÖNORM Pkt. 7.4.2<sup>1365</sup>). Im Einzelnen wird die Idee unterschiedlich umgesetzt<sup>1366</sup>, wobei sie normalerweise im Zusammenhang mit einer Einheitspreisabrede formuliert wird (dazu Rz 1115). Beispielsweise lässt sich ein Einheitspreis für eine bestimmte Leistungseinheit fortschreiben, indem der Preis der be-

---

<sup>1362</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rz 1058. Das sei auch dann nicht zwingend der Fall, wenn «der Unternehmer zu einem bedeutenden Verluste kommt» (a.a.O., Rz 1064).

<sup>1363</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rz 1115.

<sup>1364</sup> VOB/B § 2 Abs. 5 Satz 1: «Werden durch Änderung des Bauentwurfs oder andere Anordnungen des Auftraggebers die Grundlagen des Preises für eine im Vertrag vorgesehene Leistung geändert, so ist ein neuer Preis unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten zu vereinbaren.»

<sup>1365</sup> ÖNORM Pkt. 7.4.2: «Die Ermittlung der neuen Preise hat auf Preisbasis des Vertrages und – soweit möglich – unter sachgerechter Herleitung von Preiskomponenten (Preisgrundlagen des Angebotes) sowie Mengen- und Leistungsansätzen vergleichbarer Positionen des Vertrages zu erfolgen.»

<sup>1366</sup> Zur Methodenvielfalt etwa EGLI, Komm-SIA-118, Vorbem. Art. 84–91 N 113.

troffenen oder ähnlichsten Leistung mit einem kalkulatorisch herzuleitenden Faktor multipliziert wird<sup>1367</sup>. Zuweilen heisst es aber auch, nicht der Preis selbst, sondern die dem Preis zugrundeliegenden Kalkulationsgrundlagen, namentlich die Kostenelemente der Auftragskalkulation, seien auf die neue oder veränderte Leistung anzuwenden<sup>1368</sup>. Daraus wird deutlich, dass sich Preisfortschreibung in der einen oder anderen Umsetzung für jede Form von Festpreis vorschlagen lässt, also gar auch mit Blick auf den Festpreis, der für das *gesamte* Bauwerk vereinbart ist.

2. Gemeinsam scheint jedenfalls allen Umsetzungen zu sein, dass das «Vertragspreisniveau» gesichert werden soll<sup>1369</sup>, d.h. es auf die tatsächlichen Mehrkosten des Unternehmers nicht ankomme, sondern die Parteien bei der Bildung des neuen Preises **in der einen oder anderen Weise auf den bzw. die vereinbarten Festpreis(e) behaftet bleiben**<sup>1370</sup>, «einschliesslich aller Kalkulationsmängel und -fehler, unabhängig davon, ob sie sich verteuernd oder preismindernd auswirken»<sup>1371</sup>. In neuerer Zeit wird das Prinzip offenbar auch herangezogen, um die Mehrvergütung aus Mitwirkungsversäumnissen zu errechnen<sup>1372</sup>. Dem wird für die Vergütung des mitwirkungsbedingten Mehraufwands in der Festpreisabrede, gleich welcher Art die letztere sei, **nicht gefolgt**:

a. Schon mit Blick auf die *einseitige Beststellungsänderung* – die mit dem Mitwirkungsversäumnis rechtlich nichts gemein hat (siehe Rz 1100) – sind *Zweifel* am Postulat der Preisfortschreibung angebracht, wenn eine solche nicht vereinbart ist. Der Besteller, der sich aufgrund des günstigen «Leistungs-Vergütungs-Verhältnisses»<sup>1373</sup> auf die Preisfortschreibung beruft, muss

<sup>1367</sup> Vgl. etwa RAABER, S. 13, 20 ff., der nicht auf die einzelnen Kostenanteile des zur Fortschreibung herangezogenen Einheitspreises abstellt, sondern den gesamten Einheitspreis mit einem prozentualen Faktor multipliziert. Den Faktor errechnet er aus dem Verhältnis eines objektiv angenommenen Einheitspreises für die unveränderte Leistung zu einem objektiv angenommenen Einheitspreis für die geänderte Leistung.

<sup>1368</sup> Vgl. BGH VII ZR 142/12 (14.03.2013) Rz 16 f.

<sup>1369</sup> BGH VII ZR 142/12 (14.03.2013) Rz 16 f.

<sup>1370</sup> Siehe auch STÖCKLI H., BRT 2015, S. 16 ff.

<sup>1371</sup> RAABER, S. 11 (vorbehalten seien eigentliche Kalkulationsirrtümer, die der Ausschreibende durch eigene Unsorgfalt veranlasst hat).

<sup>1372</sup> Wohl so zu verstehen HAUCK/REBMANN, AJP 2018, S. 435, wonach die Mehrvergütung wann immer möglich «anhand der zwischen den Parteien getroffenen Preisabreden zu berechnen» sei, und nur subsidiär nach OR 374.

<sup>1373</sup> EGLI, Komm-SIA-118, Vorbem. Art. 84–91 N 107.

sich in der objektivierten Vertragsauslegung bzw. -ergänzung entgegenhalten lassen, dass die neu bestellte Leistung bzw. Leistungsänderung zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch nicht bestellt war. Er musste demgemäss erkannt haben, dass der Unternehmer die Änderung nicht in seine Preiskalkulation eingerechnet hat und eingerechnet haben konnte. Der Unternehmer seinerseits, der einen für ihn profitablen Preis fortgeschrieben wissen will, muss sich entgegenhalten lassen, der Besteller habe ihn für den Fall zusätzlicher Leistungen vernünftigerweise nicht über das ohnehin schon vereinbarte Mass hinaus profitieren lassen wollen. Aus beiderlei Perspektiven tut es nichts zur Sache, dass die Parteien ein einseitiges Beststellungsänderungsrecht vereinbart haben, denn daraus allein entnimmt sich nicht die Absicht (gleich welcher Partei), auch *künftige* Leistungsänderungen der vereinbarten Preisstruktur zu unterwerfen<sup>1374</sup>. Im Gegenteil spricht die Tatsache, dass die Parteien *zwar* das einseitige Beststellungsänderungsrecht, *nicht aber* eine damit verbundene Preisfortschreibung vereinbart haben, tendenziell gegen die Annahme, sie hätten den vereinbarten Preis in irgendeiner Weise analog auf neu bestellte Leistungen übertragen wollen.

- 1078 **b.** Nach neuerer Bundesgerichtsrechtsprechung soll die Preisfortschreibung zumindest im *Anwendungsbereich von SIA-118 89* («Beststellungsänderung bei Leistungen zu Global- oder Pauschalpreisen») nicht greifen, wenn sich die Parteien infolge einer einseitigen Beststellungsänderung entgegen der Empfehlung von SIA-118 89 I nicht auf einen Nachtragspreis einigen<sup>1375</sup>. Stattdessen konstruiert das Bundesgericht eine Aufwandvergütung, deren Bemessung nach SIA-118 89 II in Verbindung mit 62 I objektiviert, nämlich anhand «allgemeiner Marktpreise» (SIA-118 62 I) erfolgen soll<sup>1376</sup> (dazu im Kontext von SIA-118 58 II: vgl. etwa Rz 1105 ff.). Dass nach SIA-118 18 II Preisanalysen<sup>1377</sup> bei der Bildung von Nachtragspreisen mit zu berücksichtigen seien, verheisse nichts über den anwendbaren Berechnungsmechanis-

---

<sup>1374</sup> Vgl. STÖCKLI H., BRT 2015, S. 16.

<sup>1375</sup> Für diesen Fall geht das Bundesgericht m.E. zu Unrecht davon aus, dass die SIA-Norm 118 *keine* Lücke aufweise; vgl. dazu Rz 1107 ff.

<sup>1376</sup> BGE 143 III 545/551 E. 4.4.4.2 u.a. m.V.a. STÖCKLI H., BRT 2015, S. 15, 20.

<sup>1377</sup> Vgl. zur Bedeutung von Preisanalysen (EGLI, Komm-SIA-118, Vorbem. 84–91 N 77 ff.) und schriftlichen Auskünften des Unternehmers (EGLI, Komm-SIA-118, Art. 18 N 5.3.) für die Frage, «aus welchen Kostenelementen (Lohn, Material, Inventar, Fremdleistungen, indirekte Kosten) der Preis zusammengesetzt ist und wie der Unternehmer die einzelnen Kostenelemente gewichtet bzw. den «Preis aufgebaut» hat» (EGLI, Komm-SIA-118, Art. 18 N 5.2).



mus, unter anderem weil Werkverträge zuweilen auch ohne den Beizug von Preisanalysen und Leistungsverzeichnis abgeschlossen werden. «Infolgedessen ist [...] bei der Bestimmung von Nachtragspreisen bezüglich Werkverträgen mit Pauschalpreis nicht von einer Preisfortschreibung auszugehen – es ist vielmehr [...] auf die allgemeinen Marktpreise abzustellen»<sup>1378</sup>.

c. Mit Blick auf das *Mitwirkungsversäumnis* leuchtet die Preisfortschreibung 1079 im Festpreisvertrag noch weniger ein. Der mitwirkungsbedingte Mehraufwand geht nicht darauf zurück, dass der Bauherr ein einseitiges Gestaltungsrecht (namentlich: ein Beststellungsänderungsrecht) ausübt, das im weiteren Sinne zum «Leistungsprogramm» gehört, sondern auf ein «programmwidriges», vom Bauherrn gesetztes Leistungshindernis (Rz 1100). Dieses Leistungshindernis vermag der Bauherr nicht deshalb einseitig zu setzen, weil die Parteien ihm einvernehmlich dieses Recht zusprechen, sondern weil der Unternehmer auf eine erfüllungsrelevante Mitwirkungsleistung angewiesen ist, was dem Bauherrn eine gleichsam «faktische Störungsmacht» verleiht. Aufgrund dessen muss der Unternehmer und darf der Bauherr die Preisabrede nicht so verstehen, dass ein für den Unternehmer nachteiliger Festpreis (gleich welcher Art) auch für den Fall dieses Leistungshindernisses weitergeführt und für den Unternehmer gewissermassen «verschlimmert» werden soll. Umgekehrt darf der Unternehmer und muss der Bauherr die Preisabrede auch nicht so verstehen, dass ein für den Unternehmer profitabler Festpreis (gleich welcher Art) auch für mitwirkungsbedingten Mehraufwand gelten solle. Tatsächlich kann, in Ermangelung anderer Abreden oder besonderer Umstände, auf beiden Seiten des Vertrags nicht die Erwartung vorliegen und entspricht es auch nicht dem hypothetischen Parteiwillen, dass die Vergütung späteren Mehraufwands aus *Mitwirkungsversäumnissen* an den bzw. an die vereinbarten Festpreis(e) anknüpfen soll.

<sup>1378</sup> BGE 143 III 545/551 E. 4.4.4.2 u.a. m.V.a. STÖCKLI H., BRT 2015, S. 15, 20. Die Preisbildungsregeln in SIA-118 86–89 werden in der Literatur – auch für den Fall, dass sich die Parteien nicht auf einen Nachtragspreis einigen – teilweise anders ausgelegt. Vgl. als Vertreter der Preisfortschreibung etwa EGLI, Komm-SIA-118, Vorbem. Art. 84–91 N 2, 67 ff., 113 ff. Vgl. sodann die zahlreichen Literaturnachweise in der Vollversion des vorerwähnten Bundesgerichtsurteils (= BGer 4A\_125/2017 [20.11.2017] E. 4.4.3).

iv. *Ergebnis*

1080 Im Ergebnis ist die Vertragslücke im Festpreisvertrag grundsätzlich nach OR 374, im Ausnahmefall nach OR 373 II auszufüllen, soweit die Parteien die Vergütung der mitwirkungsbedingten Einbussen nicht gesondert geregelt haben (siehe demgegenüber zu SIA-118 58 II: Rz 1081 ff.). Damit kann für den Festpreis im Wesentlichen auf die Ausführungen zur **Mehrvergütung nach Aufwand** verwiesen werden (**Rz 1007 ff.**). In den Fällen von OR 373 II sind die Gewinn- und Risikozuschläge zu streichen und auch die Mehrkosten nur im Umfang der «Unzumutbarkeit» zu ersetzen.

3. Mehrvergütung gemäss SIA-118 58 II

a. **Ausgangspunkt**

1081 **1.** Haben die Parteien stattdessen eine Abrede darüber getroffen, wie mitwirkungsbedingter Mehraufwand zu vergüten ist, so ist der Bauwerkvertrag zunächst einmal nicht lückenhaft, sondern die Mehrvergütung nach dieser Regel zu bestimmen; Raum für ergänzende Regeln verbleibt allenfalls dort, wo die Mehrvergütungsabrede selbst lückenhaft bleibt. Eine solche Mehrvergütungsabrede ist nach hier vertretener Auffassung in SIA-118 58 II zu erblicken: Die Bestimmung spricht dem Unternehmer in Verbindung mit Abs. 1 einen «Anspruch auf eine **zusätzliche Vergütung**» zu, wenn «die Ausführung einer **zu festen Preisen** [...] übernommenen Bauleistung **durch besondere Verhältnisse erschwert**» wird, die «nach Vertragsabschluss eintreten oder zutage treten» und an denen der Bauherr ein «**Verschulden**» trägt (H.h.).

1082 **2.** Im Folgenden wird begründet, weshalb die Bestimmung auch auf Mitwirkungsversäumnisse zur Anwendung gelangt. Vorausgesetzt wird dabei erstens, dass die SIA-Norm 118 durch Parteiabrede zum Vertragsinhalt gemacht wurde. Weil die SIA-Norm 118 ein privates Normenwerk ist und keine Gesetzesgeltung hat, findet sie ohne einen solchen einvernehmlichen Einbezug keine Anwendung. Zweitens wird vorausgesetzt, dass die Parteien keine von dieser Bestimmung abweichende Individualabrede getroffen haben. Drittens wird angenommen, dass die Parteien einen Pauschalpreis, einen Globalpreis oder einen Einheitspreis (SIA-118 39–41) vereinbart haben, denn SIA-118 58 II gelangt seinem Wortlaut nach nur zur Anwendung, wenn die Bauleis-

tung «zu festen Preisen» übernommen ist<sup>1379</sup>. Keine Anwendung findet die Norm folglich, wenn eine Aufwandvergütung (namentlich eine Regiepreisabrede im Sinne von SIA-118 48 ff.) vereinbart ist.

## b. Anwendbarkeit auf das Mitwirkungsversäumnis

### i. Auslegung

1. Wird die SIA-Norm 118 von den Parteien unverhandelt zum Vertragsbestandteil erklärt, übernehmen sie die Norm in der Gestalt von Allgemeinen Geschäftsbedingungen global in ihren Bauwerkvertrag. Verhandeln die Parteien einzelne oder auch alle Bestimmungen der Norm, übernehmen sie den Norminhalt durch Individualabrede<sup>1380</sup>. In beiden Fällen wird der Norminhalt und also auch SIA-118 58 II Bestandteil eines Vertrags, womit der Gehalt der Bestimmung nach den Regeln der Vertragsauslegung zu ermitteln ist (dazu Rz 211 ff.). Angenommen wird fürs Weitere, dass bei den Vertragsparteien kein tatsächliches übereinstimmendes Verständnis der Klausel ausgemacht werden kann, sodass deren Gehalt nach **Treu und Glauben**, also **objektiviert** auszulegen ist<sup>1381</sup>. 1083

2. Unter dem Gesichtspunkt des **Wortlauts** der Norm kommt Folgendes in Betracht: 1084

a. Zunächst interessieren die einleitenden Worte von SIA-118 58 I. Der Tatbestand verlangt, dass «die Ausführung einer [...] Bauleistung durch besondere Verhältnisse erschwert» wird. In Abs. 1 sind Verhältnisse gemeint, «die ohne Verschulden des Bauherrn [...] eintreten», in Abs. 2 dagegen Verhältnisse, bei denen ein «Verschulden des Bauherrn» vorliegt. Artikel 58 enthält damit, soweit ersichtlich, *keinerlei Einschränkungen mit Blick darauf, welcher Art* die besonderen Verhältnisse sein müssten. Nur gerade *personell* gibt Abs. 2 durch das Verschuldenskriterium zu verstehen, dass die dort gemeinten Verhältnisse in irgendeiner Weise vom Bauherrn ausgehen müssen, an- 1085

<sup>1379</sup> Vgl. SIA-118 38 I: «Für die Vergütung der Leistungen des Unternehmers sollen nach Möglichkeit entweder Einheitspreise, Globalpreise oder Pauschalpreise vereinbart werden. Diese Preise sind unter Vorbehalt von Abs. 3 feste Preise». SIA-118 38 III: «Eine zusätzliche Vergütung steht dem Unternehmer jedoch bei besonderen Verhältnissen zu, so weit dies die Art. 58–61 vorsehen. [...]».

<sup>1380</sup> Vgl. STÖCKLI H., Komm-SIA-118, Einl N 30.

<sup>1381</sup> Siehe STÖCKLI H., Komm-SIA-118, Einl N 34.

sonsten nicht zu verstehen wäre, wie jenen ein «Verschulden» treffen könnte. Die Negation des Verschuldens bauherrenseits in Abs. 1 bedeutet demgegenüber, dass auch andere, nicht vom Bauherrn ausgehende Umstände «besondere Verhältnisse» darstellen<sup>1382</sup>. Bekräftigt wird diese Feststellung dadurch, dass Art. 58 nach seiner Marginalie («Im Allgemeinen») den Grundtatbestand dieses Regelungskomplexes bildet. Die Verhältnisse im Sinne von Abs. 1 erstrecken sich mithin auf «irgendwelche Verhältnisse (Umstände oder Sachverhalte) tatsächlicher oder rechtlicher Art»<sup>1383</sup>, während die in Abs. 2 gemeinten besonderen Verhältnisse ebenso «irgendwelche» sein können, nur halt vom Bauherrn verschuldet sein müssen.

- 1086 **b.** Weit auszulegen ist der Begriff der besonderen Verhältnisse auch angesichts des sprachlichen Kontrasts zum Tatbestand von SIA-118 59 I, wo «besondere Verhältnisse» nicht ausreichen, sondern, wie in OR 373 II, «ausserordentliche Umstände» verlangt werden. Was die *Auswirkungen* der besonderen Verhältnisse betrifft, so müssen sie die «Ausführung», also die Erfüllungshandlungen des Unternehmers «erschweren». Unter einer «Er schwerung» ist alles zu verstehen, was die Erhöhung der Ausführungskosten nach sich zieht<sup>1384</sup>. Gleichzeitig müssen die Verhältnisse, wiederum im Kontrast zu SIA-118 59 I und OR 373 II, nicht so geartet sein, dass sie die Werk ausführung «übermässig» erschweren, die Ausführung also für den Unternehmer unzumutbar oder unerschwinglich werden lassen<sup>1385</sup>. Es genügt, dass

---

<sup>1382</sup> Anders offenbar GAUCH/STÖCKLI H., Komm-SIA-118, Art. 58 N 1.1, wonach die Bestimmung insgesamt auf Umstände zugeschnitten sei, «hinsichtlich derer den Bauherrn ein Verschulden trifft». Vgl. demgegenüber SPIESS/HUSER, SHK-SIA-118, Art. 58 N 9.

<sup>1383</sup> GAUCH/STÖCKLI H., Komm-SIA-118, Vorbem. Art. 58–61 N 1.

<sup>1384</sup> GAUCH/STÖCKLI H., Komm-SIA-118, Art. 58 N 2. Man darf aufgrund der Nähe von SIA-118 59 I («Ausserordentliche Umstände») zum Gesetzeswortlaut von OR 373 II annehmen, dass die Tatbestandsvoraussetzungen dieser Bestimmung im Wesentlichen mit der gesetzlichen Regel übereinstimmen (GAUCH/STÖCKLI H., Komm-SIA-118, Art. 59 N 1.2). Vgl. für OR 373 II: GAUCH, Werkvertrag, Rz 1050 ff., wonach sich die Störung sowohl sachlich-technisch als auch kostenmässig auswirken müsse (a.a.O., Rz 1051 f.). Vgl. auch a.a.O., Rz 1067: «Sie [die Umstände] verzögern die Herstellung des Werkes oder erschweren die Herstellung sonst wie, so dass der Unternehmer ein Mehr an Arbeit, Arbeitsmitteln oder Material aufzuwenden hat».

<sup>1385</sup> Vgl. GAUCH, Werkvertrag, Rz 1058. Das sei auch dann nicht zwingend der Fall, wenn «der Unternehmer zu einem bedeutenden Verluste kommt» (GAUCH, Werkvertrag, Rz 1064).

die «besonderen Verhältnisse» sich in irgendeiner Weise kostentreibend auf die Werkausführung auswirken.

c. Aus sprachlicher Sicht ist festzuhalten: Als «besondere Verhältnisse» im 1087 Sinne der Bestimmung kommen grundsätzlich irgendwelche Tatsachen oder Rechtstatsachen in Betracht. Die «besonderen Verhältnisse» in Abs. 2 unterscheiden sich von jenen in Abs. 1 nur darin, dass sie vom Bauherrn verschuldet sind. Es besteht nach alledem kein Anhaltspunkt dafür, dass ausgerechnet das Mitwirkungsversäumnis des Bauherrn aus dem Anwendungsbereich von Abs. 2 ausgenommen sein soll. Tatsächlich bildet das Mitwirkungsversäumnis den *Paradefall* der nach Vertragsschluss<sup>1386</sup> eintretenden, bauherrenseits induzierten Störung, die negativ auf das im Festpreis begründete Verhältnis von Aufwand und Ertrag durchschlägt, d.h. – in der Sprache der Norm – *die Werkausführung «erschwert»*. Nach Treu und Glauben muss also der Bauherr verstehen bzw. darf der Unternehmer davon ausgehen, dass das (verschuldete) Mitwirkungsversäumnis des Bauherrn als «besondere Verhältnisse» im Sinne der Norm qualifiziert.

3. Die Art. 58–61 der Norm bilden systematisch eine Einheit und stehen im 1088 Abschnitt «Vergütung der Leistungen des Unternehmers» (SIA-118 38–83) an dritter Stelle. Sie regeln damit nicht nur ihrem Wortlaut, sondern auch ihrer **systematischen Stellung** nach die vergütungsrechtlichen Folgen von «Besondere[n] Verhältnisse[n]» (siehe Titel 2 3 vor Art. 58). Artikel 58 beschlägt gemäss Marginalie die besonderen Verhältnisse «Im Allgemeinen», während die übrigen Bestimmungen die «Sonderfälle» regeln, bestehend aus «ausserordentlichen Umständen» (SIA-118 59), «ungünstigen Witterungsverhältnissen» (SIA-118 60) und «Stilllegung von Baustellen aus marktwirtschaftlichen Gründen» (SIA-118 61). Vom Bauherrn ausgehen können theoretisch auch die in den Art. 59–61 genannten Verhältnisse; so könnten vom Bauherrn bzw. von seinen Hilfspersonen durchaus «ausserordentliche Umstände» hervorgerufen werden (Art. 59) und könnte die Werkausführung durch bauherrenseitige Verspätung in Phasen schlechter Witterung (Art. 60) bzw. marktwirtschaftlicher Beschaffungshindernisse (Art. 61) verschoben werden<sup>1387</sup>. In solchen Fällen greifen die betreffenden Sondernormen nach dem Wortlaut des Grundtatbestands in Art. 58 Abs. 1 («Vorbehalten bleiben

<sup>1386</sup> Die Norm schützt den Unternehmer freilich auch vor bauherrenseits verschuldeten Erschwerissen, die bereits bei Vertragsschluss vorlagen («oder zutage treten»).

<sup>1387</sup> Wohl in diesem Sinne zu verstehen SPIESS/HUSER, SHK-SIA-118, Art. 58 N 9 («Witterungsverhältnisse» als besondere Verhältnisse im Sinne der Norm).

die Sonderfälle der Art. 59–61») *nur*, wenn den Bauherrn *kein Verschulden* trifft. Trifft ihn aber ein Verschulden, wird ein Sondertatbestand von Art. 58 Abs. 2 absorbiert und der Unternehmer muss nicht auf eine Mehrvergütung verzichten (Art. 58 Abs. 1, Art. 60 Abs. 1, Art. 61) bzw. sich mit einer reduzierten Vergütung zufrieden geben (Art. 59 Abs. 1/2, Art. 60 Abs. 2); stattdessen gebührt ihm – was objektiv als einleuchtende, weil angesichts des Verschuldens bauherrenseits angemessene Lösung daherkommt – die Mehrvergütung nach Art. 58 Abs. 2.

1089 Das systematische Zusammenspiel dieser Normen ist offensichtlich darauf ausgelegt, *allerlei Störungsursachen nicht nur, aber vor allem aus der Bauherrensphäre vergütungsrechtlich abzufedern*. Nach Treu und Glauben enthält dieser Normenkomplex jedenfalls keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass der Unternehmer damit rechnen müsste bzw. der Bauherr damit rechnen dürfte, dass das Mitwirkungsversäumnis des Bauherrn aus dem Regelungsbereich von SIA-118 58 II ausgenommen wäre.

1090 4. Der von Art. 58 verfolgte **Zweck** muss objektiv dahingehend verstanden werden, dass der Festpreisunternehmer vor ausgewählten Risiken geschützt werden soll, die er weder kontrolliert noch im Vorfeld des Vertragsschlusses in seine Kalkulation hat einfließen lassen können<sup>1388</sup>. Sehr eingeschränkten Schutz genießt der Unternehmer vor Umständen, die nicht vom Bauherrn ausgehen; so bedarf es dann für eine Mehrvergütung «ausserordentlicher Umstände» (Art. 59) oder witterungsbedingter Entschädigungszahlungen aus Gesamtarbeitsvertrag (Art. 60 Abs. 2). Anders allerdings in Art. 58 Abs. 2: Sämtliche vom Bauherrn verschuldeten «besonderen Verhältnisse» führen hiernach zu einer Mehrvergütung nach den Regeln der einseitigen Bestelungsänderung (SIA-118 86–91). Während sich die Abrede also beim Schutz vor «externen» Faktoren zurücknimmt und die üblicherweise vom Unternehmer im Bauwerkvertrag getragenen Geschäftsrisiken grösstenteils bei ihm belässt, schützt sie die Interessen des Unternehmers weitgehend, sobald die fraglichen Verhältnisse der Sphäre des Bauherrn entspringen und von diesem verschuldet sind.

---

<sup>1388</sup> Vgl. SIA-118 38 I: «Für die Vergütung der Leistungen des Unternehmers sollen nach Möglichkeit entweder Einheitspreise, Globalpreise oder Pauschalpreise vereinbart werden. Diese Preise sind unter Vorbehalt von Abs. 3 feste Preise». SIA-118 38 III: «Eine zusätzliche Vergütung steht dem Unternehmer jedoch bei besonderen Verhältnissen zu, so weit dies die Art. 58–61 vorsehen. [...]».

Diese Zwecksetzung ist nach dem Wortlaut der Bestimmung und 1091 nach ihrer systematischen Verortung für die Parteien zweifelsfrei erkennbar. Es wäre nicht zu erklären, wie der Bauherr sich nach Treu und Glauben auf den Standpunkt stellen könnte, dass zwar andere von ihm verschuldete Umstände vom Schutzzweck der Norm erfasst seien, nicht aber das von ihm verschuldete Mitwirkungsversäumnis.

**5. Im Ergebnis** begründet auch und vor allem das Mitwirkungsversäumnis 1092 des Bauherrn «besondere Verhältnisse» im Sinne der Bestimmung, weshalb dieses die Mehrvergütungsfolge in Abs. 2 nach sich zieht, wenn es vom Bauherrn verschuldet ist bzw. ihm die Säumnis einer Hilfsperson zuzurechnen ist<sup>1389</sup>. Es bestehen weder sprachlich noch vertragssystematisch noch unter dem Gesichtspunkt des Regelungszwecks Anhaltspunkte dafür, dass der Unternehmer die Norm so verstehen müsste bzw. der Bauherr die Norm so verstehen dürfte, dass Mitwirkungsversäumnisse hiervon nicht erfasst werden<sup>1390</sup>.

Zu ergänzen ist, dass entsprechend dem Wortlaut von SIA-118 58 I 1093 und II das *unverschuldete Mitwirkungsversäumnis* des Bauherrn zwar «besondere Verhältnisse» im Sinne der Norm begründet, freilich nicht die Vergütungsfolgen von Abs. 2 nach sich zieht. Es bleibt eine Auslegungsfrage des Einzelfalls, ob dem Unternehmer im Falle des unverschuldeten Mitwirkungsversäumnisses stattdessen andere Kompensationsansprüche erwachsen und in welchem Verhältnis die Vereinbarung von SIA-118 58 II zu diesen Ansprüchen steht (vgl. Rz 1425 ff.).

## ii. Verteidigung

**1.** Der dargelegten Auslegung von SIA-118 58 II folgt die Mehrheit jener 1094 (wenigen) Autoren, die sich zu dieser Frage äussern, nicht. Namentlich für GAUCH/STÖCKLI sind Mitwirkungsversäumnisse des Bauherrn zwar auf-

<sup>1389</sup> Zum Verschuldensbegriff in dieser Bestimmung: GAUCH/STÖCKLI H., Komm-SIA-118, Art. 58 N 3, 8.1 ff.

<sup>1390</sup> Vgl. SPIESS/HUSER, SHK-SIA-118, Art. 58 N 12, wo zwar unrichtigerweise davon ausgegangen wird, dass der Bauherr unter der SIA-Norm 118 ausschliesslich Mitwirkungspflichten trage (vgl. dazu Rz 627), immerhin aber das Mitwirkungsversäumnis zum Anwendungsbereich von SIA-118 58 II gezählt wird. Gleich bei SPIESS, recht 2012, S. 122. Vgl. ebenfalls BUCHER/HENNINGER, Kalkulation, BRT 2007, S. 188, die «fehlerhafte Mitwirkungshandlungen des Bauherrn» zum Anwendungsbereich der Bestimmung zählen.

grund ihrer kostentreibenden Natur ähnlich gelagert wie die besonderen Verhältnisse im Sinne von SIA-118 58 II, «rechtlich» aber seien sie «Fälle des Gläubigerverzugs», mit denen sich vor allem SIA-118 94 II befasse<sup>1391</sup>. Weder aber die SIA-Norm 118 noch das Gesetz schrieben vor, ob und wie der im Gläubigerverzug des Bauherrn entstehende Mehraufwand auf diesen zu überwälzen sei. Für die Ausfüllung dieser Lücke sei entlang der Bundesgerichtsrechtsprechung<sup>1392</sup> und Literatur<sup>1393</sup> (aber jedenfalls nicht gestützt auf SIA-118 58 II) ein Mehrvergütungsanspruch zugunsten des Festpreisunternehmers anzunehmen<sup>1394</sup>.

- 1095 **2.** Der Einwand von GAUCH/STÖCKLI ist offenbar ein systematischer. Die Autoren ordnen die Frage, ob der Unternehmer für das Mitwirkungsversäumnis zu entschädigen sei, dem Regelungsbereich des Gläubigerverzugs zu und nehmen die Fragestellung gänzlich vom – vergütungsrechtlichen – Anwendungsbereich des SIA-118 58 II aus. Dann stellen sie fest, dass die Gläubigerverzugsregeln die Frage nicht beantworten, d.h. lückenhaft seien. Die gläubigerverzugsrechtliche Lücke sei sodann mit einem Mehrvergütungsanspruch auszufüllen, der scheinbar ausserhalb von SIA-118 58 II (und der Norm überhaupt) begründet liegt. Unerwähnt bleibt dabei freilich, dass die Gläubigerverzugsregeln **dispositiv** sind (Rz 26) und die Parteien frei sind, die Entschädigungsfrage autonom zu regeln, sei es im Wege einer gläubigerverzugsrechtlichen Lösung **oder – wie in SIA-118 58 II vorgesehen – mit einer Vergütungsregel**. Die von GAUCH/STÖCKLI angerufene *Literatur* äussert m.E. nichts wesentlich Anderes:

---

<sup>1391</sup> GAUCH/STÖCKLI H., Komm-SIA-118, Art. 58 N 1.2, 6.4, 8.7.

<sup>1392</sup> Verwiesen wird am angegebenen Ort auf BGer 4A\_507/2015 (19.02.2016) E. 3.4 und 4C.188/1993 (01.10.1993) E. 2c (dazu Rz 1099 ff.).

<sup>1393</sup> Verwiesen wird am angegebenen Ort auf GAUCH, Werkvertrag, Rz 1337 f. (vgl. dazu Rz 1096 f.); KOLLER A., Werkvertragsrecht, Rz 477 (vgl. dazu Rz 1097 f.); SCHUMACHER/KÖNIG, Rz 349 (Original-Verweis an die Neuauflage des zit. Werks adaptiert; vgl. dazu Rz 1096 f.); STAUBER, Diss., S. 307 ff. (= a.a.O., Rz 851 ff.) (vgl. dazu Rz 1098 f.).

<sup>1394</sup> GL.M. HAUCK/REBMAN, AJP 2018, S. 428, mit der Begründung, dass auch das unverschuldete Mitwirkungsversäumnis erfasst werden müsse. Die Autoren verweisen dabei auf STÖCKLI H./REY P., BR/DC 2016, S. 335, doch wird dort nicht das gesagt, sondern lediglich die Beobachtung gemacht, dass sich das Handelsgericht im besprochenen Entscheid offenbar nicht auf SIA-118 58 II gestützt *haben kann*, weil es den Mehrvergütungsanspruch verschuldensunabhängig bejaht hat. Keine abschliessende Stellungnahme sodann bei SIEGENTHALER, BRT 2013, S. 29 (vgl. auch a.a.O., Fn 34, 35).



**a.** GAUCH selbst hält zwar die gesetzlichen Gläubigerverzugsregeln (zu 1096 Recht: Rz 1132 ff.) für lückenhaft und will die Lücke im Wege der Gesetzesergänzung (ZGB 1 II) mit einem Kompensationsanspruch zugunsten des Unternehmers ausfüllen, der sich konzeptionell an BGB § 642 und ABGB § 1168 (vgl. dazu Rz 1173 ff.) lehnt. Dies allerdings *nur*, «sofern sich der Anspruch auf Mehrvergütung nicht schon aus dem vereinbarten *Inhalt des konkreten Vertrages* oder aus einer Vertragsergänzung nach Massgabe des «hypothetischen» Parteiwillens ergibt»<sup>1395</sup>. SCHUMACHER/KÖNIG schliessen sich der Auffassung GAUCHs an: Die fehlende Gesetzesbestimmung, wonach dem Festpreisunternehmer im Annahmeverzug des Bauherrn (wohl generell: des Bestellers) eine Mehrvergütung zustehe, sei eine Gesetzeslücke, wobei aber diese nur ausgefüllt werden müsse, *wenn nicht schon der Vertrag oder dessen Ergänzung* zum Mehrvergütungsanspruch führen<sup>1396</sup>. Die Auffassungen überzeugen: Wenn die Parteien die Entschädigungsfrage im Vertrag mit einer eigenen – auch vergütungsrechtlichen<sup>1397</sup> – Regel beantworten, die Fälle der Gläubigerverzugs (mit-)erfasst, lässt sich weder mit Verweis auf die systematische Andersartigkeit der Gläubigerverzugsregeln noch mit Blick auf deren Lückenhaftigkeit begründen, dass die getroffene Vergütungsabrede für Fälle des Gläubigerverzugs nicht gelten soll. Das Gesetz selbst macht es in OR 324 vor, wie ein an sich gläubigerverzugsrechtliches Entschädigungsproblem («Annahmeverzug des Arbeitgebers») mittels der Vergütungsabrede der Parteien («Entrichtung des Lohnes», OR 324 I) gelöst wird; die Lösung lässt sich zweifelsohne vertraglich imitieren.

**b.** KOLLER postuliert an der zitierten Stelle, der Mehrvergütungsanspruch des 1097 Unternehmers leite sich im Mitwirkungsverzug des Bestellers aus OR 376 I und III ab. «Gleich wie beim Annahmeverzug» habe der Unternehmer zudem ein allgemeines, verschuldensunabhängiges Recht auf «*Schadensanrechnung*», das ihn im Pauschalpreisvertrag entgegen OR 373 I berechtige, die

<sup>1395</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rz 1337 (H.h.). Vgl. demgegenüber HÜRLIMANN, FS Gauch, S. 819, der GAUCH offenbar so versteht, dass sich der von ihm postulierte Mehrvergütungsanspruch *schlechthin* aus einer Analogie zu BGB § 642 ableite.

<sup>1396</sup> Vgl. SCHUMACHER/KÖNIG, Rz 349.

<sup>1397</sup> Dem klaren Wortlaut von SIA-118 58 II nach begründet die Norm einen vergütungsrechtlichen Primäranspruch zugunsten des Unternehmers, nicht einen Schadenersatz- oder Aufwendungsersatzanspruch (vgl. demgegenüber «Schadenersatz» bei SPIESS/HUSER, SHK-SIA-118, Art. 58 N 2; «werkvertragliche Sonderbestimmung zur vertraglichen Schadenersatzpflicht» wegen «Verletzung einer Mitwirkungspflicht» bei SPIESS, recht 2012, S. 122).

Mehrkosten vom Bauherrn einzufordern<sup>1398</sup>. Ein solcher Gehalt, sei er Mehrvergütung oder Schadensanrechnung, wird OR 376 hier zwar abgesprochen (siehe Rz 572 ff.). Gefolgt werden kann dagegen KOLLERS dort und andernorts geäußerten Idee, in teleologischer Ausweitung von OR 92 den Schuldner im Mitwirkungsverzug ganz allgemein zu einer gewissen Kompensation zu berechtigen<sup>1399</sup> (vgl. Rz 1148). So oder anders aber sind diese Postulate für die hier interessierende Frage (Anwendbarkeit von SIA-118 58 II auf den Bauherrn gläubigerverzug) genau genommen nicht einschlägig, denn sie wollen und können nur für den Fall gelten, dass die Parteien die Frage *nicht bereits anders geregelt haben* und der jeweilige Entschädigungsanspruch deshalb durch Gesetzesergänzung geschaffen werden muss. Nur für diesen Fall schlägt KOLLER die Mehrvergütung bzw. die Schadensanrechnung vor, doch äussert er sich nicht dazu, was gelten soll, wenn die Parteien autonom eine andere Entschädigungsabrede treffen. Jedenfalls bestreitet er soweit ersichtlich nicht, dass die Regeln des Gläubigerverzugs dispositiv und die Parteien frei sind, die Frage anders zu regeln – wie sie dies nach hier vertretener Auffassung in SIA-118 58 II tun.

- 1098 c. Auch STAUBER befasst sich an der zitierten Stelle nicht mit der Konstellation, in der die Parteien bereits eine Entschädigungsregel getroffen haben, sondern fragt danach, ob dem Schuldner *in Ermangelung anderer Abreden* im Gläubigerverzug ein – gläubigerverzugsrechtlicher – Ersatzanspruch zustehen soll und wie er zu bemessen sei. Er kritisiert dabei namentlich GAUCHS Standpunkt, wonach dem Unternehmer im Festpreiswerkvertrag eine an die Bestimmungen des deutschen Werkvertragsrechts gelehnte Mehrvergütung geschuldet sei, wenn der Besteller die Mitwirkung versäume<sup>1400</sup>. Er gelangt stattdessen zur Ansicht, dass die gesetzlichen Gläubigerverzugsregeln ganz allgemein um einen (verschuldensabhängigen) Schadenersatzanspruch des Schuldners zu ergänzen sind<sup>1401</sup>. Auch seine Äusserungen richten sich damit auf die Frage, wie der Schuldner zu kompensieren sei,

---

<sup>1398</sup> KOLLER A., Werkvertragsrecht, Rz 477; vgl. auch KOLLER A., AJP 2014, S. 765 f., wonach in OR 376 III und OR 378 I/II der Grundgedanke verankert sei, dass der Unternehmer aus einer dem Besteller zurechenbaren Leistungserschwerung keine «Vergütungs Nachteile» davontragen soll.

<sup>1399</sup> «Schadensanrechnung»: KOLLER A., BK-OR, Art. 366 N 766 ff.; KOLLER A., Werkvertragsrecht, Rz 477.

<sup>1400</sup> STAUBER, Diss., Rz 856, mit Bezug u.a. auf Rz 812, wo GAUCHS (Rz 1096) und ZELTNER (Rz 574 ff./579 ff.) Standpunkte zum Mehrvergütungsanspruch zitiert sind.

<sup>1401</sup> STAUBER, Diss., Rz 855 ff. Dieser Ansicht wird hier nicht gefolgt: Rz 1132 ff.

wenn die Parteien die gläubigerverzugsrechtliche Lücke *nicht autonom ausfüllen*. Das aber tun die Parteien m.E. mit SIA-118 58 II, weshalb auch STAUBERS Äusserungen an der hier interessierenden Frage vorbeigehen.

**3.** Die von GAUCH/STÖCKLI zitierte **Rechtsprechung** ist, soweit ersichtlich, 1099 die einzige vonseiten des höchsten Gerichts, die sich mit dem Mitwirkungsversäumnis des Bauherrn befasst. Den beiden Entscheiden ist gemeinsam, dass sie einen Mehrvergütungsanspruch des Unternehmers im Bauherrenverzug bejahen, aber nicht auf Grundlage von SIA-118 58 II, obwohl in beiden Fällen die SIA-Norm 118 Vertragsinhalt bildete. Abgesehen davon vielleicht, dass das Bundesgericht und die vorbefassten Gerichte die Anwendung von SIA-118 58 II mit keinem Wort in Betracht zogen, sind die bundesgerichtlichen Urteile bzw. die vorinstanzlichen Urteile für diese Frage wenig ergiebig und dogmatisch nicht über alle Zweifel erhaben:

**a.** In BGER 4A\_507/2015 wies das Bundesgericht die Beschwerde einer Bauherrin ab, die vom Zürcher Handelsgericht aufgrund eines Mitwirkungsversäumnisses zur Zahlung einer Mehrvergütung verpflichtet worden war<sup>1402</sup>. 1100 Die vom Bundesgericht geschützten Erwägungen des Handelsgerichts gingen darauf hin, die Verletzung von Mitwirkungsobliegenheiten mit der Durchsetzung einer *einseitigen Beststellungsänderung* gleichzusetzen<sup>1403</sup>. Schon das leuchtet nicht ein. Erzwingt ein Bauherr einen anderen Bauablauf einfach dadurch, dass er nicht mitwirkt, liegt keine Beststellungsänderung vor. Zur Beststellungsänderung wird das Bauherrenverhalten zudem auch dann nicht, wenn der Unternehmer sich den Verzögerungsfolgen zunächst fügt<sup>1404</sup>. Auch

<sup>1402</sup> ZH-HGer HG120098 (04.08.2015); vgl. auch STÖCKLI H./REY P., BR/DC 2016, S. 332 ff.

<sup>1403</sup> Vgl. ZH-HGer HG120098 (04.08.2015) E. 3.1.4: «Nachdem vom ursprünglichen Terminprogramm abgewichen und das Werk somit anders als ursprünglich vereinbart ausgeführt worden war, liegt eine Beststellungsänderung vor».

<sup>1404</sup> Vgl. BGH VII ZR 16/17 (26.10.2017) = NZBau 2018, S. 25 ff., der einen eindeutigen Fall von Mitwirkungsverzug des Bauherrn beschlug: «Allein der Umstand, dass eine Störung des Vertrags wegen der Verzögerung der Bauausführung vorlag, kann nicht als Anordnung gewertet werden [...]». Vielmehr bestünde mit einer wirksamen Beststellungsänderung, die eine Retardierung der Bauausführung herbeiführt, gerade kein Raum mehr für ein Mitwirkungsversäumnis, wenn der Baugrund erst später (aber noch im Rahmen der Retardierung) bereit gestellt wird. Siehe STÖCKLI H./REY P., BR/DC 2016, S. 334. Vgl. auch ABEL/SCHÖNFELD, BauR 2018, S. 10 m.w.N. Folgerichtig also die Anordnung in SIA-118 91: «Bei Beststellungsänderungen verändert der

sonst hat die Ausübung eines einseitigen Beststellungsänderungsrechts (ein Gestaltungsrecht) strukturell nichts mit der Verletzung einer Mitwirkungsobliegenheit gemein, ausser vielleicht, dass letztere ebenfalls – wenn man so will – «einseitig» vom Besteller ausgeht. Das Beststellungsänderungsrecht bzw. dessen Ausübung gehört zum vertraglichen «Leistungsprogramm» und dient zugleich dessen Abänderung. Das Mitwirkungsversäumnis dagegen ist ein «programmwidriges», vom Bauherrn gesetztes Leistungshindernis. Er vermag dieses nicht deshalb einseitig herbeizuführen, weil es die Parteien so vereinbart haben, sondern weil der Unternehmer den Umständen nach auf eine erfüllungsrelevante Mitwirkungsleistung von seiner Seite angewiesen ist, was dem Bauherrn eine «faktische Störungsmacht» verleiht. Die Gleichsetzung mit der Beststellungsänderung überzeugt deshalb nicht und ebenso wenig die anschliessend hiervon abgeleiteten Kompensationsansprüche<sup>1405</sup>.

- 1101 **b.** Seinem eigenen Ansatz folgend wollte das Handelsgericht dann den Mehrvergütungsanspruch «in Analogie zu den Prinzipien der Beststellungsänderung»<sup>1406</sup> bemessen. Im Anwendungsbereich der SIA-Norm 118 hätte das bedeutet, auf die Regeln von SIA-118 86–89 analog zurückzugreifen. Dann aber verwies das Gericht stattdessen auf SCHUMACHER, der die mitwirkungsbedingte Mehrvergütung an der angegebenen Stelle<sup>1407</sup> freilich nicht aus einer Analogie zur Beststellungsänderung, ja nicht einmal aus der SIA-Norm 118 ableitet, sondern auf «allgemeine Grundsätze» zurückführt. Diese wiederum entnimmt er den – auch nicht auf die SIA-Norm 118 gemünzten – Ausführungen von GAUCH. Letzterer wollte das Problem schon damals<sup>1408</sup> nach dem (gläubigerverzugsrechtlichen) Vorbild von BGB § 642 lösen, zog aber auch eine Vergütung nach OR 374 in Betracht. Das Handelsgericht supponierte zwar richtig, dass die richterliche Ergänzung des Vertrags mit

---

Bauherr soweit nötig den Umfang der Grundstücke und Rechte, die er dem Unternehmer zur Verfügung stellt [...]».

<sup>1405</sup> Dass die einseitige Beststellungsänderung nicht das «nächstbeste» Phänomen zum Mitwirkungsversäumnis darstellt, scheint auch GLÖCKNER, BauR 2014, S. 378 so zu sehen.

<sup>1406</sup> ZH-HGer HG120098 (04.08.2015) E. 3.1.3.2.

<sup>1407</sup> SCHUMACHER, aKomm-SIA-118, Art. 94 N 11d.

<sup>1408</sup> Peter Gauch, Der Werkvertrag, 3. Aufl., Zürich 1985, Rz 901. SCHUMACHER, aKomm-SIA-118, Art. 94 N 11d, verweist überdies auf Peter Gauch/Walter R. Schlup, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Zürich 1991, Rz 2532, wo ebenfalls auf die vorerwähnte Stelle (Werkvertrag, 3. Aufl.) verwiesen wird.

einer Entschädigungsregel so oder anders «unter Vorbehalt einer anderen Abrede» der Parteien steht<sup>1409</sup>. Als solche andere Abrede erachtete es dann aber offensichtlich weder SIA-118 58 II noch die Regeln von SIA-118 86–89. Stattdessen bemass es die Mehrvergütung nach OR 374<sup>1410</sup>. Es erschliesst sich nicht, weshalb hier, im Anwendungsbereich der SIA-Norm 118, sowohl die Regeln der Beststellungsänderung (SIA-118 86–89) unbeachtet blieben, obwohl das Gericht «sinngemäss» von einer einseitigen Beststellungsänderung ausging, als auch SIA-118 58 II nicht als «andere Abrede» im Sinne der gerichtseigenen Erwägung in Betracht gezogen wurde. Aus dem späteren, schützenden Votum des Bundesgerichts jedenfalls, wonach die Vorinstanz zu Recht entschieden habe, dass die «Verletzung von Mitwirkungspflichten» (gemeint: Mitwirkungsobliegenheiten; Rz 679 ff.) «eine Pflicht zur Mehrvergütung nach sich ziehen kann»<sup>1411</sup>, kann kaum etwas gegen die Anwendung von SIA-118 58 II abgeleitet werden.

c. Das Bundesgericht verweist in diesem Entscheid ausserdem auf den von 1102 GAUCH/STÖCKLI ebenfalls angeführten BGer 4C.188/1993<sup>1412</sup>, in welchem dieses schon früher festgehalten hatte, dass dem Unternehmer bei der Verletzung von «Mitwirkungspflichten» (gemeint waren auch hier Mitwirkungsobliegenheiten, vgl. Rz 679 ff.) «ein Anspruch auf Mehrvergütung infolge erhöhter Ausführungskosten» erwachsen könne. Dort verweist es seinerseits auf die bereits erwähnten Ausführungen von SCHUMACHER und GAUCH. Gründe dafür allerdings, weshalb SIA-118 58 II in Fällen des (verschuldeten) Mitwirkungsversäumnisses des Bauherrn nicht anzuwenden sein soll, oder auch Anhaltspunkte dafür, in welchem Verhältnis die dort zugesprochene Mehrvergütung zu jener von SIA-118 58 II stehen soll, sind auch hier nicht zu finden.

4. Im **Ergebnis** bestätigt sich nicht, dass das verschuldete Mitwirkungsversäumnis des Bauherrn nicht von SIA-118 58 II erfasst sein könne, weil das Mitwirkungsversäumnis nach der Konzeption des Gesetzes ein vornehmlich gläubigerverzugsrechtliches Thema sei: Dass das Gesetz ans Mitwirkungs-

<sup>1409</sup> In den seinerzeitigen Ausführungen GAUCHS (Peter Gauch, Der Werkvertrag, 3. Aufl., Zürich 1985, Rz 901) fand im Gegensatz zur aktuellen 5. Auflage noch keine Erwähnung, dass primär auf die konkrete Festpreisabrede bzw. deren Ergänzung abzustellen sei (vgl. GAUCH, Werkvertrag, Rz 1337).

<sup>1410</sup> ZH-HGer HG120098 (04.08.2015) E. 3.5.1.3.

<sup>1411</sup> BGer 4A\_507/2015 (19.02.2016) E. 3.4.

<sup>1412</sup> BGer 4C.188/1993 (01.10.1993) E. 2c.

versäumnis des Bauherrn die eine Rechtsfolge knüpft (Gläubigerverzug), schliesst nicht aus, dass ebendieses Mitwirkungsversäumnis von anderen gesetzlichen oder vertraglichen Normen, wie hier eben von SIA-118 58 II, konkurrierend mit identischen oder anderen Rechtsfolgen bedacht wird. Das gilt auch im Anwendungsbereich der SIA-Norm 118, zumal weder SIA-118 94 II<sup>1413</sup> noch eine andere Bestimmung der Norm die Tatbestände des Gläubigerverzugs des Bauherrn abschliessend regelt. In Anbetracht der Tatsache, dass das Mitwirkungsversäumnis des Bauherrn für den Unternehmer geradezu typischerweise einen «besonderen» und die Werkleistung «erschwerenden» Umstand begründet, müssten weitere, gewichtige Anhaltspunkte in der Norm (oder im konkreten Vertrag) gegen die Anwendbarkeit von SIA-118 58 II sprechen, wollte man diesen Standpunkt vertreten. An diesen Anhaltspunkten mangelt es nach hier vertretener Auffassung aber. Damit ist SIA-118 58 II gewiss **nicht nur, aber auch auf das Mitwirkungsversäumnis des Bauherrn anzuwenden**, soweit (i.) er dieses schuldhaft verursacht oder seine Hilfspersonen dieses in ihm zurechenbarer Weise verursachen, und (ii.) das Mitwirkungsversäumnis sich «erschwerend» auswirkt, d.h. dem Unternehmer Mehraufwand verursacht.

### c. Bemessung

- 1104 Ist im Festpreisvertrag also SIA-118 58 II auf das verschuldete Mitwirkungsversäumnis des Bauherrn anwendbar, bemisst sich die Mehrvergütung des Unternehmers nach dem Wortlaut der Bestimmung «nach Massgabe der **sinngemäss anzuwendenden Art. 86–91**» (H.h.). Damit sind die Regeln der Preisfestsetzung gemeint für den Fall, dass der Bauherr sein einseitiges Beststellungsänderungsrecht (SIA-118 84) ausübt. Der Gehalt dieser Regeln ist schon für ihr Hauptanwendungsgebiet (die Beststellungsänderung) umstritten, was es nötig macht, ihn auch mit Blick auf die mitwirkungsbedingte Mehrvergütung zu klären, und zwar für die Preisbildungsregeln beim Pauschal-, Global- und Einheitspreis gesondert.

---

<sup>1413</sup> Die Bestimmung weitet die gesetzlichen Tatbestandsvoraussetzungen des OR 95 nur gerade dahingehend aus, dass der Bauherr «immer wieder säumig» werden muss, damit dem Unternehmer der Vertragsrücktritt offensteht. Vgl. REETZ, Komm-SIA-118, Art. 94 N 19.3.

i. *Im Pauschalpreisvertrag*

1. Ein Pauschalpreis im Sinne von SIA-118 41 ist ein **«fester Geldbetrag»**, 1105 der «für einen Werkteil oder für das gesamte Werk» vereinbart ist (vgl. SIA-118 41 in Verbindung mit 40 I) und im Gegensatz zum Globalpreis nicht den Bestimmungen über die Teuerungsabrechnung (Art. 64–68) unterliegt (SIA-118 41 I). Der Pauschalpreis ist, wie der Einheits- und der Globalpreis, in dem Sinne «fest», als er grundsätzlich auch dann gilt, wenn das Bauwerk dem Unternehmer mehr oder weniger Aufwand verursacht hat «als beim Vertragsschluss vorgesehen» (SIA-118 38 I, II).

2. Durchbrochen wird der Pauschalpreis nach SIA-118 89 I, wenn die Bestel- 1106 lungsänderung des Bauherrn zu einer «Änderung» der global oder pauschal zu vergütenden **Leistung** oder «zur Änderung ihrer **Ausführungsvoraussetzungen**» (H.h.) führt. Es liesse sich diskutieren, ob das Mitwirkungsversäumnis nun zu einer Änderung der Leistung oder zur Änderung ihrer Ausführungsvoraussetzungen führt. Ersteres ist praktisch undenkbar, weil das Mitwirkungsversäumnis allein zwar den erforderlichen Aufwand, nicht aber die geschuldete Werkleistung verändert. Die Ausführungsvoraussetzungen dürften demgegenüber vom Mitwirkungsversäumnis regelmässig zum Schlechteren hin verändert werden<sup>1414</sup>. So oder anders aber ist dieses Tatbestandsmerkmal nicht relevant, weil SIA-118 58 II einzig voraussetzt, dass die Ausführung des zu festen Preisen vereinbarten Werks oder Werkteils «erschwert» wird, d.h. dem Unternehmer im Anwendungsbereich des vereinbarten Pauschalpreises Mehrkosten entstehen. Inwiefern das auch noch zu einer Änderung der Leistung oder zu einer Änderung der Ausführungsvoraussetzung führt, muss nicht geprüft werden; es genügt schon, dass mitwirkungsbedingter Mehraufwand anfällt (vgl. zum Mehraufwand des Unternehmers: Rz 751 ff.).

3. Kraft des Verweises in SIA-118 58 II sollen die Parteien für den Fall des 1107 verschuldeten Mitwirkungsversäumnisses einen «Mehr- oder Minderpreis als Nachtragspreis» vereinbaren (SIA-118 89 I). Tun sie das, stellen sich zur Preisbildung keine weiteren Fragen. Entscheidend ist aber, was gelten soll, wenn sich die Parteien entgegen dieser Empfehlung **nicht auf einen Nachtragspreis einigen** können, obwohl der aus dem Mitwirkungsversäumnis

---

<sup>1414</sup> Hierunter ist zu verstehen, dass «die Leistung unter veränderten Rahmenbedingungen oder Voraussetzungen auszuführen» sei (EGLI, Komm-SIA-118, Art. 84 N 6.5; dort mit Bezug auf die einseitige Bestellsänderung).

verursachte Mehraufwand bereits eingetreten ist bzw. mit Sicherheit noch eintreten wird. Diesfalls habe das Gericht den Nachtragspreis «nach den Regeln der Norm festzusetzen»<sup>1415</sup>. SIA-118 89 enthält aber keine Vorschrift für den Fall, dass sich die Parteien nicht auf einen Nachtragspreis einigen. Zumindest der Verweis auf die «Basis jener Kostengrundlage, die im Zeitpunkt der Beststellungsänderung<sup>1416</sup> gültig ist» (SIA-118 89 II), bezieht sich nur auf den Fall, da die Parteien sich auf einen Nachtragspreis *einigen*. Auch Abs. 3 hilft nicht weiter, denn er hält mit dem Verweis auf SIA-118 87 IV lediglich fest, dass der Bauherr im Falle einer Nichteinigung die Durchführung «zusätzliche[r] Arbeiten» (SIA-118 89 III) nach Regiepreisen verlangen darf oder diese Arbeiten einem Dritten vergeben kann<sup>1417</sup>. Die Norm schweigt sich aber darüber aus, wie zu verfahren ist, wenn der Bauherr weder das eine noch das andere Recht ausübt und ausserdem der Mehraufwand schon ganz oder teilweise angefallen ist<sup>1418</sup>. Für den Fall, dass sich die Parteien nicht einigen, ist demnach von einer **Vertragslücke** auszugehen<sup>1419</sup>. Allerdings:

<sup>1415</sup> EGLI, Komm-SIA-118, Vorbem. Art. 84–91 N 111.

<sup>1416</sup> Gemeint wäre hier natürlich nicht die Beststellungsänderung, sondern das Mitwirkungsversäumnis.

<sup>1417</sup> Soweit diese Bestimmung in der analogen Anwendung gemäss SIA-118 58 II überhaupt anwendbar wäre, ist ihre Bedeutung im Mitwirkungsversäumnis beschränkt. «Zusätzliche Arbeiten» sind Arbeiten, «die zur vereinbarten Leistung hinzutreten, ohne auf die *Ausführung* dieser Leistung einen Einfluss zu haben» (EGLI, Komm-SIA-118, Art. 89 N 11.2 (H.h.)). *Ordentliche Erfüllungshandlungen* fallen damit ausser Betracht, denn sie *sind* die Ausführung der Werkleistung. *Produktivitätsverluste* sind keine Arbeiten, sondern Nutzenentfall, der im Zuge von ordentlichen oder ausserordentlichen Erfüllungshandlungen entsteht; sie können nicht «verlangt» und auch nicht Dritten «vergeben» werden, sondern entstehen einfach. Zusätzliche Arbeiten könnten mithin noch *ausserordentliche Erfüllungshandlungen* sein. Dass dem Bauherrn dieses Wahlrecht offenstehen soll, obwohl er selbst das Leistungshindernis geschaffen hat, ist aus teleologischer Warte allerdings zweifelhaft. Immerhin müsste eine Drittvergabe «unter voller Schadloshaltung des Unternehmers» erfolgen (SIA-118 87 IV).

<sup>1418</sup> Dieser Frage nimmt sich auch die EIPB 118 nicht an: Absatz 1<sup>terties</sup>, mit welchem SIA-118 27 I dort ergänzt wird, sieht für den Fall von «Bauablaufstörungen» (vgl. Abs. 1<sup>bis</sup>) keine andere Lösung vor.

<sup>1419</sup> Vgl. SCHUMACHER/KÖNIG, Rz 698 ff.; SIEGENTHALER, BR/DC 2015, S. 149; STÖCKLI H., BRT 2017, S. 15; DERS., BRT 2015, S. 16, 20. A.M. EGLI, Komm-SIA-118, Vorbem. Art. 84–91 N 106–108, 113; BGE 143 III 545/550 E. 4.4.4.1.



a. Anderer Meinung ist das Bundesgericht. Es hält im Zusammenhang mit 1108 SIA-118 89 II fest, eine solche Auslegung habe unstimmige Konsequenzen: Fasse man die einvernehmliche Preisvereinbarung als Voraussetzung der Ausführungspflicht auf, könne der Unternehmer das einseitige Änderungsrecht des Bauherrn (SIA-118 84) im Ergebnis obsolet machen, indem er sich einfach den Preisverhandlungen verschliesst. Betrachte man dagegen den Unternehmer trotz ausbleibender Preisvereinbarung als verpflichtet, die einseitig angeordnete Änderung auszuführen, sei ihm dies nicht zuzumuten<sup>1420</sup>. Beide Betrachtungsweisen überzeugten nicht. SIA-118 89 sei deshalb «nicht bereits deshalb unbeachtlich, weil sich die Parteien nicht auf einen Mehr- oder Minderpreis einigten. Vielmehr hat diesfalls das Gericht den Mehr- oder Minderpreis in *sinngemässer Anwendung* dieser Norm zu bestimmen, eine Lücke liegt insofern nicht vor»<sup>1421</sup>. Die sinngemäss anwendbare Vergütungsregel finde sich, dies in Berufung auf STÖCKLI, im Verweis von SIA-118 89 II auf Art. 62, aus dessen Abs. 1 das Bemessungskriterium der «allgemeinen Marktpreise» abgeleitet werden könne<sup>1422</sup>.

b. Dem bundesgerichtlichen Verweis auf die «allgemeinen Marktpreise» in 1109 SIA-118 62 I ist zu folgen, denn dass es im Anwendungsbereich des SIA-Norm 118 dem hypothetischen Parteiwillen entspreche, auf die normeigene Umschreibung der Kostengrundlage abzustellen, erscheint vertretbar und plausibel<sup>1423</sup>. Dem Übrigen aber ist entgegen zu halten, dass sich SIA-118 89 in keiner Weise zur – gegebenenfalls auch nur sinngemäss anzuwendenden – *Preisbildungsmethode* äussert. Indem die Bestimmung die Kostengrundlage im Sinne von SIA-118 62 zu einem Referenzpunkt der Preisbildung macht, besagt sie lediglich, dass die Kostenseite beim Unternehmer, also die Faktor-kosten (Rz 755) objektiviert werden sollen<sup>1424</sup>. Verstanden werden muss darunter: *Soweit es für die Preisbildung auf den Aufwand des Unternehmers ankommt*, ist dieser Aufwand nicht entsprechend den effektiven Selbstkosten des Unternehmers zu bemessen, wie dies etwa unter OR 374 zu tun wäre. Vielmehr sind «die für die Preisbildung massgebenden Kostenansätze und Warenpreise» zu einem bestimmten Stichtag (SIA-118 62 I) massgeblich, so

<sup>1420</sup> BGE 143 III 545/550 E. 4.4.4.1.

<sup>1421</sup> BGE 143 III 545/550 E. 4.4.4.1 (H.h.).

<sup>1422</sup> BGE 143 III 545/551 f. E. 4.4.4.2. m.V.a. STÖCKLI H., BRT 2015, S. 15, 20.

<sup>1423</sup> Dazu STÖCKLI H., BRT 2015, S. 20 (siehe BGE 143 III 545/550 E. 4.4.4.2.). Skeptisch ggü. dem Begriff der «allgemeinen Marktpreise» EGLI, Komm-SIA-118, Vorbem. 84–91 N 91, 93.

<sup>1424</sup> So auch das Bundesgericht in BGE 143 III 545/551 f. E. 4.4.4.2.

zum Beispiel Lohnkostenansätze nach Gesamtarbeitsvertrag oder stattdessen am Ausführungsort übliche Lohnansätze (vgl. SIA-118 63) oder auch Preise für Materialien, Transporte und Baustelleneinrichtungen. Wo auf Listenpreise verwiesen wird und solche fehlen, sollen «allgemeine Marktpreise» zur Anwendung gelangen (SIA-118 62 I Ziff. 2 und 4). *Dass es aber auf den Aufwand des Unternehmers ankommt*, sagt SIA-118 89 nicht, und solches kann auch Art. 62 nicht entnommen werden, dem es lediglich zufällt, «Inhalt und Bedeutung» der Kostengrundlage, die hier als Referenz dienen soll, zu erklären. Schon deshalb muss die Preisbildungsmethode von SIA-118 89 mit OR 374 in dem Sinne ergänzt werden, dass es – wie ja zunächst auch dort – auf den Mitteleinsatz des Unternehmers (Rz 754) ankommt<sup>1425</sup>, und dass der monetäre Wert dieses Einsatzes – das freilich anders als in OR 374 – nicht nach den effektiven Selbstkosten, sondern anhand der in SIA-118 62 I verankerten, objektivierten Kostenansätze der «allgemeinen Marktpreise» quantifiziert werden muss (Rz 755, 1022 ff.).

- 1110 c. Für diese Ergänzung mit dem dispositiven Gesetzesrecht besteht zudem ein weiterer Anlass: Beliesse man es bei der Veranschlagung des Aufwands nach der Kostengrundlage, schiene nur gerade der (objektivierte) Mehraufwand des Unternehmers zu vergüten zu sein. Die Anwendung von Regiepreisen (SIA-118 44 ff.) fällt hier zwar ausser Betracht, weil sie im SIA-Bauwerkvertrag nicht subsidiär greifen, doch zeigt SIA-118 50 I, dass nach der Vorstellung der SIA-Norm 118 aufwandbasierte Vergütungen einen *AGK-Anteil*, einen *Risiko-Anteil* und einen *Gewinnanteil* («*Verdienst*») beinhalten sollen, d.h. die Vergütungsstruktur *Cost plus Fee* gilt. Dafür, dass unter SIA-118 89 von dieser Vergütungsstruktur abgewichen werden solle, finden sich in der Norm keine Anhaltspunkte, namentlich weder in SIA-118 58 II noch in SIA-118 89 noch in SIA-118 62. Darauf, dass die im Pauschalpreis verbauten Zuschläge auf die Mehrvergütung übertragen werden sollte, fehlt ebenfalls jeder Hinweis<sup>1426</sup>. Solches wäre mit Blick auf SIA-118 89 III in Verbindung mit 87 IV ohnehin nicht konsistent, weil hiernach der Bauherr die Ausführung zusätzlicher Arbeiten nach Regiepreisen verlangen darf. Auch in diesem Punkt ist die Norm mithin lückenhaft, sodass die Mehrver-

---

<sup>1425</sup> Im Ergebnis gleich: KOLLER A., Werkvertragsrecht, Rz 888 a.E. (OR 374 «subsidiär»); SCHUMACHER/KÖNIG, Rz 700; STÖCKLI H., BRT 2015, S. 19 f.

<sup>1426</sup> Tatsächlich käme das einer Art Preisfortschreibung gleich, die aber im Zusammenhang mit Mitwirkungsversäumnissen kaum überzeugt (Rz 1075 ff.) und auch nach Ansicht des Bundesgerichts im Anwendungsbereich von SIA-118 89 keine Anwendung findet (BGE 143 III 545/552 E. 4.4.4.2).

gütung kraft ergänzender Anwendung von OR 374 zusätzlich mit einem angemessenen Zuschlag für Risiko und Gewinn zu beaufschlagen ist<sup>1427</sup>. Dies – und auch die Ergänzung mit OR 374 überhaupt – gilt selbstredend nur dann, wenn die Parteien die Frage nicht bereits mit einer (lückenlosen) eigenen Bemessungsregel beantworten.

**4. Im Ergebnis** enthält SIA-118 89 keine hinreichend bestimmbare Preisbildungsmethode für den Fall, dass der Nachtragspreis vom Gericht festzulegen ist. Die Norm ist damit lückenhaft. Auszufüllen ist die Lücke im Prinzip mit der Vergütungsstruktur von OR 374, d.h. mit einer Aufwandvergütung, wobei die normeigene Regel vorgeht, nach der die Aufwandskosten des Unternehmers sich nicht nach den effektiven Selbstkosten, sondern nach den objektivierten Aufwandskosten im Sinne von SIA-118 62 bemisst. Heranzuziehen sind, aufgrund ihrer zweimaligen Erwähnung in SIA-118 62 I, die *allgemeinen Marktpreise*. Mit Blick auf die Zuschläge dann gilt gemäss OR 374: Geschuldet ist ein angemessener *Zuschlag für AGK, Risiko und Gewinn*, der sich im Rahmen der Übung bewegen müssen wird<sup>1428</sup>. Nicht zu ersetzen sind unter SIA-118 58 II demgegenüber die übrigen Vermögenseinbussen des Unternehmers (siehe dazu Rz 834 ff.).

Weil sich die Kostenseite per «Zeitpunkt der Beststellungsänderung» (SIA-118 89 II), sinngemäss also *per Eintritt des Mitwirkungsversäumnisses* errechnet<sup>1429</sup>, sind die allgemeinen Marktpreise, wie sie zu diesem Zeitpunkt standen, heranzuziehen. Damit ermöglicht es SIA-118 89, den mitwirkungsbedingten Mehraufwand entsprechend der bis zum Mitwirkungsversäumnis eingetretenen Teuerung zu bemessen. Verschlechtert sich allerdings die Kostenlage *nach* diesem Zeitpunkt, trägt der Unternehmer das Teuerungsrisiko für den mitwirkungsbedingten Mehraufwand, der nach Eintritt der Verschlechterung erforderlich wird<sup>1430</sup>, was nicht nur, aber auch sekundären

<sup>1427</sup> STÖCKLI H., BRT 2015, S. 20.

<sup>1428</sup> STÖCKLI H., BRT 2015, S. 20.

<sup>1429</sup> Das Mitwirkungsversäumnis – im hier interessierenden Kontext von SIA-118 58 II/ 86–91 das «Äquivalent» der vergütungsauslösenden Beststellungsänderung – verursacht dem Unternehmer bereits ab dessen Eintritt Vermögenseinbussen (namentlich Produktivitätsverluste, teilweise auch ausserordentliche Erfüllungshandlungen) und nicht erst nach Wegfall des Mitwirkungsverzugs.

<sup>1430</sup> Wertungsmässig überzeugt das nicht ganz, weil es der Bauherr ist, der von seiner Störungsmacht obliegenheitswidrig Gebrauch macht. Doch scheint diese Risikoaufteilung durch den vorbehaltlosen Verweis in SIA-118 58 II auf die Regeln von SIA-118

Mehraufwand im späteren Vertragsvollzug betrifft. Eine weitere Teuerungsanpassung kommt für den Unternehmer erst bei einem erneuten Mitwirkungsversäumnis in Betracht.

ii. *Im Globalpreisvertrag*

- 1113 **1.** Das Gesagte gilt zunächst analog für den Globalpreis (SIA-118 40 in Verbindung mit 89). Auch mit Blick auf diesen Preistypus bestimmt SIA-118 89 die Preisbildungsmethode nicht. Die Bestimmung ist mithin **ebenso lückenhaft** wie beim Pauschalpreis. Das heisst, auch hier ist OR 374 ergänzend beizuziehen, der mitwirkungsbedingte Mehreinsatz des Unternehmers zu ermitteln und dessen monetärer Wert anschliessend anhand der «allgemeinen Marktpreise» im Sinne von SIA-118 62 I zu quantifizieren. Die Mehrvergütung ist zudem mit den üblichen AGK-, Risiko- und Gewinnzuschlägen zu beaufschlagen (vgl. Rz 1109 ff.). Nicht ersatzfähig sind auch hier die übrigen Vermögenseinbussen des Unternehmers.
- 1114 **2.** Ein Unterschied zum Pauschalpreis liegt darin, dass nach SIA-118 89 II bei der Ermittlung der objektivierten Selbstkosten des Unternehmers zeitlich nicht auf die Kostengrundlage beim Eintritt des Mitwirkungsverzugs (siehe Rz 1112), sondern auf die *ursprüngliche Kostengrundlage* abzustellen ist. Gemeint sind «die für die Preisbildung massgebenden Kostenansätze und Warenpreise *am Tag der Einreichung des Angebotes* (Stichtag)» (SIA-118 89 II in Verbindung mit 62 I; H.h.). Damit ist freilich nicht gemeint, dass die Mehrvergütung sich nach «alten» Beschaffungspreisen richten solle; vielmehr ist im Globalpreis die Mehrvergütung, wie ja auch die Vergütung, nach SIA-118 40 III in Verbindung mit 64 I der Teuerung anzupassen. Das bedeutet, der Mehraufwand des Unternehmers ist ab dem Zeitpunkt des für ihn ursächlichen Mitwirkungsversäumnisses und auch für die Zeit danach gemäss SIA-118 64–68 teuerungsberechtigt. Der Teuerungsausgleich schützt den Unternehmer insofern nicht nur vor Teuerungen, die zwischen dem Stichtag und dem Mitwirkungsversäumnis eingetreten sind, wie das beim Pauschalpreis der Fall wäre, sondern auch vor Teuerungen, die sich nach Eintritt des Mitwirkungsversäumnisses einstellen.

---

86–91 objektiv gewollt zu sein. Schliesslich lautet der Grundsatz beim Pauschalpreis i.S.v. SIA-118 41 I, dass *keine* Teuerungsanpassung erfolgen soll.

iii. *Im Einheitspreisvertrag*

1. Die Erscheinungsform der Vergütungsabrede mit hinreichend «granularen» Leistungseinheiten, für die individuelle Festpreise vereinbart sind, wird in Rz 1125 ff. gesondert vertieft. Eine solche Festpreisabrede findet sich auch in SIA-118 39 I, wo es heisst: «Der Einheitspreis bestimmt die Vergütung **für eine einzelne Leistung**, die im Leistungsverzeichnis [...] als separate Position vorgesehen ist». Die Vergütung des Unternehmers errechnet sich durch Multiplikation der Gesamtmenge an geleisteten Einheiten (dem «Ausmass») mit dem jeweils vereinbarten Einheitspreis (vgl. auch SIA-118 39 I und 141). Für die Bemessung der Mehrvergütung stösst man hier auf dieselben Probleme wie beim granularen Festpreis überhaupt: Aus dem vereinbarten Festpreis selbst lässt sich eine Mehrvergütung nur dort zuverlässig ableiten, wo der Mehraufwand aus einem Mehr an effektiv geleisteten Leistungseinheiten besteht (dazu Rz 1125 ff.). Soweit das aber nicht zutrifft, was die Regel ist, fragt sich, ob die SIA-Norm 118 für die Berechnung der mitwirkungsbedingten Mehrvergütung unter der Einheitspreisabrede eine andere Lösung anordnet oder nicht. 1115

2. Die SIA-Norm 118 sieht für das Einheitspreisregime die Preisbildungsmethode der **Preisfortschreibung** vor<sup>1431</sup> (dazu schon für den OR-Bauwerkvertrag: Rz 1075 ff.). Das ergibt sich zunächst deutlich aus SIA-118 87 II: Wenn für eine Leistung kein Einheitspreis vereinbart ist oder eine vereinbarte Leistung unter veränderten Ausführungsvoraussetzungen erbracht werden muss, soll der Nachtragspreis «auf Grund des Preises für die *ähnlichste* vertragliche Leistung festgesetzt» werden, und zwar «unter Berücksichtigung des Unterschiedes zwischen ihr und der erforderlichen Leistung und auf der Basis der ursprünglichen Kostengrundlage (Art. 62 Abs. 2)» (SIA-118 87 II, H.h.). Nachdrücklicher noch gibt sich SIA-118 88 I, wonach der neue Preis «im Aufbau dem vereinbarten zu entsprechen» habe<sup>1432</sup>. Diese Bestimmungen sind freilich in Verbindung mit SIA-118 87 I bzw. 88 I zu lesen: Die Preisbildungsmethoden gelten auch hier ausschliesslich für den Fall, dass «der dazugehörige **neue Einheitspreis [...] vereinbart**» wird (SIA-118 87 I; H.h.), bzw. dass die «Vertragsparteien den für die betreffende Position **vereinbarten Preis**» entsprechend «ändern» (SIA-118 88 I; H.h.). Für den 1116

<sup>1431</sup> EGLI, Komm-SIA-118, Art. 87 N 6.2 m.V.; vgl. STÖCKLI H., BRT 2015, S. 19; DERS., BRT 2017, S. 16 f.

<sup>1432</sup> Zur systematischen Zugehörigkeit von SIA-118 88 zum Einheitspreisvertrag: EGLI, Komm-SIA-118, Art. 88 N 1.1.

Fall, dass die Parteien das aber nicht tun, enthält die Norm keine Preisbildungsvorschrift. Dass der Bauherr nach SIA-118 87 IV vom Unternehmer verlangen kann, «die Arbeit» in Regie auszuführen, oder sie stattdessen unter voller Schadloshaltung des Unternehmers an einen Dritten vergeben kann, ist im Zusammenhang mit Mitwirkungsversäumnissen ohnehin wenig relevant (vgl. Fn 1417). Doch ist mit dieser Vorschrift auch keine Aussage darüber getroffen, wie sich die Vergütung bemisst, wenn der Bauherr von diesen Rechten keinen Gebrauch macht, die Parteien aber auch keinen Preis vereinbaren und zudem Mehraufwand bereits eingetreten ist bzw. unausweichlich bevorsteht. Auch SIA-118 87 und 88 sind demnach mit Blick auf die Vergütung des mitwirkungsbedingten Mehraufwands **lückenhaft**.

1117 **3.** Im Unterschied zu SIA-118 89 enthalten die Art. 86, 87 Abs. 2 und 88 Abs. 1 immerhin Preisbildungsregeln. Man kann sich deshalb entlang EGLIs Postulat<sup>1433</sup> fragen, ob die Lücke bei der Preisbildung, wenn die Parteien sich nicht auf einen neuen Einheitspreis einigen, **analog zu diesen Preisbildungsregeln**, namentlich auch analog den Regeln der *Preisfortschreibung* in Art. 87 Abs. 2 und 88 Abs. 1 auszufüllen ist. Das ist aufgrund der folgenden Bedenken zu **verneinen**:

1118 **a.** Der *Zweck* von SIA-118 58 II liegt objektiv darin, Mehrkosten, die dem Festpreisunternehmer vom Bauherrn schuldhaft verursacht werden, aus dem Anwendungsbereich des Festpreises auszunehmen und vergütungsfähig werden zu lassen (siehe Rz 1090 f.). Diese Teleologie widerspricht der Idee, die Vergütung gegebenenfalls auch in Fortführung der vereinbarten Preise zu bemessen, nicht diametral, zumal der Unternehmer auch unter der Preisfortschreibung für Mehrkosten prinzipiell vergütet wird. Doch ist nicht zu übersehen, dass die Preisfortschreibung den Unternehmer im Einzelfall auch einmal auf die Fortschreibung eines verlustträchtigen Preises verweisen könnte. Dafür gibt es im Anwendungsbereich der SIA-Norm 118 ebenso wenig eine Rechtfertigung, wie ausserhalb (vgl. Rz 1075 ff.): Der Bauherr setzt mit dem Mitwirkungsversäumnis ein «programmwidriges» Leistungshindernis, das nicht auf ein gesondert vereinbartes, einseitiges Gestaltungsrecht zurückgeht (vgl. das einseitige Beststellungsänderungsrecht), sondern auf die faktische, ihm durch die Erfüllungsrelevanz seiner Mitwirkungsleistung verliehene Störungsmacht. Dabei ist nicht einzusehen, weshalb der Bauherr

---

<sup>1433</sup> EGLI, Komm-SIA-118, Vorbem. Art. 84–91 N 111.

durch die schuldhafte Ausübung dieser Macht den Verlust des Unternehmers vergrössern dürfen sollte.

**b.** Die Preisfortschreibung wirft zudem praktische *Umsetzungsprobleme* auf, 1119 insoweit die Mehrvergütung schon *während der Werkausführung gerichtlich durchgesetzt oder auch nur schon bemessen* werden soll. Der neue Einheitspreis müsste nach dieser Methode unter «Berücksichtigung des Unterschiedes zwischen ihr [der ähnlichsten vertraglichen Leistung] und der erforderlichen Leistung» (SIA-118 87 II) gebildet werden. Zu vergleichen sind namentlich die Kostenelemente des vertraglichen Referenzpreises, die Kosten der nachträglich bestellten Leistung (bzw. hier: des mitwirkungsbedingten Mehraufwands) und inwiefern die neue Leistung auf die Kostenelemente des Referenzpreises durchschlägt<sup>1434</sup>. Mit anderen Worten müsste im Zeitpunkt der Preisfestsetzung bereits abschliessend bekannt sein, auf welche Leistungseinheiten und auf welche der darin verbundenen Kostenelemente sich das Mitwirkungsversäumnis in welchem Umfang insgesamt kostensteigernd ausgewirkt hat *und noch auswirken wird*. Anders als eine neu oder verändert bestellte Leistung, die sachlich, örtlich, zeitlich und finanziell im Zeitpunkt der Bestellung einigermaßen verlässlich kalkuliert werden kann, bringt das Mitwirkungsversäumnis vielfältigen Mehraufwand mit sich, der in praktisch allen Tätigkeiten des Unternehmers und während des gesamten verbleibenden Bauablaufs in irgendeiner Weise erforderlich werden kann, sei es dauerhaft oder auch nur vereinzelt. Zu denken ist auch an allfällige Vorteile, die dem Unternehmer aus dem Mitwirkungsversäumnis erwachsen können (Rz 914 ff.); beides, Vermögenseinbussen und Vorteile, lassen sich im Verlaufe der Werkausführung meistens noch unzureichend kalkulieren. Ein Risiko, das nicht dem Unternehmer aufgebürdet werden sollte, zumal die Leistungsstörung vom Bauherrn verursacht ist.

**c.** *Systematisch* scheint es mit dem Gebot der Preisfortschreibung nicht vereinbar, dass der Bauherr im Fall der Nichteinigung nach SIA-118 87 IV<sup>1435</sup> 1120 das Recht haben solle, vom Unternehmer die Ausführung der Arbeit zu *Regiepreisen* zu verlangen. Das würde zu Folgendem führen: Einigen sich die Parteien nicht und übt der Bauherr sein Bestellungsrecht in SIA-118 87 IV aus, gelten für die bestellten Arbeiten Regiepreise. Einigen sich die Parteien

<sup>1434</sup> EGLI, Komm-SIA-118, Vorbem. 84–91 N 79 ff.

<sup>1435</sup> «Kommt keine Vereinbarung zustande, so kann die Bauleitung *die Arbeit* in Regie ausführen lassen oder unter voller Schadloshaltung des Unternehmers an einen Dritten vergeben. Untergeordnete Arbeiten werden immer in Regie ausgeführt» (H.h.).

nicht und übt der Bauherr sein Bestellsrecht in SIA-118 87 IV *nicht* aus, muss – wenn das Gebot der Preisfortschreibung gälte – das Gericht die ursprünglich vereinbarten Preise fortschreiben. Für ein und dieselben Arbeiten gälten hier Regiepreise, dort die fortgeschriebenen Preise. Das unstimmige Resultat stört im Mitwirkungsverzug zwar nur bedingt, weil die Bestimmung von SIA-118 87 IV hier praktisch keine Bedeutung hat (siehe Fn 1417). Doch spricht das widersprüchliche Resultat dagegen, die Preisbildungsregeln auf den Fall auszuweiten, da sich die Parteien nicht einigen.

1121 **d.** Dass die Preisfortschreibungsmethode der SIA-Norm 118 nicht darauf ausgelegt ist, infolge eines Mitwirkungsversäumnisses analog für die Preisfindung herangezogen zu werden, indiziert schliesslich SIA-118 86 II. Die Bestimmung enthält eine besondere Regel, nach der eine *Mengenüberschreitung von mehr als 20%* die Parteien zur Vereinbarung eines neuen Preises anhält. Abgesehen davon, dass auch diese Bestimmung die Vereinbarung eines neuen Preises voraussetzt, ist sie im hier interessierenden Kontext insofern unbehilflich, als sich wichtige mitwirkungsbedingte Vermögenseinbusen des Unternehmers, namentlich Produktivitätsverluste, nicht in einem Mehr an vereinbarten Leistungseinheiten äussern. Selbst aber auf mitwirkungsbedingte Mehreinheiten würde die Bestimmung nicht passen. Die «Unschärfegrenze» von 20% soll «die mit einer Mengenschätzung verbundenen Unwägbarkeiten aufwiegen, nicht aber dazu dienen [...], einen Raum zu schaffen, in dem sich ein Verschulden des Bauherrn für diesen noch nicht zum Nachteil auswirkte und so die Mehrkosten vom Unternehmer zu tragen wären»<sup>1436</sup>.

1122 **4. Im Ergebnis** ist die Lücke in SIA-118 87 I und 88 I nicht mit den Preisfortschreibungsregeln in SIA-118 87 II bzw. SIA-118 88 I auszufüllen, weil die Regeln in mehrfacher Hinsicht nicht zum Fall passen, da die Parteien sich nicht auf einen Nachtragspreis einigen. Es erscheint auch hier kohärenter, an die ursprüngliche Kostengrundlage in SIA-118 62 II anzuknüpfen (vgl. SIA-118 87 III) und OR 374 für die Preisbildungsmethode ergänzend heranzuziehen (dazu schon Rz 1108–1110). Das Gericht hat also zunächst nach der Vergütungs-idee von OR 374 auf den effektiven Produktionsmitteleinsatz des

---

<sup>1436</sup> STÖCKLI H., BRT 2015, S. 23. Die Nichtanwendbarkeit liesse sich auch damit begründen, dass SIA-118 86 von SIA-118 87 verdrängt wird, wenn nicht Leistungen neu bestellt werden, sondern wenn das Werk lediglich – wie infolge des Mitwirkungsversäumnisses üblich – «unter veränderten Ausführungsvoraussetzungen» (SIA-118 87 I) ausgeführt werden muss (SCHUMACHER/KÖNIG, Rz 713).



Unternehmers abzustellen und diesen anschliessend, analog zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu SIA-118 89<sup>1437</sup>, anhand «allgemeiner Marktpreise» (siehe SIA-118 62 I Ziff. 2 und Ziff. 4) monetär zu quantifizieren. Mit Blick auf die Zuschläge gilt wiederum OR 374: Geschuldet ist ein angemessener AGK-, Gewinn- und Risikozuschlag, der sich im Rahmen der Übung bewegen müssen wird<sup>1438</sup>. Nicht zu ersetzen sind unter SIA-118 58 II die übrigen Vermögenseinbussen des Unternehmers.

Bei der Ermittlung der objektivierten Selbstkosten des Unternehmers 1123 ist zeitlich nicht auf die Kostengrundlage beim Eintritt des Mitwirkungsverhältnisses abzustellen, sondern auf die *ursprüngliche Kostengrundlage* (vgl. SIA-118 87 II/III). Das ergibt sich daraus, dass in der SIA-Norm 118 im Einheitspreisvertrag grundsätzlich das Gebot des Teuerungsausgleichs gilt (SIA-118 39 III). Haben also die Parteien den Teuerungsausgleich nicht ganz oder teilweise rechtsgeschäftlich ausgeschlossen, ist die Mehrvergütung, wie auch die Vergütung, der Teuerung anzupassen. Es kann auf Rz 1114 (Globalpreis) verwiesen werden.

#### iv. Ermittlung und Nachweis des Mehraufwands

In allen genannten Fällen von SIA-118 58 II bemisst sich die Mehrvergütung 1124 des Unternehmers damit nach dem arithmetischen Produkt von **Mehreinsatz** (vgl. Rz 754) einerseits und objektivierten, **allgemeinen Marktpreisen** (SIA-118 62 I) andererseits. Zu ermitteln ist der Mehreinsatz, der dem Mehraufwand im Sinne von Rz 751–818 sowie gegebenenfalls dem neuerdings direkten Mehraufwand im Sinne von Rz 819–833 zugrunde liegt.

### D. Mehrvergütung nach granularen Festpreisen

1. Es steht den Parteien im Festpreisvertrag frei, nur Teile des geschuldeten 1125 Werks, namentlich **einzelne Bauleistungen** zum Gegenstand eines Festpreises machen. Der «Granularität» einer solchen Festpreisabrede sind an sich nur nach oben Grenzen gesetzt; die Parteien können den vom Festpreis be-

<sup>1437</sup> BGE 143 III 545/551 ff. E. 4.4.4.2 mit Bezug auf SIA-118 89 II und mithin auf den Pauschal- und Globalpreisvertrag. Auch die Regel von SIA-118 87 II (Einheitspreisvertrag) referenziert die Kostengrundlage in SIA-118 62 I. Es rechtfertigt sich damit, die Überlegung des Bundesgerichts (dazu Rz 1108 m.V.) auch auf den Verweis in SIA-118 87 II auszudehnen, womit unter dem Titel der Kostengrundlage also auf «allgemeine Marktpreise» abzustellen ist.

<sup>1438</sup> STÖCKLI H., BRT 2015, S. 20.

herrschen Werkteil maximal im Umfang des gesamten Bauwerks, minimal aber in einen beliebig kleinen Leistungsanteil am Bauwerk zerlegen. Praxisüblich und begrifflich von der SIA-Norm 118 geprägt sind sogenannte Einheitspreise<sup>1439</sup>, die fix pro vereinbarte «Einzelleistung», auch: «Leistungseinheit» gelten. Der Unterschied zur Aufwandvergütung besteht, wie bei jedem Festpreis, auch hier darin, dass der Einheitspreis sich nicht nach dem Aufwand des Unternehmers bemisst (zum Beispiel an den Beschaffungskosten des Unternehmers für Zement, Wasser und Kies), sondern nach dem für eine erfolgreich erbrachte Bau(einzel-)leistung vereinbarten Preis (zum Beispiel Preis pro *hergestelltem* Kubikmeter Beton-Fundament). «Beweglich» bleibt die Vergütung bis zum Ende des Vertragsvollzugs immerhin in dem Sinne, als erst die endgültige Anzahl effektiv erbrachter Leistungseinheiten (in der Terminologie der SIA-Norm 118: das Ausmass<sup>1440</sup>) durch Multiplikation mit den vereinbarten Einheitspreisen die geschuldete Vergütung ergibt.

1126 **2.** Nun fragt sich, ob und inwieweit sich aus solchen granularen Festpreisabreden eine Mehrvergütung infolge von Mitwirkungsversäumnissen ableiten lässt. Zu einer Mehrvergütung kommt es hier dann, wenn das Mitwirkungsversäumnis in irgendeiner Weise zu einem **Mehr an Leistungseinheiten** führt<sup>1441</sup>, für die ein Festpreis vereinbart worden ist. *Prima vista* könnte die Preisabrede in einem solchen Fall analog auf mitwirkungsbedingte Mehreinheiten angewendet und so eine Mehrvergütung begründet und bemessen werden. Denn schliesslich fallen in diesem Fall mehr Leistungen an, für die der Vertrag Festpreise vorsieht, sodass sich die analoge Anwendung der Vergütungsabrede geradezu anbietet. Mit einer Fortschreibung der vereinbarten Festpreise hätte solches notabene nichts zu tun. Eine solche Mehrvergütung ist im Wesentlichen in zwei Fällen denkbar:

1127 **a.** Zuweilen muss der Unternehmer zum Zwecke von *ausserordentlichen Erfüllungshandlungen* Leistungen erbringen, für welche granulare Festpreise vereinbart sind. Beispielsweise bei Schutzmassnahmen (Rz 784 ff.) wird das

---

<sup>1439</sup> Während der Begriff der SIA-Norm 118 entlehnt ist (siehe Rz 1115), umschreibt er eine Preisabrede, die von den Parteien vertraglich nachgebildet werden kann, ohne dass die Norm zum Vertragsbestandteil erklärt wird. Der Begriff wird hier in dieser weiteren Lesart verwendet.

<sup>1440</sup> Vgl. SIA-118 141 I.

<sup>1441</sup> Theoretisch schlänge sich auch ein Weniger an Leistungseinheiten im Ausmass und entsprechend als Mindervergütung nieder, doch dürfte das kaum je als Folge des Mitwirkungsversäumnisses auftreten.

häufig vorkommen, weil sie Bauleistungen darstellen, die auch aus anderen Gründen als dem Mitwirkungsversäumnis erforderlich werden können (zum Beispiel Winterbaumassnahmen aufgrund entsprechender Witterung). Solche Leistungen werden deshalb oft schon zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses bedacht und preislich fixiert. Im Auslegungstreit wird der Unternehmer, wenn die Preisabrede für ihn nachteilig ist, zwar nicht gelten lassen, dass sich die Mehrvergütung für solche (mitwirkungsbedingten) Leistungen nach der Festpreisabrede richten sollen. Er wird sich auf den Standpunkt stellen, er habe bei Vertragsabschluss nicht erwarten müssen, dass die Festpreise auch auf mitwirkungsbedingte Mehrleistungen Anwendung finden würden. Wenn aber für Leistungen, von denen bei Vertragsschluss nicht abzusehen ist, ob sie erforderlich werden, Festpreise vereinbart sind, darf der Bauherr m.E. davon ausgehen, dass die Preise grundsätzlich gelten, wenn es denn dazu kommt, dass die Einheiten geleistet werden müssen, und zwar gleich, aus welchem Grund sie erforderlich werden. Gleichermassen müsste sich der Bauherr allerdings auch einen für den Unternehmer vorteilhaften Preis entgegenhalten lassen.

**b.** Der andere Fall besteht darin, dass der Unternehmer aufgrund des Mitwirkungsversäumnisses von *ordentlichen Erfüllungshandlungen* (Rz 803 ff.), für die ein granularer Festpreis vereinbart ist, eine *grössere Menge* erbringen muss. Dass dies eintritt, erscheint unwahrscheinlich, denn durch das Mitwirkungsversäumnis verändert sich das geschuldete Bauwerk ja nicht, weshalb theoretisch auch im Nachgang zu einem Mitwirkungsverzug dieselben ordentlichen Erfüllungshandlungen in derselben Menge erforderlich bleiben. Wenn aber das Mitwirkungsversäumnis einmal zu Mehreinheiten führt, fragt sich, ob sich die Mehrvergütung aus den vereinbarten Festpreisen errechnet. Die soeben im Zusammenhang mit ausserordentlichen Erfüllungshandlungen angestellten Überlegungen lassen sich nicht ohne weiteres auf diesen Fall übertragen. Der Unternehmer rechnet bei der Kalkulation von ordentlichen Erfüllungshandlungen fest damit, dass sie zur Werkausführung erforderlich sein werden, und ausserdem, dass sie in Höhe eines von ihm ungefähr geschätzten Totals anfallen werden. In Erwartung dieses Totals bildet er die Preise der einzelnen Leistungseinheiten und verknüpft diese miteinander<sup>1442</sup>. Dieser Kalkulationsvorgang ist für den Bauherrn inhaltlich vielleicht nicht im Einzelnen nachvollziehbar, doch hat er die wirtschaftlichen Folgen einer solchen Preisbildung bei störungsbedingten Mehreinheiten zumindest in den

<sup>1442</sup> SCHUMACHER/KÖNIG, Rz 28b.

Grundzügen zu erkennen. Nach Treu und Glauben darf sich deshalb keine Partei darauf verlassen, dass die für die «reguläre» Ausführung des Bauwerks geltenden, für sie gegebenenfalls günstigeren Festpreise auch für mitwirkungsbedingte Mehrleistungen gelten sollen<sup>1443</sup> (vgl. schon Rz 1062 ff.). In solchen Fällen erweist sich die Preisabrede als lückenhaft.

- 1129 **3. Im Ergebnis** heisst das: Die Mehrvergütung für mitwirkungsbedingte Mehrleistungen ist nur dann nach vereinbarten, granularen Festpreisen zu bemessen, wenn das Mitwirkungsversäumnis dazu führt, dass der Unternehmer ein Mehr an individuell bepreisten Leistungen erbringen muss, die das Ergebnis *ausserordentlicher* Erfüllungshandlungen (Rz 782 ff.) sind. Bei einem blossen Mehr an Leistungen, die das Ergebnis ordentlicher Erfüllungshandlungen sind, gilt der für solche Leistungen vereinbarte, granulare Festpreis nicht, und der Vertrag ist mit Blick auf die Vergütung solcher Leistungen lückenhaft. Das gilt im Übrigen auch, wenn die Folgen des Mitwirkungsversäumnisses nicht oder nicht nur in Mehrmengen bestehen, sondern (auch) in Produktivitätsverlusten<sup>1444</sup> und exogenen Kostensteigerungen<sup>1445</sup>. Die Lücke in der granularen Festpreisabrede wird in der Regel mit OR 374 auszufüllen sein, sodass auf die Ausführungen in Rz 1067 ff. verwiesen werden kann. Ausser Betracht fällt aus den erwähnten Gründen die Fortschreibung der granularen Festpreise (Rz 1075 ff., 1115 ff.), soweit nicht ausnahmsweise der hypothetische Parteiwille für eine solche spricht.

---

<sup>1443</sup> Vgl. STÖCKLI H., BRT 2015, S. 19.

<sup>1444</sup> Produktivitätsverluste äussern sich begriffsgemäss nie in Leistungen, für die ein granularer Festpreis vereinbart ist. Sie sind schliesslich keine Bauleistungen, sondern die Kosten der *Nichterbringung* von Bauleistungen.

<sup>1445</sup> Mangels spezifisch darauf ausgelegter Preisgleitklauseln schlagen exogene Kostensteigerungen nicht auf den vereinbarten, granularen Festpreis durch. Selbst aber wenn eine Preisanpassung vereinbart ist, führt das für den Unternehmer erst für jene Leistungen, die er nach Wegfall des Mitwirkungsversäumnisses erbringt, zu einer vorteilhaften Korrektur.

## IV. Kompensation aus Gläubigerverzugsregeln

### A. Ausgangspunkt

1. Der gläubigerverzugsrechtliche Anspruch des Unternehmers auf Ersatz 1130 seiner mitwirkungsbedingten Mehraufwendungen, d.h. auf **Mehraufwendungsersatz**, wie er nachfolgend dargestellt wird, fusst weder auf dem Inhalt noch auf der synallagmatischen Verschränkung der versprochenen Vertragsleistungen. Vielmehr ist er ein auf Billigkeitsüberlegungen abgestützter, dispositiver Ausgleichsanspruch des allgemeinen Gläubigerverzugsrechts. Er tritt im Zuge einer Ergänzung zunächst des Gesetzes (ZGB 1 II/III) und anschliessend des streitigen Schuldverhältnisses in ebendieses ein, insoweit (i.) die geschuldete Leistung eine Dienstleistung ist, (ii.) das Gesetz die gläubigerverzugsrechtlichen Entschädigungsfolgen für das betreffende Schuldverhältnis nicht durch eine abweichende *lex specialis* regelt (siehe zum Beispiel OR 324) und (iii.) die Parteien den Anspruch nicht rechtsgeschäftlich ausgeschlossen haben. Der Anspruch kann, einen grosszügigen Umgang mit der herkömmlichen Terminologie vorausgesetzt (vgl. Rz 1237), als Sekundäranspruch bezeichnet werden, denn er entsteht durch die Verletzung einer Mitwirkungsobliegenheit und begründet beim Gläubiger eine klagbare Schuld, die neben seine (im Mitwirkungsversäumnis fortbestehende) Mitwirkungsobliegenheit zu stehen kommt<sup>1446</sup>.

2. Der Aufwendungsersatzanspruch wird im Folgenden dogmatisch begründet 1131 und in seiner inhaltlichen Tragweite umschrieben (**B.**). Vorweggenommen sei Folgendes: Der Anspruch ist seiner Natur nach ein besonderer **gläubigerverzugsrechtlicher Anspruch**. Es kommt deshalb weder für dessen Begründung noch für dessen Bemessung auf die im zugrundeliegenden Vertrag vereinbarte *Gegenleistung* des in Verzug geratenen Gläubigers, also auf die *Vergütung* an. Ebenso wenig ist erforderlich, dass der Gläubiger durch sein Mitwirkungsversäumnis *pflichtwidrig* handelt; die Verletzung einer blossen Mitwirkungsobliegenheit im Sinne von OR 91 genügt. Sodann ist, wie für den Eintritt des Gläubigerverzugs überhaupt, nicht erforderlich, dass der Gläubiger die Mitwirkung *schuldhaft* versäumt (Rz 167). Vorausgesetzt

<sup>1446</sup> Von Sekundäransprüchen ist üblicherweise bei klagbaren Schadenersatzansprüchen die Rede, die anstelle oder neben einen ebenso klagbaren Primäranspruch treten, dessen Gegenstand nicht pflichtgemäss erbracht worden ist (vgl. KRAMER, BK-OR, Einl 89; siehe auch Rz 1236/1242).

ist demgegenüber, dass der Gläubiger mit der Annahme bzw. mit Vorbereitungshandlungen in Gläubigerverzug gerät, weshalb unter (C.) die Voraussetzungen des Gläubigerverzugs wie auch die weiteren Voraussetzungen des Anspruchs zu umschreiben sein werden.

## B. Grundlage und Tragweite des Anspruchs

### 1. Lücke im gesetzlichen Gläubigerverzugsrecht

1132 1. Den gesetzlichen Regeln des Gläubigerverzugs wird in Lehre und Rechtsprechung praktisch einhellig unterstellt, dass sie dem Schutz des Schuldners zu wenig Rechnung tragen, weil sie dem Schuldner **keine oder nur unzureichende Entschädigungsansprüche** gegen den Gläubiger zugestehen. Nehme man das Gesetz beim Wortlaut, so der Vorwurf sinngemäss, habe der Schuldner im Mitwirkungsverzug des Gläubigers Geldaufwände in einem Umfang zu tragen, der sich nicht allein dadurch rechtfertigen lasse, dass der säumige Gläubiger nur eine Obliegenheit und nicht eine Rechtspflicht verletze<sup>1447</sup>. Das wird vertreten sowohl für den Fall, da der Schuldner eine Sachleistung schuldet, als auch für den Fall, da eine Dienstleistung geschuldet ist:

1133 a. Schuldet der Schuldner eine *Sache*, ist er nach OR 92 I berechtigt, diese zu hinterlegen. Der Ersatzanspruch, der ihm dabei gegenüber dem Gläubiger erwächst, entsteht zwar ungeachtet eines Verschuldens gläubigerseits, beschränkt sich aber auf die Aufwendungen, die dem Schuldner dabei entstehen, dass er «die geschuldete Sache auf Gefahr und *Kosten des Gläubigers*» hinterlegt (OR 92 I; H.h.). Hierunter sind dem Schuldner die Hinterlegungsgebühren sowie die Gerichtskosten des gegebenenfalls vorgelagerten, gerichtlichen Bewilligungsverfahrens zu ersetzen<sup>1448</sup>. Eingewendet wird indes, dem Schuldner entstünden durch das Mitwirkungsversäumnis regelmässig weitere Kosten, nämlich für das erfolglose Leistungsangebot und für zwecklos gewordene Vorbereitungen ganz allgemein, für Transport, Unterhalt und

---

<sup>1447</sup> Die Entschädigungsregeln des Gläubigerverzugs werden hier unter der (gesetzlichen) Prämisse analysiert, dass die Mitwirkung dem Gläubiger nur obliegt (Rz 139 ff., 165 ff.). Anders steht es um den Schutz des Schuldners, wenn der Gläubiger ausnahmsweise zur Mitwirkung verpflichtet ist (vgl. Rz 1229 ff.).

<sup>1448</sup> Vgl. OR 92 II, wonach das Gericht den Ort der Hinterlegung zu bestimmen habe, sowie OR 93 I, wonach der Schuldner die Hinterlegung zunächst androhen und die anschliessende Steigerung und Hinterlegung im Rahmen eines Gerichtsverfahrens bewilligen lassen muss (zu den Ausnahmen siehe bspw. STAUBER, Diss., Rz 274 ff.).

Erhalt der Sache, für die vor der Hinterlegung erfolgte Lagerung der Sache beim Schuldner, für die Versicherung der Sache<sup>1449</sup> und gar auch aus Gewinn, der ihm im Zuge des gescheiterten Leistungsversuchs anderweitig entgeht<sup>1450</sup>. Je nach Auffassung seien dem Schuldner einzelne dieser Positionen oder auch alle Positionen zu ersetzen, wobei dogmatisch auf unterschiedliche Grundlagen abgestellt wird (hinten: Rz 1146 ff.). Dieselben Bedenken äussert man auch zu OR 93 I, wonach der Schuldner unter bestimmten Voraussetzungen «die [geschuldete] Sache öffentlich verkaufen lassen und den Erlös hinterlegen» darf; diese Regel enthält nämlich überhaupt keinen Kostenersatzanspruch zugunsten des Schuldners. Für diesen Fall wird (m.E. nachvollziehbar) postuliert, den verschuldensunabhängigen Kostenersatzanspruch von OR 92 I analog anzuwenden<sup>1451</sup>.

**b.** Schuldet der Schuldner eine andere als eine Sachleistung, namentlich eine *Dienst- bzw. Arbeitsleistung*, kann er nach OR 95 «nach den Bestimmungen über den Verzug des Schuldners vom Verträge zurücktreten», was je nach Leistungsinhalt als Rücktritts- oder Kündigungsrecht zu verstehen ist (vgl. auch Rz 1454 ff.). Stattdessen kann der Schuldner auch auf die Ausübung seines Gestaltungsrechts vorläufig verzichten, am Vertrag festhalten und die Mitwirkung des Gläubigers abwarten. Kompensationsansprüche aber sieht das Gesetz in diesem Zusammenhang keine vor. Auch das stösst auf Kritik. Viele der im Zusammenhang mit OR 92 I erwähnten Postulate für weitergehende Entschädigungsansprüche des Schuldners (Rz 1133) verallgemeinern das Problem in dem Sinne, dass auch dem Dienstleistungsschuldner Entschädigungsansprüche für typische, mit dem Mitwirkungsversäumnis einhergehende Vermögensseinbussen einzuräumen sind. Während diese Ansätze noch vertieft werden (Rz 1146 ff.), ist an dieser Stelle immerhin STAUBER herauszugreifen, der das Mitwirkungsversäumnis wertungsmässig einer Pflichtverletzung gleichstellt und dem Schuldner darauf gestützt einen (ver-

<sup>1449</sup> Vgl. zu diesen Kostenpositionen etwa HAUCK/REBMAN, AJP 2018, S. 432 f. m.w.N.; KOLLER A., OR AT, Rz 56.107 ff. («Schadensanrechnung»); SCHRANER, ZK-OR, Art. 92 N 26; STAUBER, Diss., Rz 846 f.; WEBER, BK-OR, Art. 92 N 31, 33.

<sup>1450</sup> STAUBER, Diss., Rz 848, 877, 878 ff. Der Autor beschränkt den analogen Anwendungsbereich von OR 92 I auf Transport-, Hinterlegungs- und Gerichtskosten (a.a.O., Rz 814 ff.). Darüber hinaus bejaht er einen verschuldensabhängigen Schadenersatzanspruch des Schuldners ggü. dem Gläubiger. Unter letzterem sei dem Schuldner ganz allgemein das Zeitinteresse zu ersetzen, wozu auch entgangener Gewinn zählt.

<sup>1451</sup> STAUBER, Diss., Rz 829; WEBER, BK-OR, Art. 93 N 51 m.V. Vgl. SCHRANER, ZK-OR, Art. 93 N 46 m.w.N.

schuldensabhängigen) Anspruch auf Ersatz des Verzugsschadens (des «Zeitinteresses») analog OR 103 I/106 I einräumt, gleich welcher Art die geschuldete Leistung ist<sup>1452</sup>. Einen anderen Weg geht KOLLER, der eine «Schadensanrechnung» vertritt, die sich aus einer teleologischen Ausweitung von OR 92 I nährt<sup>1453</sup>. Eine andere Konstellation, aber letztlich auch die Entschädigungsansprüche des Dienstleistungsschuldners beschlägt zudem das in der Literatur weit verbreitete Postulat, dass dem Schuldner beim Rücktritt nach OR 95 ein verschuldensabhängiger Schadenersatzanspruch analog OR 107 II und OR 109 II gegen den Gläubiger zustehe (Rz 209).

- 1135 **2.** Die vorgenannten Bedenken gegenüber den Entschädigungsregeln des Gläubigerverzugsrechts gehen teilweise ausdrücklich, teilweise implizit von einer schuldnerfreundlichen Teleologie aus. Sie sind von der Vorstellung getrieben, der Schuldner müsse sich mindestens nachteilslos von seiner Leistungspflicht befreien können, oder generell sämtliche Nachteile ersetzt erhalten, die ihm das Mitwirkungsversäumnis verursacht. Dies scheint von der Annahme ausgehend, dass das Mitwirkungsversäumnis das Spiegelbild desjenigen Problems darstelle, das der Schuldnerverzug (OR 102 I) regelt. Diese Gleichsetzung verbietet sich freilich, **weil der Gläubigerverzug eine ambivalentere Situation darstellt** als der Schuldnerverzug<sup>1454</sup>. Im Schuldnerverzug darf es gleichgültig bleiben, ob und in welchem Umfang *dem Schuldner* aus seinem eigenen Leistungsverzug Nachteile entstehen. Erstens werden die Nachteile im Verhältnis Schuldner/Gläubiger schon faktisch vor allem den letzteren treffen. Zweitens handelt der Schuldner durch seine Verspätung pflichtwidrig. Das Gesetz stellt deshalb die Interessen des Gläubigers voran, indem es diesem in OR 103 I einen verschuldensabhängigen Entschädigungsanspruch einräumt. Im Gläubigerverzug dagegen «leiden» gewissermaßen beide Parteien an der Leistungsstörung, nämlich der Schuldner zumindest einmal an den Nachteilen des gescheiterten Leistungsverzugs, der Gläubiger am Umstand, dass er die Leistung nicht erlangt. Noch dazu verhält sich der Gläubiger durch seinen Verzug nicht pflichtwidrig (siehe Rz 165 ff.). Welcher Partei in dieser Konstellation welche Nachteile in wel-

---

<sup>1452</sup> STAUBER, Diss., Rz 804, 878 ff.

<sup>1453</sup> KOLLER A., OR AT, Rz 56.107 ff. (vgl. schon BECKER, BK-OR, Art. 92 N 4 f.).

<sup>1454</sup> «Dabei wurde nicht verkannt, dass die *mora solvendi* und die *mora accipiendi* keineswegs Unterbegriffe eines gemeinsamen Gattungsbegriffs bildeten, da Schuldner und Gläubiger in Ansehung der von ihnen bei Aufhebung der Obligation durch Erfüllung zu entwickelnden Tätigkeit unter gänzlich verschiedenen juristischen Gesichtspunkten ständen [...]» (BGB-Prot I 1218, bei JAKOBS/SCHUBERT, S. 331; H.h.).



chem Umfang trifft, ist eine Frage, die der Gesetzgeber nur schwer zu antizipieren vermag und möglicherweise auch deshalb nicht zum Vornherein ausschliesslich zugunsten der einen oder der anderen Partei lösen kann und will:

a. Dieser Schluss drängt sich zumindest auf, wenn man die in OR 92/93 <sup>1136</sup> verankerte Hinterlegungslösung als Prototyp der gesetzlichen Risikoverteilung im Gläubigerverzug betrachtet. Denn dort sind augenscheinlich nicht allein die Schuldnerinteressen favorisiert, sondern die *Erfüllung der Schuldpflicht*, wenn auch im Ansinnen, auf dem Weg dorthin eine angemessene Verteilung der störungsbedingten Risiken zu treffen (Rz 180 ff.). So verzichtet das Gesetz in OR 92/93 offensichtlich auf den – für die Verletzung von Obliegenheiten ansonsten üblichen – rechtlichen «Kahlschlag»: Es ordnet im Gläubigerverzug nicht die voraussetzungslose Befreiung des Schuldners von seiner Leistungspflicht an, sondern behaftet diesen vielmehr darauf, d.h. schützt den Erfüllungsanspruch des Gläubigers<sup>1455</sup>. Gleichzeitig liefert das Gesetz den Schuldner nicht schutzlos dem Leistungshindernis aus, sondern schwächt den Erfüllungsanspruch des Gläubigers so ab, dass dieser nun eine alternative (so nicht vereinbarte) Form der Leistungserbringung – die Hinterlegung der geschuldeten Sache bzw. des Verkaufserlöses – als Erfüllung gelten lassen muss. Das alles hätte nach der herkömmlichen gesetzlichen Handhabe von Obliegenheiten auch viel schuldnerfreundlicher geregelt werden können: Bei der Verletzung anderer Mitwirkungsnormen wie etwa OR 167, 201 II/III, 257g II, 370 oder 441 II verordnet das Gesetz dem Gläubiger einen unumkehrbaren Rechtsvorenthalt bzw. Rechtsverlust (vgl. Rz 148 ff.). So hätte auch der Gläubigerverzug ganz allgemein zum sofortigen (Teil-)Verlust der Forderung des Gläubigers führen können, wie dies etwa in OR 324 zulasten des Arbeitgebers geschieht<sup>1456</sup>, oder hätte auch den Sachleistungsschuldner zur Auflösung des Vertrags berechtigen können (vgl. OR 95). Davon hat der Gesetzgeber beim Sachleistungsschuldner offensichtlich abgesehen. Damit «überspannt» es aber nicht die Leistungspflicht des Schuldners, wie zuweilen interpretiert wird<sup>1457</sup>. Das Gesetz trifft schlicht eine

<sup>1455</sup> Dies im deutlichen Kontrast zu dem im gemeinen Recht noch gepflegten Preisgaberecht, nach welchem es dem Sachleistungsschuldner im Gläubigerverzug offenstand, sich durch Besitzaufgabe von der Leistungspflicht zu befreien (vgl. EMMERICH, § 26 Rz 23).

<sup>1456</sup> Der Arbeitnehmer wird, wenn auch nicht mit Blick auf seine Leistungspflicht insgesamt, so doch bezüglich der nicht nachholbaren (nämlich *zeitlich* unmöglich gewordenen) Arbeitsleistung von seiner Pflicht befreit (vgl. auch BGB § 615).

<sup>1457</sup> Vgl. etwa STRUNK, Diss., S. 92.

unter dem Leitziel des Geschäftserfolgs nachvollziehbare Risikoverteilung eigenständiger Art. Das verbreitete Postulat, wonach die Gläubigerverzugsregeln vor allem den Interessen des Schuldners dienen, überzeugt deshalb nicht.

1137 **b.** Vor dem Hintergrund dieser Teleologie erscheint es *nicht zum Vornherein unausgewogen*, sondern vielmehr erklärbar, dass der Sachleistungsschuldner nach OR 92/93 für die ihm widerfahrenden Nachteile aus dem Mitwirkungsversäumnis *nicht vollständig schadlos gehalten wird*. Es kommt hinzu, dass den Gläubiger am Verzug keineswegs ein Verschulden treffen muss und dass er selbst im Verschuldensfalle nicht pflichtwidrig handelt. Ausserdem, dass das Mitwirkungsversäumnis dem Schuldner auch einmal nur sehr geringe Kosten verursachen kann, während es im Einzelfall für den Gläubiger einen ungleich grösseren Aufwand bedeuten mag, die hinterlegte Sache herauszulösen. Vor diesem Hintergrund wird verständlich(er), weshalb das Gesetz dem Sachleistungsschuldner wohl eine Befreiungsmöglichkeit einräumt (Hinterlegungsrecht), ihn zugleich aber auf seine Leistungspflicht behaftet und ihm gar zumutet, dass seine Leistungspflicht gleichsam anwächst, wenn die Leistung im Verlaufe des Verzugs an Wert gewinnt<sup>1458</sup>. Und mithin auch, dass das Gesetz dem Sachleistungsschuldner im Gläubigerverzug nicht schlechthin jedes Kostenrisiko abnimmt.

1138 Immerhin richtig und in OR 92 I auch gewährleistet erscheint der Kostenersatz für Hinterlegungs- und gegebenenfalls Gerichtskosten<sup>1459</sup>. Die teleologische Ausweitung dieses Ersatzanspruchs überzeugt sodann mit Blick auf solche Kosten, die üblicherweise eng mit der Hinterlegung verbunden sind, namentlich die Transportkosten bis zur Hinterlegungsstelle und allenfalls Erhaltungs-, Verwahrungs- und Versicherungskosten während (aber nicht zwingend vor)<sup>1460</sup> der Zeit des gerichtlichen Bewilligungsverfahrens, sofern denn ein solches für die Hinterlegung erforderlich ist (vgl. nur OR 92 II). Nicht im Sinne des Gesetzes scheint es demgegenüber zu sein, dem Schuldner sämtliche bis zum Eintritt des Gläubigerverzugs anfallenden Kosten des erfolglosen Leistungsversuchs, für zwecklose Vorbereitungen

---

<sup>1458</sup> EMMERICH, § 26 Rz 3.

<sup>1459</sup> Unter OR 93 I kommen die Kosten des öffentlichen Steigerungsverfahrens hinzu (Fn 1451).

<sup>1460</sup> Der Sachleistungsschuldner ist im Normalfall nicht zur Hinterlegung verpflichtet (vgl. STAUBER, Diss., Rz 386 f.). Es steht ihm also offen, die Hinterlegung bzw. die Einleitung des Bewilligungsverfahrens nach Eintritt des Gläubigerverzugs aufzuschieben und das Verhalten des Gläubigers abzuwarten.

usw. zu ersetzen. Dass ein Leistungsversuch scheitert, besagt noch nicht, bei welcher Partei dadurch mehr oder weniger Nachteile entstehen, und der nicht geglückte Erfüllungsversuch erweist sich schliesslich für den Gläubiger als genauso nutzlos wie für den Schuldner; letzterer wird zwar nicht befreit, aber ersterer wird auch nicht befriedigt. OR 92/93 erweisen sich damit zwar als moderat ergänzungsbedürftig, *wobei aber die dort getroffene Lösung grundsätzlich überzeugt*.

**3.** Bei der hier interessierenden **Dienstleistungsschuld** stellen die Gläubiger- 1139 verzugsregeln den Schuldner vor die Wahl, entweder das Schuldverhältnis aufrecht zu erhalten und die damit einhergehenden Mehrkosten seiner fortgesetzten Leistungsbereitschaft zu tragen oder aber das Schuldverhältnis nach OR 95 aufzulösen. Im Vergleich zum Prototyp von OR 92/93 ist die Risikoallokation bei der Dienstleistungsschuld **missglückt**, denn von der Favorisierung des Leistungserfolgs ist hier nichts zu erkennen. Das äussert sich sowohl beim einseitigen als auch beim zweiseitigen Vertrag:

**a.** Im *einseitigen Vertrag* wird es für den Schuldner angesichts seines Befreiungsinteresses (dazu Rz 308 ff.) regelmässig die attraktivere Lösung sein, den Vertrag aufzulösen, anstatt an ihm festzuhalten. Das Gesetz verschafft ihm im Gläubigerverzug keinen ersichtlichen Anreiz, die drohenden oder bereits auflaufenden Bereitschaftskosten nicht schnellstmöglich zu eliminieren, indem er nach OR 95 vom Vertrag zurücktritt. So gesehen steht die Lösung im auffälligen Kontrast zu jener von OR 92/93, die dem Schuldner sowohl die Befreiung von seiner Leistungspflicht als auch die Entschädigung gewisser Kosten nur für den Fall verspricht, dass er von seinem alternativen Erfüllungsrecht (der Hinterlegung) Gebrauch macht, d.h. den alternativen Leistungserfolg herbeiführt. *Zugunsten des Leistungserfolgs tut die Lösung von OR 95 demgegenüber nichts*. Im Gegenteil erlaubt das Gesetz dem Schuldner, bereits bei einem beliebig kurz währenden, möglicherweise gänzlich unverschuldeten Mitwirkungsversäumnis, das Schuldverhältnis einseitig zu terminieren und das Geschäft definitiv zu vereiteln. 1140

**b.** Ist der Dienstleistungsschuldner im *zweiseitigen Vertrag* *vorleistungspflichtig*, so stellt das Mitwirkungsversäumnis des Gläubigers den Schuldner zwischen Scylla und Charybdis: Bleibt er im Vertrag, trägt er die Kosten seiner fortgesetzten Leistungsbereitschaft, womit sich die Vertragsrentabilität 1141

für ihn laufend verschlechtert<sup>1461</sup>. Tritt er vom Vertrag zurück bzw. kündigt er, bereitet er zwar den Kosten seiner fortgesetzten Leistungsbereitschaft ein Ende, verliert aber seinen Anspruch auf die Gegenleistung bzw. (bei der Kündigung) auf den noch ausstehenden Teil der Gegenleistung<sup>1462</sup>. Die Gegenleistung einklagen jedenfalls kann der Schuldner nicht, bevor er nicht selbst seiner Leistungspflicht nachgekommen ist, deren Erfüllung aber gerade durch das Mitwirkungsversäumnis gehemmt wird. Im Übrigen wird allein aufgrund eines Mitwirkungsversäumnisses in Ermangelung eindeutiger Erklärungen vonseiten des Gläubigers nicht anzunehmen sein, dass letzterer nicht nur die Mitwirkung, sondern auch das Erbringen der Gegenleistung definitiv verweigert<sup>1463</sup> (antizipierter Vertragsbruch); dementsprechend stehen dem Schuldner die Rechtsbehelfe des Schuldnerverzugs nicht – auch nicht ausnahmsweise – offen. Die Situation ist für den Schuldner unbefriedigend und scheint den Gläubiger zunächst einmal in seiner Dispositionsfreiheit stark zu bevorteilen<sup>1464</sup>. Doch befriedigt die Lösung letztlich auch aus Gläubigersicht nicht, weil die Zeit im Mitwirkungsversäumnis gegen den Schuldner arbeitet und dieser sich früher oder später zum «Nothalt» gezwungen sehen wird, d.h. den Vertrag auflösen wird<sup>1465</sup>.

- 1142 c. Wie stark in den genannten Fällen für den Schuldner der Anreiz ist, nach OR 95 vom Vertrag abzugehen, hängt auch von den Voraussetzungen ab, unter denen der Schuldner wirksam zurücktreten bzw. kündigen kann. So lastet auf dem Schuldner der Druck, dass er sein Rücktrittsrecht nicht frei, sondern nur unter den Voraussetzungen von OR 107 I analog ausüben darf<sup>1466</sup>. Der Schuldner muss dem Gläubiger mithin «eine *angemessene Frist*

---

<sup>1461</sup> Dies unter der Annahme, dass nicht eine besondere, vertragliche Vergütungs- oder Entschädigungsregel die Kosten seiner Leistungsbereitschaft mitabdeckt.

<sup>1462</sup> Natürlich hängt die Härte dieser Konsequenz (auch) davon ab, ob und in welchem Umfang man dem Schuldner beim Rücktritt nach OR 95 Ersatzansprüche ggü. dem Gläubiger einräumt (vgl. Rz 209, 1143).

<sup>1463</sup> So aber offenbar GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz 2464; GUHL/KOLLER, § 33 Rz 16; SCHRANER, ZK-OR, Art. 95 N 20.

<sup>1464</sup> Vgl. GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz 2432.

<sup>1465</sup> Insofern richtig mit Blick auf das zweiseitige Schuldverhältnis überhaupt und nicht nur auf den Werkvertrag, wenn HAUCK/REBMANN, AJP 2018, S. 432, feststellen, dass es «weder dem Interesse des Bestellers noch jenem des Unternehmers entsprechen» dürfte, den «Werkunternehmer im Fall des Annahmeverzugs auf ein Rücktrittsrecht zu beschränken».

<sup>1466</sup> GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz 2465 (wenn auch dort mit Bezug nicht nur auf das Rücktrittsrecht des Schuldners, sondern auf die Ausübung seines «Wahlrechts» über-

zur nachträglichen Erfüllung» (OR 107 I) *seiner Mitwirkungsobliegenheit* ansetzen, unter Vorbehalt der analog verstandenen Fälle von OR 108<sup>1467</sup>. «Wird auch bis zum Ablaufe dieser Frist nicht erfüllt», kann der Gläubiger auf die Leistung verzichten und vom Vertrag zurücktreten, «wenn er es unverzüglich erklärt» (OR 107 II). Will der Schuldner sein Rücktrittsrecht wirksam ausüben, hat er dieses also *unverzüglich* nach unbenütztem Fristablauf zu erklären<sup>1468</sup>. Reagiert freilich der Schuldner nicht innert dieser Frist, erlischt sein Rücktrittsrecht. Ein neues Rücktrittsrecht erhält er erst nach fruchtlosem Ablauf einer neuerdings angesetzten Frist, soweit er dabei nicht nachgerade treuwidrig vorgeht<sup>1469</sup>. Diese Tatbestandsvoraussetzung erhöht aus der Sicht des Schuldners den Druck, unverzüglich nach fruchtlosem Fristablauf vom Vertrag zurückzutreten, denn tut er das nicht, muss er eine weitere, ebenso angemessene Nachfrist ansetzen und auch deren Ablauf abwarten, bis sich ihm wieder eine Rücktrittsmöglichkeit eröffnet.

**d.** Der Anreiz, den Vertrag aufzugeben, wird für den Dienstleistungsschuldner umso grösser, *je günstiger die Entschädigungsfolgen* für ihn ausgestaltet sind. Das Postulat, wonach dem zurücktretenden Schuldner ein verschuldensabhängiger Schadenersatzanspruch zusteht (OR 95 in Verbindung mit 107 II/109), passt zwar nicht zu den herkömmlich definierten Rechtsfolgen einer Obliegenheitsverletzung (vgl. Rz 148 ff.). Doch scheint es vorherrschende Auffassung zu sein, dass bereits das leicht fahrlässige Mitwirkungsversäumnis den Schuldner zur vollen Schadloshaltung, einschliesslich entgangenem Gewinn berechtigen soll. Ein solch weitgehender Entschädigungsanspruch bewirkt nichts anderes, als dass der ohnehin schon unter Kostendruck stehende Schuldner sich im Zweifelsfall gegen die Fortführung des

---

haupt); MERCIER, CHK-OR, Art. 95 N 6 m.V.a. die vorgenannten Autoren; STAUBER, Diss., Rz 508 ff.; WEBER, BK-OR, Art. 95 N 15.

<sup>1467</sup> STAUBER, Diss., Rz 512: wenn sich aus dem Verhalten des Gläubigers ergibt, er werde die Mitwirkung weiterhin verweigern oder die Mitwirkung könne ohnehin nicht mehr rechtzeitig erfolgen. A.a.O., Rz 517: wenn das Geschäft «für beide Parteien oder nur für den Schuldner mit der Erfüllungszeit stehen und fallen soll» (m.w.N.). Keine analoge Anwendung von OR 108 Ziff. 2: a.a.O., Rz 514 f.

<sup>1468</sup> Was «unverzüglich» bedeutet, beurteilt sich, wie auch die Angemessenheit der Nachfrist, anhand «der konkreten Vertragslage und der Parteiinteressen» (für den Schuldnerverzug: WIEGAND, BSK-OR, Art. 107 N 14). Zuzugestehen ist dem Schuldner jedenfalls eine kurze Reaktionsfrist, innert welcher er seine Entscheidung fällen und dem Gläubiger mitteilen können soll (vgl. STAUBER, Diss., Rz 540).

<sup>1469</sup> Für den Schuldnerverzug: WIEGAND, BSK-OR, Art. 107 N 11.

Vertrags entscheiden wird. Das aber verträgt sich nicht mit der Wertung in OR 92/93, wo vielmehr die Erfüllung der versprochenen Leistung favorisiert wird.

1144 **4. Im Ergebnis** überzeugt die gesetzliche Risikovermittlung im Gläubigerverzug strukturell nur bei der Sachleistungsschuld, weil die Lösung dort auf einen zwar alternativen, *aber immerhin* einen Leistungserfolg abzielt, der zugleich auch die Befreiung des Schuldners von seiner Leistungspflicht bedeutet. Die für diesen alternativen Erfüllungsweg versprochenen (und gegebenenfalls moderat ergänzten) Entschädigungsansprüche machen die Hinterlegung, mithin aber auch die Erfüllung für den Schuldner attraktiv. In frappantem Kontrast hierzu steht die gesetzliche Lösung bei der Dienstleistungsschuld. Für den Schuldner der Dienstleistung wird nicht der geringste Anreiz dafür geschaffen, am Vertrag festzuhalten, sondern vielmehr **ein Anreiz dafür, vom Vertrag abzugehen**. «Selbstverständlich»<sup>1470</sup> erscheint in diesem Zusammenhang nur gerade, dass das *Befreiungsinteresse* des Dienstleistungsschuldners gesetzgebungstechnisch nur mit einem Rücktritts- bzw. Kündigungsrecht gesichert werden kann, aber nicht, dass keine flankierenden Massnahmen in Betracht kämen, um das Festhalten am Vertrag für den Schuldner attraktiv oder auch nur erträglich zu machen, mithin den Leistungserfolg (wie in OR 92/93) zu fördern.

1145 Vor diesem Hintergrund regelt das Gesetz eine sich stellende Rechtsfrage nicht positiv, obwohl es das sollte<sup>1471</sup>. Darin ist eine planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes, d.h. eine *Gesetzeslücke* zu erblicken. Ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers<sup>1472</sup> ist entlang der vorne angestell-

---

<sup>1470</sup> SCHRANER, ZK-OR, Art. 95 N 2.

<sup>1471</sup> BGE 135 IV 113/116 E. 2.4.2: «[...] lorsque celle-ci [la loi] [...] n'apporte pas de solution sur un point qu'elle devrait régler». Gesetzeslücken liegen ausserdem vor, wenn (i.) die konkrete Bewältigung der sich stellenden Rechtsfrage in einer Delegationsnorm an die Rechtsprechung delegiert wird, oder (ii.) die Rechtsfrage positiv beantwortet wird, obwohl sie teleologisch und unter Berücksichtigung des (Un-)Gleichheitssatzes von der betreffenden Bestimmung nicht erfasst sein dürfte. Zu dieser Unterteilung KRAMER, Methodenlehre, S. 201–210 («Delegationslücke», «offene Lücke», «Ausnahmelücke»). Vgl. demgegenüber auf der Linie der verbreiteten Unterscheidung «echter» und «unechter» Lücken etwa TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO, § 5 Rz 25 ff. Siehe auch die umfassende Untersuchung verschiedener Lückentypen bei EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, BK-ZGB, Art. 1 N 350 ff.

<sup>1472</sup> Wenn der Gesetzgeber zur gestellten Rechtsfrage *qualifiziert schweigt*, ist eine planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes ausgeschlossen, und mithin auch die richterliche Lückenfüllung (EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, BK-ZGB, Art. 1 N 348). Vgl.

ten geschetzhistorischen Vermutung (Rz 173) nur dahingehend anzunehmen, dass dem Schuldner im Gläubigerverzug nicht eine vollständige Schadloshaltung, d.h. kein klassischer Schadenersatzanspruch zuteilwerden soll. Nicht anzunehmen ist aber, dass der Dienstleistungsschuldner beim Festhalten am Schuldverhältnis gänzlich leer ausgehen und dadurch der Leistungserfolg unnötig gefährdet werden soll. Ihm ist entsprechend in einem gewissen, noch zu präzisierenden Umfang ein **Entschädigungsanspruch für die Kosten seiner Leistungsbereitschaft** einzuräumen. Dies nicht in erster Linie, um die Interessen des Dienstleistungsschuldners zu schützen, denn sein Befreiungsinteresse ist mit dem Rücktritts- bzw. Kündigungsrecht bereits hinreichend geschützt; vielmehr um das Erfüllungsinteresse des Gläubigers gegenüber dem Rücktrittsrecht des Schuldners zu stärken<sup>1473</sup>.

## 2. Lösungsansätze im Schrifttum

In der Literatur sind zahlreiche Ansätze zu verzeichnen, die (wenn auch aus 1146 unterschiedlichen und namentlich auch anderen als den hier angeführten Gründen) dem Schuldner im Gläubigerverzug Entschädigungsansprüche unterschiedlicher Art einräumen. Manche dieser Ansätze beziehen sich auf den Gläubigerverzug im Allgemeinen, andere wiederum nur auf den Gläubigerverzug des Bestellers im Werkvertrag. Sie werden nachfolgend kurz beleuchtet.

---

auch KRAMER, Methodenlehre, S. 201 f. («gesetzesimmanente Lücken» versus «rechtspolitische Lücken») u. Fn 483. Dazu auch BGE 140 III 636/637 E. 2.1; 121 III 219/224 E. 1d/aa, je m.w.N.

<sup>1473</sup> Das Rücktrittsrecht nach OR 95 ist nicht nur eine Gegebenheit des geltenden Rechts, sondern vor dem teleologischen Hintergrund des Gläubigerverzugs ein zwingender Lösungsbestandteil. Denn anders als durch ein Lossagungsrecht lässt sich im Dienstleistungsvertrag das Befreiungsinteresse des Schuldners – das im Gläubigerverzug absoluten Schutz genießt – nicht schützen. Dem Dienstleistungsschuldner stattdessen das Rücktrittsrecht zu versagen und ihn allein auf den Ersatzanspruch zu verweisen, fällt deshalb ausser Betracht.

**a. Für den Gläubigerverzug im Allgemeinen**

- 1147 **1.** Der wohl vorherrschenden Auffassung nach hat der Gläubiger dem Schuldner **verschuldensunabhängig** «die durch den Annahmeverzug **zusätzlich entstandenen Aufwendungen**»<sup>1474</sup> **zu ersetzen**. Das wird in dieser oder in sinngemässer Form an zahlreichen Stellen festgehalten, ohne dass zwischen Sach- und Dienstleistungsschuldner unterschieden würde<sup>1475</sup>. An manchen Orten wird dieser Ersatzanspruch nicht oder nicht ausschliesslich als eigenständige Entschädigungsregel des Gläubigerverzugs erachtet, sondern (direkt oder analog) auf die auftragslose Geschäftsführung und das Bereicherungsrecht gestützt<sup>1476</sup>. Nicht enthalten sei in solchen Entschädigungsansprüchen jedenfalls entgangener Gewinn<sup>1477</sup>, was mit der überwiegend vertretenen Auffassung kongruiert, der Gläubigerverzug stelle keine Pflichtverletzung vonseiten des Gläubigers dar und berechtige nicht zu umfassen-

---

<sup>1474</sup> GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz 2443 (H.h.), mit den Bsp. Unterhalts-, Lagerungs- und Versicherungskosten. Die Formulierung wirft zwar die Frage auf, ob, wie hier vertreten (Rz 1155), nur Aufwendungen zu ersetzen seien, die «zusätzlich» und «durch» – *und mithin erst ab* – Eintritt des Gläubigerverzugs entstehen. Wahrscheinlich aber zielen die Autoren auf den Ersatz schlechthin aller Nachteile, die dem Schuldner ohne den Mitwirkungsverzug nicht entstanden wären, mithin auch auf nutzlose Aufwendungen im Vorfeld des Gläubigerverzugs.

<sup>1475</sup> Vgl. BUCHER, OR AT, S. 325: «Der Gläubiger hat den Schuldner für die ihm aus dem Annahmeverzug entstehenden Nachteile (nicht vermeidbare Zusatzaufwendungen, insbesondere durch Hinterlegung) schadlos zu halten»; MERCIER, CHK-OR, Art. 92 N 11: Der Gläubiger habe «die dem Schuldner zusätzlich anfallenden erforderlichen Aufwendungen (z.B. Lagerkosten) zu ersetzen»; SCHRANER, ZK-OR, Art. 92 N 26: Dem Schuldner müssen die Aufwendungen für das erfolglose Angebot sowie für die Aufbewahrung und Erhaltung des Leistungsgegenstands ersetzt werden (weitere Bsp. a.a.O., N 27: zwecklos gewordene Vorbereitungen, Transportkosten, Unterhalts-, Lagerungs- und Versicherungskosten während der Dauer des Verzugs, Wartung und Fütterung eines Tiers); WEBER, BK-OR, Art. 92 N 31: Der Gläubiger habe dem Schuldner die Aufwendungen zu ersetzen, die beim Schuldner während der Zeit des Annahmeverzugs angefallen sind.

<sup>1476</sup> Vgl. BERNET, BSK-OR, Vorb Art. 91–96 N 7 (OR 422 I); KELLER M./SCHÖBI, S. 296; MERCIER, CHK-OR, Art. 92 N 11 (OR 422 I); SCHRANER, ZK-OR, Art. 92 N 26 (OR 422); SCHWENZER, Rz 70.08 (OR 422 I); VON THUR/ESCHER, S. 75 (OR 422); WEBER, BK-OR, Art. 92 N 35. Kritisch dagegen KOLLER A., OR AT, Rz 56.108 u. STAUBER, Diss., Rz 835 ff.

<sup>1477</sup> Z.B. KOLLER A., OR AT, Rz 56.109; SCHRANER, ZK-OR, Art. 92 N 31 (Bsp.: entgangener Mietzins für Lagerraum, der aufgrund der verlängerten Aufbewahrung der geschuldeten Sache nicht hat vermietet werden können); WEBER, BK-OR, Art. 92 N 35.



dem Schadenersatz. Am Ursprung dieser Ansätze steht freilich häufig ein anderes Verständnis der Gläubigerverzugsregeln, indem dort der Schutz des Schuldners als einzige massgebliche Teleologie erblickt wird<sup>1478</sup>.

2. Zuweilen wird der Entschädigungsanspruch des Schuldners als Recht auf **verschuldensunabhängige «Schadensanrechnung»** umschrieben: Hiernach habe der Schuldner das Recht, die geschuldete Leistung mit dem Schadensbetrag zu belasten oder zu mindern, «der [ihm] infolge der Fortdauer der Schuld erwachsen ist»<sup>1479</sup>. Gemeint ist genau genommen eine Pluralität unterschiedlicher Rechtsaufbesserungen zugunsten des Schuldners. So gibt die Schadensanrechnung dem Schuldner Anspruch auf eine Geldzahlung in Höhe der mitwirkungsbedingt angefallenen Erhaltungskosten, berechtigt ihn aber auch zur «Reduktion» der eigenen Leistung, etwa indem der Gläubiger die geschuldete Sache nunmehr auch in mangelhaftem Zustand als gehörige Erfüllung akzeptieren muss, weil und soweit die Mängel seit Eintritt des Gläubigerverzugs ohne Verschulden des Schuldners eingetreten sind<sup>1480</sup>.

3. Vereinzelt wird auch vertreten, der Schuldner habe nicht nur einen verschuldensunabhängigen Aufwendungsersatzanspruch, sondern auch einen Anspruch auf **Ersatz des Verspätungsschadens** analog OR 103 I, soweit der Gläubiger **schuldhaft** in Verzug gerate<sup>1481</sup>. Bei STAUBER baut der Anspruch auf der These, dass das Mitwirkungsversäumnis wertungsmässig eine Pflichtverletzung darstelle und die Ahndung dieser Verletzung analog OR 102 ff. dementsprechend am nächsten liege<sup>1482</sup> (vgl. Rz 1134). Das un-

<sup>1478</sup> Vgl. BECKER, BK-OR, Vorb 91–96 N 1. Deutlich etwa bei SCHRANER, ZK-OR, Art. 92 N 26: «Der Schuldner hat aber das Recht, seine Leistungspflicht mit dem ursprünglich vorgesehenen Aufwand zu erfüllen» (m.w.N.). Vgl. auch HAUCK/REB-MANN, AJP 2018, S. 433: «Dahinter [OR 92 I] steckt die Wertung, dass dem Schuldner durch den Annahmeverzug des Gläubigers keine Risiken und kein Schaden entstehen sollen». STAUBER, Diss., Rz 122: «*Befreiung* aus der Leistungspflicht *ohne Nachteile*».

<sup>1479</sup> BECKER, BK-OR, Art. 92–94 N 4. Vgl. auch KOLLER A., OR AT, Rz 56.107, der das Prinzip auf OR 92 stützt; DERS., BK-OR, Art. 366 N 754 ff., 766 ff. Offenbar in diesem Sinne, wenn auch ohne dies als Schadensanrechnung zu bezeichnen: WEBER, BK-OR, Art. 92 N 31 («[...] die geschuldete Leistung wird also um den Betrag der Aufwendungen, der dem Schuldner infolge der Fortdauer der Schuld erwachsen ist, herabgesetzt» [m.w.N.]).

<sup>1480</sup> Vgl. BECKER, BK-OR, Art. 92–94 N 3.

<sup>1481</sup> STAUBER, Diss., Rz 878 ff.

<sup>1482</sup> Vgl. STAUBER, Diss., Rz 870–874.

terscheidet den Ansatz zum einen von den vorerwähnten, die am Obliegenheitscharakter der Gläubigermithilfe nicht zweifeln. Zum anderen unterscheidet sich der Ansatz vom Postulat einer Mitwirkungspflicht im Werk- bzw. im Bauwerkvertrag (Rz 620 ff.) darin, dass hier dem Gläubiger eines *jeden* Schuldverhältnisses eine Mitwirkungspflicht unterstellt wird, während dort die Mitwirkungspflicht spezifisch aus dem Abschluss eines Werk- bzw. eines Bauwerkvertrags abgeleitet wird.

#### b. Für den Gläubigerverzug des Bestellers im Besonderen

1150 1. Im Kontext des Werkvertragsrechts zu erwähnen ist einmal GAUCHS Vorschlag, der auf die noch zu besprechenden Regeln von BGB § 642 I und ABGB § 1168 I (dazu Rz 1173 ff.) verweist. In Ermangelung einer anderen Vertragsabrede oder eines abweichenden hypothetischen Parteiwillens sei das in diesem Punkt lückenhafte Gesetzesrecht um eine Regel zu ergänzen (ZGB I II), nach der der Unternehmer für Mehraufwendungen infolge Annahmeverzugs durch eine **«kostendeckende Mehrvergütung»** zu entschädigen sei, die ausserdem «einen Zuschlag für Risiko und Gewinn» enthalten solle<sup>1483</sup>. In diesem Sinne vergütungspflichtig seien namentlich Mehraufwände zur Aufbewahrung und Erhaltung der ausgeführten Werkleistung (d.h. Schutzmassnahmen, Rz 784 ff.), «kostenteuernde[...] Umstände», die sich ohne das Mitwirkungsversäumnis nicht ausgewirkt hätten (d.h. endogene und exogene Kostensteigerungen; Rz 804 ff., 816) oder auch die Kosten des behinderten Produktionsmitteleinsatzes (Produktivitätsverluste; Rz 759 ff.)<sup>1484</sup>. Ob diese besondere werkvertragliche Mehrvergütung auf dem Recht des Gläubigerverzugs fusst oder auf dem Synallagma von Leistung und Gegenleistung (also auf dem Vergütungsrecht), ist den Ausführungen nicht zu entnehmen<sup>1485</sup>.

1151 2. Hervorzuheben sind KOLLERS spezifisch dem Werkvertrag gewidmeten Ausführungen, wonach dem Unternehmer das Recht auf **Schadensanrechnung** zustehe<sup>1486</sup>. Den Anspruch stützt er allerdings auch im werkvertraglichen Zusammenhang auf eine teleologische Ausweitung von OR 92: Wenn

---

<sup>1483</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rz 1337.

<sup>1484</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rz 1337a m.w.N.

<sup>1485</sup> Vgl. GAUCH, Werkvertrag, Rz 1337 mit Bezug auf BGB § 642 I und ABGB § 1168 I: «Unbekümmert um [...] die umstrittene Rechtsnatur der vorgesehenen «Entschädigung» [...]).

<sup>1486</sup> KOLLER A., Werkvertragsrecht, Rz 476 f.; DERS., BK-OR, Art. 366 N 765 ff.

dem Sachleistungsschuldner im Gläubigerverzug die Hinterlegungskosten zu ersetzen seien, so gelte dies auch für «andere, vergleichbare Kosten»<sup>1487</sup> des Schuldners (auch des Dienstleistungsschuldners). Im Gläubigerverzug des Bestellers könne der Unternehmer deshalb verschuldensunabhängig den «Ersatz von verzugsbedingten Aufwendungen» verlangen, darunter die Kosten des längeren Vorhaltens von Maschinen und Arbeitskräften, von Schutzmassnahmen und von Beschleunigungsmassnahmen<sup>1488</sup>. Vom umfassenden Schadenersatzanspruch wird dieser Anspruch abgegrenzt, denn entgangener Gewinn und Haftungen gegenüber Dritten seien hiervon nicht gedeckt<sup>1489</sup>. Zu ersetzen seien dem Unternehmer prinzipiell nur die Mehrkosten der Werkherstellung, ohne Zuschläge für Gewinn und Risiko. Ausgenommen seien Beschleunigungsmassnahmen, die der Unternehmer auf Geheiss des Bestellers trifft; sie berechtigen ihn zu einer Gewinn- und Risikozulage<sup>1490</sup>. Die analoge Anwendung von BGB § 642, wie sie GAUCH vorschlägt, lehnt KOLLER tendenziell ab<sup>1491</sup>. Die andernorts von KOLLER vertretene, auf OR 376 III und 378 II analog gestützte Mehrvergütungslösung<sup>1492</sup> ist dagegen eine synallagmatisch getriebene, nicht gläubigerverzugsrechtliche Entschädigungslösung, welcher hier nicht gefolgt wird (zur Begründung vgl. Rz 578 ff./1432 ff.) und auf die im vorliegenden, gläubigerverzugsrechtlichen Kontext nicht mehr eingetreten wird.

3. Zu erwähnen ist auch die neuere Stellungnahme von HAUCK/REBMANN, 1152 wonach in OR 92 I der Gedanke liege, «dass dem Schuldner durch den Annahmeverzug des Gläubigers keine Risiken und kein Schaden entstehen sollen»<sup>1493</sup>. Dieser Feststellung zum Trotz argumentieren die Autoren zunächst vergütungsrechtlich, wenn sie anführen, der Unternehmer befinde sich im Mitwirkungsverzug des Bauherrn kompensationsrechtlich gesehen in derselben Situation, wie wenn der Werkvertrag ohne Preisabrede geschlossen worden wäre. Anschliessend nehmen aber auch sie die genannten «Wertungen des vom Gläubigerverzug betroffenen Schuldners [...]» zum Anlass, «im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung einen Mehrvergütungsanspruch

<sup>1487</sup> KOLLER A., OR AT, Rz 56.107; DERS., Werkvertragsrecht, Rz 476.

<sup>1488</sup> KOLLER A., BK-OR, Art. 366 N 766–768.

<sup>1489</sup> KOLLER A., BK-OR, Art. 366 N 772.

<sup>1490</sup> KOLLER A., BK-OR, Art. 366 N 769.

<sup>1491</sup> KOLLER A., BK-OR, Art. 366 N 778.

<sup>1492</sup> Siehe auch KOLLER A., Werkvertragsrecht, Rz 477 m.V.; DERS., AJP 2014, S. 765.

<sup>1493</sup> HAUCK/REBMANN, AJP 2018, S. 433.

des von der Bauablaufstörung betroffenen Unternehmers zu bejahen»<sup>1494</sup>. Für die Bemessung dieser Mehrvergütung stellen die Autoren zunächst auf eine Art Preisfortschreibung (vgl. Rz 1075 ff.) ab<sup>1495</sup>, subsidiär gelte OR 374<sup>1496</sup>.

### 3. Synthese: Lösungsansatz für die Dienstleistungsschuld

- 1153 **1.** Im Kern verfolgen die genannten Lösungsansätze das Ziel, dem Schuldner Anspruch auf den Ersatz seiner Vermögenseinbussen zu geben, wenn der Gläubiger mit der Mitwirkung in Verzug gerät<sup>1497</sup>. Dem ist m.E. zu folgen, wenn auch im Wesentlichen nur für den Dienstleistungsschuldner und nicht oder wenigstens nicht im selben Masse für den Sachleistungsschuldner. Das Gesetz bedarf zwar auch bei der Sachschuld einer moderaten Erweiterung des Kostenersatzanspruchs (Rz 1137 f.), doch ist die dortige Regel strukturell grundsätzlich gelungen, weil sie zugleich den Leistungserfolg (Erfüllung durch Hinterlegung) und die Befreiung des Sachschuldners von der Leistungspflicht (durch Erfüllung) begünstigt und ermöglicht. Entscheidet sich dagegen der Schuldner, vom Hinterlegungsrecht keinen Gebrauch zu machen, so steht ihm das frei, doch soll er dann konsequenterweise die dabei anfallenden (vermeidbaren) Mehraufwendungen selber tragen; mit dem alternativen Erfüllungsinstrument der Hinterlegung – und dem damit verbundenen, moderat ausgeweiteten Kostenersatzrecht – ist seinen Interessen Genüge getan. Beim **Dienstleistungsschuldner** liegen die Dinge anders: Dort muss nicht die Hinterlegung gefördert werden, sondern es müssen das Festhalten am Vertrag bzw. die Nichtanrufung von OR 95 honoriert und die damit einhergehenden, **den Leistungserfolg begünstigenden Kosten der fortgesetzten (Dienst-)Leistungsbereitschaft** ersetzt werden. Ein Anspruch auf Aufwendungsersatz, also auf Ersatz der mitwirkungsbedingten Erfüllungsmehraufwendungen, wie er für die Sachschuld in OR 92 I vorgesehen ist, erscheint auch bei der Dienstleistungsschuld als taugliches Mittel zum Zweck: Indem dieser Anspruch den Dienstleistungsschuldner in der Zeit des

---

<sup>1494</sup> HAUCK/REBMAN, AJP 2018, S. 433 (H.h.).

<sup>1495</sup> HAUCK/REBMAN, AJP 2018, S. 435: «Die Ermittlung der Höhe des Anspruchs auf Mehrvergütung hat daher primär anhand der vertraglichen Preisabrede zu erfolgen».

<sup>1496</sup> HAUCK/REBMAN, AJP 2018, S. 435.

<sup>1497</sup> Vgl. die ähnliche Ausrichtung von OR-2020 112 I, wonach der Gläubiger «dem Schuldner die durch den Verzug verursachten Kosten zu ersetzen» hat, «wenn er diesen zu vertreten hat» (notabene trotz Obliegenheitscharakter: «La demeure du créancier [...] ne sanctionne pas la violation d'une obligation»; MORIN, Komm-OR2020, Art. 112 N 3).

Mitwirkungsverzugs um den Kostendruck seiner fortgesetzten Leistungsbereitschaft erleichtert, mindert er den Anreiz, den Vertrag nach OR 95 aufzulösen, bzw. stärkt er den Anreiz, den Vertrag dem Mitwirkungsversäumnis zum Trotz zu erfüllen.

2. Nicht zu folgen ist der verschiedentlich anzutreffenden Auffassung, wonach der Schuldner im Mitwirkungsverzug gänzlich frei von Risiken und Nachteilen zu halten sei<sup>1498</sup>, mithin das Schuldnerinteresse über allem stehe. Wie dargestellt, ist der Schuldnerschutz nicht das alleinige Ziel der Gläubigerverzugsregeln, sondern zur Förderung des Leistungserfolgs nachrangig. Es ist deshalb normativ nicht falsch, dass der Schuldner für die Folgen des Mitwirkungsverzugs **nicht vollumfänglich schadlos** gehalten wird, ja unter Umständen gar substantielle Mehraufwendungen selbst zu tragen hat (Rz 1137 f.). Das bedeutet nun nicht, dass der Schuldner schon grundsätzlich nicht voll zu entschädigen wäre, wohl aber, dass es angeht, ihn in dem Umfang nicht zu entschädigen, wie seine Einbussen teleologisch nicht vom hier vertretenen Ersatzanspruch abgedeckt sind:

a. Zunächst unterliegt der Anspruch einer *zeitlichen Einschränkung*. Der Anspruch soll den Schuldner schliesslich nur während des Mitwirkungsverzugs am Vertrag festhalten lassen, denn mit dem Wegfall des Mitwirkungsverzugs fällt auch das Rücktritts- bzw. Kündigungsrecht des Schuldners dahin. Mit anderen Worten müssen dem Schuldner nur die Zeit des Mitwirkungsverzugs erträglich gemacht werden und nicht die über den gesamten späteren Erfüllungsverlauf anfallenden, mitwirkungsbedingten Nachteile ausgeglichen werden. Im Grundsatz beschränkt sich der Anspruch deshalb auf *primäre mitwirkungsbedingte Einbussen* (vgl. Rz 750). Der Grundsatz muss in Ausnahmefällen durchbrochen und der Anspruch auf *sekundäre Einbussen* ausgedehnt werden, die unmittelbar auf primäre Einbussen zurückgehen und von denen bereits im Zeitpunkt der Primäraufwendung feststeht, dass sie nach Wegfall des Mitwirkungsverzugs anfallen werden<sup>1499</sup>. Schliesse man solche sekundären Einbussen aus, würde das der Teleologie des hier vertretenen Anspruchs zuwiderlaufen (vgl. Rz 1168 ff.). Zu beachten

<sup>1498</sup> Vgl. etwa BERGER, Schuldrecht, Rz 1285 f. (zit. in Fn 295); ähnlich HAUCK/REB-MANN, AJP 2018, S. 432: «Immerhin wollte der Gesetzgeber mit Art. 92 Abs. 1 OR offenbar zum Ausdruck bringen, dass dem Verkäufer [wohl: Schuldner] bei Annahmeverzug kostenmässig keine Nachteile entstehen sollen.»

<sup>1499</sup> Bsp.: Die Durchführung von Schutzmassnahmen (Primäraufwendung) erfordert meistens auch deren Rückgängigmachung (Sekundäraufwendung); vgl. Rz 784 ff.

ist überdies, dass Einbussen nur insoweit ersatzfähig sind, als der Schuldner sie unter seiner Kostenminderungsobliegenheit (dazu Rz 1518) nicht hätte vermeiden müssen. Die Ersatzfähigkeit der Einbussen fällt also spätestens, aber nicht zwingend erst mit dem Wegfall des Mitwirkungsverzugs ausser Betracht, sondern schon dann, wenn sich die Kostenminderungsobliegenheit des Schuldners aktualisiert.

- 1156 **b.** Dann unterliegt der Anspruch *inhaltlichen Einschränkungen*. Mit KOLLER kann der Mehraufwendungsersatzanspruch zunächst auf die teleologische Ausweitung von OR 92 I gestützt werden (Rz 1148)<sup>1500</sup>. Denn auch in OR 92 I geht es um eine gesetzliche, nicht in der versprochenen Vertragsleistung begründete Entschädigung für Kosten, die dem Schuldner beim mitwirkungsbedingt gestörten «Hinarbeiten» auf den Leistungserfolg entstehen. Es handelt sich insofern um einen Anspruch auf Aufwendungsersatz, wie er vielerorts in der Zivilrechtsordnung vorgesehen ist<sup>1501</sup>. Freilich fehlt es in der Bestimmung an Anhaltspunkten dafür, welche Aufwendungen des Schuldners ersatzfähig sein sollen und wie der Ersatz zu bemessen ist. Ergänzend heranzuziehen ist deshalb der Ersatzanspruch des auftragslosen Geschäftsführers im Sinne von OR 422 I<sup>1502</sup>. Zur direkten Anwendung gelangt der Anspruch bei der Dienstleistungsschuld an sich nicht, weil ihr regelmässig ein Vertrag zugrunde liegt und der Schuldner mithin im Rahmen einer Obligation tätig wird. Doch ist nicht zu übersehen, dass der Schuldner im Mitwirkungsverzug zur Förderung des versprochenen Leistungserfolgs nunmehr Kosten auf sich nimmt, die insofern «planwidrig» sind, als sie ohne das Mitwirkungsversäumnis nicht entstanden oder nicht erforderlich geworden wären. Hält also der Schuldner seine Leistungsbereitschaft aufrecht anstatt vom Vertrag abzugehen, wird er innerhalb dieser gestörten Leistungsbewirkung planwidrig im Interesse des Gläubigers tätig<sup>1503</sup>. Ihm ist deshalb Aufwen-

---

<sup>1500</sup> Siehe KOLLER A., OR AT, Rz 56.107.

<sup>1501</sup> Solche und ähnliche Auseinandersetzungsansprüche auf Ersatz von Aufwendungen (zuweilen: «Verwendungen») finden sich etwa in ZGB 753, 939, OR 65, 208, 299, 307, 422 oder 431 (siehe STARK/LINDENMANN, BK-ZGB, Art. 939 N 1 f.; VON BÜREN, S. 83). Vgl. im Kontext des auftragsrechtlichen Auslagenersatzes (OR 402) EGLI/STÖCKLI H., Planerverträge § 8, Rz 8.172 ff.

<sup>1502</sup> Vgl. die in Fn 1476 zit. Auffassungen, wonach der Aufwendungsersatzanspruch des Schuldners im Gläubigerverzug (auch) auf OR 422 I gestützt werden könne. Demgegenüber kein Raum für OR 422 I im Vertragsverhältnis: SCHMID, Habil., Rz 1189.

<sup>1503</sup> Es kommt dazu, dass zumindest im einseitigen Vertrag der Dienstleistungsschuldner durchaus fremdnützig agiert, wenn er durch seine fortwährende Leistungsbereitschaft

dungsersatz analog OR 422 I zuzusprechen, und zwar einerseits für solche Kosten, die für die *Fortführung seiner Leistungsbereitschaft notwendig* sind, und andererseits für solche, die hierbei *nützlich und zudem den Verhältnissen angemessen sind*<sup>1504</sup>. Was notwendig oder nützlich und angemessen ist, beurteilt sich anhand objektiver Kriterien. Unter OR 422 I ist massgeblich, «welchen Aufwand der Geschäftsführer [hier: der Schuldner] nach den Umständen im Hinblick auf den angestrebten Erfolg und den mutmasslichen Willen des Geschäftsherrn [hier: des Gläubigers] in guten Treuen als notwendig oder nützlich und angemessen erachten durfte»<sup>1505</sup>. Im vorliegenden Zusammenhang allerdings muss der Schuldner nicht ohne jeden Anhaltspunkt mutmassen, was im Sinne des Gläubigers sein mag, sondern darf und muss den «angestrebten Erfolg» und den «mutmasslichen Willen des Geschäftsherrn» weitgehend vom Inhalt der von ihm versprochenen Leistung und von deren Modalitäten ableiten (siehe auch Rz 1165).

c. *Monetär* quantifiziert wird der Ersatzanspruch nach dem Selbstkostenwert 1157 der effektiven Aufwendungen im Zeitpunkt ihrer Vornahme<sup>1506</sup>. Für den Fall, dass der Schuldner als natürliche Person die Erfüllung durch seine eigene Zeit und Arbeitskraft vorantreibt, so ist auch sie (entgegen dem üblichen Verwendungsbegriff<sup>1507</sup>) eine ersatzfähige Kostenposition, die sich sinngemäss nach üblichen Lohnkostenansätzen berechnen lässt<sup>1508</sup>. Stellt man dagegen auf die Marktpreise ab, zu denen Arbeitsleistungen orts- und verkehrsrüblich *verkauft* werden, lassen sich die Selbstkosten für eigenen Arbeitseinsatz möglicherweise durch den Abzug der üblichen Gewinn-, Risiko- und AGK-Anteile ermitteln.

---

(bzw. durch das Absehen vom Vertragsrücktritt nach OR 95) die Möglichkeit der Erfüllung am Leben erhält.

<sup>1504</sup> Vgl. SCHMID, Habil., Rz 497 m.V.a. den französischen Gesetzestext von OR 422 I. Gl.M. im Kontext des Gläubigerverzugs: SCHRANER, ZK-OR, Art. 92 N 26.

<sup>1505</sup> SCHMID, Habil., Rz 498.

<sup>1506</sup> SCHMID, Habil., Rz 498.

<sup>1507</sup> SCHMID, Habil., Rz 532: Die vom Geschäftsführer eingesetzte «Zeit und Arbeitskraft» wird dort unter dem Titel des Honoraranspruchs abgehandelt und nicht zu seinen Verwendungen gezählt, weil letztere grundsätzlich nur Barauslagen, den Verbrauch von Sachen und die Eingehung von Verbindlichkeiten umfassen (SCHMID, Habil., Rz 496).

<sup>1508</sup> A.M. KOLLER A., BK-OR, Art. 366 N 756, der den Einsatz eigener Arbeitskraft – dort des Unternehmers – offenbar gar nicht entschädigen will.

- 1158 **d.** Dass der Schuldner nicht im Sinne von OR 419 ff. auftragslos agiert, wenn er seine Leistungsbereitschaft aufrechterhält, ist in mehrfacher Hinsicht beachtlich. In der Literatur zur auftragslosen Geschäftsführung wird einmal diskutiert, ob dem Geschäftsführer unter dem Titel des Verwendungsersatzes auch ein *Honorar* einzuräumen sei<sup>1509</sup>. Der auftragslose Geschäftsführer hat ausserdem nach OR 422 I einen verschuldensunabhängigen Ersatzanspruch für «andern Schaden», der sich nicht als Verwendungen, Zinsen und Verbindlichkeiten äussert. Schliesslich lässt sich auch die Frage aufwerfen, ob der Aufwendungsersatz AGK mit abdecken sollte. Im Mitwirkungsverzug des Gläubigers sind dem Schuldner *alle diese Ansprüche zu versagen*. Seiner Natur nach ist der Ersatzanspruch in OR 92 I ein Ausgleichsanspruch, kein Vergütungs- oder Entgeltsanspruch<sup>1510</sup>. Ein allfälliges Honorar im Sinne eines Gewinnzuschlags fällt damit nicht in den Regelungsbereich der Gläubigerverzugsregeln, sondern der vereinbarten oder ergänzten Vergütungsregeln des zugrundeliegenden Vertrags (vgl. beispielsweise OR 212 I, 374, 394 III)<sup>1511</sup>. Dagegen sind AGK betriebswirtschaftlich gesehen immerhin Kosten (d.h. Aufwendungen), sodass sich über deren Qualifikation und Ersatzfähigkeit streiten liesse. Anders aber als etwa der Mehrvergütungsanspruch nach Aufwand (vgl. Rz 1020, 1068) überbrückt der Aufwendungsersatzanspruch das Kausalitätsproblem bei AGK nicht. Vielmehr hat der Schuldner seine AGK im Anwendungsbereich des Aufwendungsersatzes aus einem *allfälligen Honorar* zu decken<sup>1512</sup>. Wie gesagt aber hat der Schuldner im Gläubigerverzugsrecht keinen Anspruch auf Honorar. Die Kausalhaftung für «andern Schaden» (OR 422 I) schliesslich ist eine Haftung billigkeitshalber, die anstrebt, den freiwillig fremdnützig tätig werdenden Geschäftsführer wenigstens teilweise («nach Ermessen des Richters») für dabei erlittenen

---

<sup>1509</sup> Dazu SCHMID, Habil., Rz 531 ff. Der Autor bejaht in analoger Anwendung von OR 394 III einen Honoraranspruch des Geschäftsführers, wenn ein solches für die geleistete Tätigkeit üblich ist.

<sup>1510</sup> Dazu STÖCKLI H., Habil., Rz 47.

<sup>1511</sup> Anders freilich, wenn die *gläubigerverzugsrechtliche* Lücke nach dem hypothetischen Parteiwillen mit der (ggf. ergänzten) *Vergütungsabrede* ausgefüllt werden soll; das aber darf grundsätzlich nicht vorausgesetzt werden, sondern ist eine Frage des konkreten Einzelfalls. A.M. offenbar HAUCK/REBMANN, AJP 2018 (siehe Rz 1152), die auf S. 433 eine Lücke im Gläubigerverzugsrecht andeuten, dann aber auf S. 435 zur Lückenausfüllung auf vergütungsrechtliche Überlegungen abstellen.

<sup>1512</sup> FELLMANN, BK-OR, Art. 402 N 28, wenn auch dort mit Bezug auf den *auftragsrechtlichen* Aufwendungsersatz gemäss OR 402 I: Seine AGK habe der Auftragnehmer «aus der Summe der von allen Auftraggebern geleisteten Vergütungen zu bezahlen».



Schaden schadlos zu halten<sup>1513</sup>. In der gewillkürten Rechtsverbindung des Vertrags allerdings müssen Schadenersatzansprüche gegen den Gläubiger auf dessen pflichtwidriges Verhalten zurückzuführen sein und setzen zudem nach der Grundregel von OR 97 I ein Verschulden voraus. Eine analoge Anwendung dieses Schadenersatzanspruchs scheidet deshalb zumindest im *vertraglichen Gläubigerverzugsrecht* aus.

**3. Ein Verschulden** des Gläubigers ist für den Mehraufwendungsersatzanspruch des Dienstleistungsschuldners **nicht vorausgesetzt**. Das ergibt sich zunächst aus OR 92 I bzw. dessen teleologischen Ausweitung, sodann aus der Natur des gesetzlichen Aufwendungsersatzanspruchs im Allgemeinen und demjenigen in OR 422 I im Besonderen. Angesichts der erläuterten Teleologie dieses Anspruchs (Rz 1153) ist das sachgerecht, weil für den Schuldner auch im Falle des nicht verschuldeten Mitwirkungsversäumnisses ein Anreiz geschaffen werden muss, am Vertrag festzuhalten. Soweit das Verschuldenskriterium in den genannten Lösungsansätzen darauf zurückgeht, dass im Mitwirkungsversäumnis eine *Pflichtverletzung* zu erblicken sei, ist auf das Gesagte zu verweisen: Der Gläubiger unterliegt nur gerade in wenigen, gesetzlich besonders normierten Fällen einer Mitwirkungspflicht (Rz 194 ff.), nicht aber im Grundtatbestand von OR 91 (Rz 165 ff.), nicht als Besteller im Werkvertrag (Rz 555) und auch nicht als Bauherr im Bauwerkvertrag (Rz 620 ff.). Verschuldensabhängige Ersatzansprüche für nicht pflichtwidriges Verhalten sind im Schuldrecht vielmehr eine Seltenheit und sollten das auch bleiben, will man die dort im Grossen und Ganzen (vgl. Rz 145 f.) deutlich verlaufende Demarkationslinie zwischen pflichtgemäßem und pflichtwidrigem Verhalten nicht unnötig verwischen. In Ermangelung besonderer gesetzlicher Vorschriften sollten solche Ansprüche deshalb nicht zur beliebigen Ausfüllung von Entschädigungslücken herangezogen werden. Als besondere gesetzliche Vorschriften, aus denen solches im vorliegenden Zusammenhang abgeleitet werden könnte, **sind auch OR 95, 376 III und 378 II nicht zu verstehen**: 1159

**a.** Der Verweis in OR 95 auf die «Bestimmungen über den Verzug des Schuldners», nach denen der Schuldner «vom Vertrag zurückzutreten» kann, bezieht sich offensichtlich auf einen Fall der *Vertragsbeendigung*. Selbst wenn dem Schuldner auf diesem Wege der verschuldensabhängige Schadenersatzanspruch in OR 109 II analog eingeräumt würde, spräche sich dies 1160

<sup>1513</sup> SCHMID, Habil., Rz 510 ff.

nicht über die Voraussetzungen einer Entschädigung bei *fortbestehendem Vertrag* aus. Zweitens wird der Verweis heute zwar so ausgelegt, dass er den Schadenersatzanspruch von OR 109 II miteinschliesse (dazu Rz 209), doch ist nach der Gesetzeshistorie vielmehr anzunehmen, dass der Rücktritt des Schuldners – wie der Gläubigerverzug überhaupt – seit E-OR 1879 nicht mit einem Schadenersatzanspruch verbunden werden sollte (Rz 174 ff.). Drittens ist die Verquickung von Rücktritt in OR 95 einerseits und verschuldensabhängigem Schadenersatzanspruch in OR 109 II andererseits offensichtlich auf das Ansinnen zurückzuführen, die Position des *vorleistungspflichtigen* Schuldners im zweiseitigen Schuldverhältnis aufzubessern<sup>1514</sup>. Dafür besteht aber m.E. kein Bedarf. Insoweit der Gläubiger die Leistungsbewirkung *treuwidrig* verunmöglicht<sup>1515</sup> und damit den Schuldner in den Rücktritt nach OR 95 zu treiben droht, finden sich Lösungen in Analogie zu OR 82<sup>1516</sup> und 156<sup>1517</sup>. Verweigert der Gläubiger durch das Mitwirkungsversäumnis zugleich die Gegenleistung definitiv, stehen dem Schuldner die Behelfe des Schuldnerverzugs zur Verfügung (vgl. Rz 110). Unter Umständen ist der Schuldner gar zur Substituierung einzelner Mitwirkungsleistungen berechtigt (Rz 481 ff.). Abgesehen davon schliesslich, dass der Schuldner im Mitwirkungsverzug nicht prinzipiell schadlos zu halten ist, sind die Parteien auch

---

<sup>1514</sup> Wohl so zu verstehen WEBER, BK-OR, Art. 95 N 17 m.w.N.

<sup>1515</sup> Bspw. weil er den Schuldner schädigen will, oder weil er das Interesse am Erhalt der Leistung verloren hat, die Gegenleistung nicht ausrichten will oder beides zugleich.

<sup>1516</sup> Bsp.: Der Schuldner kann seine eigene Leistung nicht in Berufung auf OR 82 einbehalten, wenn er selbst es zu verantworten hat, dass die Gegenleistung des Gläubigers unmöglich geworden ist. Der Gläubiger behält in diesem Fall seinen Anspruch auf die Leistung (BGer 4C.291/2004 [01.11.2004] E. 2.4; SCHRANER, ZK-OR, Art. 82 N 95; SCHWENZER, Rz 64.29; STAUBER, Diss., Rz 583; WIEGAND, BSK-OR, Art. 119 N 14). Versperrt das treuwidrige Mitwirkungsversäumnis dem vorleistungspflichtigen Schuldner den Weg zur Gegenleistung, weshalb sollte nicht auch er (ggf. auch in Berufung auf das Rechtsmissbrauchsverbot) die fehlende Fälligkeit seines Anspruchs mit der Begründung überwinden können, dass der Gläubiger selbst deren Eintritt treuwidrig verhindere?

<sup>1517</sup> Bsp.: Setzt man den Eintritt der Gegenleistungsfälligkeit mit einer (Rechts-)Bedingung gleich, liesse sich in analoger Anwendung von OR 156 annehmen, dass die Gegenleistung in dem Moment fällig wird, da der Gläubiger den Fälligkeitseintritt durch die treuwidrige «Bedingungsmanipulation» (dazu Rz 369 ff.) – hier also durch das Mitwirkungsversäumnis – verhindert.

frei, eine für den Schuldner weniger riskante Erfüllungsabfolge als die Vorleistungspflicht zu wählen<sup>1518</sup>.

b. Dass für den gläubigerverzugsrechtlichen Entschädigungsanspruch das Verschulden des Gläubigers massgeblich wäre, ergibt sich *spezifisch für das Werkvertragsrecht auch nicht aus OR 376 III und 378 II*. Zum einen sind die dem Unternehmer dort gewährten Ansprüche – auch die verschuldensabhängigen Schadenersatzansprüche – genau genommen *vergütungsrechtlicher* Natur, wenn man mit der herrschenden Lehre unterstellt, dass der Besteller in Erfüllung dieser Tatbestände nicht pflichtwidrig handelt. Mit dem der Billigkeit verpflichteten Ausgleichsgedanken der Gläubigerverzugsregel haben sie insofern nichts gemein. Selbst aber wenn dem Besteller dort pflichtwidriges Handeln unterstellt würde, beziehen sich die verschuldensabhängigen Schadenersatzansprüche nur auf solche Kosten, die dem Unternehmer aus der vorzeitigen Vertragsbeendigung, also aus der definitiven Vereitelung des Leistungserfolgs entstehen. Nicht erfasst sind von diesem Anspruch demnach Nachteile, die dem Unternehmer bereits im Vorfeld der Vertragsbeendigung – bei fortbestehendem Vertrag – durch Mitwirkungsversäumnisse entstanden sind (z.G. Rz 574 ff./579 ff.). Das Verschuldenskriterium in OR 376 III und 378 II hat für die Tatbestandsvoraussetzungen des gläubigerverzugsrechtlichen Entschädigungsanspruchs im Mitwirkungsverzug deshalb keine Bedeutung.

4. Wie die gesetzlichen Regeln des Gläubigerverzugs überhaupt, ist auch der hier vertretene Entschädigungsanspruch **dispositiver Natur**. Er ist im streitigen Dienstleistungsverhältnis also nur beizuziehen, soweit das Gesetz nicht abweichende Regeln enthält, die Parteien den Anspruch nicht anders regeln oder für den betreffenden Vertrag nicht ein abweichender hypothetischer Parteiwille anzunehmen ist. Faktisch wird sich das Anwendungsgebiet der Regel häufig auf den *Festpreisunternehmer im Werkvertrag* beschränken<sup>1519</sup>. Dies deshalb, weil die gängigsten Dienstleistungsverhältnisse gesetzlich geregelt sind und das Gesetz dort Normen vorsieht, die entweder die hier interessierende Entschädigung anders regeln oder die Entschädigungsfrage auf andere Weise nicht aufkommen lassen. Das Erstgenannte findet sich im Einzelarbeitsvertrag: Gemäss OR 324 I bleibt der Arbeitgeber «zur Entrich-

<sup>1518</sup> Vgl. HÜFFER, Habil., S. 238 ff.

<sup>1519</sup> Entsprechend sind die hinten beleuchteten, ausländischen Regeln von BGB § 642 und ABGB § 1168 (dazu Rz 1173 ff.) nicht in den allgemeinen Regeln dieser Schuldrechtserlasse verankert, sondern in den besonderen Regeln des Werkvertragsrechts.

tung des Lohnes verpflichtet, ohne dass der Arbeitnehmer zur Nachleistung verpflichtet ist». Anstelle eines gläubigerverzugsrechtlichen Anspruchs wird hier ersatzweise (und exklusiv) die vertragliche Vergütungsabrede zur Anwendung gebracht und die Leistungspflicht des Arbeitnehmers im nun (zeitlich) unmöglich gewordenen Umfang eliminiert. Das Zweitgenannte findet sich etwa im Auftragsverhältnis. Dort entsteht dem Auftragnehmer kraft OR 402 I ein Anspruch auf Ersatz seiner Auslagen und Verwendungen<sup>1520</sup>, der auch die während des Mitwirkungsverzugs des Auftraggebers getätigten Ausgaben erfasst, soweit diese den Umständen nach geboten waren<sup>1521</sup>. Aufwandbasierte Vergütungsabreden im Auftrag und im Werkvertrag absorbieren zwar nicht rechtlich, aber faktisch die Streitfrage der gläubigerverzugsrechtlichen Entschädigung, indem sie dem Auftragnehmer bzw. dem Unternehmer für mitwirkungsbedingte Aufwände einen Vergütungsanspruch (vgl. Rz 1007 ff.) gewähren, der konkurrierend neben den hier postulierten Aufwendungsersatzanspruch hinzutritt und zudem inhaltlich weiter greift (zum Verhältnis: Rz 1410 ff.). Doch ist die Feststellung, dass der Anspruch grundsätzlich auch anderen Dienstleistungsschuldern als dem Unternehmer im Werkvertrag zusteht, möglicherweise nicht ohne Relevanz, weil sich die Entschädigungsfrage in Innominatverträgen über Dienstleistungen durchaus stellen kann<sup>1522</sup>.

- 1163 **5. Im Ergebnis** sind die Regeln von OR 91 ff. kraft richterlicher Rechtsfortbildung (ZGB 1 II/III) um einen verschuldensunabhängigen, dispositiven Mehraufwendungsersatzanspruch zugunsten des Dienstleistungsschuldners zu ergänzen. Zeitlich beschränkt er sich grundsätzlich auf Primäraufwendungen, mit Ausnahme fix damit verbundener Sekundäraufwendungen, die bereits im Zeitpunkt der Primäraufwendung absehbar sind. Inhaltlich umfasst der Anspruch alle Aufwendungen, die der Schuldner aufgrund des Mitwirkungsversäumnisses zur Aufrechterhaltung seiner Leistungsbereitschaft tätigt und die für diesen Zweck objektiv notwendig oder nützlich und den Verhältnissen angemessen sind, unter Vorbehalt seiner Kostenminderungsobliegen-

---

<sup>1520</sup> Der Anspruch umfasst freilich nicht Anteile für Gewinn und AGK (FELLMANN, BK-OR, Art. 402 N 28), sodass er für den Auftragnehmer nachteiliger ausfällt als ein (auskömmlich bemessener) Honoraranspruch (vgl. OR 394 III).

<sup>1521</sup> Vgl. GEHRER/GIGER, CHK-OR, Art. 402 N 4.

<sup>1522</sup> Die Bestimmung von OR 394 II ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung *nicht* so zu verstehen, dass es in Dienstleistungsverhältnissen keine Innominatkontrakte geben könnte (BGE 110 II 380/382 E. 2 m.w.N.; GEHRER/GIGER, CHK-OR, Art. 394 N 16 m.w.N.).

heit. Der Anspruch enthält keine Zuschläge für AGK, Gewinn und Risiko, wohl aber erstattet er nicht nur Barauslagen, sondern auch die Kosten der Arbeitszeit des Dienstleistungsschuldners.

#### 4. Ersatzanspruch des Bauunternehmers insbesondere

##### a. Praktische Durchführung

1. Für den Bauunternehmer im Bauwerkvertrag ist der hier postulierte Entschädigungsanspruch bedeutsam, denn er schuldet (wie der Unternehmer im Werkvertrag überhaupt) neben der Ablieferung, die eine Verschaffungsleistung ist, auch und zunächst einmal die **Herstellung des geschuldeten Bauwerks**. Solange dieses nicht vollendet ist, führt das Mitwirkungsversäumnis des Bauherrn zu den **gläubigerverzugsrechtlichen Regeln der Dienstleistungsschuld**. In Ermangelung des befürworteten Ersatzanspruchs stünde dem Unternehmer hier nur gerade die Kündigung nach OR 95 offen. Das Hinterlegungsrecht in OR 92 I/93 würde ihm, selbst wenn man es hier analog beiziehen wollte, in dieser Konstellation wenig nützen. Gleich, ob man nun den Unternehmer dazu berechtigen will, die Schlüssel zum Bauwerk nach OR 92 I zu hinterlegen<sup>1523</sup> oder nach OR 93 das Baugrundstück zu verkaufen und den Verkaufserlös zu hinterlegen<sup>1524</sup>; Das alles könnte dem Unternehmer nur helfen, wenn der Bauherr bei der *Ablieferung* des vollendeten Werks nicht mitwirkt. In der Herstellungsphase freilich fallen diese Lösungen ausser Betracht, weil das Werk noch gar nicht die geschuldete Qualität erreicht hat, d.h. der Unternehmer mit der Hinterlegung (wovon auch immer) seine Werkleistungspflicht nicht gehörig erfüllen würde. Dem Bauunternehmer wird die Kündigung nach OR 95 zunächst zuwider sein, weil er seine Bauarbeiten normalerweise lieber vollendet sieht (vgl. Rz 667, 670). Doch wird der Kostendruck auch ihn dazu treiben, den Vertrag aufzulösen, wenn ein Mitwirkungsverzug nur lange genug anhält oder die Mitwirkungsversäumnisse sich häufen (vgl. SIA-118 94 II). Im Werkvertrag ist der Anreiz, vom Vertrag abzugehen, für den Unternehmer gar noch ausgeprägter als im allgemeinen Schuldrecht, wenn man die Schadloshaltungsansprüche von

<sup>1523</sup> STAUBER, Diss., Rz 696.

<sup>1524</sup> GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz 2454.

OR 377 und 378 II auf die Kündigung nach OR 95 analog anwendet und den Unternehmer zum Ersatz des Vergütungsinteresses berechtigt<sup>1525</sup>.

- 1165 **2.** Hier greift der gläubigerverzugsrechtliche Anspruch auf **Mehraufwendungsersatz**: Im Bauwerkvertrag entsteht dem Unternehmer gegenüber dem Bauherrn ein Anspruch auf Ersatz desjenigen Mehraufwands, der für die Aufrechterhaltung seiner Leistungsbereitschaft im Gläubigerverzug nötig oder nützlich und angemessen ist. Der Anspruch entsteht dem Unternehmer unabhängig davon, ob den Bauherrn am Gläubigerverzug ein Verschulden trifft. Er verschafft dem Unternehmer die Gewissheit, dass der Bauherr die Kosten seiner fortgesetzten Leistungsbereitschaft trägt, und motiviert den Unternehmer, während des Verzugs am Vertrag festzuhalten und so den Leistungserfolg zu begünstigen. Im Werkvertrag drängt es sich auf, das objektiv Notwendige bzw. das objektiv Nützliche und Angemessene nach der Massgabe von OR 374 zu beurteilen, sodass hier das vergütungsrechtliche Begriffsverständnis der *Zweckmässigkeit und Angemessenheit* analog beizuziehen ist (vgl. Rz 1047 ff.). Der Mehraufwendungsersatzanspruch erstreckt sich insofern auf den vorne umschriebenen, mitwirkungsbedingten Mehraufwand gemäss Rz 751–818 bzw. den neuerdings direkten Mehraufwand im Sinne von Rz 819–833, also auf die **effektiven Selbstkosten** des Unternehmers, freilich mit der Einschränkung, dass grundsätzlich **nur primäre** Mehraufwendungen erfasst sind (vgl. Rz 750, 1153, 1155). Der Anspruch berechtigt den Unternehmer demgegenüber nicht zu AGK-, Gewinn- oder Risikozuschlägen. Konkret mit Blick auf die Vermögenseinbussen des Bauunternehmers:

- 1166 **a.** *Primäre Produktivitätsverluste* sind vom Anspruch vollständig erfasst. Die Einbusse des Unternehmers besteht bei Produktivitätsverlusten genau genommen nicht in einer Barauslage, sondern im entfallenen Nutzen einer Barauslage (Rz 759 ff.). Doch ist das vernachlässigbar, weil der entfallene Nutzen anhand der betroffenen Barauslage monetär genauso quantifiziert werden kann wie die Barauslage selbst<sup>1526</sup>; verwiesen sei auf die vergütungs- und schadensrechtlichen Überlegungen in Rz 1037 f. und 1274 ff. Ausgenommen sind freilich die Produktivitätsverluste, die dem Unternehmer beim Leis-

---

<sup>1525</sup> KOLLER A., Werkvertragsrecht, Rz 479 (m.V.a. OR 378); DERS., BK-OR, Art. 366 N 780 (dort noch m.V.a. OR 377 und 378 II).

<sup>1526</sup> Vgl. etwa KOLLER A., BK-OR, Art. 366 N 767, der unter der Konzeption der «Schadensanrechnung» (freilich analog auf OR 92 abgestützt) das verlängerte Vorhalten als ersatzfähige Position erachtet (zu dieser Auffassung schon Rz 1148).

tungsversuch *bis zum Zeitpunkt des eigentlichen Mitwirkungsversäumnisses* entstehen. Mitwirkungsverzug tritt erst mit dem Mitwirkungsversäumnis ein, weshalb der diesem Zeitpunkt vorgelagerte (wenn auch nutzlose) Aufwand für den Leistungsversuch nicht ersatzfähig ist, sondern nur der unproduktive Produktionsmitteleinsatz *ab* Eintritt des Mitwirkungsversäumnisses. Das lässt sich damit begründen, dass die Gläubigerverzugsregeln nicht antizipieren können und wollen, welche Partei durch den gescheiterten Leistungsversuch mehr oder weniger Nachteile erleidet (Rz 1135 ff.), weshalb dem Schuldner die Kosten des gescheiterten Leistungsversuchs und von zwecklos gewordenen Vorbereitungen (siehe Rz 1137) keineswegs *in toto* zu ersetzen sind.

*Sekundäre Produktivitätsverluste* sind nicht gedeckt; sie dienen nicht 1167 der Überbrückung des Mitwirkungsverzugs, sondern sind Spätfolgen der Tatsache, dass früher einmal ein Mitwirkungsverzug eingetreten ist.

**b.** *Ausserordentliche Erfüllungshandlungen* (Rz 782 ff.) sind gedeckt, *soweit* 1168 *sie der Überbrückung des Mitwirkungsverzugs dienen*. Das ist etwa bei Schutzmassnahmen, die sich auf Sicherung und Erhalt der bereits erbrachten Bauleistung oder eigener Produktionsmittel richten, der Fall, wenn sie aufgrund und während des Mitwirkungsverzugs ergriffen werden müssen<sup>1527</sup>. Eingeschlossen sind jedenfalls auch *primäre* Mehraufwendungen, die mit dem Rückgängigmachen einer Schutzmassnahme einhergehen, und ausnahmsweise auch *sekundäre* Aufwendungen (dazu Rz 750), wenn die Massnahme *nach* Beendigung des Mitwirkungsverzugs rückgängig gemacht werden muss (Rz 1155). Nicht gedeckt sind Schutzmassnahmen, die erst nach Beendigung des Mitwirkungsverzugs als Spätfolge (sekundäre Auswirkungen) hiervon ergriffen werden müssen, zum Beispiel, wenn sich Arbeiten in Schlechtwetterperioden verschieben und dort Witterungsschutzmassnahmen nötig werden.

*Transitionsmassnahmen* dienen begriffsgemäss immer der Überbrückung 1169 des Mitwirkungsverzugs. Sie sind analog zu den in Rz 1046 dargelegten, vergütungsrechtlichen Überlegungen ersatzfähig. Das bedeutet mitunter, dass nicht nur *primäre*, sondern ausnahmsweise auch *sekundäre* Transitionsmassnahmen ersatzfähig sind, nämlich wenn eine Transitionsmassnahme (zum Beispiel die Verlagerung der Mittel auf eine Drittbaustelle) rückgängig

<sup>1527</sup> Vgl. KOLLER A., BK-OR, Art. 366 N 768. STAUBER, Diss., Rz 848 f., 878–881, subsumiert dagegen Massnahmen für den Erhalt, die Sicherung und die Lagerung der Leistung nicht unter den gläubigerverzugsrechtlichen Anspruch.

gemacht werden muss (Remobilisierung), damit auf der ehemals gestörten Baustelle weitergearbeitet werden kann. In diesen Fällen ist der Gläubiger-  
verzug im Zuge der ersten Transitionsmassnahme (Demobilisierung) norma-  
lerweise weggefallen (Rz 1211). Trotzdem ist dem Unternehmer billigkeits-  
halber und aus denselben Motiven wie bei der Rückgängigmachung von  
sekundären Schutzmassnahmen (Rz 1168) und wie bei sekundären Feststel-  
lungsmassnahmen (Rz 1170) Ersatz zu gewähren.

- 1170 *Feststellungsmassnahmen* (Rz 795 ff.) sind ein Grenzfall, weil sie an  
sich nicht der Aufrechterhaltung der Leistungsbereitschaft im Mitwirkungs-  
verzug dienen. Sie sind angesichts der Teleologie des Aufwendungsersatzan-  
spruchs trotzdem ersatzfähig, weil dem Unternehmer die fortgesetzte Lei-  
stungsbereitschaft nur dann *zumutbar* ist, wenn ihm auch jene Kosten ersetzt  
werden, die er auf sich nehmen muss, um seinen Anspruch in einem allfälli-  
gen späteren Streit hinreichend zu substantzieren und zu verhandeln. Das gilt  
im Übrigen auch für (sekundäre) Feststellungsmassnahmen, die er nach  
Wegfall des Mitwirkungsverzugs trifft, insoweit sie sich auf ersatzfähige  
Mehraufwendungen beziehen. Ansonsten wäre der Unternehmer unter die-  
sem Anspruch ohne sachlichen Grund gezwungen, seinen Feststellungsauf-  
wand möglichst in der Periode des Mitwirkungsverzugs «unterzubringen»,  
was sich einer inneren Rechtfertigung entzöge.

- 1171 c. Dass die *Verteuerung ordentlicher Erfüllungshandlungen* (Rz 803 ff.)  
ihrem Zweck nach der Überbrückung des Mitwirkungsverzugs dient, wird  
nicht vorkommen. Endogene und exogene Kostensteigerungen treten regel-  
mässig erst als Sekundärfolge des Mitwirkungsversäumnisses auf, nament-  
lich in Folge von Bauzeitverschiebungen. Ohnehin können endogene Kos-  
tensteigerungen (so namentlich Beschleunigungsmassnahmen) und Fremd-  
leistungen an ordentlichen Erfüllungshandlungen begriffsgemäss erst dann  
eintreten, wenn die Werkausführung wieder möglich, d.h. der Mitwirkungs-  
verzug beendet ist<sup>1528</sup>. Zieht der Unternehmer im Rahmen einer Kostenmin-  
derungsmassnahme einen Arbeitsvorgang vor, fällt der Mitwirkungsverzug  
des Bauherrn weg (Rz 1211), sodass allfällige mit der Bearbeitung des alter-  
nativen Arbeitsvorgangs einhergehende, endogene oder exogene Kostenstei-  
gerungen nicht ersatzfähig sind. Exogene Kostensteigerungen immerhin  
können in die Zeit des Mitwirkungsverzugs fallen, indem der Nutzen der

---

<sup>1528</sup> A.M. KOLLER A., BK-OR, Art. 366 N 769, der über die «Schadensanrechnung» (frei-  
lich analog auf OR 92 abgestützt) die «Kosten aus Beschleunigungsmassnahmen,  
welche der Unternehmer im eigenen Interesse trifft», als ersatzfähig erachtet.



vom Produktivitätsverlust betroffenen Produktionsmittel durch den Preisanstieg bei ebendiesen Produktionsmitteln plötzlich teurer ausfällt. Solche Kosten werden freilich bereits über die primären Produktivitätsverluste (Rz 1166) erfasst.

3. Mitwirkungsbedingte Mehraufwendungen müssen *im Interesse des Bauherrn* erfolgen (vgl. OR 422 I; Rz 1156), sollen sie ersatzfähig sein. Das führt dazu, dass auch unter dem Aufwendungsersatzanspruch die **übrigen Vermögenseinbussen** des Unternehmers, wie sie in Rz 834 ff. umschrieben sind, prinzipiell **nicht ersatzfähig** sind, mögen sie nun primäre oder sekundäre Auswirkungen des Mitwirkungsversäumnisses sein. Entgangener Gewinn<sup>1529</sup>, Haftungsansprüche Dritter, Mehraufwand zugunsten von Dritten und mitwirkungsbedingte Personen- und Sachschäden dienen dem Unternehmer nicht zur Fortsetzung der Leistungsbereitschaft im mitwirkungsbedingt gestörten Bauwerkvertrag, ja erzielen im Regelfall weder für den Bauherrn noch für den Unternehmer irgendeinen Nutzen (Ausnahme für den letzteren: Mehraufwand zugunsten von Drittaufträgen, Rz 837 ff.). 1172

#### b. Vergleich mit BGB § 642 und ABGB § 1168 I

Bereits dargelegt wurde (Rz 609 ff.), dass das deutsche und das österreichische Werkvertragsrecht besondere Bestimmungen enthalten, die Entschädigungsfolgen zugunsten des Unternehmers vorsehen für den Fall, dass der Besteller seine Mitwirkungsobliegenheit verletzt. Weil diese Regeln in Teilen der schweizerischen Literatur zum Werkvertragsrecht diskutiert werden<sup>1530</sup>, bietet es sich an, den hier postulierten, «schweizerischen» Ersatzanspruch des Dienstleistungsschuldners mit dem deutschen und dem österreichischen Ersatzanspruch des Unternehmers zu vergleichen. Dies wird im Folgenden versucht. Eine Schwierigkeit, die sich dabei stellt, liegt darin, dass in der ausländischen Literatur und Rechtsprechung Uneinigkeit über wesentliche Aspekte dieser Entschädigungsregeln besteht. Die Schlüsse, die man aus diesem Vergleich zieht, hängen mithin auch davon ab, welcher der dortigen Rechtsauffassungen man folgt. 1173

<sup>1529</sup> Auch STAUBER, Diss., Rz 881, hält entgangenen Gewinn unter dem gläubigerverzugsrechtlichen Ersatzanspruch für nicht ersatzfähig, sondern nur unter dem von ihm vertretenen, verschuldensabhängigen Schadenersatzanspruch. Vgl. auch KOLLER A., OR AT, Rz 56.109.

<sup>1530</sup> Siehe z.B. GAUCH, Werkvertrag, Rz 1336 ff.; KOLLER A., BK-OR, Art. 366 N 778.

i. Grundriss von BGB § 642 und ABGB § 1168 I

1174 **1. BGB § 642** führt die Marginalie «Mitwirkung des Bestellers» und lautet wie folgt:

1175 «(1) Ist bei der Herstellung des Werkes eine Handlung des Bestellers erforderlich, so kann der Unternehmer, wenn der Besteller durch das Unterlassen der Handlung in Verzug der Annahme kommt, eine angemessene Entschädigung verlangen. (2) Die Höhe der Entschädigung bestimmt sich einerseits nach der Dauer des Verzugs und der Höhe der vereinbarten Vergütung, andererseits nach demjenigen, was der Unternehmer infolge des Verzugs an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwerben kann.»

1176 Die Norm verspricht dem Unternehmer im ersten Absatz eine angemessene Entschädigung für den Fall des Mitwirkungsverzugs des Bestellers, unabhängig davon, ob den Besteller am Verzug ein Verschulden trifft<sup>1531</sup>. Im zweiten Absatz legt das Gesetz besondere Kriterien fest, nach welchen der Anspruch zu bemessen ist. Die Norm baut auf der allgemeinen, gläubigerverzugsrechtlichen Entschädigungsregel in BGB § 304 auf. Hiernach kann der Schuldner vom säumigen Gläubiger Ersatz für Mehraufwendungen verlangen, «die er [der Schuldner] für das erfolglose Angebot sowie für die Aufbewahrung und Erhaltung des geschuldeten Gegenstands machen musste». Diese Entschädigungsregel bezweckt, dem Schuldner die Zeit des Mitwirkungsverzugs zumutbar zu machen, indem ihm gewisse, durch den Verzug verursachte Nachteile ausgeglichen werden. BGB § 642 ist eine *lex specialis* zu BGB § 304<sup>1532</sup> und führt den dort enthaltenen Rechtsgedanken im Werkvertrag zugunsten des Unternehmers fort bzw. entwickelt ihn weiter. Durch BGB § 642 soll dem Unternehmer eine **«angemessene Entschädigung für den zeitweiligen Verlust seiner Dispositionsfreiheit über Ar-**

---

<sup>1531</sup> Vgl. BUSCHE, MüKo-BGB, § 642 N 12 f.

<sup>1532</sup> BUSCHE, MüKo-BGB, § 642 N 5; GLANZMANN, RGRK-BGB, § 642 N 1. Vgl. auch GLÖCKNER, BauR 2014, S. 369 f.; LEUPERTZ/HALFMEIER, PWW-BGB, § 642 N 5; SCHWENKER/RODEMANN, Erman-BGB, § 642 N 1; TEICHMANN, Soergel-BGB, § 642 N 2. Vgl. auch die Fortführung der gläubigerverzugsrechtlichen *ratio legis* von BGB § 304 in den Bestimmungen von BGB § 615 und § 642: SCHNEIDER, BauR 2019, S. 350 f.

**beitskraft und Kapital»**<sup>1533</sup> zustehen. Im schweizerischen Recht fehlt es sowohl an einer mit BGB § 304 vergleichbaren Basisregel als auch an einer spezialvertraglichen Regelung wie in BGB § 642. Der Ersatzanspruch in OR 92 I jedenfalls bezieht sich auf die Kosten der Hinterlegung und des damit zusammenhängenden Gerichtsverfahrens (vgl. Rz 1133); das Pendant hierzu findet sich im deutschen Recht für den bürgerlichen Verkehr in den BGB § 372 ff.<sup>1534</sup>, für den kaufmännischen Verkehr in HGB § 373<sup>1535</sup>. Die Entschädigungsregel von BGB § 642 I ist dispositiver Natur<sup>1536</sup>.

**2. ABGB § 1168** führt die Marginalie «Vereitlung der Ausführung» und 1177 lautet in Abs. 1:

«Unterbleibt die Ausführung des Werkes, so gebührt dem Unternehmer 1178 gleichwohl das vereinbarte Entgelt, wenn er zur Leistung bereit war und durch Umstände, die auf Seite des Bestellers liegen daran verhindert worden ist; er muss sich jedoch anrechnen, was er infolge Unterbleibens der Arbeit erspart oder durch anderweitige Verwendung erworben oder zu erwerben absichtlich versäumt hat. Wurde er infolge solcher Umstände durch Zeitverlust bei der Ausführung des Werkes verkürzt, so gebührt ihm angemessene Entschädigung.»

Die Norm handelt in Satz 1 von der hier nicht weiter interessierenden, 1179 endgültigen Nichtvollendung des Werks, also der «Vereitlung der Ausführung» im engeren Sinne<sup>1537</sup>. Die in Satz 2 umschriebenen «Umstände» demgegenüber, die zur «Verkürzung» des Unternehmers führen, meinen in der Sache Mitwirkungsunterlassungen des Bestellers<sup>1538</sup>. Mit der «Verkürzung»

<sup>1533</sup> STICKLER, MessVoit-BGB, § 642 N 1 m.V.a. BUSCHE, MüKo-BGB, § 642 N 5. Vgl. auch PETERS/JACOBY, Staudinger-BGB, § 642 N 25 («Wartezeit» des Unternehmers); VOIT, BeckOK-BGB, § 642 N 1 («Dispositionsfreiheit»).

<sup>1534</sup> Vgl. die besonderen Kostenregeln für die Hinterlegung und die Versteigerung hinterlegungsunfähiger Sachen in BGB § 381 und 386.

<sup>1535</sup> HGB § 373: «(1) Ist der Käufer mit der Annahme der Ware im Verzug, so kann der Verkäufer die Ware auf Gefahr und Kosten des Käufers in einem öffentlichen Lagerhaus oder sonst in sicherer Weise hinterlegen. (2) Er ist ferner befugt, nach vorgängiger Androhung die Ware öffentlich versteigern zu lassen; [...]. (3) Der Selbsthilfeverkauf erfolgt für Rechnung des säumigen Käufers. [...].»

<sup>1536</sup> SPRAU, Palandt-BGB, § 642 N 1.

<sup>1537</sup> Vgl. REBHAIN/KIETAIBL, SchwiKo-ABGB, § 1168 N 11: die Vereitlung ist aufzufassen als «die nachträgliche Unmöglichkeit» der Werkleistung.

<sup>1538</sup> Vgl. REBHAIN/KIETAIBL, SchwiKo-ABGB, § 1168 N 24.

ist nicht nur der mitwirkungsbedingte Zeitverlust des Unternehmers<sup>1539</sup> angesprochen, sondern der für die Werkausführung anfallende Mehraufwand schlechthin<sup>1540</sup>. Auch dieser Anspruch wird als Ausweitung der Gläubigerverzugsregeln verstanden<sup>1541</sup>, und auch hier dominiert der Gedanke, dem Unternehmer die Folgen des Mitwirkungsverzugs zumutbar zu machen: Es sollen ihm **erhöhte Aufwendungen aus der Verzögerung oder auch Erschwerung der Werkerstellung vergütet werden**<sup>1542</sup>. Freilich knüpft der Zweck dieses Anspruchs anders als BGB § 642 nicht an eine bereits in den allgemeinen Gläubigerverzugsregeln verankerte, allgemeine Entschädigungsregel. Dort finden sich nämlich nur der relativ rudimentäre ABGB § 1419<sup>1543</sup> sowie das Hinterlegungsrecht des Schuldners, jeweils für den bürgerlichen (ABGB § 1425<sup>1544</sup>) und den kaufmännischen Verkehr (UGB § 373<sup>1545</sup>). Das ABGB schreibt im Gegensatz zu BGB § 642 II auch nicht vor, anhand wel-

---

<sup>1539</sup> Vgl. KREJCI, Rummel-ABGB, § 1168 N 24 f.

<sup>1540</sup> Vgl. KARASEK, Komm-ÖNORM, Pkt. 7.4.2 N 1306. Vgl. auch BYDLINSKI, KBB-ABGB, § 1168 N 7, wonach die Entschädigung auch dann geschuldet sei, wenn gar keine Verzögerung eintritt, weil eine solche durch Beschleunigungsmassnahmen verhindert wird (siehe auch KREJCI, Rummel-ABGB, § 1168 N 25). Weitgehend auch WENUSCH, Komm-ÖNORM, Pkt. 7 N 49: «[...] als Verkürzung ist dabei jeder Aufwand zu verstehen, der dem [Unternehmer] nicht entstanden wäre, wenn die betreffenden Umstände aus der Sphäre des [Bestellers] nicht eingetreten wären».

<sup>1541</sup> REBHAIN/KIETAIBL, SchwiKo-ABGB, § 1168 N 7 f.

<sup>1542</sup> KREJCI, Rummel-ABGB, § 1168 N 24 f. Vgl. auch BYDLINSKI, KBB-ABGB, § 1168 N 7 (gemeint sind «Erschwerisse und Behinderungen», «die typischerweise einen höheren Zeitaufwand («Zeitverlust») an Arbeits-, Warte- oder Fahrzeit zur Folge haben»).

<sup>1543</sup> ABGB § 1419: «Hat der Gläubiger gezögert, die Zahlung anzunehmen; so fallen die widrigen Folgen auf ihn.»

<sup>1544</sup> ABGB § 1425 («Gerichtliche Hinterlegung der Schuld»): «Kann eine Schuld aus dem Grunde, weil der Gläubiger unbekannt, abwesend, oder mit dem Angebotenen unzufrieden ist, oder aus andern wichtigen Gründen nicht bezahlt werden; so steht dem Schuldner bevor, die abzutragende Sache bey dem Gerichte zu hinterlegen; oder, wenn sie dazu nicht geeignet ist, die gerichtliche Einleitung zu deren Verwahrung anzusuchen. Jede dieser Handlungen; wenn sie rechtmässig geschehen und dem Gläubiger bekannt gemacht worden ist, befreyt den Schuldner von seiner Verbindlichkeit, und wälzt die Gefahr der geleisteten Sache auf den Gläubiger.»

<sup>1545</sup> UGB § 373 lautet gleich wie HGB § 373 (vgl. Fn 1535). Zusätzlich steht er unter der Marginalie «Annahmeverzug».

cher Kriterien der Anspruch des Unternehmers zu berechnen sei. Auch diese Entschädigungsregel ist dispositiver Natur<sup>1546</sup>.

3. Bemerkenswert ist, dass nach den *allgemeinen* Regeln sowohl des BGB 1180 als auch des ABGB zwar der Schuldner im Mitwirkungsverzug des Gläubigers grundsätzlich nicht berechtigt ist, **den Vertrag aufzulösen**<sup>1547</sup>, wohl aber der Unternehmer im Gläubigerverzug des Bestellers nach den *besonderen* Regeln des Werkvertragsrechts: Nach BGB § 643 ist der Unternehmer «im Falle des § 642 berechtigt, dem Besteller zur Nachholung der Handlung eine angemessene Frist mit der Erklärung zu bestimmen, dass er den Vertrag kündige, wenn die Handlung nicht bis zum Ablauf der Frist vorgenommen werde». Nach ABGB § 1168 II «ist der Unternehmer auch berechtigt, ihm [dem Besteller] zu Nachholung eine angemessenen [*sic*] Frist zu setzen mit der Erklärung, dass nach fruchtlosem Verstreichen der Frist der Vertrag als aufgehoben gelte». Die «angemessene Entschädigung», die dem Unternehmer in den vorgenannten Kompensationsbestimmungen versprochen wird, bildet demnach im hier postulierten Sinne ein Gegengewicht zum Kündigungsrecht des Unternehmers. Der Entschädigungsanspruch für die mitwirkungsbedingt erlittenen Nachteile mindert beim Unternehmer den Anreiz, sich vom Vertrag zu lösen, was den Geschäftserfolg begünstigt und zugleich die Parteiinteressen ausgewogener vermittelt als etwa die hiesige Regel von OR 95.

## ii. *Anspruchsnatur*

1. Die **Natur des Entschädigungsanspruchs in BGB § 642 I** wird unterschiedlich interpretiert. Teilweise wird der Anspruch als besonderer, weil ausnahmsweise verschuldensunabhängiger Schadenersatzanspruch aufgefasst<sup>1548</sup>. Nach anderer Auffassung müsse der Anspruch ein Vergütungsanspruch eigener Art sein, gerade weil das Verschuldensersfordernis fehlt und ausserdem die Bemessungskriterien in BGB § 642 II auf die «Höhe der Ver-

<sup>1546</sup> REBHAIN/KIETAIBL, SchwiKo-ABGB, § 1168 N 3.

<sup>1547</sup> GRÜNEBERG, Palandt-BGB, § 300 N 1 (wohl aber, wenn das Verhalten des Gläubigers zugleich eine Pflichtverletzung darstellt); REISCHAUER, Rummel-ABGB, § 1419 N 10.

<sup>1548</sup> BUSCHE, MüKo-BGB, § 642 N 16; GLANZMANN, RGRK-BGB, § 642 N 5; MANSEL, Jauernig-BGB, § 642 N 3 («eigenständiger Entschädigungsanspruch»); TEICHMANN, Soergel-BGB, § 642 N 6.

gütung» abstellen<sup>1549</sup>. Der BGH geht einen anderen Weg und spricht von einem «Anspruch sui generis»<sup>1550</sup>. Die Streitfrage kann und muss an dieser Stelle nicht beantwortet werden. Doch stimmt es aus dogmatischer Sicht zumindest skeptisch, wenn in BGB § 642 einerseits eine gläubigerverzugsrechtliche Spezialregel erblickt wird, andererseits von einem Schadenersatz- oder Vergütungsanspruch gesprochen wird, während das Gesetz hier keine eindeutige Zuordnung trifft. Ist die Norm tatsächlich als Erweiterung der gläubigerverzugsrechtlichen Entschädigungsgrundnorm in BGB § 304 zu verstehen, hat die «angemessene Entschädigung» weder mit pflichtwidrig verursachtem Schaden noch mit synallagmatisch begründetem Entgelt zu tun; eher geht es, wie in BGB § 304, um eine Art Kostenersatz für getätigte Aufwendungen<sup>1551</sup>. Mit Blick auf seinen Zweck (Kostenersatz/Ausgleich) steht der Anspruch damit näher bei einem klassischen Schadenersatzanspruch als bei einem Vergütungsanspruch. Mit ersterem hat er aber wiederum punkto Tatbestandsvoraussetzungen nichts gemein, greift er doch nicht nur verschuldensunabhängig, sondern setzt auch kein pflichtwidriges Bestellerverhalten voraus. Zudem spricht BGB § 642 dem Unternehmer lediglich eine «angemessene Entschädigung» zu, die schon diesem Wortlaut nach nicht mit den effektiv eingetretenen Einbussen übereinstimmen muss, noch dazu aber nach zwei besonderen Kriterien zu bemessen ist (Abs. 2: Dauer des Verzugs; Höhe der Vergütung). Vor diesem Hintergrund liegt der BGH

---

<sup>1549</sup> PETERS/JACOBY, Staudinger-BGB, § 642 N 24; RAAB, DLL-BGB, § 642 N 1: «(Zusatz-)Vergütung»; a.a.O., N 13: «Abfindung»; STICKLER, MessVoit-BGB, § 642 N 35–37, 40; SCHILDER, BauR 2007, S. 450–452.

<sup>1550</sup> BGH VII UR 16/17 (26.10.2017) = NZBau 2018, S. 26 f.; SIENZ, BauR 2014, S. 390 f. Sinngemäss GLÖCKNER, BauR 2014, S. 371: «Die grösste Ähnlichkeit mit dem Entschädigungsbegriff, wie er in der Praxis zu § 642 BGB entwickelt wurde, weist der ausserhalb des BGB, doch immerhin von den Zivilgerichten entwickelte Begriff der Entschädigung für Aufopferung und aufopferungsgleiche Eingriffe auf.» LEUPERTZ, BauR 2014, S. 385: Der Unternehmer erhalte eine Entschädigung, die «offenkundig weder Vergütung noch Schadenersatz ist». Ähnliche Einschätzung aus schweizerischer Sicht bei KOLLER A., BK-OR, Art. 366 N 778.

<sup>1551</sup> Zu BGB § 304: LAMMICH, Rz 208. Vgl. GRÜNEBERG, Palandt-BGB, § 304 N 2, der ausserdem ein Entgelt für die Arbeitskraft des Schuldners nur dann bejaht, «wenn die Leistung in seinen gewerblichen oder beruflichen Tätigkeitskreis fällt», was der Autor als Parallele zu den Regeln der GoA herausstreicht (BGB § 683). Vgl. aber neuerdings BGH VII ZR 16/17 (26.10.2017) = BauR 2018, S. 242 ff., Rz 45, wonach Anteile für AGK, Gewinn und Risiko im Entschädigungsanspruch eingeschlossen seien, womit der Anspruch augenscheinlich über einen blossen Verwendungsersatz hinausgeht. Siehe dazu SCHNEIDER, BauR 2019, *passim*.

der Sache vermutlich am nächsten, wenn er in BGB § 642 I einen Anspruch *sui generis* erblickt<sup>1552</sup>.

## 2. Über die Natur des Entschädigungsanspruchs in ABGB 1168 I Satz 2 1182

herrscht mehr Einigkeit. Ein Schadenersatzanspruch ist dem Normwortlaut zum Trotz («Entschädigung») zu verneinen, weil auf der Seite des Bestellers weder Pflichtwidrigkeit noch Verschulden vorausgesetzt sind<sup>1553</sup>. Es genügt, dass die «Verkürzung» des Unternehmers (vgl. ABGB § 1168) auf Umstände zurückgeht, die dem Besteller objektiv zurechenbar sind<sup>1554</sup>. Ein gläubiger-verzugsrechtlicher Ausgleichsanspruch dagegen wie etwa in BGB § 304 oder auch OR 92 I könnte in ABGB § 1168 I Satz 2 zunächst erblickt werden, zumal (i.) in der Literatur ABGB § 1168/1168a zu den Regeln des Gläubigerverzugs gezählt werden<sup>1555</sup> und (ii.) das ABGB den Anspruchstyp des Kostenersatzes in anderem Zusammenhang durchaus kennt<sup>1556</sup>. Doch ist man sich einig, dass die Bestimmung vielmehr darauf abzielt, das Wertverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung aufrecht zu erhalten. Massgeblich sei dabei die «subjektive Äquivalenz» der Leistungen, wie sie sich in der Preisvereinbarung der Parteien widerspiegle<sup>1557</sup>. Entsprechend spricht man im Kontext der Bestimmung von einem «Entgeltsanspruch»<sup>1558</sup>, einer «Entgelts-erhöhung»<sup>1559</sup> oder auch von «eine[r] Art <Aufpreis>»<sup>1560</sup>. Die Bestimmung

<sup>1552</sup> Siehe Fn 1550.

<sup>1553</sup> BYDLINSKI, KBB-ABGB, § 1168 N 2; KARASEK, Komm-ÖNORM, Pkt. 7.4.2 N 1306 f., 1309; KREJCI, Rummel-ABGB, § 1168 N 7; WENUSCH, Komm-ÖNORM, Pkt. 7 N 50. Von einem Verschulden im engeren Sinne wollen REBHAHN/KIETAIBL, SchwiKo-ABGB, § 1168 N 22, deshalb nicht sprechen, weil der Mitwirkungsverzug des Bestellers keine Pflichtverletzung darstelle; der Besteller müsse unter dieser Bestimmung nicht «sorgfaltswidrig» gehandelt haben.

<sup>1554</sup> KARASEK, Komm-ÖNORM, Pkt. 7.4.2 N 1305 f. («Sphäre» des Bestellers; vgl. WENUSCH, Komm-ÖNORM, Pkt. 7 N 53 f.).

<sup>1555</sup> Vgl. REBHAHN/KIETAIBL, SchwiKo-ABGB, § 1168 N 8: Annahmeverzug im engeren Sinne sei nur nach Werkvollendung möglich (so übrigens auch KREJCI, Rummel-ABGB, § 1168 N 1), «vorher» seien im Werkvertrag «nur die §§ 1168 und 1168a einschlägig». Doch löse richtigerweise auch das Ausbleiben von Vorbereitungshandlungen Annahmeverzug (wohl: im weiteren Sinne) aus.

<sup>1556</sup> Bspw. in ABGB §§ 336, 1036.

<sup>1557</sup> KARASEK, Komm-ÖNORM, Pkt. 7.4.2 N 1313.

<sup>1558</sup> REBHAHN/KIETAIBL, SchwiKo-ABGB, § 1168 N 38. Vermutlich mit dem «Erfüllungsanspruch» dasselbe gemeint: KARASEK, Komm-ÖNORM, Pkt. 7.4.2 N 1304.

<sup>1559</sup> BYDLINSKI, KBB-ABGB, § 1168 N 7.

<sup>1560</sup> KREJCI, Rummel-ABGB, § 1168 N 28.

enthält demnach eine besondere Vergütungsregel für einen gläubigerverzugsrechtlichen Tatbestand (vgl. für die Schweiz etwa OR 324), die als solche in den streitigen Werkvertrag nachrückt, wenn die Parteien nichts anderes vereinbart haben.

- 1183 **3.** Auch der **hier postulierte Mehraufwendungsersatzanspruch** ist kein Schadenersatzanspruch, denn für einen solchen ist in den schweizerischen Regeln des Gläubigerverzugs teleologisch, systematisch und geschichtshistorisch kein Platz (Rz 165 ff.). Der Aufwendungsersatzanspruch erfordert beim Dienstleistungsgläubiger weder eine Pflichtwidrigkeit noch ein Verschulden; es genügt die «objektive Obliegenheitswidrigkeit», die in der Verletzung seiner Mitwirkungsobliegenheit begründet liegt. Der Anspruch ist auch kein Vergütungsanspruch, denn sein Zweck geht nicht darauf hin, eine Verzerrung des vertraglichen Synallagmas zu verhindern bzw. wettzumachen, und steht mit der im Vertrag enthaltenen Vergütungsregel (ohne dahingehende Abrede) in keinem Zusammenhang. Idee dieses Anspruchs ist es vielmehr, den Vermögensstand des Schuldners, wie er ohne die mitwirkungsbedingten Aufwendungen bestünde, zu restaurieren, weil und insoweit er sein Vermögen im Interesse des Gläubigers gemindert hat. Es handelt sich um einen Anspruch auf Aufwendungsersatz, wie ihn das schweizerische Schuldrecht gesetzlich auch andernorts vorsieht<sup>1561</sup>. Der Anspruch tritt insofern als gesetzlicher, verschuldensunabhängiger Ausgleichsanspruch neben einen allfälligen Mehrvergütungs- und/oder Schadenersatzanspruch des Dienstleistungsschuldners. Besondere Bemessungskriterien, wie sie etwa BGB § 642 II vorsieht, sieht der Anspruch nicht vor; er ist prinzipiell nach dem Selbstkostenwert der effektiv eingetretenen Einbussen zu errechnen, wobei er besondere zeitliche und inhaltliche Limitierungen aufweist (Rz 1157, 1155 ff.).

*iii. Erfasste und nicht erfasste Vermögenseinbussen*

- 1184 **1.** Sowohl **BGB § 642** als auch **ABGB § 1168 I** gewähren dem Unternehmer **nur einen unvollständigen Ausgleich** der mitwirkungsbedingten Einbussen. Das lässt sich schon dem Wortlaut der Bestimmungen entnehmen, die dem Unternehmer eine lediglich «angemessene Entschädigung» versprechen. Auch eine zeitliche Limitierung kennen beide Ansprüche in der einen oder anderen Form: ABGB § 1168 I beschränkt den Anspruch ausdrücklich auf die «Verkürzung» des Unternehmers, die er «durch Zeitverlust bei der Aus-

---

<sup>1561</sup> Siehe die in Fn 1501 beispielhaft aufgeführten Gesetzesbestimmungen.



führung des Werks» erleidet. BGB § 642 präzisiert in Abs. 2, dass sich die Entschädigung auch nach der «Dauer des Verzugs» zu bestimmen habe. Beim deutschen Entschädigungsanspruch ist zwar streitig, ob er nur Nachteile erfasst, die dem Unternehmer während des Mitwirkungsverzugs entstehen, oder auch solche, die sich erst im Verlaufe der weiteren Werkausführung ergeben<sup>1562</sup>. Freilich anerkennen sogar die Postulate für die weitergehende Auslegung, dass die Norm eine «Risikozuordnung» bezweckt, «die nicht den vollen Ausgleich für alle Schäden und auch nicht das Erfüllungsinteresse gewährt»<sup>1563</sup>. Die Entschädigungsregel habe nicht allein den Schutz des Schuldners vor Augen; «[e]in sachgerechter Interessenausgleich fordert auch einen Schutz des schuldlosen Gläubigers vor der Belastung mit typischen Schadenersatzpositionen»<sup>1564</sup>. Solche zeitlichen und inhaltlichen Limitierungen haben die Ansprüche mit dem hier postulierten grundsätzlich gemeinsam. Im Einzelnen zeigen sich freilich Unterschiede:

**2. Primäre Produktivitätsverluste** sind unter dem BGB- und dem ABGB- 1185 Anspruch abgedeckt. Von BGB § 642 erfasst sind etwa die Kosten für das Vorhalten von Arbeitskräften und Kapital, namentlich von Geräten und Maschinen («Gerätestillstandskosten»), oder auch die «Wartezeit» des Unternehmers, zusätzliche Mietkosten für im Dritteigentum stehende Baustelleneinrichtung und Maschinen usw.<sup>1565</sup>. Im Wesentlichen dieselben Posten werden unter ABGB § 1168 erfasst, wo die Wartezeit des Unternehmers, Stehtage, erhöhte Aufwendungen durch Stehzeiten usw. zu den ersatzfähigen Positionen gezählt werden<sup>1566</sup>. Nicht unter BGB § 642 gefasst werden nor-

<sup>1562</sup> Für die weitere Auslegungsweise z.B. KAPPELLMANN/SCHIFFERS/MARKUS, Bd. 1, Rz 1650; LUBOJANSKI, FA-Komm-BGB, § 642 N 54. A.M. z.B. ALTHAUS, NZBau 2015, S. 71; BUSCHE, MüKo-BGB, § 642 N 17; SIENZ, BauR 2014, S. 401; STICKLER, MessVoit-BGB, § 642 N 43; VOIT, BeckOK-BGB, § 642 N 14. Anders SCHNEIDER, BauR 2019, S. 353 f., der wohl die Entschädigung aus BGB § 642 auf die Dauer des Mitwirkungsverzugs limitiert sieht, jedoch für die Zeit danach einen Anspruch aus BGB § 304 ableitet (a.a.O., S. 357 f.).

<sup>1563</sup> KNIFFKA/KOEBLE, Kompendium, 8 Rz 19 («Risikozuordnung nach Art einer Gefährdungshaftung»; eine Einschätzung, die von KAPPELLMANN/SCHIFFERS/MARKUS, Bd. 1, Rz 1282 [«ähnlich einer Gefährdungshaftung»] geteilt wird).

<sup>1564</sup> KNIFFKA/KOEBLE, Kompendium, 8 Rz 19.

<sup>1565</sup> KNIFFKA/KOEBLE, Kompendium, 8 Rz 37; PETERS/JACOBY, Staudinger-BGB, § 642 N 25; SCHWENKER/RODEMANN, Erman-BGB, § 642 N 5; SCHILDER, BauR 2007, S. 453; STICKLER, MessVoit-BGB, § 642 N 46.

<sup>1566</sup> BYDLINSKI, KBB-ABGB, § 1168 N 7; REBHACH/KIETAIBL, SchwiKo-ABGB, § 1168 N 38.

malerweise die Kosten des erfolglosen Angebots und die Kosten der Erhaltung der Werkleistung, weil diese Posten dem klaren Wortlaut der Bestimmung nach bereits über BGB § 304 liquidiert werden können, der von BGB § 642 nicht verdrängt, sondern lediglich ergänzt wird<sup>1567</sup>. In Zusammenhang mit ABGB § 1168 werden die Kosten des erfolglosen Angebots und der Erhaltung der Werkleistung in der Literatur soweit ersichtlich nicht thematisiert, doch werden wohl auch diese Kosten stillschweigend zum «Zeitverlust» zu zählen sein, um den der Unternehmer verkürzt wird, weil ja letztlich das gesamte gescheiterte Leistungsangebot verschwendete Zeit und mithin eine «Verkürzung» darstellen dürfte. **Sekundäre Produktivitätsverluste** werden im Zusammenhang mit BGB § 642 nicht erwähnt und sind dann nicht ersatzfähig, wenn man den Anwendungsbereich der Bestimmung auf die Dauer des Mitwirkungsverzugs limitiert, wie das überzeugend vertreten wird<sup>1568</sup>. Unter ABGB § 1168 aber werden auch sekundäre Produktivitätsverluste erfasst sein, weil der Unternehmer auch noch nach Beendigung des Mitwirkungsverzugs durch Zeitverlust «verkürzt» werden kann und die Bestimmung keine Limitierung auf die Zeit des Mitwirkungsverzugs vorsieht.

1186 Der *hier postulierte Entschädigungsanspruch* steht insofern dem deutschen näher als dem österreichischen, wenn man annimmt, dass der deutsche Anspruch auf primäre Einbussen beschränkt ist. Die Ansprüche unterscheiden sich allerdings dadurch, dass im deutschen Recht das erfolglose Leistungsangebot offenbar voll ersatzfähig ist, was freilich auf die ausdrückliche Gesetzesregel von BGB § 304 zurückzuführen ist, die es im schweizerischen Schuldrecht so nicht gibt (vgl. Rz 1176).

1187 **3. Ausserordentliche Erfüllungshandlungen** werden im deutschen Recht bereits unter BGB § 304 gefasst, soweit sie sich in Massnahmen erschöpfen, die der Unternehmer mitwirkungsbedingt «für die Aufbewahrung und Erhaltung des geschuldeten Gegenstands» trifft. Gehen sie darüber hinaus, fallen sie unter BGB § 642<sup>1569</sup>; als Anwendungsbeispiel wird die vorläufige Obhut

---

<sup>1567</sup> DÖRING, IngKor-VOB/B, § 6 Abs. 6 N 64; KNIFFKA/KOEBLE, Kompendium, 8 Rz 36 (Bsp.: die nutzlose Anfahrt auf die Baustelle); PETERS/JACOBY, Staudinger-BGB, § 642 N 29; STICKLER, MessVoit-BGB, § 642 N 56; VOIT, BeckOK-BGB, § 642 N 18.

<sup>1568</sup> Mit einleuchtender rechtshistorischer Begründung v.a. SCHNEIDER, Diss., S. 64–67. Demgegenüber erklärt der Autor manche mitwirkungsbedingte Einbussen, die sich erst nach Beendigung des Mitwirkungsverzugs einstellen, unter BGB § 304 für ersatzfähig.

<sup>1569</sup> So VOIT, BeckOK-BGB, § 642 N 18.

über das stillliegende Werk genannt<sup>1570</sup>. Erwähnt werden auch Sachverständigenkosten<sup>1571</sup>, was sich wohl für Feststellungsmassnahmen überhaupt verallgemeinern lässt. Mehraufwendungen für die Verwaltung werden unter BGB § 642 generell zugesprochen, sodass wohl auch Verwaltungsmassnahmen (dazu Rz 801, 818) erfasst sind, die auf ausserordentliche Erfüllungshandlungen entfallen<sup>1572</sup>. Im Zusammenhang mit ABGB § 1168 werden etwa Winterbaumassnahmen als ersatzfähige Position genannt<sup>1573</sup>. Generell aber sind hierunter wohl alle ausserordentlichen Erfüllungshandlungen ersatzfähig, wenn sie dem Unternehmer einen «Zeitverlust» verursachen, was regelmässig der Fall sein wird. Direkte Verwaltungskosten als solche werden in der Literatur zu ABGB § 1168 nicht thematisiert, doch ist davon auszugehen, dass auch sie vom Anspruch erfasst sind, soweit sie der Organisation, Durchführung und Überwachung von ersatzfähigen ausserordentlichen Erfüllungshandlungen dienen<sup>1574</sup>.

Der hier postulierte Aufwendungsersatzanspruch erfasst grundsätzlich 1188  
 lich alle ausserordentlichen Erfüllungshandlungen, soweit sie der Überbrückung des Mitwirkungsverzugs dienen – was regelmässig der Fall sein wird – und nicht als sekundäre Spätfolge des Mitwirkungsverzugs auftreten. Ausnahmsweise sind auch sekundäre Einbussen ersatzfähig (dazu Rz 1168 ff.).

**4. Bei der Verteuerung ordentlicher Erfüllungshandlungen** bestehen zwi- 1189  
 schen den Ansprüchen bedeutsame Unterschiede. Unter BGB § 642 fallen exogene Kostensteigerungen nur insofern, als sie während der Zeit des Mitwirkungsverzugs entstehen; entstehen sie erst hinterher, sind sie nicht ersatzfähig<sup>1575</sup>. Dasselbe gilt für endogene Kostensteigerungen, allen voran Be-

<sup>1570</sup> PETERS/JACOBY, Staudinger-BGB, § 642 N 29.

<sup>1571</sup> VYGEN/JOUSSEN/LANG/RASCH, Rz B343.

<sup>1572</sup> «Verwaltungskosten» bei SCHWENKER/RODEMANN, Erman-BGB, § 642 N 5; STICKLER, MessVoit-BGB, § 642 N 46.

<sup>1573</sup> KARASEK, Komm-ÖNORM, Pkt.7.4.2 N 1306.

<sup>1574</sup> Vgl. z.B. KARASEK, Komm-ÖNORM, Pkt. 7.4.2 N 1306, der die «Änderung des Arbeitskonzepts» als ersatzfähige Mehraufwendung erachtet, was letztlich (auch) eine Verwaltungsmassnahme darstellt.

<sup>1575</sup> Bspw. BUSCHE, MüKo-BGB, § 642 N 17; STICKLER, MessVoit-BGB, § 642 N 43, 46 («tarifliche Lohnerhöhungen»). A.M. z.B. SCHILDER, BauR 2007, S. 453, von der Vorstellung ausgehend, dass die Entschädigung den Unternehmer auch vor indirekten finanziellen Nachteilen schützen soll; VYGEN/JOUSSEN/LANG/RASCH, Rz B342. Anders SIENZ, BauR 2014, S. 400, der «Preiserhöhungen für Baumaterial und Lohnsteigerungen während eines Annahmeverzugs» überhaupt nicht kompensiert wissen will.

schleunigungsmassnahmen, die der Unternehmer später zum Ausgleich der mitwirkungsbedingten Verzögerung trifft. Solche Kostensteigerungen sind unter BGB § 642 nicht ersatzfähig, weil sie in die Zeit der fortgesetzten Werkausführung fallen<sup>1576</sup>. Unter ABGB § 1168 I dagegen sind einerseits Preissteigerungen ersatzfähig, die sich «aufgrund der dem Besteller zuzurechnenden Verzögerung bei der nachfolgenden Herstellung» einstellen<sup>1577</sup>. Endogene Kostensteigerungen andererseits, insbesondere Beschleunigungskosten («Forcierungsmassnahmen»), die naturgemäss nach Beendigung des Mitwirkungsverzugs entstehen, sind zumindest insoweit ersatzfähig, als sie dazu dienen, die Verzögerung (ABGB § 1168 I: den «Zeitverlust») zu vermeiden bzw. zu reduzieren<sup>1578</sup>. Ersatzfähig ist dabei auch die spätere Änderung des Arbeitskonzepts<sup>1579</sup>, der zusätzliche Inventar- und Personalaufwand<sup>1580</sup> und der Beizug eines Subunternehmers<sup>1581</sup>. Ähnlich weit fiele die Ersatzberechtigung dieser Posten unter BGB § 642 nur dann aus, wenn mit einer Minderheitsauffassung die Vorstellung aufgegeben wird, der Anspruch beschränke sich nur auf Nachteile, die in der Zeit des Mitwirkungsverzugs entstehen<sup>1582</sup>. Mehraufwendungen für direkte Verwaltungskosten werden unter BGB § 642 generell zugesprochen, sodass wohl auch Verwaltungsmassnahmen erfasst sind, die auf die erwähnten Verteuerungen entfallen<sup>1583</sup>. Im Zusammenhang mit ABGB § 1168 I werden Kosten für die Verwaltung

---

Vgl. SCHNEIDER, BauR 2014, S. 357 f., der solche Kosten nicht über BGB § 642, sondern über § 304 liquidiert.

<sup>1576</sup> Etwa betreffend Überstunden: STICKLER, MessVoit-BGB, § 642 N 47, der den Anspruch limitiert auf «Nachteile, die bis zum Ende des Annahmeverzugs entstehen». Vgl. auch MANSEL, Jauernig-BGB, § 642 N 3; PETERS/JACOBY, Staudinger-BGB, § 642 N 25 (keine späteren Beschleunigungskosten); SCHILDER, BauR 2007, S. 453.

<sup>1577</sup> REBHAHN/KIETAIBL, SchwiKo-ABGB, § 1168 N 39 (H.h.).

<sup>1578</sup> BYDLINSKI, KBB-ABGB, § 1168 N 7. REBHAHN/KIETAIBL, SchwiKo-ABGB, § 1168 N 39, limitieren den Anspruch («Überstunden») auf den Betrag, den der Unternehmer erhalte, wenn er die Verzögerung nicht zu vermeiden suchte, sondern in Kauf nähme.

<sup>1579</sup> KARASEK, Komm-ÖNORM, Pkt. 7.4.2 N 1306.

<sup>1580</sup> Vgl. KREJCI, Rummel-ABGB, § 1168 N 25 («verstärkter Arbeitseinsatz», etwa durch stärkere Maschinen); vgl. auch KARASEK, Komm-ÖNORM, Pkt. 7.4.2 N 1306.

<sup>1581</sup> KARASEK, Komm-ÖNORM, Pkt. 7.4.2 N 1306.

<sup>1582</sup> Bspw. so bei KNIFFKA/KOEBLE, Kompendium, 8 Rz 36, 38: Lohn- und Materialpreissteigerungen, «die durch den verlängerten Ausführungszeitraum ins Gewicht fallen» (soweit ersichtlich auch auf BGB § 304 abgestützt). Unter BGB § 642 jedenfalls verneint in BGH VII ZR 16/17 (26.10.2017) = NZBau 2018, S. 25 ff.

<sup>1583</sup> «Verwaltungskosten» bei SCHWENKER/RODEMANN, Erman-BGB, § 642 N 5; STICKLER, MessVoit-BGB, § 642 N 46.

solcher Verteuerungen in der Literatur kaum thematisiert. Doch ist aufgrund der vergütungsrechtlichen Natur des Anspruchs (siehe Rz 1182) davon auszugehen, dass auch sie vom Anspruch erfasst sind, soweit sie der Bewältigung von ersatzfähigen (endogenen oder exogenen) Verteuerungen dienen<sup>1584</sup>.

Der hier postulierte Ersatzanspruch erfasst Verteuerungen ordentlicher Erfüllungshandlungen grundsätzlich nur, insoweit sie während des Mitwirkungsverzugs eintreten. Exogene Kostensteigerungen während Stehzeiten oder Leistungserschwerungen sind denkbar, doch werden solche Einbussen schon unter dem Titel der *primären Produktivitätsverluste* erfasst. Endogene Kostensteigerungen entstehen demgegenüber anlässlich der eigentlichen Herstellungstätigkeit des Unternehmers, bleiben also gerade aus, wenn und solange mitwirkungsbedingt nicht gearbeitet werden kann. Wenn sie sich nach Wegfall des Mitwirkungsversäumnisses dann einstellen, zum Beispiel daraus, dass der Unternehmer den Bau beschleunigt, sind sie unter dem gläubigerverzugsrechtlichen Anspruch nicht ersatzfähig.

5. Unterschiedlich fallen die drei Ersatzansprüche mit Blick darauf aus, ob **AGK entschädigt, Gewinnanteile gewährt und das allgemeine Geschäftsrisiko honoriert** werden sollen. Unter BGB § 642 werden AGK «ersetzt» oder besser: abgegolten, indem unter dieser Bestimmung dem Kausalitätsproblem zum Trotz (dazu Rz 828) AGK-Zuschläge zu den ersatzfähigen Selbstkosten addiert werden<sup>1585</sup>. Ob auch Zuschläge für Gewinn und Wagnis dazuzurechnen sind, ist streitig. Eine verbreitete Auffassung verneint dies<sup>1586</sup>, zuweilen mit Verweis darauf, dass der Unternehmer diese Zuschläge bereits über die vereinbarte (sozusagen «reguläre») Vergütung erziele. Doch lässt der BGH nach einem neueren Entscheid solche Zuschläge zu, wenn sie

<sup>1584</sup> Vgl. z.B. KARASEK, Komm-ÖNORM, Pkt. 7.4.2 N 1306 in Fn 1569.

<sup>1585</sup> DÖRING, IngKor-VOB/B, § 6 Abs. 6 N 60, 62; KAPPELLMANN/SCHIFFERS/MARKUS, Bd. 1, Rz 1650; KNIFFKA/KOEBLE, Kompendium, 8 Rz 38; PETERS/JACOBY, Staudinger-BGB, § 642 N 25; SCHILDER, BauR 2007, S. 453; SCHNEIDER, Diss., S. 69 f., zumindest für den Fall, dass die vereinbarte Vergütung AGK-Anteile vorsieht; STICKLER, MessVoit-BGB, § 642 N 46; VYGEN/JOUSSEN/LANG/RASCH, Rz B335; BGH VII ZR 16/17 (26.10.2017) Rz 45.

<sup>1586</sup> BUSCHE, MüKo-BGB, § 642 N 17; LEUPERTZ/HALFMEIER, PWW-BGB, § 642 N 6; MANSEL, Jauernig-BGB, § 642 N 3; SIENZ, BauR 2014, S. 400; STICKLER, MessVoit-BGB, § 642 N 42; VYGEN/JOUSSEN/LANG/RASCH, Rz B338.

in der Kalkulation des Unternehmers vorgesehen sind<sup>1587</sup>. Im Anwendungsbereich von ABGB § 1168 werden die Zuschläge in der Literatur kaum thematisiert, was vermutlich damit zusammenhängt, dass der Anspruch dort strenger an die vereinbarte Vergütung geknüpft wird (Rz 1182/1198); AGK-, Gewinn- und Wagniszuschläge werden dementsprechend zugelassen, wenn und insoweit sie auch Bestandteil des Grundpreises sind.

1192 Für den hier postulierten Aufwendungsersatzanspruch ist demgegenüber nicht massgeblich, ob und inwiefern AGK-, Gewinn- und Risikoanteile in die Vergütung kalkuliert wurden oder nicht. Beim Aufwendungsersatz erzielt der ersatzberechtigte Schuldner solche Zuschläge ausschliesslich über ein *allfälliges Honorar*. Ein solches aber ist ihm im Kontext des Gläubigerverzugs zu versagen und fällt allein in den Regelungsbereich des zugrundeliegenden Vertrags (Rz 1158). Die effektiven, ersatzfähigen Selbstkosten des Unternehmers sind also nicht mit AGK-, Gewinn- und Risikozuschlägen zu beaufschlagen.

1193 6. Sowohl für BGB § 642<sup>1588</sup> als auch für ABGB § 1168 I<sup>1589</sup> entspricht es offenbar einhelliger Auffassung und auch der Rechtsprechung, dass die Ansprüche der in Deutschland bzw. Österreich geltenden **Umsatzsteuer** unterliegen, soweit im konkreten Einzelfall die Voraussetzungen der Steuerpflicht erfüllt sind.

1194 Für den hier postulierten Aufwendungsersatzanspruch soll an dieser Stelle keine steuerrechtliche Vertiefung vorgenommen werden, doch ist Folgendes anzumerken: Die Prämisse, dass Schadenersatzzahlungen generell nicht ein Entgelt für dargebrachte Leistungen sind (vgl. MWSTG 18 II lit. i)<sup>1590</sup>, trifft im Zusammenhang mit der Verletzung einer *Mitwirkungspflicht* nicht zu, insoweit sich der Schadenersatzanspruch auf Mehraufwand

---

<sup>1587</sup> BGH VII ZR 16/17 (26.10.2017) Rz 45 (präziser als noch in BGH VII ZR 185/98 [21.10.1999]: «entgangenen Gewinn und Wagnis», wo nicht deutlich wurde, dass nur *lucrum cessans* nicht ersatzfähig sein soll, wohl aber vergütungsrechtliche Gewinnanteile geschuldet sein sollen). GLM. DÖRING, IngKor-VOB/B, § 6 Abs. 6 N 60, 62; KAPPELLMANN/SCHIFFERS/MARKUS, Bd. 1, Rz 1650; KNIFFKA/KOEBLE, Kompendium, 8 N 39; PETERS/JACOBY, Staudinger-BGB, § 642 N 25; SCHILDER, BauR 2007, S. 456; SCHNEIDER, Diss., S. 72–74.

<sup>1588</sup> BGH VII ZR 280/05 (24.01.2008); SCHILDER, BauR 2007, S. 457; SCHWENKER/RODEMANN, Erman-BGB, § 642 N 5; STICKLER, MessVoit-BGB, § 642 N 50; VOIT, Beck-OK-BGB, § 642 N 14. Kritisch: HUMMEL/HÜRTER, NZBau 2008, S. 304 ff.

<sup>1589</sup> BYDLINSKI, KBB-ABGB, § 1168 N 7; KREJCI, Rummel-ABGB, § 1168 N 25.

<sup>1590</sup> Vgl. auch SCHUMACHER/KÖNIG, Rz 329a.

bezieht (Rz 1308). Für den gläubigerverzugsrechtlichen Ersatzanspruch, der begriffsgemäss nur Mehraufwand abdeckt, lässt sich dieselbe Überlegung anstellen. Steuerrechtlich liesse sich deshalb vertreten, dass der Aufwendungsersatz ein Entgelt im Sinne von MWSTG 3 lit. f sei, das im Austauschverhältnis mit mehrwertsteuerpflichtigen Leistungen im Sinne von MWSTG 3 lit. c<sup>1591</sup> steht. Demzufolge wäre der Aufwendungsersatz der Mehrwertsteuer unterworfen, soweit die übrigen Voraussetzungen der Steuerpflicht im Einzelfall gegeben sind. In diesem Fall müsste die Summe der ersatzfähigen Aufwendungen mit dem anwendbaren, gesetzlichen Mehrwertsteuersatz beaufschlagt werden.

**7. Was die Ersatzfähigkeit übriger Vermögenseinbussen des Unternehmers** 1195 (Rz 834 ff.) betrifft: Die überwiegende Auffassung in Deutschland geht davon aus, dass unter BGB § 642 entgangener Gewinn aus potenziellen Drittaufträgen nicht ersatzfähig ist<sup>1592</sup>. Verneint wird ebenso die Ersatzfähigkeit einer Haftung, die beim Unternehmer mitwirkungsbedingt gegenüber Dritten begründet wird<sup>1593</sup>. In der Literatur zu ABGB § 1168 werden übrige Vermögenseinbussen kaum thematisiert. Doch ist anzunehmen, dass sie auch hier nicht erfasst sind, wird doch einhellig von einem Vergütungs- und nicht von einem Schadenersatzanspruch ausgegangen (Rz 1182). Auch dürften sich die übrigen Vermögenseinbussen nicht als «Verkürzung» des Unternehmers auf der konkreten Baustelle auswirken (wenn auch möglicherweise auf anderen, vertragsfremden Baustellen).

Das entspricht *dem hier postulierten Aufwendungsersatzanspruch*; 1196 auch er kompensiert den Unternehmer nur für die Nachteile, die ihm widerfahren, weil er seine Leistungsbereitschaft *zugunsten der konkreten Werkausführung* aufrechterhält. Für den Ersatz von werkfremdem Aufwand bzw. von Gewinnausfall verbleibt hier kein Raum (Rz 1172).

<sup>1591</sup> «Leistung: die Einräumung eines verbrauchsfähigen wirtschaftlichen Wertes an eine Drittperson in Erwartung eines Entgelts, auch wenn sie von Gesetzes wegen oder aufgrund behördlicher Anordnung erfolgt».

<sup>1592</sup> KAPELLMANN/SCHIFFERS/MARKUS, Bd. 1, Rz 1650; KNIFFKA/KOEBLE, Kompendium, 8 Rz 39; VOIT, BeckOK-BGB, § 642 N 14; zur BGH-Rechtsprechung siehe Fn 1587.

<sup>1593</sup> STICKLER, MessVoit-BGB, § 642 N 41.

iv. *Bemessung der Entschädigung*

- 1197 **1.** Zur Frage, wie der Anspruch aus **BGB § 642** im Einzelnen zu berechnen und zu bemessen ist, gibt schon der Normwortlaut Anlass: Die Entschädigung soll nach Abs. 1 «angemessen» sein und nach Abs. 2 in Abhängigkeit von der «Dauer des Verzugs» und der «Höhe der vereinbarten Vergütung» bestimmt werden. Es herrscht keine Einigkeit darüber, welche Berechnungsweise die Vorschrift anstrebt. Die wohl vorherrschende Auffassung geht auf die Verbindung von tatsächlichem Mehreinsatz und objektivierten Kostenansätzen hin, wie sie zum Beispiel auch SIA-118 58 II nach sich zieht (siehe Rz 1108–1110): Der tatsächliche Mehreinsatz des Unternehmers sei exakt zu errechnen (d.h. Qualität, Quantität und Dauer seiner Bereithaltungsleistung) und anschliessend mit Ansätzen zu multiplizieren, wie sie in der Kalkulation des Unternehmers enthalten sind oder nötigenfalls im Sinne von BGB § 632 II<sup>1594</sup> beigezogen werden könnten. Auf den tatsächlichen Geldaufwand des Unternehmers kommt es dabei also nicht an<sup>1595</sup>; vielmehr habe der Gesetzgeber den Streit über tatsächliche Kosten gerade vermeiden wollen<sup>1596</sup>. Im Kontrast hierzu stehen die Minderheitsauffassungen, nach denen auf die tatsächlichen Kosten des Unternehmers abzustellen sei<sup>1597</sup> oder von einer «streng mathematischen Berechnung» gänzlich abgesehen und die Veranschlagung stärker dem gerichtlichen Ermessen überlassen werden soll<sup>1598</sup>.
- 1198 **2.** Der Wortlaut von **ABGB § 1168 I** belässt es demgegenüber bei der «Angemessenheit» der Entschädigung und knüpft deren Berechnung nicht an besondere Kriterien. In der Literatur wird trotzdem häufig vertreten, ein reiner Ermessensentscheid käme nicht in Frage, sondern es seien sachliche Kriterien für die Berechnung zu erarbeiten<sup>1599</sup>. Dabei wird vor allem auf die

---

<sup>1594</sup> BGB § 632 II (eine werkvertragliche Bestimmung zur Vergütung): «Ist die Höhe der Vergütung nicht bestimmt, so ist bei dem Bestehen einer Taxe die taxmässige Vergütung, in Ermangelung einer Taxe die übliche Vergütung als vereinbart anzusehen».

<sup>1595</sup> BUSCHE, MüKo-BGB, § 642 N 17; PETERS/JACOBY, Staudinger-BGB, § 642 N 25; SCHILDER, BauR 2007, S. 452; STICKLER, MessVoit-BGB, § 642 N 40. Eingehend zum Berechnungsverfahren VYGEN/JOUSSEN/LANG/RASCH, Rz B314–345.

<sup>1596</sup> KNIFFKA/KOEBLE, Kompendium, 8 Rz 37.

<sup>1597</sup> Bspw. SIENZ, BauR 2014, S. 399.

<sup>1598</sup> So bei ALTHAUS, NZBau 2015, S. 69.

<sup>1599</sup> KREJCI, Rummel-ABGB, § 1168 N 29.



Dauer des Mitwirkungsverzugs und auf die Vergütungsabrede verwiesen<sup>1600</sup>, womit auch hier die Entschädigung nicht an die tatsächlichen Mehrkosten des Unternehmers anknüpfen muss<sup>1601</sup>. Lediglich angedeutet wird zuweilen, dass die Entschädigung weitergehend dem Ermessen des Gerichts anheimfalle, wenn der Kalkulation des Unternehmers nichts Einschlägiges zu entnehmen ist<sup>1602</sup>.

3. Einigkeit herrscht bei beiden Bestimmungen darüber, dass sich der Unternehmer bei der Berechnung der Entschädigung allfällige **Vorteile anrechnen** lassen muss, die ihm durch den Mitwirkungsverzug zufallen. Vorteile sind einerseits Aufwendungen, die er mitwirkungsbedingt bis zur Vollen- 1199  
dung des Werks nicht tätigen muss, aber hätte tätigen müssen, wäre der Mitwirkungsverzug nicht gewesen. Vorteile sind aber auch, was er durch die anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft, die ihm während des Mitwirkungsverzugs offensteht, erworben hat oder auch hätte erwerben können. Bei BGB § 642 ergibt sich die Vorteilsanrechnung bereits aus dem Wortlaut von Abs. 2<sup>1603</sup>. Bei ABGB § 1168 ergibt sich das in analoger Anwendung von Satz 1/Halbsatz 2 auf den Satz 2<sup>1604</sup>. Ob dem Unternehmer das Versäumnis, potenzielle Ersparnisse bzw. Erwerbnisse zu erzielen, in der einen oder anderen Weise vorwerfbar sein muss, wird unter beiden Bestimmungen unterschiedlich aufgefasst<sup>1605</sup>.

<sup>1600</sup> ADLER/HÖLLER, KlaGschni-ABGB, § 1168 N III; BYDLINSKI, KBB-ABGB, § 1168 N 7; KREJCI, Rummel-ABGB, § 1168 N 29; REBHahn/KIETAIBL, SchwiKo-ABGB, § 1168 N 38.

<sup>1601</sup> KARASEK, Komm-ÖNORM, Pkt. 7.4.2 N 1313.

<sup>1602</sup> KREJCI, Rummel-ABGB, § 1168 N 29 («[...] sofern diese [Kalkulationsgrundlagen] auch für die Bestimmung der «Entschädigung» überhaupt herangezogen werden können»); REBHahn/KIETAIBL, SchwiKo-ABGB, § 1168 N 38 («[...] ansonsten ist von einem angemessenen Entgelt auszugehen»).

<sup>1603</sup> BUSCHE, MüKo-BGB, § 642 N 18; KNIFFKA/KOEBLE, Kompendium, 8 Rz 40; PETERS/JACOBY, Staudinger-BGB, § 642 N 26; STICKLER, MessVoit-BGB, § 642 N 48; VOIT, BeckOK-BGB, § 642 N 15.

<sup>1604</sup> BYDLINSKI, KBB-ABGB, § 1168 N 7; KREJCI, Rummel-ABGB, § 1168 N 30; REBHahn/KIETAIBL, SchwiKo-ABGB, § 1168 N 38.

<sup>1605</sup> Bei BGB § 642 soll es auf die Böswilligkeit des Unternehmers nicht ankommen (BUSCHE, MüKo-BGB, § 642 N 18; KNIFFKA/KOEBLE, Kompendium, 8 Rz 40; PETERS/JACOBY, Staudinger-BGB, § 642 N 26; SCHWENKER/RODEMANN, Erman-BGB, § 642 N 5; STICKLER, MessVoit-BGB, § 642 N 48; VOIT, BeckOK-BGB, § 642 N 15). Unter ABGB § 1168 soll die absichtliche Versäumnis Voraussetzung für eine An-

- 1200 **4.** Im Gegensatz zu BGB § 642 und ABGB § 1168 I entspringt die **hier postulierte Entschädigungsregel** einer Ergänzung des Gesetzes und der analogen bzw. teleologisch ausgeweiteten Anwendung von OR 92 I, 422 I und 374. Während der Ausgleichsgedanke sich an OR 92 I lehnt, ist aus OR 422 I die Massgabe der Notwendigkeit bzw. Nützlichkeit (und Angemessenheit) abzuleiten, die im Werkvertrag wiederum mithilfe von OR 374 (Sorgfalt und Angemessenheit) zu konkretisieren ist (vgl. Rz 1156 a.E.). Das bedeutet:
- 1201 **a.** Die Beurteilung, was der Unternehmer nach Treu und Glauben als «notwendig» bzw. «nützlich» erachten durfte, liegt zu wesentlichen Teilen im Tatbestandsermessen des beurteilenden Gerichts. Nur gerade hier besteht eine gewisse Ähnlichkeit zu BGB § 642 I, unter welchem das Gericht ebenfalls einen gewissen Ermessensspielraum genießt bei der Beurteilung, welche Bereitstellungskosten der Unternehmer den Umständen nach für erforderlich halten durfte<sup>1606</sup>. *Besondere Bemessungsregeln* wie in BGB § 642 II, wo an die «Höhe der Vergütung» angeknüpft wird, oder auch nur die Massgabe, dass die Entschädigung «angemessen» zu sein habe (vgl. BGB § 642 I und ABGB § 1168 I), *kennt der Anspruch demgegenüber nicht*. Namentlich die «Höhe der vereinbarten Vergütung», wie sie in BGB § 642 als Berechnungsparameter dient, bleibt mangels eines abweichenden hypothetischen Parteiwillens irrelevant, weil das vertraglich versprochene Entgelt dogmatisch nichts mit dem Ausgleich von mitwirkungsbedingten Mehraufwendungen (OR 92 I) zu tun hat. Auch dafür, dass die Entschädigung lediglich «angemessen» sein müsse, bestehen beim Mehraufwendungsersatzanspruch keine Anhaltspunkte. OR 422 I kennt ein solches Rechtsfolgeermessen allein beim – hier nicht anwendbaren – verschuldensunabhängigen Schadenersatzanspruch des Geschäftsführers. Die einzige Entschädigungsregel des OR, die mit Blick auf ein *Mitwirkungsversäumnis* eine «angemessene Entschädigung» anordnet, ist OR 418m, doch scheitert eine allfällige Analogie zu dieser Bestimmung an vielerlei Gründen<sup>1607</sup>. Gerät der Unternehmer in eine

---

rechnung sein (ADLER/HÖLLER, *KlaGschni-ABGB*, § 1168 N III; KREJCI, *Rummel-ABGB*, § 1168 N 30).

<sup>1606</sup> Vgl. PETERS/JACOBY, *Staudinger-BGB*, § 642 N 25.

<sup>1607</sup> Der Anspruch aus OR 418m leitet sich aus der Verletzung einer Mitwirkungspflicht (siehe OR 418f) ab, womit der Tatbestand *a priori* nicht mit dem hier interessierenden Fall zu vergleichen ist. Die legislativen Motive dieses Ersatzanspruchs sind besondere und nicht auf andere Dienstleistungsverhältnisse übertragbar. Hinzu kommt, dass der Anspruch einhellig so aufgefasst wird, dass er entgegen seinem Wortlaut auf das volle Erfüllungsinteresse geht und der Wendung «angemessene Entschädigung» keine Be-

typische Beweisnot, so darf (und muss) das Gericht die ersatzfähigen Aufwendungen bei gegebenen Voraussetzungen immerhin nach OR 42 II schätzen (dazu Rz 959 ff.). Stehen aber die – errechneten oder geschätzten – ersatzfähigen Aufwendungen einmal fest, so hat das Gericht prinzipiell kein Rechtsfolgeermessen mehr<sup>1608</sup> und hat dem Unternehmer eine Entschädigung in Höhe des effektiven Geldwerts dieser Aufwendungen zuzusprechen. Vorbehalten bleibt die Reduktion des Anspruchs aufgrund eines Mitverschuldens des Unternehmers (dazu Rz 1493 ff.).

**b.** Gleich wie in BGB § 642 II und ABGB § 1168 I ist für den hier postulierten Anspruch immerhin die *Dauer des Mitwirkungsverzugs* relevant. Das entnimmt sich nicht aus OR 92 I, 422 I und 374, sondern entfließt der hier vertretenen Teleologie des Ersatzanspruchs. Denn schliesslich soll der Unternehmer im Grundsatz nur für Einbussen entschädigt werden, die ihm im Zeitraum des Mitwirkungsverzugs entstehen<sup>1609</sup>. Auch das Gebot der *Vorteilsanrechnung* ist unter dem Mehraufwendungsersatzanspruch zu beachten<sup>1610</sup>, was sich aus dem Ausgleichsgedanken in OR 92 I, aber auch aus historischen Normierungsmotiven des OR 422 I ableiten lässt: Nach diesem letzteren nämlich sollte der im Fremdinteresse Handelnde zwar keine Vermögensnachteile davontragen, aber auch keinen Vorteil erlangen<sup>1611</sup>. Aus diesem rechnerischen Doppelgebot ergibt sich eine identische Unter- und Obergrenze für die Entschädigung. Anrechenbar sind sowohl tatsächlich erzielte Vorteile als auch rein potenzielle, aber unterlassene Ersparnisse und Erwerbnisse (diese letztere Vorteilserlangungsobliegenheit ist ein Bestandteil der Kostenminderungsobliegenheit; vgl. für das Haftungsrecht Rz 1508, 1510). In Analogie zu OR 324 II, der im Einzelarbeitsvertrag eine besondere (nämlich vergütungsrechtliche) Lösung für die gläubigerverzugsrechtliche Entschädigung bereithält, sollte nur anzurechnen sein, was der Unternehmer

---

achtung zu schenken ist. Dem ist wohl zu folgen, weil nicht ersichtlich ist, weshalb die Verletzung von Auftraggeberpflichten mildere Folgen nach sich ziehen sollten, als es die Grundregel in OR 97 I vorsieht. Siehe auch Rz 587 u. Fn 802.

<sup>1608</sup> Vgl. zum Tatbestands- und Rechtsfolgeermessen etwa BLICKENSTORFER, DIKE-Komm-ZPO, Art. 310 N 10 m.w.N.

<sup>1609</sup> Siehe die Ausnahmen in Rz 1168 ff.

<sup>1610</sup> Zur Anwendbarkeit des Gebots im Zusammenhang mit gläubigerverzugsrechtlichen Entschädigungslösungen: HAUCK/REBMANN, AJP 2018, S. 435; WEBER, BK-OR, Art. 91 N 95a.

<sup>1611</sup> SCHMID, Habil., Rz 531.

*absichtlich* zu erzielen verweigert, und auch dann nur, wenn ihm die Erzielung zumutbar gewesen wäre<sup>1612</sup>.

### C. Anspruchsvoraussetzungen im Einzelnen

- 1203 Nachdem die rechtliche Grundlage und die wirtschaftliche Tragweite des hier postulierten Aufwendungsersatzanspruchs dargelegt ist, seien im Folgenden seine Voraussetzungen aufgezeigt. Es sind dies der Gläubigerverzug des Bauherrn (1.), die mitwirkungsbedingten Mehraufwendungen des Unternehmers (2.) und der Kausalzusammenhang zwischen dem Mitwirkungsversäumnis und den Mehraufwendungen bzw. die Entschädigungsberechtigung der Mehraufwendungen (3.). Weitere Voraussetzungen, namentlich dass der Anspruch nicht vertraglich limitiert sein darf und dass der Unternehmer seinen Anspruch nicht verwirkt haben darf, werden in (4.) umschrieben. Beweislast und Beweismass werden in (5.) besprochen. *Keine* Voraussetzung für den Aufwendungsersatzanspruch ist ein Verschulden auf der Seite des Bauherrn (Rz 1159 ff.).

#### 1. Gläubigerverzug des Bauherrn

- 1204 1. Der Mehraufwendungsersatz ist ein Anspruch des Dienstleistungsschuldners, der ihm aus der Erfüllung des Gläubigerverzugstatbestands erwächst. Erste Voraussetzung des Anspruchs ist deshalb zunächst, dass der Gläubiger, hier also der Bauherr, in Gläubigerverzug geraten ist. Das setzt erstens voraus, dass die Mitwirkungsleistung und mit ihr die Werkleistung nicht nachträglich objektiv und dauerhaft unmöglich geworden ist (vgl. Rz 85). Haben die Parteien zweitens den Tatbestand des Gläubigerverzugs durch Abrede erweitert, so haben selbstredend auch die erweiterten Tatbestandsmerkmale einzutreten (vgl. Rz 26). Haben die Parteien drittens die Rechtsfolgen des Gläubigerverzugs durch Abrede eingeschränkt, so darf der Ausschluss diesen Ersatzanspruch nicht miterfassen (vgl. Rz 1420 ff.). Die Mitwirkungsleistung darf zudem nicht vom Unternehmer substituiert worden sein (wozu er freilich nur unter besonderen Voraussetzungen berechtigt ist; Rz 481 ff.), ansonsten es schon am Mitwirkungsbedarf fehlt oder der ehemals eingetretene Gläubigerverzug mittlerweile weggefallen ist. Das alles wird fürs Weitere vorausgesetzt.

---

<sup>1612</sup> Vgl. REHBINDER/STÖCKLI J.-F., BK-OR, Art. 324 N 23; GAUCH, Werkvertrag, Rz 549, 555 mit Anknüpfung bei OR 43/44.

Zusätzlich müssen sich auch die folgenden Voraussetzungen einstellen: (i.) Die Leistungspflicht muss erfüllbar sein, (ii.) beim Unternehmer muss Leistungsbereitschaft vorliegen, (iii.) der Unternehmer hat ein hinreichendes Mahngeschäft getätigt, (iv.) der Bauherr hat die Mitwirkungsleistung nicht innert angemessener Reaktionsfrist erbracht und (v.) beim Bauherrn liegt kein Rechtfertigungsgrund vor<sup>1613</sup>. Soweit diese Voraussetzungen vorne bereits dargestellt wurden, werden sie hier nur noch kurz ausgeführt und wird für das Übrige auf die einschlägigen Stellen verwiesen.

2. Solange der Unternehmer unter dem Vertrag (noch) nicht zur Erbringung der Werkleistung schlechthin bzw. einzelner Teilleistungen berechtigt ist, hat der Bauherr hinsichtlich der Werkleistung bzw. der betreffenden Teilleistungen nicht mitzuwirken, selbst wenn der Unternehmer dem Bauherrn die Leistung anbietet. Vorausgesetzt ist also, dass die Werkleistungspflicht bzw. mindestens die mitwirkungsbedürftige Erfüllungshandlung **erfüllbar** ist. Die Frage, wann im Bauwerkvertrag Erfüllungbarkeit eintritt, wurde im Zusammenhang mit der zeitlichen Konformität des Mahngeschäfts behandelt, worauf an dieser Stelle verwiesen wird (Rz 502 ff.). Zu beachten sind im Bauvertragsalltag vor allem die besonderen Fälle des Baubeginns auf «Abruf», der *Just-in-Time*-Mitwirkung sowie des parallelen und sequenziellen Koordinationsbedarfs. Die einzige ersichtliche Ausnahme, nach welcher Gläubigerverzug bereits vor der Erfüllungbarkeit eintreten kann, ist der seltene Fall der antizipierten Mitwirkungsverweigerung des Bauherrn (Rz 110, 513). Ist das Bauherrenverhalten demgegenüber als Rücktritt bzw. Kündigung im Sinne von OR 377 zu verstehen (was eine Auslegungsfrage des Einzelfalls ist), fällt Gläubigerverzug ausser Betracht, weil der Werkvertrag diesfalls vorzeitig endet.

3. In Gläubigerverzug gerät der Bauherr grundsätzlich nur, wenn der Unternehmer für die Erfüllungshandlungen, mit denen die eingeforderte Mitwirkung korrespondieren, die **nötige Leistungsbereitschaft** aufweist. Sie manifestiert sich darin, dass der Unternehmer alle Erfüllungshandlungen vorgenommen hat bzw. (bei Dauertätigkeiten) vornimmt, die ihm nach der Natur des vereinbarten Bauvorhabens und der konkreten Erfüllungshandlung sowie entsprechend den Usanzen des Baugeschäfts auch in Ermangelung der betreffenden Mitwirkungsleistung möglich und zumutbar waren bzw. sind und

<sup>1613</sup> Vgl. WEBER, BK-OR, Art. 91 N 79 ff.

insofern nach Treu und Glauben bis zum Mitwirkungszeitpunkt von ihm erwartet werden können (Rz 95 ff.). Präzisierungen:

- 1208 **a.** Ist ein Mahngeschäft des Unternehmers erforderlich, was die Regel ist, so bleibt dieses ohne die dazugehörige Leistungsbereitschaft unwirksam. Aber auch wenn ausnahmsweise *kein Mahngeschäft erforderlich* ist, etwa weil die Parteien den Mitwirkungszeitpunkt hinreichend genau vereinbart haben (Rz 120 ff., 549 ff.), bleibt Leistungsbereitschaft gleichwohl eine Voraussetzung für den Gläubigerverzug<sup>1614</sup>.
- 1209 **b.** Eine Erwähnung verdient das *Verhältnis von Leistungsbereitschaft und Herstellungsverzug des Unternehmers im Sinne von OR 366 I*<sup>1615</sup>. Fehlt es dem Unternehmer zu einem gegebenen Zeitpunkt am Willen und/oder an der Fähigkeit, die Werkleistung zu erbringen, so verhindert dies lediglich den Eintritt des Gläubigerverzugs, heisst aber nicht, dass der Unternehmer im Herstellungsverzug stehen muss. Denn hinsichtlich Abfolge und Geschwindigkeit der Arbeitsvorgänge geniesst der Unternehmer in Ermangelung anderer Abreden weitgehende Autonomie (Rz 429 f.). Erst wenn der Unternehmer den vertraglichen Spätestens-Zeitpunkt für den Baubeginn versäumt, «[b]eginnt der Unternehmer das Werk nicht rechtzeitig» (OR 366 I). Erst wenn er zum Beispiel verbindliche Zwischentermine nicht einhält, «verzögert er die Ausführung in vertragswidriger Weise» (OR 366 I). Und erst wenn er sich im Verlaufe der Herstellung so verspätet, «dass die rechtzeitige Vollendung nicht mehr vorausszusehen ist» (OR 366 I), handelt er pflichtwidrig. Steht aber der Unternehmer (allenfalls auch erst nach einer Mahnung des Bauherrn<sup>1616</sup>) im Herstellungsverzug, ist der Gläubigerverzug des Bauherrn zunächst ausgeschlossen<sup>1617</sup>, was auch OR 366 I klarstellt, wonach die Ver-

---

<sup>1614</sup> DORER, Diss., S. 3: Erfüllungs- bzw. Leistungsbereitschaft «als erstes und essentielles Erfordernis dieses Instituts».

<sup>1615</sup> OR 366 («Rechtzeitige Vornahme und vertragsgemässe Ausführung der Arbeit»), Abs. 1: «Beginnt der Unternehmer das Werk nicht rechtzeitig oder verzögert er die Ausführung in vertragswidriger Weise oder ist er damit ohne Schuld des Bestellers so sehr im Rückstande, dass die rechtzeitige Vollendung nicht mehr vorausszusehen ist, so kann der Besteller, ohne den Lieferungstermin abzuwarten, vom Vertrag zurücktreten.»

<sup>1616</sup> Siehe zur Ergänzung von OR 366 I mit OR 102–109: GAUCH, Werkvertrag, Rz 675.

<sup>1617</sup> Vgl. zum Verhältnis von Schuldner- und Gläubigerverzug: GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz 2664; KOLLER A., OR AT, Rz 55.08; WEBER, BK-OR, Art. 102 N 153; WIEGAND, BSK-OR, Art. 102 N 12.

spätung nur «ohne Schuld des Bestellers» zum Schuldnerverzug des Unternehmers führe<sup>1618</sup>.

Auseinander zu halten sind vor diesem Hintergrund *drei Fälle*. *Ers-* 1210  
*tens*: Steht der Unternehmer nicht im Herstellungsverzug, ist der Gläubiger-  
 verzug des Bauherrn gleichwohl ausgeschlossen, solange der Unternehmer  
 seine Leistungsbereitschaft nicht wiedererlangt hat. *Zweitens*: Ist weder der  
 Unternehmer leistungsbereit noch der Bauherr mitwirkungsbereit, so spricht  
 man in der Literatur vom «hypothetischen Gläubigerverzug» oder vom  
 «doppelten Verzug» der Vertragsparteien (vgl. Fn 1196); auch diese Konstel-  
 lation schliesst Gläubigerverzug aus und resultiert vielmehr in einer Phase  
 des «ruhenden Vertragsvollzugs». Anders aber *drittens*, wenn «die rechtzei-  
 tige Vollendung nicht mehr vorauszusehen ist» (OR 366 I), der leistungsbe-  
 reite Unternehmer aber seiner Verspätung ungeachtet weiterarbeitet und die  
 Bauherrenmitwirkung erforderlich wird. Hier fragt sich, ob der Bauherr  
 durch Unterlassen der Mitwirkung in Gläubigerverzug geraten könne.  
 Selbstverständlich ist das nicht, denn die Verspätung des Unternehmers ist in  
 einem solchen Fall tatbestandsgemäss nicht aufholbar. Und die Einschränkung  
 in OR 366 I («ohne Schuld des Bestellers») setzt nur voraus, dass die  
*bisherige* Verspätung ohne das Verschulden des Bestellers zustande gekom-  
 men ist, verschweigt aber, was gelten soll, wenn den Besteller *während des*  
 Herstellungsverzugs eine «Schuld» trifft. Es liesse sich nun vertreten, dass  
 der Unternehmer dann ausnahmsweise im Schuldnerverzug bleibt, d.h. der  
 Bauherr nicht in Gläubigerverzug geraten könne, weil das Mitwirkungsver-  
 säumnis an der (gleichsam definitiven) Verspätung des Unternehmers nichts  
 ändert. Allerdings sollte es sich m.E. so verhalten, dass der Bauherr nach OR  
 102 I (analog) zu mahnen und nach OR 107 II/366 I gegebenenfalls vom  
 Vertrag zurückzutreten habe, *wenn* er denn auf die Verspätung reagieren  
 wollte. Unterlässt er das und bleibt er gewissermassen freiwillig im gestörten  
 Vertragsvollzug, obliegt ihm auch weiterhin und unverändert die Mitwir-  
 kung. Sein Mitwirkungsver säumnis führt mithin auch dann zum Gläubiger-  
 verzug, wenn es unmöglich scheint, dass der Unternehmer die vertraglichen  
 Fristen noch aus eigener Kraft einhält.

<sup>1618</sup> Nach dem Wortlaut der Bestimmung gilt diese Einschränkung nur für den drittge-  
 nannten Tatbestand, doch wird die Bestimmung so ausgelegt, dass das fehlende Be-  
 stellerverschulden unter allen drei Tatbestandsvarianten erforderlich ist (CHAIX, CR-  
 CO, Art. 366 N 12; GAUCH, Werkvertrag, Rz 679; KOLLER A., BK-OR, Art. 366  
 N 148).

- 1211 c. Den Gläubigerverzug hält der Unternehmer aufrecht, indem er im Anschluss an das wirksame Mahngeschäft seine Leistungsbereitschaft aufrechterhält; unterbricht er dagegen die Leistungsbereitschaft, so führt das, wie der Wegfall jeder gläubigerverzugsrechtlichen Voraussetzung, zur *Beendigung des Gläubigerverzugs*<sup>1619</sup>. Beachtlich ist das namentlich bei Transitionsmassnahmen (Rz 789 ff.): Schafft es der Unternehmer, seine Produktionskräfte neuerdings auf alternative Arbeitsvorgänge derselben Baustelle bzw. auf Drittaufträge auszurichten, fällt seine Leistungsbereitschaft mit Blick auf mitwirkungsbedingt blockierte Erfüllungshandlungen dahin. Will der Unternehmer erneut den Gläubigerverzug herbeiführen, muss er grundsätzlich seine Leistungsbereitschaft wiederherstellen und ein Mahngeschäft tätigen. Freilich wird im Einzelfall zu prüfen sein, inwiefern dem Unternehmer die Wiederherstellung seiner Leistungsbereitschaft nach den Grundsätzen in Rz 95 ff. zumutbar ist, wenn abzusehen ist, dass der Bauherr ohnehin nicht mitwirken wird; im Zweifelsfall wird sich der Unternehmer auf eine blossere Bereitschaftsanzeige (auch: «Verbaloblation», Rz 98) beschränken dürfen.
- 1212 4. Ist die Leistungspflicht erfüllbar und der Unternehmer leistungsbereit, so ist grundsätzlich auch das von ihm getätigte **Mahngeschäft** wirksam. Das Mahngeschäft muss allerdings hinreichend ausgestaltet sein, nicht unzeitig ergehen und in die Machtsphäre des Bauherrn gelangen, soweit das Mahnerfordernis nicht ausnahmsweise entfällt.
- 1213 a. Bereits gezeigt wurde, dass eine *Arbeits- bzw. Dienstleistung* ohne die Mitwirkung des Gläubigers nie im engeren Sinne gehörig angeboten werden kann (Rz 70 ff.), weil das Angebot *an sich* schon die Mitwirkung voraussetzt. Damit äussert sich die Bauherrenmitwirkung bei der Herstellung genau genommen immer als *Vorbereitungshandlung*. Bleibt eine solche aus, berechtigt dies den Schuldner nach herrschender Lehre zu einer blossen Verbaloblation, doch wurde auch gezeigt, dass die Abgrenzung von Real- und Verbaloblation Schwierigkeiten bereitet (Rz 96 ff.). Es wäre deshalb genauso verkürzt wie unpraktisch, im Streitfall nur danach zu fragen, ob der Unternehmer den mitwirkungsbedürftigen Leistungsteil hätte «real» oder «verbal» anbieten müssen. Die Beurteilung des Mahngeschäfts sollte nicht derart kategorisch, sondern offener, immer aber unter Einbezug der Umstände und des Leistungsinhalts im konkreten Einzelfall ergehen. Sie sollte namentlich

---

<sup>1619</sup> Vgl. SCHRANER, ZK-OR, Art. 91 N 134; STAUBER, Diss., Rz 59–61. A.M. WEBER, BK-OR, Art. 91 N 168.



danach fragen, ob der Unternehmer den Bauherrn in einer Art, Form und Weise über seine Leistungsbereitschaft und den anstehenden Leistungsver-such informiert hat, dass es nach Treu und Glauben in die Verantwortlichkeit des Bauherrn übergeht, hiervon Kenntnis zu nehmen und das für die Mitwirkung Erforderliche vorzukehren.

**b.** *Nach Vollendung des Bauwerks* hingegen ist der Unternehmer imstande, 1214 die gehörige Werkleistung zur Ablieferung anzubieten, sodass das Bauwerk ohne weiteres Zutun vonseiten des Unternehmers vom Bauherrn – bildlich – nur noch «hinweggenommen» werden muss. Soweit der Baugrund bereits im Eigentum des Bauherrn liegt und er bei Vollendung gewissermassen automatisch die Verfügungsgewalt über das Bauwerk erlangt bzw. schon innehat, ist die Ablieferung regelmässig nicht mitwirkungsbedürftig (Rz 403). Bedarf es aber zur Ablieferung der Bauherrenmitwirkung (zum Beispiel aufgrund besonderer vertraglicher Erfüllungsvoraussetzungen [Rz 461 ff.], Schlüsselübergabe usw.), so muss ein hinreichendes Mahngeschäft vonseiten des Unternehmers ergehen.

**c.** Bereits besprochen wurde auch, dass das *Erfordernis des Mahngeschäfts* 1215 *entfallen* kann (Rz 120 ff., 549 ff. ff.), wenn der Bauherr schon mit hinreichender Genauigkeit weiss oder wissen müsste, wann er mitzuwirken hat. Hierzu kommt es im Wesentlichen aus zwei Gründen: entweder aus einer hinreichend präzisen Bauzeit- oder Mitwirkungsabrede heraus oder aufgrund der Parteiinteraktion im Verlaufe des Vertragsvollzugs, namentlich aufgrund von einvernehmlichen Terminabsprachen oder einseitigen Terminmitteilungen vonseiten des Unternehmers (zu dessen Informationspflicht: Rz 510). Für gewisse Mitwirkungsleistungen mag eine hinreichende Genauigkeit schon gegeben sein, wenn für sie oder, seltener, gar auch nur für die mit ihnen korrespondierende Erfüllungshandlung eine Verfalltagsabrede getroffen wurde (OR 102 II). Für andere Mitwirkungsleistungen bedarf es genauerer Abreden bzw. Terminabsprachen, soll dem Bauherrn vorgehalten werden, er habe wissen müssen, dass er zum gegebenen Zeitpunkt mitzuwirken gehabt hätte. Praktische Relevanz hat der Wegfall des Mahnerfordernisses dort, wo der Unternehmer dem Bauherrn seine Leistungsbereitschaft, die letzterem nicht ohne weiteres zur Kenntnis gelangt, durch zusätzliche Vorkehren zur Kenntnis bringen müsste, um den Gläubigerverzug herbeizuführen. Wird dem Unternehmer dort das Mahngeschäft erlassen, tritt Gläubigerverzug zum gegebenen Zeitpunkt auch ohne eine solche Erklärung oder Betätigung vonseiten des Unternehmers ein, wenn der Bauherr die Mitwirkung versäumt.

- 1216 **d.** Entfällt aber das Mahngeschäftserfordernis nicht, hat der Unternehmer nicht nur dafür zu sorgen, dass dieses dem Bauherrn zur Kenntnis gelangt (rechtsgeschäftsähnliche, d.h. empfangsbedürftige Willenserklärung). Er hat auch dafür zu sorgen, dass sein Mahngeschäft den Bauherrn nicht überraschend erreicht, er also die Leistung *nicht unzeitig* (in welcher – hinreichenden – Form auch immer) *anbietet* (Rz 507 ff.). Namentlich den Überraschungseffekt, der seinem Mahngeschäft aufgrund einer ausgedehnten Bauzeit und wenig vertraglich verankerter, zeitlicher Anhaltspunkte eigen sein kann, hat er frühzeitig zu entschärfen. Das erreicht er in aller Regel, indem er seiner Informationspflicht mit ausreichender inhaltlicher Präzision nachkommt (Rz 510).
- 1217 **5.** Sodann ist das eigentliche **Mitwirkungsversäumnis** vorausgesetzt, also die Tatsache, dass der Bauherr bzw. sein Ausübungsgehilfe (Rz 325 ff.) die erforderliche Mitwirkungsleistung obliegenheitswidrig innert der angemessenen Reaktionsfrist (Rz 542 ff.) nicht erbringt. Vorbedingung ist, dass die streitige «Mitwirkungsleistung» tatsächlich dem *Bauherrn als solche obliegt* und in Wirklichkeit nicht vom Unternehmer selber unter seiner Werkleistungspflicht geschuldet ist. Zumindest bei nicht gläubigerfixen Mitwirkungsleistungen (Rz 23), die theoretisch sowohl von der einen als auch von der anderen Partei verwirklicht werden könnten, versteht sich das nicht von selbst und ist im Einzelfall zu prüfen. Sodann muss der fragliche Erfüllungsbeitrag *erfüllungsrelevant* sein (Rz 13 ff.). Die wichtigsten Mitwirkungsleistungen im Bauwerkvertrag sowie Differenzierungen zur Frage, welcher Partei sie auferlegt sind, finden sich in Rz 406 ff. Wurde die Mitwirkung durch Vereinbarung ganz oder teilweise an einen Dritten ausgelagert, ist zu prüfen, ob hierunter der Bauherr für ein allfälliges Mitwirkungsversäumnis einzustehen hat oder nicht (Rz 329 ff.). Abzugrenzen ist zudem das Mitwirkungsversäumnis vom Fall, in dem die Mitwirkungsleistung zwar gehörig erbracht worden ist, der Mitwirkungserfolg aber aus einem nicht dem Bauherrn zuzurechnenden Grund ausbleibt oder wieder dahinfällt (Rz 84 ff.). Abzugrenzen ist das Mitwirkungsversäumnis auch von der Schlechtmitwirkung: Sie kann unterschiedliche Rechtsfolgen nach sich ziehen, von denen der Gläubiger-Verzug eine mögliche (vgl. Rz 708 ff.), aber nicht eine zwingende ist<sup>1620</sup>.

---

<sup>1620</sup> Bsp.: Beschädigt der Bauherr bspw. durch das unvorsichtige Öffnen des Eingangstors ein Fahrzeug des Unternehmers, so verursacht er diesem zwar Schaden, bewirkt aber grundsätzlich den ihm obliegenden Mitwirkungserfolg (der Baugrund wird bereitgestellt); vgl. zu den Treupflichten anlässlich der Mitwirkung Rz 708 ff. – Bsp.: Gläu-

6. Schliesslich darf das Mitwirkungsversäumnis des Bauherrn auch **nicht** 1218 **objektiv gerechtfertigt** sein (vgl. OR 91). Auf die Bedeutung dieser Negativvoraussetzung wurde bereits eingegangen (Rz 114). Praktisch dürfte ihr dann am meisten Bedeutung zukommen, wenn das Mahngeschäft des Unternehmers zu einem nach Treu und Glauben vom Bauherrn nicht zu erwartenden Zeitpunkt und damit zur Unzeit erfolgt (Rz 507 ff.). Liegt ein Rechtfertigungsgrund vor, hemmt das den Eintritt des Gläubigerverzugs.

## 2. Mehraufwendungen

1. Voraussetzung für den Mehraufwendungsanspruch ist sodann, dass der 1219 Unternehmer infolge des Mitwirkungsversäumnisses ersatzfähige Einbussen erlitten hat. Solche Einbussen können der Natur des Anspruchs nach nur in **direktem Mehraufwand** im Sinne der Rz 751–818 bzw. in *neuerdings direktem Mehraufwand* im Sinne der Rz 819–833 bestehen, und auch dann grundsätzlich nur in **primärem**, ausnahmsweise auch in sekundärem Mehraufwand (z.G. Rz 1165 ff.). Der gläubigerverzugsrechtliche Anspruch operiert nicht mit objektivierten Kostenansätzen und auch nicht mit vertraglichen Vergütungsbestandteilen, sondern ersetzt dem Unternehmer (in gewissem Umfang) effektiv eingetretene Selbstkosten. Massgeblich ist deshalb der monetär quantifizierte Mehreinsatz an Produktionsmitteln einerseits und der nicht aus Einsatz resultierende *Geldmehraufwand* andererseits (vgl. schon Rz 1035). Zu errechnen ist der Mehraufwand ausserdem einschliesslich aller mitwirkungsbedingten **Vorteile**, die dem Unternehmer tatsächlich zugekommen sind oder die er absichtlich zu erzielen unterlässt, soweit deren Erzielung ihm zumutbar gewesen wäre (Vorteilserlangungsobliegenheit [Rz 1508] als Bestandteil der Kostenminderungsobliegenheit [Rz 1518]). Es gilt insofern der «Netto-Mehraufwand».

2. **Kein Raum** verbleibt unter diesem Anspruch demgegenüber für Zuschlä- 1220 ge, wie sie im Vergütungsrecht üblich sind: *Gewinnzuschläge* fallen schon deshalb ausser Betracht, weil es vorliegend allein um den Ersatz von Kosten geht und nicht um die Rentabilisierung der Unternehmertätigkeit. *AGK* und

---

bigerverzug tritt nicht ein, wenn der Unternehmer eine mangelhafte Weisung pflichtwidrig nicht als solche erkennt, sie dem Bauherrn nicht anzeigt und auch keine «Nachbesserung» der Mitwirkungsleistung verlangt, sondern die Werkausführung fortsetzt; vgl. (dort mit Blick auf das Mitwirkungsversäumnis, nicht die Schlechtmwirkung) zu OR 369: Rz 477.

die Kosten des allgemeinen *Geschäftsrisikos* sind betriebswirtschaftlich gesehen zwar Kosten, aber insofern «fiktiv», als sie kausal nicht auf das Mitwirkungsversäumnis zurückgeführt werden können (Rz 828). Ihre Deckung muss im Anwendungsbereich des Aufwendungsersatzes deshalb über ein Honorar erfolgen; ein solches ist dem Unternehmer freilich nicht geschuldet (Rz 1158). Der «Ersatz» von AGK (besser: deren Abgeltung) ist mithin nur im vergütungsrechtlichen und im haftungsrechtlichen System zu erwägen, nicht aber im gläubigerverzugsrechtlichen. Zu keinem Ersatz berechtigen den Unternehmer schliesslich auch *übrige Vermögenseinbussen*, die ihm allenfalls aus dem Mitwirkungsversäumnis entstehen; sie dienen weder der Aufrechterhaltung seiner Leistungsbereitschaft noch liegen sie in anderer Hinsicht im Interesse des Bauherrn (vgl. OR 422 I).

### 3. Ersatzberechtigung

- 1221 Das Mitwirkungsversäumnis bildet eine selbstständige Voraussetzung des Mehraufwendungsersatzes, weil der Anspruch den Eintritt des Gläubigerverzugs voraussetzt (Rz 1217). Mit Blick auf den Kausalzusammenhang zwischen Mitwirkungsversäumnis und Mehraufwendungen kann im Übrigen sinngemäss auf die Ausführungen zur Mehrvergütung in Rz 1047 ff. verwiesen werden: Zwischen dem Mitwirkungsversäumnis und den Mehraufwendungen muss ein *natürlicher Kausalzusammenhang* bestehen, denn ein solcher wird von der Massgabe der gläubigerverzugsrechtlichen Ersatzberechtigung vorausgesetzt: Hiernach soll der Unternehmer ersetzt erhalten, was **«nötig» oder «nützlich und angemessen»** ist, um den Mitwirkungsverzug zu überbrücken (Rz 1156). Notwendig oder nützlich sind aber namentlich Produktivitätsverluste und ausserordentliche Erfüllungshandlungen kaum, wenn sie nicht natürlich kausal auf das Mitwirkungsversäumnis zurückgeführt werden können. Das Kriterium der Ersatzberechtigung «absorbiert» insofern auch im gläubigerverzugsrechtlichen Kontext das Kriterium der natürlichen Kausalität, wie es im vergütungsrechtlichen Kontext die Vergütungsberechtigung tut. Keine Anwendung findet dagegen das Kriterium der *Adäquanz*; auch in diesem Punkt kann auf die vergütungsrechtlichen Ausführungen in Rz 1051 verwiesen werden.

### 4. Weitere Voraussetzungen

- 1222 1. Wie die Rechtsfolgen des Gläubigerverzugs überhaupt (Rz 26), ist auch der hier postulierte Ersatzanspruch dispositiver Natur. Für dessen Entstehung vorausgesetzt ist also, dass der Anspruch **vertraglich nicht ausgeschlossen**

worden ist. Dies beurteilt sich anhand des Vertragsinhalts im konkreten Einzelfall, wobei ein Anspruchsverzicht selbstredend auch erst im Verlaufe des Vertragsvollzugs vereinbart werden kann. Wie bei der Mehrvergütung wird auch hier anzunehmen sein, dass ein vollständiger Ausschluss jeglichen Ersatzes für Mehraufwendungen nicht *a priori* mit ZGB 27 II konfligiert, soweit nicht entscheidende, den Unternehmer darüber hinaus belastende Elemente hinzukommen (vgl. Rz 1031). Auch unter diesem Anspruch verbleibt insofern Raum für weitgehende Limitierungsabreden, wie namentlich auf Mehraufwendungen bezogene Bagatell- oder Selbstbeteiligungsklauseln. Im Regelfall wird zum Beispiel auch die Vollständigkeitsvermutung von SIA-118 153 III für den gläubigerverzugsrechtlichen Aufwendungsersatzanspruch gelten, zumal die Bestimmung sich nicht nur auf Vergütungs-, sondern auf «Ansprüche irgendwelcher Art»<sup>1621</sup> bezieht.

2. Haben die Parteien den Anspruch aus Mitwirkungsverzug zwar nicht ausgeschlossen, aber **vertraglich modifiziert** oder haben sie vertraglich einen **Anspruch *sui generis*** aus Mitwirkungsverzug begründet, so bestimmt sich im Einzelfall, in welchem Verhältnis der gesetzliche Ersatzanspruch zu einer solchen Abrede steht (vgl. zum Verhältnis zu SIA-118 58 II: Rz 1425 ff.). Im ersten Fall wird zu klären sein, inwieweit der gesetzliche Anspruch modifiziert, insbesondere seinen Voraussetzungen und seinem Umfang nach beschränkt oder ausgeweitet worden ist. Im zweiten Fall interessieren dieselben Fragen mit Blick auf den eigens vereinbarten Ersatzanspruch, wobei dort zusätzlich zu klären sein wird, ob der letztere den gesetzlichen Anspruch verdrängt oder neben diesen zu stehen kommt (Alternativität). 1223

3. Überdies wird zu prüfen sein, ob den Unternehmer an den entstandenen Mehraufwendungen **ein Mitverschulden** trifft (dazu Rz 1493 ff.), und namentlich, ob er die entstandenen Mehraufwendungen unter seiner *Kostenminderungsobliegenheit* hätte verhindern müssen. Trifft den Unternehmer ein Mitverschulden, trägt er den mitverursachten bzw. vermeidbaren Teil der Mehraufwendungen selbst. Im Werkvertrag gilt sodann die Besonderheit, dass der Unternehmer seiner Anzeigepflicht im Sinne von **OR 365 III** nachzukommen hat (siehe Rz 1054). Denn die «nachteiligen Folgen» eines diesbezüglichen Versäumnisses fallen dem Unternehmer auch dann «zur Last» (OR 365 III), wenn er sich für den Ersatz seiner Einbussen auf den gläubigerverzugsrechtlichen Anspruch stützt, so wie auch andere gläubigerverzugs- 1224

<sup>1621</sup> SCHUMACHER/MONN, Komm-SIA-118, Art. 156 N 8.

rechtliche Behelfe von der rechtzeitigen Anzeige abhängig gemacht werden<sup>1622</sup>. Die Parteien sind ausserdem frei, den gesetzlichen Anspruch durch Abrede um **weitere Tatbestandsvoraussetzungen** zu ergänzen, wie zum Beispiel um ein Verschuldenserfordernis auf der Seite des Bauherrn.

## 5. Beweislast und Beweismass

- 1225 **1.** Die Beweislast für die anspruchsbegründenden Tatsachen trägt grundsätzlich der Unternehmer, weil er derjenige ist, der im Sinne von ZGB 8 aus ihnen Rechte ableitet. Nebst dem Zustandekommen des Bauwerkvertrags gehören dazu zunächst die **Eintrittsvoraussetzungen des Gläubigerverzugs**, d.h. dass der Unternehmer mit Blick auf die streitige Mitwirkungsleistung leistungsbereit war, dass er ein hinreichendes Mahngeschäft getätigt hat (oder: die Tatsachen, die das Mahnerfordernis dahinfallen lassen) sowie dass der Bauherr seine Mitwirkungsobliegenheit verletzt hat<sup>1623</sup>. Das hinreichende Mahngeschäft kann zwar die Leistungsbereitschaft des Unternehmers indizieren, doch wird diese (anders als unter BGB § 297)<sup>1624</sup> nicht im rechtlichen, sondern lediglich im tatsächlichen Sinne vermutet. Das bedeutet, die Beweislast für die Leistungsbereitschaft wird nicht umgekehrt und dem Bauherrn der Gegenbeweis auferlegt, sondern sie verbleibt beim Unternehmer und wird diesem nur insofern erleichtert, als an den Beweis weniger strenge Voraussetzungen gestellt werden<sup>1625</sup>. Dem Bauherrn bleibt es damit überlassen darzulegen, dass er berechtigt war, die Mitwirkung zu verweigern<sup>1626</sup> (Rechtfertigungsgründe im Sinne von OR 91, namentlich die Unzeitigkeit des Mahngeschäfts; Erweckung begründeter Zweifel an der Leistungsbereit-

---

<sup>1622</sup> Vgl. REETZ, Komm-SIA-118, Art. 94 N 11.3 (betr. Fristerstreckung).

<sup>1623</sup> Vgl. SCHRANER, ZK-OR, Art. 91 N 138.

<sup>1624</sup> Siehe GRÜNEBERG, Palandt-BGB, § 297 N 3. BGB § 297 («Unvermögen des Schuldners»): «Der Gläubiger kommt nicht in Verzug, wenn der Schuldner zur Zeit des Angebots oder im Falle des § 296 zu der für die Handlung des Gläubigers bestimmten Zeit ausserstande ist, die Leistung zu bewirken.» Vgl. auch KAPELTMANN/SCHIFFERS/MARKUS, Bd. 1, Rz 1355 f., 1642.

<sup>1625</sup> Vgl. SCHRANER, ZK-OR, Art. 91 N 139. A.M. WEBER, BK-OR, Art. 91 N 174, dem m.E. aber nicht zu folgen ist. Leistungsbereitschaft ist nicht nur ein anspruchsbegründendes Tatbestandselement (ZGB 8), sondern beschlägt Tatsachen aus der Sphäre des Schuldners, die regelmässig nur er darzulegen vermag (Bsp.: Auslastungsgrad und Flexibilität der eingesetzten Produktionsmittel).

<sup>1626</sup> JUNGO, ZK-ZGB, Art. 8 N 409; WEBER, BK-OR, Art. 91 N 174.

schaft des Unternehmers), oder die Mehraufwendungen ganz oder teilweise unnötig, unnütz und/oder unangemessen waren (vgl. Rz 1057 sinngemäss).

2. Dem Unternehmer obliegt ausserdem, wie ja auch dem auftragslosen Geschäftsführer unter OR 422 I<sup>1627</sup>, der Beweis der übrigen anspruchsbegründenden Tatsachen. Dazu gehören die **Mehraufwendungen** sowie die **natürliche Kausalität** zwischen den letzteren und dem Mitwirkungsversäumnis. Unter seiner Beweisführungsobliegenheit stösst der Unternehmer hier auf dieselben Schwierigkeiten wie im Streit um die Mehrvergütung, insoweit zur Darlegung der mitwirkungsbedingten Mehraufwendungen Tatsachen bewiesen werden müssen, deren Beweis *typischerweise unzumutbar oder unmöglich* im Sinne von OR 42 II ist. Das betrifft namentlich die Entstehungsweise und die Höhe der Mehraufwendungen, einschliesslich der natürlichen Kausalität. Es kann in diesem Zusammenhang auf die Ausführungen zu Ermittlung und Nachweis des mitwirkungsbedingten Mehraufwands einschliesslich Beweismasserleichterung im Sinne von OR 42 II (Rz 959 ff.) verwiesen werden.

3. Ein allfälliges *Verschulden des Bauherrn* ist weder für den Eintritt des Gläubigerverzugs noch für das Aufleben des Aufwendungsersatzanspruchs eine Voraussetzung. Ein dahingehender Beweis ist daher vom Unternehmer nicht darzubringen und darf vom Gericht auch nicht verlangt werden.

## V. Kompensation aus Pflichtverletzungsregeln

Im Folgenden werden zwei unterschiedliche Schadenersatzansprüche untersucht, die dem Unternehmer daraus entstehen, dass der Bauherr im Zusammenhang mit seinem Mitwirkungsversäumnis schuldhaft Pflichten verletzt. Zum einen ist das der Schadenersatzanspruch aus der Verletzung einer eigentlichen *Mitwirkungspflicht*, die im Bauwerkvertrag in seltenen Fällen durch richterliche Vertragsergänzung hinzutritt oder auch von den Parteien verabredet sein kann (z.G. Rz 620 ff.). Zum anderen interessiert der Schadenersatzanspruch aus der Verletzung einer *Treuepflicht*, deren Träger der Bauherr mangels einer Verpflichtungsausschlussabrede grundsätzlich immer ist. Zunächst wird in (A.) der Gehalt der beiden Pflichtentypen umschrieben und gestützt darauf die Anspruchsgrundlage ermittelt, auf welcher der betref-

---

<sup>1627</sup> JENNY/MAISSEN/HUGUENIN, CHK-OR, Art. 422 N 3.

fende Schadenersatzanspruch fusst. Anschliessend werden die Tatbestandsvoraussetzungen umschrieben, unter denen dem Unternehmer der Schadenersatzanspruch aus der Verletzung der Mitwirkungspflicht (B.) bzw. der Treuepflicht (C.) erwächst.

## A. Ausgangspunkt

### 1. Mitwirkungspflicht des Bauherrn

#### a. Pflichtgehalt

1229 **1.** Im Rahmen dieser Arbeit interessieren Kompensationsansprüche des Unternehmers, die ihm daraus entstehen, dass der Bauherr die Mitwirkung versäumt. Unter einer Mitwirkungspflicht wird deshalb im Folgenden die verbindliche Anforderung an den Bauherrn verstanden, je nachdem eine, mehrere oder alle Mitwirkungsleistungen **mindestens in zeitlicher Hinsicht gehörig**, d.h. **rechtzeitig** zu erbringen.

1230 Ob die Mitwirkungspflicht auch auf andere Aspekte der Mitwirkung durchschlägt, ist eine Auslegungsfrage des Einzelfalls, die an dieser Stelle nicht vertieft wird. Ausschlaggebend ist dabei nicht primär die Bezeichnung der Pflicht im Vertrag (OR 18 I). Im Vordergrund der Auslegung steht, welchen Schutzzweck die Parteien der Pflicht zugedacht haben. Die «Pflicht» zur «Mitwirkung» kann für den Bauherrn nicht nur bedeuten, rechtzeitig mitwirken zu müssen, sondern auch oder stattdessen an einem bestimmten Ort, durch eine bestimmte Person (vgl. Rz 321) und/oder in einer bestimmten Qualität mitwirken zu müssen. Aufgrund der Tatsache allerdings, dass die Mitwirkung gesetzlich als Obliegenheit ausgestaltet ist (Rz 139 ff.), sollten dahingehende Schlüsse in der Vertragsauslegung und -ergänzung mit Zurückhaltung gezogen werden (vgl. beispielsweise Rz 320). Demgegenüber können manche dieser Aspekte für den Bauherrn schon deshalb verpflichtend wirken, weil sie in Ermangelung der gebotenen Sorgfalt geeignet sind, den Unternehmer im Status quo seiner Rechtsgüter zu beeinträchtigen; diesfalls fusst die Verbindlichkeit freilich nicht auf der Pflicht mitzuwirken, sondern auf der (ergänzungsweise hinzutretenden) Treuepflicht des Bauherrn, so mitzuwirken, dass der Unternehmer nicht in vermeidbarer Weise geschädigt wird (siehe zu den Treuepflichten *anlässlich* der Mitwirkung: Rz 708 ff.).

1231 **2.** Die Mitwirkungspflicht wird zum Inhalt des Bauwerkvertrags, indem entweder die Parteien sich auf solches einigen oder das Gericht im Streitfall den Bauwerkvertrag um eine solche Pflicht ergänzt. Nach dem vorne Gesag-



ten wird im Bauwerkvertrag nur bei einem qualifizierten Durchführungsinteresse des Unternehmers ergänzungshalber anzunehmen sein, dass den Bauherrn eine Mitwirkungspflicht trifft (Rz 674 ff.). In diesem seltenen Fall wird die Mitwirkungspflicht als **real vollstreckbare** Mitwirkungspflicht auszugestalten sein, weil sie ihren Zweck ansonsten nicht erfüllt. Beruht die Mitwirkungspflicht dagegen auf Abrede, ist es den Parteien freigestellt, eine real klagbare oder aber eine rein **kompensatorische** Mitwirkungspflicht zu vereinbaren. Vorliegend wird angenommen, dass in der Vertragspraxis die letztere die häufigere Erscheinung sein wird, weil sie einerseits das Kompensationsinteresse des Unternehmers schützt und andererseits den Bauherrn «Herrn des Baus» sein lässt. Die nachfolgenden Ausführungen klammern, entsprechend dem hier angestrebten Fokus auf Kompensationsansprüche, den Realerfüllungsanspruch des Unternehmers aus<sup>1628</sup> und besprechen ausschliesslich die finanzielle Kompensation des Unternehmers für den Fall, dass der Bauherr die Mitwirkung versäumt. Die Ausführungen beanspruchen freilich auch für die klagbare Mitwirkungspflicht insoweit Geltung, als deren Verletzung den Unternehmer ebenfalls zum Ersatz des Verspätungsschadens berechtigt (Rz 746; 1244 ff.).

**b. Anspruchsgrundlage: Regeln des Schuldnerverzugs  
(OR 102 ff./101 I)**

1. Wirken der Bauherr bzw. seine Hilfspersonen zum geschuldeten Zeitpunkt 1232 nicht oder nicht vollständig<sup>1629</sup> mit, weicht der Bauherr vom vertraglich versprochenen Verhalten bzw. Erfolg ab. Dabei fragt sich, welchem gesetzlichen Typus von Leistungsstörung diese Abweichung unterfällt, was wiederum die Frage aufwirft, wie die Mitwirkungspflicht im System der vertraglichen Pflichten zu klassifizieren ist. Dass die Mitwirkungsleistung im Bauwerkvertrag eine Hauptleistungspflicht darstellt, kann *a priori* ausgeschlossen werden, weil der Unternehmer nicht ihrerwillen oder zumindest nicht allein ihrerwillen in den Werkvertrag eintritt. Verletzt wird durch das Mitwirkungsversäumnis demnach nicht eine Haupt-, sondern eine **Nebenpflicht**. Dort ist zu unterscheiden:

---

<sup>1628</sup> Bsp.: Ersetzen eines fälligen Bauherrenentscheids betreffend die Werkkonkretisierung durch richterliches Urteil nach OR 98 I und ZPO 344 I (vgl. WEBER, BK-OR, Art. 98 N 24).

<sup>1629</sup> Vgl. zum Tatbestand des graduellen Mitwirkungsversäumnisses, das mit dem Verzugsfall gleichzusetzen ist: Rz 89.

- 1233 **a.** Jene Nebenpflichten, die hier als *Treuepflichten* umschrieben werden (Rz 341 ff., 697 ff.), zeichnen sich unter anderem dadurch aus, dass ihre Erfüllung «für die in der Vergangenheit gegebene Situation nicht mehr möglich»<sup>1630</sup> ist, wenn sie einmal verletzt sind. Zu denken ist an Schutz-, Sicherungs-, Obhuts- und Aufklärungspflichten, deren Nachholung für den Schuldner regelmässig unmöglich oder wenigstens zwecklos wird, weil der Schaden, der durch deren Erfüllung hätte verhindert werden müssen, bereits eingetreten ist. Hierher passt die Mitwirkungspflicht nicht, denn sie umfasst Mitwirkungsleistungen und damit Leistungen, deren Nachholung im Säumnisfall normalerweise nicht unmöglich oder zwecklos werden<sup>1631</sup>; vielmehr bleibt ihre Erfüllung möglich und geboten, auch wenn sie zunächst vom Bauherrn nicht oder nicht gehörig erbracht wird. Die Unmöglichkeit der Mitwirkungsleistung führte demgegenüber zur Unmöglichkeit der Werkleistung und mithin zur Vertragsbeendigung (Rz 85).
- 1234 **b.** Demgegenüber passt die Mitwirkungspflicht zur *leistungsbezogenen Nebenpflicht* (vgl. Rz 334 ff.), deren Verletzung normalerweise Schuldnerverzug im Sinne von OR 102 auslöst<sup>1632</sup>. Nach ihrer gängigen Charakterisierung zwar richten sich leistungsbezogene Pflichten darauf, eine Hauptleistung herbeizuführen und zu sichern, die von derselben Person getragen wird wie die Nebenpflicht, d.h. vom Schuldner. So verstanden wären Nebenpflichten immer «akzessorisch» zu einer von derselben Vertragsseite geschuldeten Hauptleistung. Darunter könnte die Mitwirkungspflicht des Bauherrn vorliegend nicht subsumiert werden, denn sie weist keinen inneren Zusammenhang zu seiner Vergütungsschuld auf. Doch wurde festgestellt, dass vielmehr auch der Gläubiger Nebenpflichten tragen kann, die sich auf die Herbeiführung und Sicherung der vom Schuldner geschuldeten Hauptleistung richtet (Rz 335). Akzeptiert man diese Prämisse, sind auch Nebenpflichten des *Gläubigers* leistungsbezogene Nebenpflichten, wenn sie zur Hauptleistungspflicht des *Schuldners* akzessorisch sind, was bei Mitwirkungspflichten angesichts ihres Zwecks ausnahmslos zu bejahen sein wird. So verstanden, lassen sich die Mitwirkungspflichten des Bauherrn als leistungsbezogene Nebenpflichten erfassen.

---

<sup>1630</sup> SCHENKER, Diss., Rz 43; vgl. auch WEBER, BK-OR, Art. 102 N 51.

<sup>1631</sup> Vgl. EMMERICH, § 23 Rz 12 (mit Blick auf die *Mitwirkungsobliegenheit*): «Ein Gläubigerverzug ist nur möglich, wo die Erfüllung der Mitwirkung des Gläubigers bedarf und wo die Unterlassung dieser Mitwirkung nicht zur Unmöglichkeit der Leistung führt.»

<sup>1632</sup> Vgl. SCHENKER, Diss., Rz 42; WEBER, BK-OR, Art. 102 N 51.

2. Aus diesen Gründen ist die Anspruchsgrundlage des Unternehmers bei der Verletzung einer Mitwirkungspflicht durch den Bauherrn im **Schuldnerverzugsrecht (OR 102 ff.)** zu suchen<sup>1633</sup>. Erst wenn die Mitwirkungsleistung und, konsektiv, auch die Leistung unmöglich geworden ist, liegt ein anderer Leistungsstörungen-Typ vor, der je nach Verschulden des Bauherrn nach den Regeln der verschuldeten (OR 97 I/101 I) oder unverschuldeten (OR 119), nachträglichen, dauerhaften Unmöglichkeit abzuwickeln ist. Für diese Zuordnung spricht nicht zuletzt der Wortlaut von OR 91, der das Mitwirkungsversäumnis sowohl sprachlich («Verzug des Gläubigers») als auch systematisch als Verzugstatbestand ausgestaltet. Der hier interessierende Kompensationsanspruch des Unternehmers fusst auf OR 103 I, der ihn bei Verschulden des Bauherrn zum Ersatz des sogenannten **Verspätungsschadens** (auch: des «**Zeitinteresses**»<sup>1634</sup>) berechtigt.

Andere Anspruchsgrundlagen fallen ausser Betracht, auch wenn der Verzugsschaden typischerweise noch unter anderen Haftungsnormen ersatzfähig ist<sup>1635</sup>: So erstens unter OR 97 I, wo der Verspätungsschaden Teil des darnach geschuldeten, positiven Vertragsinteresses bildet; freilich kommt die Bestimmung in reinen Verzugsfällen nicht zur Anwendung. Sodann in OR 106 I mit besonderem Blick auf Geldschulden, wobei aber Geldzahlungen wie gesehen keine Mitwirkungsleistungen des Bauherrn sind (Rz 734 ff.). Schliesslich in OR 107 II, doch gründen die Wahlrechte dort auf der Voraussetzung, dass der Schuldner (hier: der Bauherr) mit einer im Synallagma stehenden Hauptleistung im Schuldnerverzug steht<sup>1636</sup>; eine solche Hauptleistungspflicht aber wird im Bauwerkvertrag die Mitwirkungspflicht nie sein.

<sup>1633</sup> Verursacht ein *Erfüllungsgehilfe* des Bauherrn den Verzug, beurteilt sich die Haftung des Bauherrn für den dadurch verursachten Verspätungsschaden nach den Regeln der Hilfspersonenhaftung (OR 101 I; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz 2817 ff.). Vgl. zur Hilfspersonenhaftung: Rz 1335 ff.

<sup>1634</sup> Vgl. KOLLER A., OR AT, Rz 54.68; SCHENKER, Diss., Rz 266 m.w.N.; STAUBER, Diss., Rz 878, 880.

<sup>1635</sup> WEBER, BK-OR, Art. 103 N 10 f.

<sup>1636</sup> In der Literatur wird teilweise dafürgehalten, OR 107 nicht nur auf Hauptleistungspflichten, sondern auch auf wesentliche Nebenpflichten anzuwenden, die einen selbstständig durchsetzbaren Anspruch begründen und denen grundlegende Bedeutung für die Vertragserfüllung zukommt (FURRER/WEY, CHK-OR, Art. 107 N 12 m.w.N.).

**c. Sekundäranspruch**

- 1237 **1.** Anders als Primärpflichten werden (auch real vollstreckbare) Mitwirkungspflichten kaum je «das eigentliche, «primäre» Ziel des Vertrages»<sup>1637</sup> sein, sondern immer nur ein Mittel zur Erreichung eines primären Vertragszwecks (zum Beispiel aus Sicht des Unternehmers: die Werkvollendung, -ablieferung und/oder das Erlangen der Vergütung). Den Anspruch auf Verspätungsschadenersatz als sekundären Anspruch zu bezeichnen, fällt unter dieser Terminologie entsprechend schwer; denn fehlt es an einer Primärpflicht zur Mitwirkung, kann vom Anspruch auf Verspätungsschadenersatz nicht gesagt werden, dass er sekundär, nämlich «im Fall der Störung von Primärpflichten»<sup>1638</sup> entsteht. Löst man sich freilich von diesem Verständnis und weitert man den Begriff des Sekundäranspruchs auf die Folgen der Verletzung von vertraglichen *Nebenpflichten* aus, lässt sich der Anspruch auf Verspätungsschadenersatz als Sekundäranspruch verstehen. Diese Terminologie wird hier bevorzugt, weil sie klarstellt, dass die haftungsrechtliche Kompensation – wie auch die gläubigerverzugsrechtliche – nicht auf vergütungsrechtlichen Überlegungen fusst, sondern der Verletzung einer vertraglichen Verhaltensanforderung (hier: der Verletzung einer Pflicht) entspringt.
- 1238 **2.** Ob der Anspruch auf Verspätungsschadenersatz beim Unternehmer **neben oder an die Stelle** des Anspruchs auf Mitwirkung tritt<sup>1639</sup>, hängt vom Inhalt der konkreten Mitwirkungspflicht ab. Strikte begrifflich gesprochen kann der Ersatzanspruch nur in dem Umfang *neben* dem Anspruch auf Mitwirkung stehen, wie sich der Anspruch nicht in der rechtzeitigen Mitwirkung erschöpft. Denn durch das Mitwirkungsversäumnis wird die *rechtzeitige* Mitwirkung fortan unmöglich, sodass der Ersatzanspruch aus *Verspätung* nicht neben, sondern nur *anstelle* dieses Anspruchsgegenstands treten kann. Erstreckt sich demgegenüber die Mitwirkungspflicht noch auf andere – nachholbare – Aspekte der Mitwirkung (Ort, Person, Qualität usw.; vgl. Rz 1229 f.) oder auf deren effektive Erbringung (klagbare Mitwirkungspflicht), tritt der Schadenersatzanspruch in diesem Umfang *neben* solche (weiterbestehenden) Mitwirkungsansprüche des Unternehmers.

---

<sup>1637</sup> Vgl. KRAMER, BK-OR, Einl N 89; siehe auch MÜLLER, BK-OR, Einl Art. 1–18 N 223.

<sup>1638</sup> Vgl. KRAMER, BK-OR, Einl N 89.

<sup>1639</sup> Vgl. KRAMER, BK-OR, Einl N 89.

## 2. Treuepflicht der rechtzeitigen Säumnisanzeige

### a. Pflichtgehalt

Begriff und Gehalt der Treuepflichten bauherrenseits wurden bereits im Zusammenhang mit den Besonderheiten der Bauherrenmitwirkung erörtert (Rz 696 ff.). Festgestellt wurde dort, dass dem Bauherrn sowohl daraus, dass er mitwirkt, als auch daraus, dass er nicht mitwirkt, Treuepflichten erwachsen können. Weil sich diese Arbeit um den Fall dreht, da der Bauherr die Mitwirkung versäumt, interessiert vorliegend die Treuepflichtverletzung, die der Bauherr begeht, wenn er den Unternehmer **pflichtwidrig nicht vor dem anstehenden oder bereits eingetretenen Mitwirkungsversäumnis warnt** und es gegebenenfalls versäumt, wo geboten, weitere Schutzmassnahmen zu treffen (siehe Rz 697 ff.). Die bei dieser Treuepflichtverletzung untersuchte Pflichtwidrigkeit liegt nicht im Mitwirkungsversäumnis an sich, sondern in der vertragswidrigen Unsorgfalt des Bauherrn im Umgang mit den Rechtsgütern des Unternehmers, im Versäumnis nämlich, das Mitwirkungsversäumnis – wenn es denn schon eintritt bzw. eintreten wird – für den Unternehmer möglichst schonend eintreten zu lassen. Der Bauherr begeht die interessierende Pflichtverletzung insofern nicht *durch* das Mitwirkungsversäumnis, sondern *bei dessen Gelegenheit*.

Ausgelassen werden unter diesem Titel demgegenüber Fälle, in denen der Bauherr seine Mitwirkungsobliegenheit zwar erfüllt, dabei aber andere Treuepflichten verletzt, namentlich indem er den Unternehmer durch pflichtwidrige Unsorgfalt bei der Mitwirkung schädigt. Exkursweise wurden diese Konstellationen unter dem Titel der *Schlechtmitwirkung* im engeren und im weiteren Sinne umschrieben (Rz 708 ff.).

### b. Anspruchsgrundlage: Regeln der Nichterfüllung (OR 97 I/101 I)

1. Wie die Mitwirkungspflicht lässt sich auch die Pflicht des Bauherrn zur rechtzeitigen Säumnisanzeige in eine der herkömmlichen Pflichtkategorien einordnen. Von ihr wurde bereits dargelegt, dass sie zu den **Nebenpflichten** gehört, was sich darin bestätigt, dass der Unternehmer nicht um ihrerwillen in den Bauwerkvertrag eintritt. Tatsächlich wird der Inhalt von Pflichten wie der hier fraglichen von den Parteien bei Vertragsschluss häufig überhaupt nicht bedacht. Stattdessen finden diese Pflichten gleichsam «nachträglich» Eingang in den Vertrag, wenn ihr Bestand und ihre Verletzung streitig werden und das Gericht den Vertrag nach Treu und Glauben dahingehend er-

gänzt (vgl. Rz 341). Selbstredend sind die Parteien frei, Nebenpflichten wie die hier besprochene zu vereinbaren.

- 1242 **2.** Anders als die Mitwirkungspflicht ist die hier interessierende Nebenpflicht *keine leistungsbezogene Nebenpflicht*, denn sie dient weder der Sicherung noch dem Erfolg der vom Bauherrn geschuldeten Hauptleistung (Vergütung) oder der vom Unternehmer geschuldeten Hauptleistung (Werkleistung). Zudem führt deren Verletzung typischerweise dazu, dass ihre nachträgliche Erfüllung dauerhaft unmöglich wird<sup>1640</sup>, weil der Schaden, der durch das pflichtgemässe Verhalten hätte vermieden werden sollen, durch die Nichterfüllung bereits eingetreten ist. Sorgfältiges Verhalten, wie es solchen Pflichten zugrunde liegt, wird deshalb auch nicht in dem Sinne «fällig», dass es vom Gläubiger ab einem gewissen Zeitpunkt eingefordert werden dürfte<sup>1641</sup>. Charakterlich ist die Pflicht zur rechtzeitigen Säumnisanzeige also nach der hier verwendeten Terminologie eine **Treuepflicht** im Sinne der Rz 341 ff. und 697 ff. Ihre Verletzung durch den Bauherrn ist eine positive Vertragsverletzung, deren Rechtsfolge sich nach **OR 97 I** beurteilt<sup>1642</sup>: Es entsteht dem Unternehmer ein Anspruch auf Ersatz des hierdurch verursachten Schadens; er hat Anspruch darauf, so gestellt zu werden, wie wenn der Bauherr die Treuepflicht richtig erfüllt hätte (**positives Vertragsinteresse**). Verursacht ein *Erfüllungsgehilfe* des Bauherrn die Verletzung der Treuepflicht, beurteilt sich die Haftung des Bauherrn nach **OR 101 I** (zur Haftung für das Verhalten von Hilfspersonen siehe Rz 1335 ff.).

### c. Sekundäranspruch

- 1243 Auch der Schadenersatzanspruch aus der Verletzung von Treuepflichten wird hier als Sekundäranspruch aufgefasst (siehe Rz 1237 f.). Es liegt in der Natur solcher Pflichten, dass deren nachträgliche Erfüllung in dem Moment unmöglich wird, da sie verletzt werden (vgl. Rz 1233). Der Schadenersatzanspruch tritt also *an die Stelle des* (regelmässig nicht klagbaren) Anspruchs des Unternehmers darauf<sup>1643</sup>, dass der Bauherr ihn rechtzeitig und in geeig-

---

<sup>1640</sup> SCHENKER, Diss., Rz 43; vgl. auch WEBER, BK-OR, Art. 102 N 51.

<sup>1641</sup> WEBER, BK-OR, Art. 102 N 51.

<sup>1642</sup> Vgl. GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz 2615 ff. Soweit die Treuepflicht ausnahmsweise eine Unterlassung zum Gegenstand hätte, wäre zusätzlich OR 98 II beachtlich (vgl. GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz 2617). Praktisch kommt das wohl kaum in Frage, weil der Bauherr seine Warnpflicht nur durch ein Tun zu erfüllen vermag.

<sup>1643</sup> Vgl. KRAMER, BK-OR, Einl N 89.

neter Weise auf die Gefahren des Mitwirkungsversäumnisses aufmerksam mache. Die Bezeichnung als Sekundäranspruch verdeutlicht terminologisch – wie schon beim gläubigerverzugsrechtlichen Anspruch – auch hier, dass der Ersatzanspruch nicht dem Vergütungsrecht, sondern der Verletzung einer vertraglichen Verhaltensanforderung (hier: einer Treuepflicht) entspringt.

## B. Anspruch auf Verspätungsschadenersatz aus der Verletzung einer Mitwirkungspflicht

Im Folgenden werden die Tatbestandsvoraussetzungen diskutiert, die sich 1244 verwirklichen müssen, damit dem Unternehmer gegen den Bauherrn aus der Verletzung seiner kompensatorischen Mitwirkungspflicht ein Anspruch auf Ersatz des Verspätungsschadens im Sinne von OR 103 I entsteht<sup>1644</sup>. Dies sind der Eintritt des Schuldnerverzugs (1.), der Eintritt eines Schadens (2.), die natürliche und adäquate Kausalität zwischen der Pflichtverletzung und dem eingetretenen Schaden (3.) und das Verschulden des Bauherrn (4.). Weitere Voraussetzungen, namentlich dass der Unternehmer seinen Anspruch nicht verwirkt haben darf, werden in (5.) umschrieben. Beweislast und Beweismass werden in (6.) besprochen.

Die Haftung des Bauherrn für den Verspätungsschaden, den sein 1245 *Erfüllungsgehilfe* dem Unternehmer durch sein Mitwirkungsversäumnis verursacht, beurteilt sich nach OR 101 I<sup>1645</sup>; sie wird im Rahmen des Verschuldenskriteriums in (4.) abgehandelt.

### 1. Schuldnerverzug des Bauherrn

1. Zum Eintritt des Schuldnerverzugs im Sinne von OR 102 muss (i.) die 1246 geschuldete Mitwirkungsleistung noch möglich und noch nicht erbracht worden sein, (ii.) die Mitwirkungsschuld fällig sein, (iii.) der Bauherr vom Unternehmer gemahnt worden sein oder ein Mahnäquivalent vorliegen und (iv.) die Mitwirkungsleistung pflichtwidrig ausbleiben. Ein Verschulden des Bauherrn ist für den Eintritt des Schuldnerverzugs *per se* nicht vorausgesetzt, wohl aber Voraussetzung für den Schadenersatzanspruch und wird andern-

---

<sup>1644</sup> Vgl. zu den Voraussetzungen des Schadenersatzanspruchs: WEBER, BK-OR, Art. 103 N 13 ff.; KOLLER A., OR AT, Rz 54.69, 55.58 ff.

<sup>1645</sup> Vgl. GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz 2817 ff.

orts behandelt (Rz 1317 ff.)<sup>1646</sup>. Weil die Mitwirkungspflicht nichts anderes ist als die pflichtgewordene Gläubigermithilfe im Sinne von OR 91, wird bei einzelnen der genannten Tatbestandsvoraussetzungen weiters zu erörtern sein, ob und inwiefern sie sich logisch und/oder teleologisch mit gewissen Eintrittsvoraussetzungen des Gläubigerverzugs decken oder nicht.

- 1247 **2.** Zunächst muss also die **Mitwirkungsleistung** des Bauherrn noch **möglich** sein. Doch sind die Schicksale der Mitwirkungsleistung und der mitwirkungsbedürftigen Werkleistung notwendigerweise miteinander verschränkt, sodass die fortbestehende Möglichkeit der Mitwirkungsleistung nicht isoliert von jener der Leistung beurteilt werden kann. Tatsächlich ist vorausgesetzt, dass auch die **Werkleistung** noch **möglich** ist. Denn ist letztere unmöglich geworden, wird es auch die Mitwirkungsleistung, und umgekehrt (Rz 85); Schuldnerverzug fällt in solchen Fällen ausser Betracht.
- 1248 **3. Fällig** ist die Mitwirkungsschuld dann, wenn der Unternehmer die Mitwirkungsleistung **verlangen darf**. Mit der Fälligkeitsvoraussetzung ist im Schuldnerverzugsrecht «stillschweigend» auch die Erfüllbarkeit der Mitwirkungspflicht «eingeschlossen»<sup>1647</sup>. Ist der Fälligkeitszeitpunkt für die Mitwirkung nicht vereinbart, so bestimmt er sich nach OR 75 («Zeit der Erfüllung»). Dass aber eine Mitwirkungspflicht «sogleich», also bereits mit Vertragsschluss fällig (und erfüllbar) werde, dürfte in der Regel nicht der «Natur des Rechtsverhältnisses» (OR 75) entsprechen, weil die zeitlichen Modalitäten der Mitwirkungsleistung vielmehr von jenen des mitwirkungsbedürftigen Leistungsteils und damit von der Leistungsbereitschaft des Unternehmers abhängen, namentlich vom erreichten Baufortschritt (vgl. auch Rz 504, 506):
- 1249 **a.** Ist die Werkherstellung oder -ablieferung erfüllbar, aber noch nicht fällig, so darf zwar der Bauherr vom Unternehmer (noch) nicht die Erfüllung verlangen, darf der Unternehmer aber erfüllen, wenn er das wünscht (OR 81 I). Ist die Werkherstellung oder -ablieferung sowohl erfüllbar als auch fällig, so darf sowohl der Bauherr die Erfüllung verlangen (zum Beispiel indem er die Mitwirkungsleistung anbietet: wer mitwirkt, fordert; Rz 134 ff.) als auch der Unternehmer die Erfüllung anbieten. In beiden Fällen freilich *führt erst der Unternehmer zur Fälligkeit seiner Mitwirkungsforderung*, indem er den mit-

---

<sup>1646</sup> Zu den Voraussetzungen des Schuldnerverzugs: GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz 2657; KOLLER A., OR AT, Rz 55.02 ff.; SCHENKER, Diss., Rz 1 ff., 247 ff.; WEBER, BK-OR, Art. 102 N 4 ff.

<sup>1647</sup> WEBER, BK-OR, Art. 102 N 53.



wirkungsbedürftigen Leistungsteil im erforderlichen Umfang *anbietet*. Denn nach der «Natur des Rechtsverhältnisses» (OR 75) soll der Unternehmer erst ab diesem Zeitpunkt berechtigt sein, die Mitwirkungsleistung einzufordern. Fälligkeitsauslösend ist im Schuldnerverzugsrecht mithin das, was im Gläubigerverzugsrecht das hinreichende Mahngeschäft (Rz 94 ff.) bildet (vgl. Rz 1253 ff.).

**b.** Daraus geht hervor, dass nicht nur die Erfüllbarkeit der Werkleistungsschuld für die Fälligkeit der Mitwirkungsschuld Vorbedingung ist, sondern dass auch die *Leistungsbereitschaft des Unternehmers*, namentlich der Stand der Werkausführung eine Rolle spielt: Zumindest bei solchen Mitwirkungsleistungen, die zeitgleich oder zeitnah mit den mitwirkungsbedürftigen Erfüllungshandlungen zusammenfallen müssen, schiene es verfehlt, die Fälligkeit der Mitwirkung «sogleich» bei Vertragsschluss eintreten zu lassen (OR 75), wenn der Unternehmer noch gar nicht imstande ist, den betreffenden Leistungsteil anzubieten. Tatsächlich wird in solchen Fällen die Mitwirkung frühestens fällig, wenn der Unternehmer nicht nur zur betreffenden Erfüllungshandlung berechtigt, sondern auch imstande (mit anderen Worten also leistungsbereit) ist. Wenn sich demgegenüber Erfüllungshandlung und Mitwirkungsleistung zeitlich nicht «treffen» müssen und keine Fälligkeitsabrede getroffen ist, mag es im Einzelfall zutreffen, dass solche Mitwirkungsleistungen «sogleich» (OR 75) fällig werden. Ob das zutrifft, ist eine Auslegungsfrage des Einzelfalls und durch die Analyse der Umstände und der (gegebenenfalls erkennbaren) Parteiinteressen bei Vertragsschluss zu ermitteln.

**c.** Anders allerdings, wenn der Unternehmer nach den konkreten Umständen *nicht* damit rechnen durfte, dass seine Leistungsbereitschaft und namentlich sein Arbeitsfortschritt die Fälligkeit der Mitwirkung diktieren werde, wie zum Beispiel bei der *Just-in-Time*-Mitwirkung (siehe Rz 526); dort bestimmt sich die Fälligkeit der Mitwirkung nach den Spätestens-Zeitpunkten, zu denen die Mitwirkung erfolgen muss, damit der Unternehmer die vertraglichen Fristen und (Zwischen-)Termine einzuhalten vermag. In Ermangelung besonderer Umstände überzeugt es allerdings *nicht*, die Fälligkeit der Mitwirkung nach einem *objektivierten Bauverlauf* zu bestimmen. Unbeachtlich ist für die Fälligkeit der Mitwirkung insbesondere, wie schnell ein versierter Fachmann nach rechtzeitigem Beginn, in zügiger Arbeit und mit dem übli-

chen Einsatz das Bauwerk ausführen würde<sup>1648</sup>. Das führte nämlich – wie gesagt, in Ermangelung anderer Umstände – zum merkwürdigen Resultat, dass der überdurchschnittlich schnell arbeitende Unternehmer immer wieder auf den Bauherrn warten musste (in dem Sinne, dass dem nicht mitwirkenden Bauherrn kein Schuldnerverzug drohte), bzw. der unterdurchschnittlich langsam arbeitende Unternehmer vom Bauherrn eine Mitwirkungsleistung bereits einfordern dürfte, obwohl seine Leistungsbereitschaft und namentlich der Baufortschritt diese Mitwirkung noch gar nicht zulässt.

1252 **d.** Ist eine Abrede über die *Fälligkeit der Mitwirkungsschuld* getroffen oder auch über eine den *Zeitpunkt der Mitwirkung implizierende Bauzeitabrede*, so ist im Einzelfall zu beurteilen, welcher Gehalt dieser Abrede mit Blick auf die Fälligkeit zukommt. Bei Mitwirkungsleistungen, die zeitgleich oder zeitnah mit der betreffenden Erfüllungshandlung erfolgen müssen, scheint es zum Vornherein ausgeschlossen, dass die Abrede zur Fälligkeit der Mitwirkung führen soll, wenn es (aus welchen Gründen auch immer) noch an der Erfüllbarkeit der Werkleistungspflicht und/oder an der nötigen Leistungsbereitschaft (namentlich am nötigen Ausführungsstand des Bauwerks) fehlt. Bei Mitwirkungsleistungen immerhin, die sich zeitlich nicht mit einer Erfüllungshandlung «treffen» müssen, und bei denen dem Unternehmer prinzipiell überlassen ist, wann er sie «zur Werkleistung verwertet» (Bsp.: Planlieferungen; Rz 520, 530), mag der Fälligkeitszeitpunkt auch einmal losgelöst von der Leistungsbereitschaft des Unternehmers eintreten. Freilich ist auch bei solchen Abreden genau zu prüfen, ob hiernach die Leistungsbereitschaft des Unternehmers als Fälligkeitsvoraussetzung entfallen soll oder nicht; gegen die erste Interpretation spricht die natürliche Vermutung, dass eine Fälligkeitsabrede mit Blick auf eine Mitwirkungsleistung, zu deren Verwertung der Unternehmer noch gar nicht imstande ist, aus der Sicht beider Parteien wenig Sinn macht.

1253 **4.** Der Unternehmer muss den Bauherrn grundsätzlich mahnen, um ihn in Schuldnerverzug zu setzen, d.h. er muss ihn **unmissverständlich zur Mitwirkungsleistung auffordern**<sup>1649</sup>. Strukturell geht es um dasselbe Rechtsinstitut, das vorne als Mahngeschäft bezeichnet wird und mit welchem der Schuldner den Gläubiger in Gläubigerverzug setzt (Rz 101 f.). Sowohl im Gläubiger- als auch im Schuldnerverzugsrecht besteht die Mahnung in einer

---

<sup>1648</sup> Vgl. GAUCH, Werkvertrag, Rz 649.

<sup>1649</sup> Vgl. SCHENKER, Diss., Rz 126.

prinzipiell formlosen, einseitigen, empfangsbedürftigen Willenserklärung (bzw. einer rechtsgeschäftsähnlichen Willenserklärung), die Mitwirkungsleistung bzw. die Leistung nun empfangen zu wollen. Doch eröffnen sich Unterschiede:

a. Im *Gläubigerverzugsrecht* hat der Schuldner die Leistung in dem ohne 1254 Mitwirkung möglichen und zumutbaren Umfang anzubieten und nötigenfalls seine Leistungsbereitschaft mittels weiterer Massnahmen dem Gläubiger zur Kenntnis zu bringen. Während hier Leistungsbereitschaft und deren Mitteilung eng beieinanderliegen bzw. ineinander übergehen, darf sich der Schuldner jedenfalls dem Grundsatz nach nicht mit einer blossen Mitteilung begnügen, wonach er nun leisten wolle; die Aufforderung durch «Verbaloblation» (zum Begriff Rz 96 ff.) oder eben durch Bereitschaftsanzeige ist vielmehr nur ausnahmsweise zulässig.

Im *Schuldnerverzugsrecht* genügt dagegen die unmissverständliche 1255 Mitteilung des Gläubigers, die Leistung empfangen zu wollen; auf den Willen und die Fähigkeit des Gläubigers mitzuwirken, kommt es für die Wirksamkeit der Mahnung (OR 102 I) zunächst einmal nicht an. Dieser qualitative Unterschied wird im Kontext der Mitwirkungsschuld freilich in mehrfacher Hinsicht ausgeglichen. Zunächst bedarf es schon für die *Fälligkeit* der Mitwirkung in den meisten Fällen der Leistungsbereitschaft des Unternehmers (Rz 1250–1252). Fehlt es daran, bleibt die Mahnung des Unternehmers unwirksam bzw. der Eintritt des Verfalltags im Sinne von OR 102 II unbeachtlich. Im Übrigen lässt sich die Mahnung des nicht leistungsbereiten Unternehmers als rechtsmissbräuchlich (ZGB 2 II) auffassen<sup>1650</sup>, was ebenfalls zur Wirkungslosigkeit der Mahnung führt. Die Mahnung des nicht leistungsbereiten Unternehmers ist mithin nur in jenen seltenen Fällen wirksam, in denen (i.) zweifelsfrei eine dahingehende Fälligkeitsabrede getroffen wurde bzw. der Vertrag aufgrund besonderer Umstände und Parteiinteressen mit einer solchen Regel zu ergänzen ist, und (ii.) die Mitwirkungsleistung ihrer Natur nach trotz der fehlenden Leistungsbereitschaft des Unternehmers erbracht werden kann.

<sup>1650</sup> Vgl. KOLLER A., BK-OR, Art. 366 N 171 (dort mit Blick auf die Mahnung des nicht annahmehereiten Bauherrn).

- 1256 **b.** *Auf die Mahnung verzichten* kann der Unternehmer, wenn ein Mahnäquivalent vorliegt<sup>1651</sup>, was zutrifft, wenn der Bauherr «auch ohne Aufforderung zur [Mitwirkungs-]Leistung weiss»<sup>1652</sup> oder wissen müsste, wann mitzuwirken ist. Das ist einmal der Fall, wenn die Parteien für eine Mitwirkungsleistung einen hinreichend genauen Leistungszeitpunkt bzw. (bei Dauer-Mitwirkungsleistungen) eine hinreichend genaue Leistungsperiode vereinbart haben. Das mag, je nach ihrer Natur, für manche – aber nicht alle – Mitwirkungsleistungen bereits bei einem kalendarisch bestimmbareren Verfalltag im Sinne von OR 102 II zutreffen<sup>1653</sup> (vgl. Rz 549 ff.). Ein hinreichend genauer Zeitpunkt kann auch vereinbart sein, wenn nicht der Zeitpunkt der Mitwirkungsleistung, sondern der korrespondierenden Erfüllungshandlung verabredet ist, soweit der Zeitpunkt der Leistung zweifelsfrei auf den Zeitpunkt der Mitwirkung schliessen lässt. In solchen Fällen gerät der säumige Bauherr auch ohne Mahnung des Unternehmers, nämlich bereits bei Ablauf des vereinbarten Zeitpunkts, in Schuldnerverzug.
- 1257 Ein Mahnäquivalent liegt sodann vor, wenn der Unternehmer dem Bauherrn bereits vor Eintritt der Fälligkeit inhaltlich präzise mitgeteilt hat, dass und wann er die Mitwirkungsleistung benötigen werde (vgl. Rz 510). Denn auch die sogenannte *vorzeitige Mahnung* versetzt den Bauherrn letztlich in den Stand, zur richtigen Zeit mitzuwirken, wobei im konkreten Einzelfall zu prüfen ist, ob die betreffende Mitteilung ihrem Inhalt nach geeignet ist, die herkömmliche Mahnung hinfällig zu machen, mithin eine vorzeitige Mahnung darstellt oder nicht.
- 1258 Hat der Bauherr die Mitwirkung (und die Vergütungsleistung) schon *zum Vornherein und definitiv verweigert*, rechtfertigt es sich, ihn ohne Mahnung und schon vor Eintritt der Fälligkeit der Mitwirkung in Schuldnerverzug geraten zu lassen. Dasselbe gilt, wenn der Bauherr den Unternehmer an der Weiterarbeit hindert bzw. ihn anweist, sie zu unterlassen, obwohl vonseiten des Bauherrn gar keine Mitwirkung erforderlich ist; auch die *willkürliche*

---

<sup>1651</sup> Siehe zu Mahnäquivalenten KOLLER A., OR AT, Rz 55.27 ff.

<sup>1652</sup> KOLLER A., OR AT, Rz 55.40.

<sup>1653</sup> Terminabreden über Mitwirkungsleistungen machen im Grunde nur Sinn, wenn entweder die Mitwirkung und die Erfüllung *nicht* zeitgleich erfolgen müssen, oder wenn damit gemeint ist, dass die Mitwirkung zum betreffenden Zeitpunkt erfolgen solle, *soweit* die Leistungsbereitschaft des Unternehmers es erlaubt. Erlaubt demgegenüber namentlich der Ausführungsstand die Mitwirkung noch gar nicht, kann die Mitwirkungsleistung ihrer Natur nach (OR 75) noch nicht fällig sein (Rz 1255). Der allfällig vereinbarte Mitwirkungszeitpunkt bleibt in solchen Fällen unbeachtlich und es gilt stattdessen das Mahnerfordernis nach OR 102 I.

*Interferenz* führt, wie gesehen, zum Verzug – hier: zum Schuldnerverzug – des Bauherrn (vgl. Rz 20, 110).

c. Für die Mahnung existieren im Übrigen *inhaltliche Mindestvoraussetzungen*.<sup>1259</sup> Soweit eine Mitwirkungsleistung, gleich ob vertraglich terminiert oder nicht, örtlich oder inhaltlich im Vertrag nicht hinreichend spezifiziert ist, zum Beispiel, weil nur gerade die Mitwirkung ganz allgemein zur Pflicht des Bauherrn gemacht worden ist, fällt es spätestens der Mahnung zu, die eingeforderte Mitwirkungsleistung zu konkretisieren. Der Bauherr muss daraus erkennen können, welche Mitwirkungsleistung in welchem Umfang erforderlich ist<sup>1654</sup>. Ob die Mahnung dem genügt, ist eine Auslegungsfrage des Einzelfalls. Vom Laienbauherrn jedenfalls können nicht dieselben Vorkenntnisse erwartet werden wie vom professionellen Bauherrn (Rz 1329). Ist die Mahnung in dieser Hinsicht unzureichend, bleibt sie unwirksam. Fordert der Unternehmer den Bauherrn dagegen zur Mitwirkung am falschen Ort auf, ist die Mahnung grundsätzlich wirksam, wenn erkennbar ist, dass der Unternehmer die Mitwirkungsleistung auch am richtigen Ort in Empfang zu nehmen gewillt ist<sup>1655</sup>. Womöglich wird der Unternehmer den Bauherrn bereits im Rahmen seiner Informationspflicht rechtzeitig über Art, Inhalt, Zeit und Ort der Mitwirkung informiert haben<sup>1656</sup>. Ob diese Information dann zugleich auch eine vorzeitige Mahnung darstellt, sodass anschliessend keine eigentliche Mahnung mehr erforderlich ist (siehe Rz 1257), ist wiederum eine Frage des Einzelfalls und hängt von der inhaltlichen Genauigkeit der Voranzeige ab.

**5. Objektiv pflichtwidrig** ist das Ausbleiben der Leistung, wenn der Schuldner die Leistung seit Leistungsaufforderung nicht innert der ihm zustehenden Reaktionsfrist erbringt<sup>1657</sup> und ausserdem die Verspätung weder auf dem Annahmeverzug des Gläubigers beruht noch der Schuldner andere wirksame Einreden vorbringen kann<sup>1658</sup>. Für den zur Mitwirkung verpflichteten Bauherrn bedeutet das: Er handelt pflichtwidrig, wenn er den geschulde-

<sup>1654</sup> Vgl. SCHENKER, Diss., Rz 136 ff.

<sup>1655</sup> Vgl. SCHENKER, Diss., Rz 143 f.

<sup>1656</sup> Daran tut der Unternehmer schon deshalb gut, weil er so verhindert, dass sein Mahngeschäft für den Bauherrn unzeitig ausfällt (dazu Rz 510).

<sup>1657</sup> GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz 2727; KOLLER A., OR AT, Rz 55.06; SCHENKER, Diss., Rz 106 ff.; WEBER, BK-OR, Art. 102 N 105.

<sup>1658</sup> GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz 2663 ff.; KOLLER A., OR AT, Rz 55.08 f.; SCHENKER, Diss., Rz 227 ff.; WEBER, BK-OR, Art. 102 N 153 ff.

ten Mitwirkungserfolg nicht innert der ihm zustehenden Reaktionsfrist verwirklicht und er die Verspätung weder mit wirksamen Einreden noch damit rechtfertigen kann, dass der Unternehmer die Mitwirkungsleistung «nicht annehme».

- 1261 **a.** Ob und inwiefern dem Bauherrn eine *Reaktionszeit* zusteht, richtet sich sinngemäss nach den Ausführungen zu seiner Mitwirkungsobliegenheit in Rz 542 ff. Erwähnenswert ist, dass sich der Inhalt einer allfälligen Voranzeige des Unternehmers (Rz 510) auf die Bemessung der Reaktionsfrist auswirken kann (vgl. Rz 547).
- 1262 **b.** Was sodann die *Einreden* auf der Seite des Bauherrn betrifft, so sind sie sehr limitiert, weil er sich als Schuldner der Mitwirkung nicht auf die relativ vielfältigen Rechtfertigungsgründe im Sinne von OR 91 berufen kann (vgl. Rz 114). Immerhin: Weil der Unternehmer im vorliegend unterstellten Fall der Gläubiger der Mitwirkungsleistung ist, verspätet sich der Bauherr dann nicht pflichtwidrig, wenn der *Unternehmer* die dargebotene Mitwirkungsleistung «*nicht annimmt*»; vielmehr gerät dann der Unternehmer in Gläubigerverzug<sup>1659</sup>. Weil diese versäumte «Annahme» überdies nichts Anderes verkörpert als die versäumte Leistungspflicht des Unternehmers (vgl. Rz 136), gerät er infolgedessen möglicherweise auch in Schuldnerverzug<sup>1660</sup>.

## 2. Schaden

- 1263 Im Folgenden wird geprüft, inwiefern der beim Unternehmer mitwirkungsbedingt eingetretene Mehraufwand und die übrigen Vermögenseinbussen unter den Begriff des Verspätungsschadens im Sinne von OR 103 I fallen. Ebenfalls diskutiert wird bei dieser Gelegenheit, ob der Schadenersatz zusätzlich Zuschläge für AGK, Risiko und Gewinn sowie den Mehrwertsteuerbetrag enthalten solle.

---

<sup>1659</sup> Schuldet der Bauherr im Rahmen seiner Mitwirkung Sachleistungen, z.B. gedruckte Pläne oder einen Hausschlüssel, eröffnet ihm der Gläubigerverzug des Unternehmers im Übrigen die Möglichkeit, die geschuldeten Sachen nach OR 92 zu hinterlegen.

<sup>1660</sup> Siehe zum *Herstellungsverzug* (OR 366 I) vorne Rz 1209. In *Ablieferungsverzug* gerät der Unternehmer, wenn er das Werk bis zum Eintritt des Ablieferungstermins pflichtwidrig noch nicht vollendet oder abgeliefert hat (GAUCH, Werkvertrag, Rz 659). In beiden Fällen ist grundsätzlich die Mahnung des Bauherrn erforderlich. Keine Mahnung ist (in beiden Fällen) erforderlich, wenn die Parteien für die Ablieferung einen bestimmten Verfalltag nach OR 102 II vereinbart haben oder die Mahnung von vornherein nutzlos ist (vgl. GAUCH, Werkvertrag, Rz 659 u. 675).

## a. Grundlegung

1. Nach OR 103 I schuldet der zur Mitwirkung verpflichtete Bauherr dem 1264 Unternehmer **«Schadenersatz wegen verspäteter Erfüllung»**. Zu ersetzen ist dem Unternehmer hierunter derjenige Bestandteil seines sogenannten Erfüllungsinteresses oder positiven Vertragsinteresses<sup>1661</sup>, der darauf geht, die Mitwirkungsleistung rechtzeitig zu erhalten; die Rede ist zuweilen auch vom **«Zeitinteresse»**<sup>1662</sup>. Nicht Gegenstand des Zeitinteresses ist demgegenüber der Wert der Mitwirkungsleistung *an sich*, denn im hier interessierenden Streit bleibt die Mitwirkungsleistung grundsätzlich möglich und nachholbar, sodass sich lediglich die Frage nach dem Schaden stellt, der daraus entsteht, dass sie vorübergehend ausbleibt.

2. Schaden ist die **«ungewollte Verminderung des Reinvermögens»**<sup>1663</sup>. 1265 Der Verspätungsschaden des Unternehmers besteht also in der von ihm ungewollten Verminderung seines Reinvermögens, die auf das Mitwirkungsversäumnis des Bauherrn zurückgeht. Zum bundesgerichtlichen Schadensbegriff ist dreierlei anzumerken. *Erstens* wird zu Recht eingewendet, dass zeitlich nach dem Eingriff ins geschützte Rechtsgut vom Geschädigten freiwillig erlittene Vermögenseinbussen (zum Beispiel Kauf von Heilmitteln infolge einer Körperverletzung) auch Schaden sind<sup>1664</sup>. Richtigerweise muss nur «das schadenverursachende Ereignis ungewollt sein (der Unfall oder der Eingriff des Schädigers usw.)»<sup>1665</sup>, nicht aber allfällige spätere, vom Geschädigten zur Beseitigung der Ereignisfolgen getätigte Aufwendungen<sup>1666</sup>.

<sup>1661</sup> Mitenthalten ist im vertraglichen Kontext das sogenannte *Integritätsinteresse*, das unabhängig vom Vertrag bestehende Interesse einer Person an der Wahrung ihrer Rechtsgüter (*Erhaltungsinteresse*; vgl. GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz 2904), aber nur insoweit, als das Integritätsinteresse sich mit dem Schutzzweck der vom Bauherrn verletzten Pflicht überschneidet, was nicht zwingend ist (vgl. KOLLER A., OR AT, Rz 46.18).

<sup>1662</sup> Vgl. KOLLER A., OR AT, Rz 54.68; SCHENKER, Diss., Rz 266 m.w.N.; STAUBER, Diss., Rz 878, 880.

<sup>1663</sup> BGE 129 III 331/332 f. E. 2.1; 104 II 198/199 E. a. Zur Identität des vertragsrechtlichen und deliktsrechtlichen Schadensbegriffs z.B. BGER 4A\_506/2011 (24.11.2011) E. 4 m.w.N.

<sup>1664</sup> PROBST, BSK-SVG, Art. 58 N 7 u. Fn 5.

<sup>1665</sup> BREHM, BK-OR, Art. 41 N 70.

<sup>1666</sup> Vgl. demgegenüber GUHL/KOLLER A., § 10 Rz 19, wonach (wenn auch mit Ausnahmen) «*Vermögensvermindierungen, die auf dem Willen des Vermögensherrn beruhen*, grundsätzlich nicht zum Schaden» gehören. Ähnlich WEBER, BK-OR, Art. 97 N 150,

Demnach ist unbeachtlich, dass der Unternehmer den mitwirkungsbedingten Mehraufwand lediglich unter dem rechtlichen Zwang seiner Leistungspflicht tätigt und der Mehraufwand eben nicht wie zum Beispiel ein Unfallereignis über ihn «hereinbricht»; es genügt, dass das Mitwirkungsversäumnis an sich vom Unternehmer nicht gewollt war. *Zweitens* bildet die Wendung «Verminderung des Reinvermögens» den Fall nicht ab, in dem ein Vermögensvorteil nicht eintritt (*lucrum cessans*). Entgeht nämlich dem Geschädigten eine Aktivenvermehrung oder eine Passivenverminderung, bleibt sein Reinvermögen vielmehr auf dem bisherigen Stand. Präziser ist es deshalb, von einer «Einbusse»<sup>1667</sup> oder von einer «Verschlechterung» der Vermögenslage<sup>1668</sup> zu sprechen. *Drittens* bezieht das Wort «Reinvermögen» zwar auch die Passivenseite des Geschädigtenvermögens mit ein, wenn man dieses gemäss der gängigen buchhalterischen Terminologie (der positive Saldo von Aktiven und Passiven) versteht. Dass auch die Passivenseite des Geschädigten zu betrachten ist, kommt freilich stärker zur Geltung, wenn man anstelle des Reinvermögens von der «Summe aller geldwerten Güter und Verbindlichkeiten»<sup>1669</sup> spricht. Der Verspätungsschaden des Unternehmers besteht zusammengefasst also in einer Einbusse, die sich verschlechternd auf die Summe seiner geldwerten Güter und Verbindlichkeiten auswirkt und die auf das von ihm nicht gewollte Mitwirkungsversäumnis des Bauherrn zurückgeht.

- 1266 3. Der Schaden errechnet sich nach der **Differenzhypothese**. Hiernach ist der Schaden die Differenz zwischen dem gegenwärtigen, nach dem schädigenden Ereignis festgestellten Vermögensstand des Geschädigten und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte<sup>1670</sup>. Auf das hier untersuchte Zeitinteresse heruntergebrochen entspricht der Schaden folglich der Differenz zwischen dem gegenwärtigen, «infolge der Verspätung unfreiwillig verminderten [Vermögens-]Stand» des Unternehmers und dem «hypothetischen Stand des Vermögens bei rechtzeitiger Erfüllung»<sup>1671</sup>. An-

---

wonach die Vermögensbeeinträchtigung «gegen oder wenigstens *ohne Willen* des Berechtigten» einzutreten habe.

<sup>1667</sup> PROBST, BSK-SVG, Art. 58 N 7 u. Fn 7.

<sup>1668</sup> WEBER, BK-OR, Art. 101 N 101.

<sup>1669</sup> PROBST, SVG-Tagung 2010, S. 10.

<sup>1670</sup> BGE 127 III 73/76 f. E. 4a m.w.N.; vgl. auch BREHM, BK-OR, Art. 41 N 70b.

<sup>1671</sup> SCHENKER, Diss., Rz 255, der den Wert der Leistung *per se* richtigerweise nicht zum Verspätungsschaden zählt, weil dieser unter dem Erfüllungsinteresse des Gläubigers bereits zu dessen Vermögen zähle. Vorliegend allerdings erübrigt sich die Unterscheidung: Der Unternehmer hat keinen Realerfüllungsanspruch auf die Mitwirkungsleis-



ders gesagt: Das Zeitinteresse des Unternehmers geht auf die Summe seiner geldwerten Güter und Verbindlichkeiten, wie sie bei ihm bestünde, hätte der Bauherr seine Mitwirkungspflicht zeitlich vertragsgemäss erfüllt. Ein Schaden ist einerseits zu bejahen, wenn das Mitwirkungsversäumnis beim Unternehmer zu *damnum emergens* führt, also zu einer Verminderung seiner Aktiven und/oder zu einer Erhöhung seiner Passiven. Ein Schaden liegt andererseits vor, wenn das Mitwirkungsversäumnis zu *lucrum cessans* führt, also zu einer Nichterhöhung seiner Aktiven und/oder zu einer Nichtverminderung seiner Passiven<sup>1672</sup>.

4. Für Schaden, der durch «vertragswidriges Verhalten» verursacht wurde, richtet sich das «Mass der Haftung» nach den allgemeinen Regeln des Deliktsrechts (OR 99 III). Nichts Anderes gilt für die Berechnung des Verspätungsschadens. Demnach ist auch der Verspätungsschaden grundsätzlich **konkret zu errechnen** (vgl. OR 42 I), d.h. anhand der im Einzelfall effektiv eingetretenen Vermögenseinbusse<sup>1673</sup>. Die sogenannte *abstrakte Schadensberechnung* dagegen bleibt eine Spezialität besonderer Gesetzesbestimmungen (zum Beispiel OR 191 III, 215 II) oder besonderer, in der Rechtsprechung entwickelter Konstellationen, wie namentlich dem Haushaltsschaden<sup>1674</sup>. Soweit der Unternehmer beim Beweis des Schadens auf eine typische Beweisnot stösst, wird er immerhin kraft OR 42 II auf eine Reduktion des Beweismasses zählen dürfen (Rz 959 ff.). Wo freilich der Schadensbeweis realistisch betrachtet auch nicht ansatzweise konkret erfolgen kann und

tung. Ein solcher Anspruch bildet insofern auch nicht Teil seines Vermögens. Der Unternehmer hat nur, aber immerhin einen Kompensationsanspruch für den Fall, dass die Mitwirkungsleistung zeitlich nicht gehörig erfolgt. Das Interesse des Unternehmers an der Mitwirkungsleistung geht bei der kompensatorischen Mitwirkungspflicht mithin nicht über den Verspätungsschaden hinaus.

<sup>1672</sup> Vgl. BGE 133 III 462/471 E. 4.4.2.

<sup>1673</sup> BREHM, BK-OR, Art. 42 N 14 f.; WEBER, BK-OR, Art. 99 N 165. Vgl. auch BGE 99 II 214/216 E. 3a: «Le dommage doit en principe être déterminé de façon concrète dans chaque espèce [...]»; BGE 123 III 241/243 E. 3a; BGer 4C.459/2004 (02.05.2005) E. 3.1.

<sup>1674</sup> Vgl. dazu etwa FELLMANN/KOTTMANN, Rz 1937 ff., 1938: «Es kann [...] Ersatz für die tatsächlich anfallenden Kosten für eine Ersatzkraft oder – wenn keine Ersatzkraft angestellt und Angehörige anstelle des Geschädigten die Haushaltarbeiten verrichten – Ersatz für die mutmasslichen Lohnkosten einer Ersatzkraft verlangt werden. Im ersten Fall (Restitutionsmethode) wird der Schaden konkret, im zweiten Fall (Kompensationsmethode) in der Regel gestützt auf statistische Erfahrungswerte ermittelt». Vgl. auch KOLLER A., OR AT, Rz 49.08 ff.

der Schaden zum Vornherein nur anhand von statistischen Erfahrungswerten oder ähnlichen, vom konkreten Schadensfall gänzlich losgelösten Annäherungen abgesteckt werden kann, muss die (hier anschliessend nicht mehr vertiefte) Frage aufgeworfen werden, ob der mitwirkungsbedingteerspätungsschaden nicht **abstrakt** errechnet werden darf. Dies wird in der deutschen Literatur mit guten Gründen hinsichtlich gewisser Schadensposten des Unternehmers befürwortet<sup>1675</sup>. Geboten ist eine abstrakte Schadensberechnung namentlich mit Blick auf folgende Schadensposten:

- 1268 – «Unproduktiver» Wertverzehr an «stehendem» Inventar des Unternehmers, der während Stehzeiten und Leistungerschwerungen in vermindertem, aber eben doch in gewissem Umfang eintritt (dazu Rz 774 ff.);
- 1269 – «Unproduktiver» Wertverzehr an «aktivem» Inventar des Unternehmers, der während Stehzeiten und Leistungerschwerungen in erhöhtem Umfang eintritt, wenn mit Maschinen, Geräten und Fahrzeugen Arbeitsvorgänge, Fahrten, Transporte usw. vorgenommen werden, die sich mitwirkungsbedingt als zwecklos bzw. redundant erweisen;
- 1270 – «Produktiver» Wertverzehr am Inventar des Unternehmers, der sich bei ordentlichen und ausserordentlichen Erfüllungshandlungen aus der produktiven Mehrbelastung ergibt;
- 1271 – Mehrverbrauch von Klein- und Verbrauchsmaterial, Treib- und Schmierstoffen usw. im Rahmen aller Mehraufwandtypen (vgl. Rz 825);
- 1272 – Veranschlagung der auf das Mitwirkungsversäumnis entfallenden Reparatur- und Instandstellungsmehrkosten am Inventar des Unternehmers (vgl. Rz 777, 824).
  
- 1273 **5.** Die überwiegende Mehrheit der hier behandelten Einbussen des Unternehmers gründet nicht in der Verletzung absolut geschützter Rechtsgüter, sind also weder Personen- noch Sachschäden, sondern **reine Vermögensschäden**. Mit Blick auf das Kriterium der Pflichtwidrigkeit ist die Unterscheidung im vertraglichen Kontext freilich irrelevant, weil die Verletzung einer Vertragspflicht (hier: einer Mitwirkungspflicht) die Pflichtwidrigkeit ohne weiteres auch für reine Vermögensschäden begründet.

---

<sup>1675</sup> KAPELLMANN/SCHIFFERS/MARKUS, Bd. 1, Rz 1501 ff., 1515.

## b. Produktivitätsverluste

Nach hier vertretener Auffassung sind Produktivitätsverluste zum Verspätungsschaden zu zählen. Diese Subsumtion mag evident erscheinen, ist es m.E. aber nicht. Denn bei der Schadensermittlung lässt sich dieser Typ von Einbusse nur erfassen, wenn über den blossen Vermögensabgleich hinaus auch nicht vermögenswirksame Einbussen berücksichtigt werden. Die schweizerische Literatur und Rechtsprechung scheinen sich, soweit ersichtlich, mit diesem Problem nicht aufzuhalten und den Produktivitätsverlust ohne weiteres zum Verspätungsschaden zu zählen<sup>1676</sup>. Wertungsmässig überzeugt die Auffassung, doch bedarf sie einer dogmatischen Basis, welcher die nachstehenden Ausführungen gewidmet sind.

### i. Problembeschrieb

1. Man betrachte das Beispiel eines einzelnen Arbeitstags, an dem mangels Mitwirkung des Bauherrn nicht produktiv gearbeitet werden kann. Mannschaft und Maschinen auf der Baustelle stehen zunächst einmal still, es kommt zu einer Stehzeit (Rz 764)<sup>1677</sup>. Eine abendliche Schadensaufnahme zeigt: Den im Zeitlohn angestellten Arbeitskräften schuldet der Unternehmer für den unproduktiven Tag Lohn (Rz 766), was er allerdings auch täte, wenn sie produktiv eingesetzt worden wären. Die an diesem Tag angefallenen Lagerkosten für Baustoffe, die auf der Baustelle noch nicht benötigt werden, wären dem Unternehmer ohnehin entstanden. Das Inventar wurde während des Stehtags unproduktiv auf der Baustelle vorgehalten, doch wäre es dort genauso vorgehalten worden, wenn es produktiv eingesetzt worden wäre usw. Blendet man vorläufig einmal andere Einbussen aus, die sich nicht als Produktivitätsverluste äussern, so beträgt die **Differenz** zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand des Unternehmers und seinem hypothetischen

<sup>1676</sup> So wohl zu verstehen HÜRLIMANN, FS Gauch, S. 820 f. («wenig praktische Auswirkungen, zumal der Schadenersatzanspruch ebenfalls auf der Basis der effektiven Selbstkosten zu berechnen ist») und HENNINGER, BRT 2005, S. 267 m.V.a. die soeben zit. Stelle bei HÜRLIMANN.

<sup>1677</sup> Das Bsp. baut fürs Erste auf der Annahme, dass der Unternehmer seine Produktionsfaktoren nicht auf andere Arbeitsvorgänge oder Drittbaustellen umdirigieren kann. Wäre dies der Fall, träfe ihn die Obliegenheit, das zu tun (zur Schadenminderungsobliegenheit: Rz 1510). Auch in diesem Fall aber würde der Unternehmer durch den Stillstand eine erste Einbusse erleiden und eine zweite dann bei der Einleitung und Durchführung der nötigen Transitionsmassnahmen (Rz 789 ff.).

Vermögensstand bei störungsfreiem Bauablauf zum Schadensberechnungszeitpunkt **null**.

- 1276 **2.** Das Beispiel lässt sich anhand der bereits erwähnten Lohnkosten vertiefen. Gemäss der Differenzhypothese sind die während des Mitwirkungsversäumnisses angefallenen Lohnkosten nur dann Schaden, wenn sie dem Unternehmer **bis zum und im Zeitpunkt der Schadensberechnung**<sup>1678</sup> nicht angefallen wären, hätte der Bauherr rechtzeitig mitgewirkt. Das bereitet Schwierigkeiten:
- 1277 **a.** So kann nicht behauptet werden, dass dem Unternehmer am unproduktiven Tag die Lohnkosten nicht angefallen wären, hätte der Bauherr rechtzeitig mitgewirkt. Zumindest für angestellte Arbeitskräfte im Zeitlohn, die am Säumnistag weisungsgemäss am Arbeitsplatz erschienen sind, aber mitwirkungsbedingt untätig bleiben mussten<sup>1679</sup>, fallen die Lohnkosten genauso an, wie wenn sie produktiv eingesetzt gewesen wären. Die betreffende Lohnschuld stellt *kein neues Passivum* dar, das dem Unternehmer durch das Mitwirkungsversäumnis neuerdings anfiele; es handelt sich weiterhin um dieselbe Lohnschuld wie bislang. Auch nimmt die Lohnschuld nicht etwa eine andere Qualität an, spaltet sich insbesondere nicht in eine separate Schuld je für produktiven und für unproduktiven Aufwand; Lohnschuld bleibt Lohnschuld. Auf der *Aktivenseite* des Unternehmers wirkt sich die Stehzeit ohnehin nicht aus. Selbst wenn der Unternehmer seine Arbeitnehmer allabendlich auszahlen müsste, wäre die Auszahlung der unproduktiven Arbeitskräfte am Abend des Stehtags keine Einbusse, weil er die Bezahlung auch bei regulärem Bauverlauf geschuldet hätte.

---

<sup>1678</sup> Zu vergleichen ist unter der Differenztheorie der *gegenwärtige* Vermögensstand mit dem ebenfalls *gegenwärtigen*, hypothetischen Vermögensstand (ROBERTO, Habil., S. 16; WEBER, BK-OR, Art. 99 N 171 m.V.a. OR 46 II u. 106 II). Gerät der Bauherr mit der Mitwirkung in Schuldnerverzug, errechnet sich das Zeitinteresse des Unternehmers im Zeitpunkt der Anspruchserhebung (oder bei Beschreitung des Prozesswegs: im Zeitpunkt der «Erfüllungsklage»); GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz 2927). Dem Unternehmer steht es auch offen, seinen Schaden auf den Zeitpunkt eines allfälligen Gerichtsurteils berechnen zu lassen (GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz 2926, 2928).

<sup>1679</sup> In diesen Fällen fehlt dem Arbeitgeber ggü. seinem Arbeitnehmer die Einrede des nicht erfüllten Vertrags (OR 82); der Arbeitnehmer erfüllt seine Arbeitspflicht, indem er zur gehörigen Zeit am gehörigen Ort seine Arbeitsleistung anbietet (BGer 4A\_291/2008 [02.12.2008] E. 3.2).

b. Es lässt sich auch nicht sagen, dem Unternehmer sei durch das Mitwirkungsversäumnis eine *Passivenreduktion entgangen*. Denn hätte der Bauherr rechtzeitig mitgewirkt, wäre die Lohnschuld des Unternehmers nicht entfallen und hätte sich auch nicht vermindert. Dem Unternehmer ist unter der Differenzhypothese insbesondere der Einwand abgeschnitten, er hätte im Wissen um das Mitwirkungsversäumnis keine oder weniger Arbeitskräfte eingestellt oder er hätte Arbeitskräfte rechtzeitig abgebaut, damit für die Dauer des Mitwirkungsversäumnisses keine nutzlosen Lohnkosten anfallen. Die Differenzhypothese berücksichtigt nicht, wie der Unternehmer hypothetisch gehandelt hätte, wenn er das Schadensereignis antizipiert hätte<sup>1680</sup>, sondern lediglich wie er dastünde, wenn das Schadensereignis ausgeblieben wäre. 1278

3. Folglich führt das Aufrechterhalten von zeitabhängigen Kostenverursachern unter der Differenzhypothese zu keinem Schaden, insoweit die Kosten bis zum Zeitpunkt der Schadensberechnung auch bei rechtzeitiger Mitwirkung angefallen wären. Denn lässt sich von den in dieser Periode anfallenden Kosten sagen, dass sie auch bei rechtzeitiger Mitwirkung angefallen wären, bleiben sie differenzhypothetisch «unsichtbar». Das würde bedeuten, dass dem Unternehmer zumindest **während der vertraglichen Bauzeit** aus Produktivitätsverlusten **nie ein Schaden entstehen könnte**, sondern frühestens nach deren Ablauf, und auch dann nur als arithmetischer Ausdruck der Bauzeitverlängerung, der freilich nicht mit den tatsächlich erlittenen Produktivitätsverlusten übereinstimmen muss (vgl. Rz 855, 958). Aus betriebswirtschaftlicher Sicht jedenfalls ist eine solche schadensrechtliche Vernachlässigung unproduktiver Mehraufwände unhaltbar. 1279

a. Jeder im Wettbewerb stehende Anbieter stellt den Kosten seiner Produktionsmittel eine Annahme über deren Rentabilität gegenüber: Er schafft Produktionsmittel nur an und hält sie nur solange, wie er sie rentabel einsetzen kann. Verspricht ein Produktionsmittel keine Rentabilität (mehr), schafft er es nicht an bzw. trennt er sich davon<sup>1681</sup>. In der deutschen Rechtsprechung 1280

<sup>1680</sup> Das ist vielmehr der Anwendungsbereich der hinten behandelten Treuepflicht des Bauherrn, Rz 1369 ff. Relevant ist das Vorwissen des Unternehmers allenfalls mit Blick auf seine Schadenminderungsobliegenheit (dazu Rz 1510), die ihn zwingt, absehbaren Schaden zu vermeiden, soweit ihm das zumutbar ist.

<sup>1681</sup> Das Anbieterverhalten ist hier idealisiert wiedergegeben und spielt sich in der Realität weniger geschmeidig ab, bspw. weil nicht alle Produktionsfaktoren von heute auf morgen akquiriert bzw. losgebunden werden können (zu denken ist an den Ankauf

wird diese betriebsökonomische Realität als so evident und notorisch aufgefasst, dass sie in Form der sogenannten *Rentabilitätsvermutung* (Rz 1292 ff.) als Beweiserleichterungsregel herangezogen wird, wenn dem geschädigten Vertragsgläubiger der Beweis von entgangenem Gewinn unzumutbar oder unmöglich ist: Nach dieser Vermutung nimmt man bei kommerziellen Vertragszwecken<sup>1682</sup> zugunsten des geschädigten Vertragsgläubigers an, dass er bei ungestörtem Vertragsvollzug «durch Vorteile aus der vereinbarten Gegenleistung»<sup>1683</sup> einen Ertrag erwirtschaftet hätte, der mindestens die Kosten seiner Aufwendungen gedeckt hätte, die er für die von ihm geschuldete Leistung «billigerweise»<sup>1684</sup> getätigt hat<sup>1685</sup>. Von einer solchen Vermutung sollte auch der Unternehmer profitieren. Denn auch bei ihm «[...] spricht eine überwiegende Wahrscheinlichkeit [...] dafür, dass [er] darauf bedacht ist, sein Personal rentabel einzusetzen und es je nach den gegebenen Verhältnissen zu verringern oder zu vergrößern»<sup>1686</sup>, wie es der BGH einst mit Blick auf die Personalkosten des Unternehmers treffend ausdrückte.

---

von Grundstücken, den Bau von Produktionsstätten, die Suche nach oder Entlassung von Arbeitskräften usw.); weil zum Zweck des Markteinstiegs ein Minimum an Produktionsmitteln bereitstehen muss, ohne dass die künftige Rentabilität feststünde; oder weil manche Anbieter schlicht nicht wirtschaftlich operieren. Trotzdem darf *im Prinzip* vorausgesetzt werden, dass der vernünftige Anbieter nur gerade so viele Produktionsmittel anschafft und diese nur gerade so lange hält, wie es zur erfolgreichen Erbringung der Leistung und Erlangung der Gegenleistung erforderlich ist (vgl. KAPPELMANN/SCHIFFERS/MARKUS, Bd. 1, Rz 1430 m.V.).

<sup>1682</sup> Ablehnung dieses Kriteriums bei GLÖCKNER, FA-Komm-BGB, § 280 N 88 m.w.N. Vgl. auch BGH VIII ZR 275/04 (20.07.2005) = NJW 2005 S. 2848/2850.

<sup>1683</sup> BGH V ZR 71/99 (24.09.1999) = NJW 1999 S. 3625/3636; BGH XII ZR 136/91 (30.06.1993) = NJW 1993 S. 2527.

<sup>1684</sup> So LORENZ, NJW 2004 S. 27 f.

<sup>1685</sup> GLÖCKNER, FA-Komm-BGB, § 280 N 84 m.w.N.; BGH VIII ZR 275/04 (20.07.2005) = NJW 2005 S. 2848/2850. Als ersatzfähige, frustrierte Aufwendungen kommen z.B. in Betracht «Maklerkosten, Notargebühren und vor allem Kosten der Vertragsdurchführung [...]» (GLÖCKNER, FA-Komm-BGB, § 280 N 89). Siehe ausserdem zur Anwendbarkeit der Vermutung für künftige Verwendungen des geschuldeten Leistungsgegenstands: LORENZ, NJW 2004, S. 27.

<sup>1686</sup> BGH VII ZR 286/84 (20.02.1986) = BauR 1986, S. 347/349.

**b.** Auch der Unternehmer schafft Produktionsmittel an bzw. disponiert einmal beschaffte Produktionsmittel frühzeitig und in dem Umfang, wie es die Auftragslage im Allgemeinen oder der Auftrag im Besonderen erfordert<sup>1687</sup>. Ist ein Auftrag einmal akquiriert, will und muss er die dafür disponierten Produktionsmittel dort zum Einsatz bringen und versucht, die Produktionskosten durch den erzielten Werklohn mindestens zu kompensieren, eher aber zu übertreffen. Der *Nutzung zeitabhängiger Kostenfaktoren steht insofern ein kalkulatorischer Geldwert, ein potenzielles Einkommen gegenüber*. Bezweifelt werden könnte dies nur, wenn für die angebotene Dienstleistung kein Markt bestünde, was von Baudienstleistungen selbstredend aber nicht behauptet werden kann. Bis vor Kurzem noch war zu beobachten, dass zahlreiche professionelle Interessenvereinigungen sowohl der Bauherren-<sup>1688</sup> als auch der Bauunternehmerseite<sup>1689</sup> ihren Mitgliedern Preisempfehlungen für bestimmte Baudienstleistungen abgaben. Mögen diese Empfehlungen nicht deckungsgleich gewesen sein, so lagen sie auch nicht meilenweit auseinander und indizierten zumindest eine Bandbreite, innert welcher sich mit einiger Treffsicherheit ein realistischer Marktpreis für eine bestimmte Bauleistung ermitteln liess. Es ist auch kein Zufall, dass sich Gerichte zuweilen dazu verleiten lassen, solche Preisempfehlungen bei der Festsetzung von reinen Aufwandvergütungen im Sinne von OR 374 gewissermassen als notorische Realitäten zu berücksichtigen<sup>1690</sup>.

**c.** Nach Vertragsschluss disponiert der Unternehmer seine Produktionsmittel nicht nur in der Erwartung, sie produktiv einsetzen zu können, sondern auch unter der (Werkleistungs-)Pflicht, dies zu tun. Tritt eine Störung des Vertragsvollzugs ein, zum Beispiel, weil der Bauherr nicht rechtzeitig mitwirkt, ist es für den Unternehmer aus rechtlichen, wirtschaftlichen und/oder logistischen Gründen häufig unmöglich, zeitabhängige Produktionsfaktoren sofort

<sup>1687</sup> Vgl. KAPPELLMANN/SCHIFFERS/MARKUS, Bd. 1, Rz 1203 u. Fn 1507. Vgl. auch zur freien und «eigenverantwortlichen Ausführung der vertraglichen Leistung»: PETERS/JACOBY, Staudinger-BGB, § 633 N 3, 47, 55.

<sup>1688</sup> So bspw. die KBOB. Vgl. dazu etwa RPW 2018, S. 6 sowie die Mitteilung der KBOB vom 29. Juni 2017 unter [www.kbob.admin.ch/kbob/de/home/publikationen/dienstleistungen-planer/empfehlungen-zur-honorierung-von-architekten-und-ingenieuren.html](http://www.kbob.admin.ch/kbob/de/home/publikationen/dienstleistungen-planer/empfehlungen-zur-honorierung-von-architekten-und-ingenieuren.html).

<sup>1689</sup> Bsp.: «Ansätze für Regiearbeiten im Malergewerbe 2018», publiziert vom Schweizerischen Maler- und Gipserunternehmer-Verband SMGV (bspw. Malermeister zu CHF 125.10/h; Maler zu CHF 93.80/h); bis April 2019 noch auffindbar unter [www.smgv.ch](http://www.smgv.ch). Siehe auch zu den «Kalkulationshilfen» des SBV: Fn 1305.

<sup>1690</sup> Kritisch dazu GAUCH, Werkvertrag, Rz 958 ff.

und ohne Kostenfolgen loszubinden. Selbst aber wenn er das ausnahmsweise könnte, sollte er es erst dann tun, wenn seine Schadenminderungsobliegenheit greift<sup>1691</sup>. Denn zunächst einmal ist er ja verpflichtet, sich zur Werkleistung bereitzuhalten, und zwar auch dann, wenn der Bauherr vorübergehend nicht mitwirkt. Während dieser Zeit sieht sich der Unternehmer bei fortschreitender Kostenentwicklung dem ausbleibenden Baufortschritt gegenüber und damit auch dem *Ausfall eines zeitanteiligen, kalkulatorischen Kostendeckungsbeitrags und gegebenenfalls eines Gewinns*<sup>1692</sup>, den er für seine zeitabhängigen Produktionsmittel unterstellt, weil ein solcher am Markt theoretisch realisiert werden kann. Seine Einbusse besteht also darin, dass ihm durch das Mitwirkungsversäumnis unwiederbringlich<sup>1693</sup> die Möglichkeit entzogen wird, seine zeitabhängigen Kosten durch den adäquat-rentablen Einsatz der betreffenden Produktionsfaktoren zu kompensieren oder zu überkompensieren<sup>1694</sup>. So betrachtet, scheint es evident, dass der Unternehmer durch brachliegende, zeitabhängige Kostenfaktoren Schaden erleidet.

- 1283 4. Diesen betriebswirtschaftlichen Gegebenheiten ist unter der Differenzhypothese auch nicht adäquat zu begegnen, indem die Differenzbetrachtung bis nach Vollendung des Bauvorhabens aufgeschoben wird, sodass der Ist/Soll-Vergleich den gesamten Bauablauf umfasst. Das Problem liegt nicht darin, dass die Differenzhypothese nur auf den *gegenwärtigen* tatsächlichen und hypothetischen Vermögensstand des Unternehmers abstellt<sup>1695</sup>. Denn soweit sich schädigende Auswirkungen des Mitwirkungsversäumnisses erst in der

---

<sup>1691</sup> Greift denn einmal seine Schadenminderungsobliegenheit, wird er regelmässig nicht die Devestition suchen, sondern andere Wege bevorzugen, seine Kosten zu mindern (z.B. Füllaufträge), weil er ansonsten nach Wegfall des Mitwirkungsverzugs gezwungen ist, die nötigen Produktionsmittel schnellstens wiederaufzubauen.

<sup>1692</sup> Ob man dem Unternehmer für die Zeit des Mitwirkungsverzugs einen «Ausfall» von hypothetischen Gewinnanteilen zugesteht, ist eine Wertungsfrage. Nach dem hier vertretenen Ansatz sind die Produktionsmehrkosten des Unternehmers nicht mit Gewinnanteilen zu beaufschlagen (Rz 1307).

<sup>1693</sup> Kostet ein Produktionsmittel pro Zeiteinheit und vergeht Zeit unproduktiv, vergeht immer auch – auf ewig – die Möglichkeit, die unproduktiv verstrichene Zeit produktiv zu nutzen. Nachholbar sind die nicht erfolgten Leistungen nur im «materiellen», inhaltlich-sachlichen Sinne, nicht aber zeitlich.

<sup>1694</sup> Vgl. auch BGH XII ZR 81/97 (15.03.2000) = NJW 2000, S. 2342/2343.

<sup>1695</sup> Dazu Fn 1678.



Zukunft zeigen<sup>1696</sup>, ist nicht zu beanstanden, dass sie von der Differenzhypothese erst abgebildet werden, wenn sie tatsächlich einmal eintreten<sup>1697</sup>. Das Problem liegt vielmehr darin, dass die Differenzhypothese unbeachtet lässt, was den Unternehmer die *unproduktive Zeit an sich* kostet, weil beim hypothetischen Vermögensstand nur danach gefragt wird, ob sich Aktiven oder Passiven anders entwickelt hätten, aber nicht, ob so oder anders anfallende **Aufwendungen den ihnen zugedachten Nutzen erzielen oder nicht**.

ii. *Lösungsansätze*

1. Das soeben umschriebene Problem lässt sich lösen, indem der Schadensbegriff in geeigneter Weise normativ erweitert wird<sup>1698</sup>: Beim Ist/Soll-Vergleich sollte m.E. berücksichtigt werden, ob das schädigende Ereignis zur Folge hat, dass Aufwendungen, die sowohl effektiv angefallen sind als auch hypothetisch angefallen wären, einen *geringeren Nutzen* stiften, als es ohne das schädigende Ereignis der Fall gewesen wäre. Ist festzustellen, dass der Nutzen getätigter Aufwendungen ganz oder teilweise entfallen ist, so ist dieser **Nutzensausfall** anhand der ihm zugrundeliegenden Aufwendungen **monetär zu quantifizieren** und als selbstständige Einbusse zu behandeln. Im Ist/Soll-Vergleich, soweit man denn bei der Ermittlung von Produktivitätsverlusten an diesem festhalten will<sup>1699</sup>, führt das zur rechtlich überzeugenden Fiktion, dass diese Aufwendungen ohne das Schadensereignis im nutzlos gewordenen Umfang nicht angefallen wären<sup>1700</sup>. Dogmatischer Nährboden findet sich für diese Auffassung hinreichend:

<sup>1696</sup> Zahlreiche der mitwirkungsbedingten Einbussen mögen den Unternehmer erst nach Wegfall des Mitwirkungsverzugs treffen (sekundäre Einbussen), namentlich die Verteuerung ordentlicher Erfüllungshandlungen (Rz 803 ff., 844 ff.).

<sup>1697</sup> Ausgeklammert bleiben hier besondere gesetzliche Regeln (OR 46) und in der Rechtsprechung entwickelte Fallgruppen, nach denen der Geschädigte berechtigt ist, auch künftigen Schaden einzuklagen.

<sup>1698</sup> Zum normativen Schadensbegriff im Allgemeinen: FELLMANN/KOTTMANN, Rz 96 ff.; KOLLER A., OR AT, Rz 49.08 ff.; PROBST, BSK-SVG, Art. 58 N 13 m.w.N.; REY H./WILDHABER, Rz 193 ff.; WEBER, BK-OR, Art. 97 N 158, 170 ff.

<sup>1699</sup> Will man die Differenzhypothese zur Anwendung bringen, spielt es m.E. keine Rolle, ob man die nutzlosen Aufwendungen – rein rechnerisch – von den Ist-Aktiven abzieht oder im Soll-Vermögen als hypothetisch verminderte Geldabflüsse darstellt.

<sup>1700</sup> Das entspricht zumindest in Deutschland langjähriger Rechtsprechung und Lehrauffassung (vorne Rz 1280 m.V./m.w.N.). Deutlich etwa KAPPELMANN, KuKo-VOB/B, § 6 N 66: «Diese «normative» Fortentwicklung des Schadensbegriffes im Rahmen der

- 1285 **2.** Ein erster Anhaltspunkt findet sich in der Literatur zum **Schuldnerverzugsrecht**, wo es um die schadensrechtliche Behandlung derjenigen Aufwendungen geht, die der Gläubiger zum Zwecke des Leistungsempfangs tätigt, die aber aufgrund der schuldhaften Verspätung des Schuldners **nutzlos** werden. Gemeint sind vorliegend die Aufwendungen, die der Unternehmer – als Gläubiger der Mitwirkungsleistung – in Erwartung der rechtzeitigen Mitwirkungsleistung tätigt, die aber durch das Mitwirkungsversäumnis des Schuldners – hier: des Bauherrn – nutzlos werden. Unter diese Aufwendungen fällt nämlich auch und vor allem der nutzlose Produktionsmitteleinsatz, mit welchem der Unternehmer ursprünglich die Mitwirkungsleistung zur Werkleistung «verwerten» wollte und sollte.
- 1286 **a.** Hält man sich an den klassischen Schadensbegriff, so zählen solche Aufwendungen nicht zum Verspätungsschaden, weil sie auch bei rechtzeitiger Mitwirkung angefallen wären; Schaden kann demnach nur sein, was beim Nachholen des Leistungsempfangs *erneut* aufgewendet werden muss<sup>1701</sup>. Allerdings zählt ein beachtlicher Teil des Schrifttums schon diejenigen Aufwendungen zum Verspätungsschaden, die «der Gläubiger in Erwartung der rechtzeitigen Erfüllung vorgenommen hat»<sup>1702</sup>, die «der Gläubiger in Erwartung der rechtzeitigen Leistung [...] vergeblich aufgewendet hat»<sup>1703</sup>, oder die «der Gläubiger [...] für die Entgegennahme der Leistung [...] getroffen» hat und «die ihm Kosten verursacht haben, die sich nun als sinnlos erweisen»<sup>1704</sup>. Nach diesen Ansichten also besteht der Schaden bereits in den sozusagen «erstmaligen», nutzlos gewordenen Aufwendungen des Gläubigers.

---

Differenzhypothese [...] beruht auf der von der Rechtsprechung zutreffend entwickelten «Rentabilitätsvermutung». Daraus folgt: «Einmal entstandene Stillstandskosten bleiben bestehen, auch wenn die infolge von Stillstandszeiten eingetretene Verzögerung wieder aufgeholt wird» (a.a.O., N 65).

<sup>1701</sup> So etwa LÜCHINGER, Diss., Rz 182 ff.; SCHENKER, Diss., Rz 291; WEBER, BK-OR, Art. 103 N 22. Begründet wird dies damit, dass die erneuten Aufwendungen Kostensteigerungen unterworfen sein könnten, die beim Abstellen auf die erstmaligen Aufwendungen unberücksichtigt blieben. Dem kann man entgegenhalten, dass sich die Mehrkosten der wiederholten Aufwendungen auch einfach als separater Schadensposten erfassen lassen.

<sup>1702</sup> WIEGAND, BSK-OR, Art. 103 N 6.

<sup>1703</sup> VON TUHR/ESCHER, S. 144 f.; ebenso: BUCHER, OR AT, § 20 Fn 125.

<sup>1704</sup> GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz 2673.

b. Zumindest bei *zeitabhängigen Kostenverursachern* macht m.E. nur die 1287  
*letztere Auffassung Sinn*. Wollte man dagegen mit der erstgenannten Auffas-  
sung auf die «erneuten» Aufwendungen abstellen, wüsste man nicht, «wo»  
diese Aufwendungen zu lokalisieren wären: Fällt der Mitwirkungsverzug  
weg und wird weitergearbeitet, werden beim Unternehmer keine Kosten  
«wiederholt», sondern wird lediglich Arbeit nachgeholt, die nicht hat er-  
bracht werden können. In der Stehzeit demgegenüber wurde bereits – kosten-  
fällig – «geleistet», was später gerade nicht nachgeholt werden muss, näm-  
lich nichts. Im gesamten Zeitraum von Stehzeit und Werkfortsetzung laufen  
zeitabhängige Kosten ohne Rücksicht auf die Produktivität weiter; solche  
Kosten also in Abhängigkeit dessen messen zu wollen, ob sie anlässlich ei-  
nes Leistungsversuchs des Unternehmers anfallen oder nicht, ist zwecklos,  
denn anfallen tun sie ohnehin. Zu prüfen ist vielmehr, ob diese Kosten in der  
fraglichen Periode den ihnen zugrunde gelegten kalkulatorischen Ertragswert  
– ihren Nutzen – realisieren oder nicht. Tun sie das nicht, sind solche Auf-  
wendungen Schaden, weil sie ab Eintritt des Mitwirkungsversäumnisses  
genauso unwiderruflich entstehen, wie ihr Nutzen unwiederbringlich verlo-  
ren ist.

3. Um entgangenen Nutzen geht es auch in der **Frustrationslehre**. Danach 1288  
ist der Schadensbegriff so zu erweitern, dass der Verlust «immaterieller»  
Gebrauchsvorteile und Annehmlichkeiten ersatzfähiger Schaden sei, obwohl  
(bzw. weil) sich der erlittene Nachteil nicht im Reinvermögen des Geschä-  
digten niederschlägt. Propagiert wird dies vor allem im Deliktsrecht, wenn  
die Ersatzfähigkeit zum Beispiel von entgangenem Fahrzeuggebrauch oder  
beeinträchtigtem Feriengenuss streitig ist<sup>1705</sup>. Auch die Aufwendungen des  
Unternehmers richten sich – wenn auch am Schluss auf eine durchaus «mate-  
rielle» Vergütungsleistung – zunächst einmal auf einen immateriellen Vor-  
teil, nämlich auf den *kalkulationsgemässen Baufortschritt*. Insofern ist das  
Problem, das mit der Frustrationslehre gelöst werden soll, dasselbe wie das  
hier erörterte<sup>1706</sup>. Auch bei Produktivitätsverlusten muss der Schadensbegriff

<sup>1705</sup> ROBERTO, Habil., S. 28 f.

<sup>1706</sup> In der Lehre werden Kommerzialisierungs- und Frustrationsschaden unterschieden,  
indem beim Kommerzialisierungsschaden der ersatzfähige Nachteil *im entgangenen  
Gebrauchswert* eines Guts oder einer Dienstleistung erachtet wird, während den Ge-  
schädigten beim Frustrationsschaden nicht der entgangene Gebrauchswert schmerzt,  
sondern die neuerdings *nutzlos gewordene Aufwendung* (ROBERTO, Haftpflichtrecht,  
Rz 24.17 m.w.N.; vgl. auch WEBER, BK-OR, Art. 97 N 178). Die Unterscheidung  
überzeugt nicht durchwegs, weil in beiden Fällen der Nachteil des Geschädigten darin

qualitativ so ausdifferenziert werden, dass er *geldwerte, aber vermögensunwirksame Einbussen erfasst*; es muss ein «geldwerte[r] Nichtvermögensschaden»<sup>1707</sup> ersatzfähig gemacht werden. Weiteres:

- 1289 a. Die Frustrationslehre wird vor allem im Deliktsrecht diskutiert, doch wirken sich die Defizienzen der Differenzhypothese selbstredend auch im Vertragsrecht aus, weil der deliktische und der vertragsrechtliche Schadensbegriff identisch sind (OR 99 III). Im *gesetzlichen Vertragsrecht* ist der Ersatz nachträglich nutzlos gewordener Aufwendungen *keineswegs eine fremde Konzeption*. Beim Vertragsrücktritt des Leistungsgläubigers nach OR 107 II ist er vom Schuldner unter OR 109 II so zu stellen, «wie wenn der Vertrag nie abgeschlossen worden, wie wenn von ihm nie die Rede gewesen wäre»<sup>1708</sup> (negatives Vertragsinteresse). In diese Schadensumschreibung fallen naturgemäss alle in Erwartung der gehörigen Vertragserfüllung getätigten Aufwendungen des Leistungsgläubigers<sup>1709</sup>. Zu dieser Form von Schadenersatz sind zum Beispiel auch der fahrlässig Irrende verpflichtet, der den Vertrag anfigt (OR 26 I), und der *falsus procurator*, wenn der Vertretene das Geschäft nicht nachträglich genehmigt (OR 39 I). Schon gezeigt wurde, dass nutzlose Aufwendungen ausserdem auch unter dem Verspätungsschaden – als Unterfall des positiven Vertragsinteresses – zu ersetzen sind, soweit sie zeitabhängig sind (Rz 1287).

---

liegt, dass der Nutzen einer zuvor getätigten Aufwendung aufgrund eines nachträglichen Ereignisses wegfällt (vgl. PROBST, BSK-SVG, Art. 58 N 18; REY H./WILDHABER, Haftpflichtrecht, Rz 205 ff., sowie Rz 189 in der Voraufage).

<sup>1707</sup> «Geht man von der [...] Auffassung aus, dass der Schaden als *Vermögensbeeinträchtigung* zu verstehen ist und daher *immaterielle Nachteile* [...] nicht miterfasst sind, so ist der Begriff des «immateriellen Schadens» eine *contradictio in adjecto*, da ein Schaden als Vermögensbeeinträchtigung gerade *nicht ideeller oder immaterieller* Natur sein kann. Es ist daher zutreffender vom *geldwerten Nichtvermögensschaden* zu sprechen, denn einerseits handelt es sich – anders als bei der *immateriellen Unbill* des Genußtuungsrechts – nicht um einen ideellen, sondern um einen wirtschaftlichen, d.h. *geldwerten* Nachteil, andererseits schlägt sich dieser Nachteil *nicht* im *Vermögen* des Betroffenen nieder, weshalb er einen *Nichtvermögensschaden* darstellt» (PROBST, SVG-Tagung 2010, S. 36 f.).

<sup>1708</sup> KELLER M./SCHÖBI, S. 279.

<sup>1709</sup> Vgl. LÜCHINGER, Diss., Rz 447 ff. Davon zu unterscheiden sind jene Aufwendungen, die der Gläubiger tätigt, um die ausbleibende Leistung irgendwie zu substituieren, nachdem er nach OR 107 II auf sie verzichtet hat und Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangt. Diese Aufwendungen werden gerade nicht frustriert und sind ohne weiteres ersatzfähig (WEBER, BK-OR, Art. 107 N 173).

b. Ähnliches wird überdies aus dem *vertraglichen Minderungsrecht* abgeleitet. Dieses sei nämlich ein Beleg dafür, dass die schweizerische Rechtsordnung den wirtschaftlichen Wert von Gebrauchs- und Nutzungsmöglichkeiten namentlich im Vertragsrecht erkenne<sup>1710</sup>. Im Minderungsrecht widerspiegle sich, dass «eine bestimmte Aufwendung, die ihren inneren Wert verliere, weil der mit ihr angestrebte Zweck sich nicht oder nicht vollständig einstellen», zu ersetzen sei<sup>1711</sup>. 1290

c. Im *Ergebnis* ist festzustellen: Mag auch die Frustrationslehre im Deliktsrecht wegen Bedenken zur Kausalität<sup>1712</sup> und zur Haftungsausuferung<sup>1713</sup> umstritten sein, so bestehen zumindest im Vertragsrecht genug Anhaltspunkte dafür, dass frustrierte Aufwendungen wie die hier beim Unternehmer interessierenden durchaus schadensrechtlich erfasst werden können und müssen. 1291

4. Schliesslich spricht für die hier vertretene Auffassung auch eine allgemeine **Rentabilitätsvermutung**. Sie geht dahin, dass ein Gläubiger sich nur deshalb zu einer (Gegen-)Leistung verpflichtet, weil er erwartet, dass die Aufwendungen, die er zur Erlangung der ihm versprochenen Leistung tätigen muss, durch die Leistung mindestens kompensiert werden. Diese Vermutung kann nicht allen Verträgen, aber zumindest kommerziellen Verträgen des Geschäftsverkehrs zugrunde gelegt werden. So ist es auch im Bauwerkvertrag eine ökonomische Realität, dass der Bauunternehmer die Werkleistung in erster Linie deshalb verspricht, weil er sich von der ihm versprochenen Gegenleistung – der Vergütung – erhofft, dass sie die zugunsten der Werkleistung getätigten Aufwendungen deckt oder übersteigt. 1292

<sup>1710</sup> PROBST, BSK-SVG, Art. 58 N 20 u. Fn 52.

<sup>1711</sup> WEBER, BK-OR, Art. 97 N 192 m.w.N. u. m.V.a. VON THUR/PETER, S. 84 u. Fn 10, wo auch «die in Art. 8 II OR erwähnten Aufwendungen [die Auslobungsteilnehmer im Hinblick auf die versprochene Leistung tätigen] unter den Begriff des Schadens» gefasst werden. Siehe auch SCHWENZER, Rz 14.11. Zur Minderung der Eigenleistungspflicht im Allgemeinen: STÖCKLI H., Habil., Rz 500 ff.

<sup>1712</sup> Vgl. die Bedenken von GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz 2862, weil die frustrierten Aufwendungen freiwillig und zeitlich vor dem Schadensereignis getätigt werden. Richtig demgegenüber der Einwand, dass zumindest die nachträglich eintretende Nutzlosigkeit vom Geschädigten nicht gewollt ist (ROBERTO, Habil., S. 35 m.w.N.; siehe auch PROBST, BSK-SVG, Art. 58 N 20). Vgl. auch Rz 1265.

<sup>1713</sup> FELLMANN/KOTTMANN, Rz 88; KESSLER, BSK-OR, Art. 41 N 4 m.w.N.; ROBERTO, Habil., S. 35 f. m.w.N.; BGE 126 III 388/393 E. 11a.

- 1293 **a.** Die Rentabilitätsvermutung ist *in der deutschen Rechtsprechung seit Jahrzehnten breit abgestützt* und zielt auf den Kern des hier behandelten Problems. In einem Fall der kaufrechtlichen Mängelgewährleistung etwa hielt der BGH zunächst fest: «Im Vertrauen auf die Zusicherung getätigte Aufwendungen sind dadurch gekennzeichnet, dass sie auch dann angefallen wären, wenn die Kaufsache den Mangel nicht aufgewiesen hätte. Nach der für die Berechnung von Vermögensschäden grundsätzlich massgeblichen Differenzmethode [...] können sie nur dann einen Ausgleich finden, wenn ihnen ohne die Leistungsstörung ein Vermögenswert gegenübergestanden hätte»<sup>1714</sup>. Die Ersatzfähigkeit der streitigen (weil frustrierten) Aufwendungen wurde trotzdem bejaht, mit der Begründung, die Aufwendungen «würden durch den Vorteil der erwarteten Gegenleistung wieder eingebracht worden sein»<sup>1715</sup>. WIEDEMANN/MÜLLER verstehen das Urteil sogar dahingehend, dass dem nicht oder schlecht leistenden Schuldner hiernach die Einwendung abgeschnitten werde, die Leistung wäre für den Gläubiger zum Verlustgeschäft geworden. Denn zumindest bei «konsumtiven» Aufwendungen, wie sie hier streitig waren, könne sich der Gläubiger von der Leistung ohnehin keine Rendite erhoffen; die Rentabilitätsvermutung werde so – da unwiderleglich – zur Fiktion<sup>1716</sup>.
- 1294 **b.** Verwiesen sei sodann auf KAPELLMANN/SCHIFFERS/MARKUS, die jene Vermögenseinbussen des Unternehmers, die hier als Produktivitätsverluste umschrieben sind (Rz 759 ff.), im Bauwerkvertrag *gestützt auf die Rentabilitätsvermutung für ersatzfähig erklären*. Auch diese Autoren bauen auf der Annahme, dass der Auftragnehmer «nicht mehr und im Prinzip genauso viele zeitabhängige Produktionsfaktoren [...] beschäftigt, wie er zur üblichen Leistungserstellung braucht. Sind sie behinderungsbedingt nicht für die Leistungserstellung einsetzbar, ist das deshalb Schaden»<sup>1717</sup>. Den Einwand, die betreffenden Kosten wären dem Unternehmer ohnehin angefallen, lassen sie nicht gelten: Der Unternehmer habe «sein Personal für die Bauzeit vertrag-

---

<sup>1714</sup> BGHZ 114, 193, V ZR 22/90 (19.04.1991) Rz 21. Konkret ging es um den Anwendungsbereich des Schadenersatzanspruchs, wie er noch in der alten Fassung des BGB in § 463 I verankert war: «Fehlt der verkauften Sache zur Zeit des Kaufes eine zugesicherte Eigenschaft, so kann der Käufer statt der Wandelung oder der Minderung Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen».

<sup>1715</sup> BGHZ 114, 193, V ZR 22/90 (19.04.1991) Rz 22.

<sup>1716</sup> WIEDEMANN/MÜLLER, JZ 1992, S. 468 f.

<sup>1717</sup> KAPELLMANN/SCHIFFERS/MARKUS, Bd. 1, Rz 1430.

lich «exklusiv» für diesen Auftrag disponiert»<sup>1718</sup> und habe deshalb «weder Anlass noch Möglichkeit [...], dieses Personal für andere Baustellen vorzusehen»<sup>1719</sup>. Analog gelte beim Vorhalten von Baugerät und anderem Inventar eine «Beschäftigungsvermutung»: Hiernach sei in der Stehzeit anzunehmen, dass «wegen des Ausbleibens des behinderungsbedingt «festsitzenden» Geräts vonseiten der nachfolgenden Baustelle Abhilfemassnahmen (z.B. Beschaffung von Fremdgerät, Bauablaufumstellung) getroffen werden» müssen; auch dies sei Schaden<sup>1720</sup>. KAPELLMANN erklärt andernorts ausdrücklich, dass er in diesem Zusammenhang die Rentabilitätsvermutung zur «normativen Fortentwicklung des Schadensbegriffes» heranziehe<sup>1721</sup>.

c. Auch in der *Schweiz* findet die Rentabilitätsvermutung gelegentlich Erwähnung. Soweit ersichtlich, schränken Literatur und Rechtsprechung ihr Anwendungsgebiet allerdings auf den Fall ein, da der Gläubiger auf das positive Vertragsinteresse klagt und Schwierigkeiten bekundet, den *entgangenen Gewinn* (*lucrum cessans*) zu beweisen. LÜCHINGER löst das, indem er den Geldwert der in Erwartung der gehörigen Vertragserfüllung getätigten Aufwendungen zur Massgabe macht, nach welcher der entgangene Gewinn zu bemessen sei. So solle der Gläubiger mindestens die ihm entstandenen Vertragsabschlusskosten und -erfüllungskosten als entgangenen Gewinn geltend machen können. Dies in der Meinung, «der Gläubiger [nehme] diese Aufwendungen auf sich [...], weil er damit rechnete, dass sie durch den Vorteil der erwarteten Gegenleistung zumindest ausgeglichen würden»<sup>1722</sup>. Pointiert liesse sich sagen: Der abstrakte «Mindestnutzen» getätigter Aufwendungen bemisst sich an deren Anschaffungswert<sup>1723</sup>. Die Rentabilitätsvermutung wird in der Schweiz sodann für die Berechnung von Gewinnherausgabe-<sup>1724</sup>

<sup>1718</sup> KAPELLMANN/SCHIFFERS/MARKUS, Bd. 1, Rz 1430.

<sup>1719</sup> KAPELLMANN/SCHIFFERS/MARKUS, Bd. 1, Rz 1440.

<sup>1720</sup> KAPELLMANN/SCHIFFERS/MARKUS, Bd. 1, Rz 1529.

<sup>1721</sup> KAPELLMANN, KuKo-VOB/B, § 6 N 66 m.w.N.

<sup>1722</sup> LÜCHINGER, Diss., Rz 511 m.V.a. BGHZ 114, 193 (196 ff.), V ZR 22/90 (19.04.1991). Nicht in den Genuss der Rentabilitätsvermutung gelangen die Kosten für die Verwertung der vertraglichen Leistung, d.h. die Aufwendungen, «die dazu dienen, die sich aus dem Leistungsaustausch ergebenden Möglichkeiten weitergehend auszunutzen» (WIEDEMANN/MÜLLER, JZ 1992, S. 469).

<sup>1723</sup> Vgl. Pra 84 (1995) Nr. 172, S. 556.

<sup>1724</sup> SPITZ, SHK-UWG, Art. 4a N 123.

und Schadenersatzansprüchen<sup>1725</sup> herangezogen. Eine höchstichterliche Rechtsprechung hat sich hierzu noch nicht herausgebildet<sup>1726</sup>, doch scheint die Idee zumindest bei kantonalen Oberinstanzen Anklang zu finden<sup>1727</sup>.

- 1296 **d.** Bejaht man jedenfalls die Rentabilitätsvermutung für die Berechnung von Schadenersatzansprüchen, liesse sich entlang der von KAPELLMANN/SCHIFFERS/MARKUS vorgeschlagenen Linie sagen: Der Unternehmer stellt seine Produktionsmittel für die versprochene Werkleistung bereit, d.h. disponiert und organisiert sie sowie seinen Betrieb entsprechend. Bleiben die Produktionsmittel aufgrund eines Mitwirkungsversäumnisses unproduktiv, gilt die Fiktion, dass der Unternehmer bei ungestörter Vertragserfüllung mindestens den Wert der entstandenen Produktivitätsverluste letztendlich über die Vergütung erwirtschaftet hätte. Durch die Vollzugsstörung freilich wird ihm die *Erzielung dieser Rentabilität unwiederbringlich verunmöglicht* – ein geldwerter Nachteil, der ihm zum Wert der korrespondierenden Aufwendungen zu ersetzen ist. Dass die Werkleistung nicht im Austausch für die verspätete Mitwirkungsleistung, sondern für die Vergütungsleistung erbracht wird und der Bauherr mit letzterer nicht im Verzug stehen muss, nur weil er nicht mitwirkt<sup>1728</sup>, ist eine dogmatische Spitzfindigkeit, die hier vernachlässigt werden darf: Die Aufwendungen des Unternehmers richten sich gleichermaßen auf die Mitwirkungsleistung und die Vergütungsleistung, genauso, wie die Mitwirkung des Bauherrn (sei sie nun Recht allein oder auch Pflicht) jedenfalls in seinem Forderungsrecht gründet (Rz 134), das wiederum auf die Werkleistung geht.

---

<sup>1725</sup> ROBERTO, ZSR 2009, S. 30 m.w.N.; DERS., Habil., S. 37; DERS., Haftpflichtrecht, Rz 24.23.

<sup>1726</sup> Vgl. allenfalls BGer 4A\_709/2011 (31.05.2012) E. 5.1, wo freilich nur ein Parteistandpunkt wiedergegeben, aber nicht materiell beurteilt wird.

<sup>1727</sup> Vgl. die *obiter dicta* in SG-KGer BZ\_2007\_52 (05.02.2008) E. 4 und ZH-HGer HG110231 (16.04.2013) E. 3.4.2.10.

<sup>1728</sup> Siehe LÜCHINGER, Diss., Rz 506, wonach die Rentabilitätsvermutung nur im Austauschverhältnis von Leistung und Gegenleistung zur Anwendung gelange.



e. Zuweilen wird angenommen, dass dem Unternehmer Produktivitätsverluste nur entstehen können, «wenn er als Folge von Bauverzögerungen seine Produktionsfaktoren nicht anderswo hat produktiv einsetzen können»<sup>1729</sup>. Dies kann als Einwendung der hypothetischen *Unrentabilität* bezeichnet werden, die, vom Bauherrn einmal bewiesen, offenbar die Rentabilitätsvermutung widerlegen soll. Die Einwendung impliziert nämlich, dass die unproduktiven Mittel im betreffenden Zeitraum auch ausserhalb des streitigen Auftrags oder auch ohne den streitigen Auftrag nicht hätten rentabel eingesetzt werden können. Selbst wenn man diese Einwendung zulässt, scheint ihre Substanziierung nahezu unmöglich: In der Schweiz zumindest hätte der Unternehmer normalerweise keine Mühe darzulegen, dass für seine Bauleistungen ein liquider Markt besteht, was im Übrigen schon der Bestand des streitigen Auftrags beweist. Ohnehin aber hat diese Einwendung im Rahmen des Schadensbeweises keinen Platz, weil der Unternehmer seine Mittel ja gerade für den streitigen Auftrag angeschafft oder erhalten, jedenfalls aber disponiert hat. Es wäre inkohärent, vom Unternehmer nun zu fordern, gleichsam ein «alternatives Universum» zu entwerfen und darzutun, dass und inwieweit er in Ermangelung des streitigen Auftrags im fraglichen Zeitraum mit anderen Bauvorhaben befasst gewesen wäre. In Bauwerkverträgen ist die Rentabilitätsvermutung vielmehr eine unwiderlegliche Fiktion (siehe Rz 1293). Unbegrenzt gilt sie freilich nicht, sondern fällt dahin, sobald die Schadenminderungsobliegenheit des Unternehmers greift (Rz 1510).

### c. Kosten ausserordentlicher Erfüllungshandlungen

1. Nimmt man an, dass ausserordentliche Erfüllungshandlungen **mit denselben Produktionsmitteln vorgenommen werden**, wie sie schon für die ordentlichen Erfüllungshandlungen vorgehalten werden, stellt sich unter der Differenzhypothese dasselbe Problem wie bei Produktivitätsverlusten: Setzt nämlich der Unternehmer mit den vorgehaltenen Produktionsmitteln anstelle einer ordentlichen Erfüllungshandlung nun mitwirkungsbedingt eine ausserordentliche Erfüllungshandlung um (zum Beispiel eine Schutzmassnahme), könnte ihm entgegengehalten werden, dass zumindest die zeitabhängigen Kosten seiner Produktionsmittel zum betreffenden Zeitpunkt ohnehin ange-

<sup>1729</sup> HENNINGER, BRT 2005, S. 267. Der Autor verweist dabei auf HÜRLIMANN, FS Gauch, S. 820 f., wo freilich auf S. 821 klargestellt wird, dass dem Unternehmer die Selbstkosten «selbstverständlich auch dann [entstehen], wenn der Unternehmer keine andere Verwendung für die Produktionsfaktoren gehabt hätte».

fallen wären – nur eben für ordentliche Erfüllungshandlungen. So betrachtet betrüge die Differenz zwischen seinem gegenwärtigen effektiven und seinem gegenwärtigen hypothetischen Reinvermögen wiederum null. Das Resultat ist wirtschaftlich genauso unrichtig wie im Zusammenhang mit Produktivitätsverlusten (Rz 1275 ff.), wenn auch seine Produktionsmittel hier nicht unproduktiv verharren, sondern durchaus produktiv eingesetzt bleiben. Denn der Produktionsmitteleinsatz, mag er auch produktiv sein, richtet sich aufgrund des Mitwirkungsversäumnisses ebenso wenig auf das planmässige Vorantreiben der eigentlichen Werkausführung, wie wenn seine Produktionsmittel stillstehen. Aus den bereits genannten Gründen ist dem Unternehmer dieser **Nutzenausfall** als Schaden zu ersetzen.

1299 **2.** Anders liegen die Dinge, wenn der Unternehmer für die ausserordentlichen Erfüllungshandlungen *zusätzliche oder teurere Produktionsmittel* einsetzt oder *dieselben Produktionsmittel in höherem (teurerem) Masse einsetzt*. Diese ausserordentlichen Erfüllungshandlungen treten in der Baustellenbuchhaltung als **positiver Mehraufwand**, als effektive Mehrverbindlichkeiten zulasten der Baustelle in Erscheinung, die nicht eingetreten wären, hätte der Bauherr rechtzeitig mitgewirkt. Solcher Schaden lässt sich entsprechend mit der Differenzhypothese erfassen.

1300 Bei ausserordentlichen Erfüllungshandlungen treten die beiden genannten Schadenstypen – Nutzenausfall und positiver Mehraufwand – zuweilen auch gemeinsam in Erscheinung, zum Beispiel, wenn eine solche Erfüllungshandlung nur teilweise mit den vorgehaltenen Kräften vorgenommen werden kann und zusätzliche Kräfte beigezogen werden müssen.

#### **d. Mehrkosten ordentlicher Erfüllungshandlungen**

1301 Die mitwirkungsbedingte Verteuerung von ordentlichen Erfüllungshandlungen tritt ausschliesslich als **positiver Mehraufwand** in Erscheinung: Sie besteht aus Geldaufwendungen zugunsten der vertragsgemässen Werkausführung, die der Unternehmer bei rechtzeitiger Mitwirkung nie hätte tätigen müssen. *Exogene* Kostensteigerungen (Rz 816; zum Beispiel die Erhöhung von Beschaffungspreisen) äussern sich als Mehrverbindlichkeiten, die innerhalb von regulär mit der Werkausführung befassten oder noch zu befassenden Produktionsmitteln entstehen und die vermieden worden wären, hätte der Bauherr rechtzeitig mitgewirkt. *Endogene* Kostensteigerungen (Rz 804 ff.), namentlich Beschleunigungsmassnahmen und das damit verbundene Mehr an Personal- und Inventareinsatz, führen zu höheren Geldabflüssen zugunsten der Werkausführung. Dasselbe trifft auf den Einsatz von Fremdleistun-

gen und Verwaltungskosten zu. Solche Verteuerungen ordentlicher Erfüllungshandlungen sind allesamt Schaden im klassischen Sinne, weil sie gemäss der Differenzhypothese als Reinvermögenseinbussen erfasst werden.

#### e. Übrige Vermögenseinbussen

Beim Mehrvergütungsanspruch und dem gläubigerverzugsrechtlichen Aufwendungsersatzanspruch ist entscheidend, ob sich die entstandenen Mehraufwände ihrem Sinn und Zweck nach zugunsten des streitigen Bauvorhabens auswirken oder nicht. Ist das zu verneinen, fällt auch die Vergütungs- bzw. Ersatzberechtigung ausser Betracht (Rz 1047 ff., 1221 ff.). Der Schadensbegriff unterscheidet demgegenüber nicht danach, ob und inwiefern die einzelnen mitwirkungsbedingten Vermögenseinbussen des Unternehmers ihrem Zweck nach dem streitigen Bauvorhaben dienen (vgl. zu projektbezogenem und projektfremdem [Mehr-]Aufwand: Rz 757 f.). Vielmehr bezweckt der Schadenersatzanspruch, den Unternehmer so zu stellen, wie wenn der Bauherr rechtzeitig mitgewirkt hätte. Ersatzfähig sind folglich **sämtliche geldwerten Einbussen**, die ihm bei rechtzeitiger Mitwirkung erspart geblieben wären. Dazu zählen ohne weiteres auch die übrigen Vermögenseinbussen (Rz 834 ff.): Entsteht also dem Unternehmer aus dem Mitwirkungsversäumnis eine Haftung gegenüber Dritten, oder muss er mitwirkungsbedingt Mehraufwand zugunsten von Drittaufträgen betreiben, oder entgeht ihm Gewinn aus Drittaufträgen<sup>1730</sup> (*lucrum cessans*) usw., so sind auch diese Einbussen mitwirkungsbedingter Schaden.

#### f. Zuschläge

##### i. Für AGK

1. Es wurde bereits erörtert, dass «echte» AGK **kausal nicht auf eine Baustelle abgegrenzt** und folglich auch nicht auf das sich dort auswirkende Mitwirkungsversäumnis zurückgeführt werden können (Rz 828). Im Mehrvergütungsrecht ist das für den Unternehmer unproblematisch, soweit eine Aufwandvergütung zur Anwendung gelangt, weil dort nach dem einhellig zugrunde gelegten Konzept *Cost plus Fee* die Vergütung einen Betrag zur Abgeltung von AGK enthalten muss (siehe Rz 1020, 1068). Diese normative

<sup>1730</sup> Zum entgangenen Gewinn als Bestandteil des Verspätungsschadens: WEBER, BK-OR, Art. 103 N 31 ff.

Anforderung ist freilich eine vergütungsrechtliche Eigenart. Bei reinen Ausgleichsansprüchen führt die Tatsache, dass AGK weder hinsichtlich ihrer Entstehung noch hinsichtlich ihres Umfangs mit dem anspruchsauslösenden Ereignis in Verbindung gebracht werden können, streng genommen dazu, dass AGK weder effektiv noch pauschaliert zu ersetzen bzw. abzugelten sind (so beim Mehraufwendungsersatz: Rz 1158).

- 1304 **2.** Zu diesem Schluss müsste man auch beim Schadenersatzanspruch des Unternehmers gelangen, was m.E. aber wenig befriedigt. Verwiesen wird hier erstens auf die bereits geäußerten Bedenken (Rz 833), nach denen AGK vielleicht rechtlich «Phantomkosten» sind, aber zumindest wirtschaftlich nicht von der Hand gewiesen werden können und letzten Endes auch der Bewältigung des Mitwirkungsversäumnisses in irgendeiner Weise dienen (vgl. Rz 1068). Diese Bedenken liessen sich zwar auch im Zusammenhang mit dem Mehraufwendungsersatzanspruch anführen, doch fällt hier zweitens ins Gewicht, dass der Bauherr – anders als bei der Verletzung einer Mitwirkungsobliegenheit im Sinne von OR 91 – pflichtwidrig handelt. Insgesamt rechtfertigt es sich deshalb nicht, dem Unternehmer das Risiko zu überbürden, dass das Mitwirkungsversäumnis in irgendeiner, kaum vorhersehbaren Weise, auch erst lange nach Werkvollendung zu einer Mehrbeanspruchung indirekter Kostenverursacher führt. In diesem Punkt ist der Schadensbegriff wiederum **normativ zu erweitern**, indem wie bei der Mehrvergütung nach Aufwand die mitwirkungsbedingten Mehraufwände mit einem angemessenen Zuschlag für AGK beaufschlagt werden<sup>1731</sup>.

ii. *Für Risiko*

- 1305 **1.** Auch der Zuschlag für das allgemeine Geschäftsrisiko des Unternehmers ist eine Besonderheit des Vergütungsrechts (*Cost plus Fee*). So bezweckt der Zuschlag keineswegs den *Ersatz* effektiv eingetretener Risikofolgen oder anderer tatsächlicher Kosten. Stattdessen soll er dem Unternehmer die üblicherweise mit seiner Geschäftstätigkeit verbundenen Risiken pauschal *abgelten*, deren Folgen er in der Regel allein trägt, wenn sie sich verwirklichen<sup>1732</sup>. Realisieren sich solche Geschäftsrisiken freilich nicht, erzielt der Unterneh-

---

<sup>1731</sup> Im Ergebnis gleich, wenn auch mit anderer Begründung: KAPPELLMANN/SCHIFFERS/MARKUS, Bd. 1, Rz 1430 ff.; WÜRFELE/GRALLA/SUNDERMEIER, Rz 2142 ff.

<sup>1732</sup> Vgl. z.B. OR 376 I: Ausserhalb des Annahmeverzugs des Bauherrn trägt der Unternehmer beim zufälligen Untergang des Werks das Leistungs- und Gegenleistungsrisiko.

mer mit dieser «**Risikoprämie**» faktisch einen Gewinn, sodass Risiko- und Gewinnzuschlag einander äusserlich ähneln und in der Praxis oft zu einem einzigen Zuschlag zusammengefasst werden<sup>1733</sup>.

2. Vom Gewinnzuschlag unterscheidet sich der Risikozuschlag m.E. aber in 1306 einem wesentlichen Aspekt: Funktionell dient der Risikozuschlag, wie auch der AGK-Zuschlag, der **Abgeltung von Kosten**. Er gibt dem Unternehmer nicht etwas «oben drauf», sondern gilt ihm Kostenrisiken ab, die sich nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge in diesem oder in einem künftigen Auftrag mit einer gewissen Regelmässigkeit verwirklichen werden (beispielsweise schlechte Witterungsverhältnisse). Der Grundgedanke des Risiko-Zuschlags unterscheidet sich insofern nicht wesentlich von demjenigen des AGK-Zuschlags. Denn auch mit letzterem werden dem Unternehmer eingetretene oder künftige Kosten pauschal abgegolten, die kausal nicht auf den streitigen Auftrag abgegrenzt werden können. Dem liesse sich entgegenhalten, dass es sich mit dem Ausgleichsgedanken des Haftungsrechts schlecht verträgt, dem Unternehmer «präventiv» einen Abgeltungsbetrag für Schäden zuzuschlagen, die möglicherweise gar nie entstanden sind und/oder vielleicht auch nie (mehr) entstehen werden. Doch steht auch dem entgegen, dass der Bauherr im hier unterstellten Fall pflichtwidrig handelt, und ausserdem, dass das Mitwirkungsversäumnis im Sinne einer natürlichen Vermutung gewisse Geschäftsrisiken erhöht (zum Beispiel Mängelhaftung; siehe auch Fn 688). Wertungsmässig wäre es deshalb widersprüchlich, dem Unternehmer einen AGK-, nicht aber einen Risikozuschlag zu gewähren. Auch in diesem Punkt ist der Schadensbegriff mithin **normativ zu erweitern**, indem wie bei der Mehrvergütung nach Aufwand die mitwirkungsbedingten Mehraufwände (nicht aber übrige Vermögenseinbussen) mit einem angemessenen Zuschlag für allgemeine Geschäftsrisiken beaufschlagt werden.

### iii. *Nicht für Gewinn*

Der Gewinnzuschlag, ebenfalls ein Ausfluss des Vergütungsrechts (siehe 1307 Rz 1020), beruht nicht auf dem Gedanken, dem Unternehmer tatsächliche oder potenzielle, bereits eingetretene oder künftige Kosten zu ersetzen. Er bezweckt vielmehr die Rentabilisierung der Unternehmertätigkeit und fusst auf der – im Vergütungsrecht selbstverständlichen – Grundannahme, dass der rationale, kommerzielle Anbieter seine Leistungen (OR 374: den «Wert

<sup>1733</sup> Vgl. GAUCH, Werkvertrag, Rz 949.

seiner Arbeit») gegen eine gewinnträchtige Gegenleistung verspricht. Im Schadenersatzrecht demgegenüber muss sich der Unternehmer die Frage gefallen lassen, auf welche Weise ihm *im fraglichen Vertragsverhältnis* durch den Mitwirkungsverzug Gewinnanteile entgehen; **tatsächlich hätte er im fraglichen Auftrag nicht mehr Gewinnanteile erzielt**, wenn der Bauherr rechtzeitig mitgewirkt hätte. Ersetzt man dem Unternehmer (wie hier vertreten) sämtliche mitwirkungsbedingten *Kosten* im weitesten Sinne (einschliesslich AGK- und Risikozulage), so kann sein Ausfall allenfalls noch in Gewinnanteilen bestehen, die er ohne das Mitwirkungsversäumnis **in Drittaufträgen** erzielt hätte. Das mag Drittaufträge beschlagen, die zeitlich parallel zur Werkausführung verlaufen, aber auch solche, die erst im Anschluss daran hätten bearbeitet werden können. So oder anders ist solcherart entgangener Gewinn als *übrige Vermögenseinbusse* ersatzfähig (vgl. Rz 840), deren Nachweis der Unternehmer freilich im Einzelfall zu führen hat. Spräche man dem Unternehmer demgegenüber für mitwirkungsbedingten Mehraufwand prinzipiell immer auch Gewinnanteile zu<sup>1734</sup>, liefe dies darauf hinaus, dem Unternehmer allzeitige, hypothetische Profitabilität zu unterstellen. Im Umfang seiner (direkten und indirekten) Selbstkosten rechtfertigt sich eine solche Rentabilitätsvermutung (Rz 1292 ff.). Im Umfang eines über die Selbstkosten hinausgehenden Gewinnanteils aber ginge diese Vermutung zu weit (vgl. demgegenüber Rz 1070); der Unternehmer ist für die nachteiligen Folgen des Mitwirkungsversäumnisses durchaus schadlos zu halten, doch verschafft ihm der Vertrag nicht nachgerade eine «Gewinngarantie». Es ist ihm daher *kein Zuschlag für Gewinn* zuzusprechen.

#### g. Mehrwertsteuerbetrag

- 1308 Wie schon beim Mehraufwendungsersatz (Rz 1194) kann und soll auch an dieser Stelle keine steuerrechtliche Vertiefung erfolgen. Immerhin rechtfertigt sich die Frage, ob der Schadenersatzanspruch prinzipiell von der Mehrwertsteuerpflicht ausgenommen ist, wie das zuweilen postuliert wird<sup>1735</sup> (vgl. MWSTG 18 II lit. i). Denn zumindest jenem Schadensanteil, der sich aus mitwirkungsbedingtem Mehraufwand (Rz 751 ff.) zusammensetzt, stehen sowohl «unproduktive» als auch «produktive» Bauleistungen gegenüber,

---

<sup>1734</sup> So z.B. KAPPELLMANN/SCHIFFERS/MARKUS, Bd. 1, Rz 1491 («Die entfallende Deckung für Gewinn als solche für den Produktionsfaktoreinsatz in einem Behinderungszeitraum ist Schaden»); WÜRFELE/GRALLA/SUNDERMEIER, Rz 2175.

<sup>1735</sup> Vgl. SCHUMACHER/KÖNIG, Rz 329a.

durch welche der Unternehmer in der einen oder anderen Weise auf die Erfüllung der geschuldeten Werkleistung hinwirkt. Es liesse sich deshalb vertreten, dass der Schadenersatz in diesem Umfang ein – notabene mehrwertsteuerrechtliches, nicht vergütungsrechtliches – Entgelt im Sinne von MWSTG 3 lit. f sei, das im Austauschverhältnis mit mehrwertsteuerpflichtigen Leistungen im Sinne von MWSTG 3 lit. c<sup>1736</sup> steht. Bejahte man das, wäre der Schadenersatzanspruch in diesem Umfang der Mehrwertsteuerpflicht unterworfen<sup>1737</sup>, soweit die übrigen Voraussetzungen der Steuerpflicht im Einzelfall gegeben sind. Der Schadenersatzanspruch müsste entsprechend im Umfang des mitwirkungsbedingten Mehraufwands mit dem anwendbaren, gesetzlichen Mehrwertsteuersatz beaufschlagt werden.

#### h. Vorteilsanrechnung

1. Unter dem Gebot der Vorteilsanrechnung muss sich der Unternehmer 1309 Einkünfte und andere Vermögensvorteile anrechnen lassen, die er infolge des Mitwirkungsversäumnisses bis zum Zeitpunkt der Differenzbetrachtung **(i.) tatsächlich empfangen** hat<sup>1738</sup> oder **(ii.) hätte empfangen können**, aber absichtlich nicht empfangen hat<sup>1739</sup>, obwohl ihm dies zumutbar gewesen wäre.

2. Das Gebot der Vorteilsanrechnung ist ein Grundsatz des Haftpflicht- 1310 rechts<sup>1740</sup> und bei der Schadensberechnung zu beachten: Schaden ist die Nettoeinbusse, die nach Abzug allfälliger dem Geschädigten anrechenbarer Vorteile verbleibt<sup>1741</sup>. Während das Gebot seiner Umschreibung nach als klar umrissene arithmetische Regel daherkommt, können und müssen Wertungs-

<sup>1736</sup> «Leistung: die Einräumung eines verbrauchsfähigen wirtschaftlichen Wertes an eine Drittperson in Erwartung eines Entgelts, auch wenn sie von Gesetzes wegen oder aufgrund behördlicher Anordnung erfolgt».

<sup>1737</sup> In Deutschland (dementsprechend: unter deutschem Umsatzsteuerrecht) ist diese Auffassung für den Schadenersatzanspruch aus VOB/B § 6 Abs. 6 schon seit längerem vorherrschend; die neuere BGH-Rechtsprechung scheint nachzuziehen (DÖRING, IngKor-VOB/B, § 6 Abs. 6 N 46 m.w.N.).

<sup>1738</sup> Vgl. SCHUMACHER/KÖNIG, Rz 637 f. m.w.N. (dort im Zusammenhang mit dem Mehrvergütungs-, nicht dem Schadenersatzanspruch des Unternehmers).

<sup>1739</sup> Vgl. GAUCH, Werkvertrag, Rz 549 (dort im Zusammenhang mit dem Vergütungsanspruch des Unternehmers); vgl. zum Kriterium der Absicht auch OR 324 II.

<sup>1740</sup> Siehe für das vertragliche Haftpflichtrecht etwa WEBER, BK-OR, Art. 97 N 154 f. m.w.N.

<sup>1741</sup> Vgl. FELLMANN/KOTTMANN, Rz 1388.

urteile darin Platz finden, weil eine bedingungslose Anrechnung aller dem Geschädigten (hier: dem Unternehmer) natürlich kausal zugeflossenen Vorteile fragwürdige Resultate zeitigen würde<sup>1742</sup>. Gefordert wird deshalb, dass zwischen dem schädigenden Ereignis und dem Vorteil eine Art adäquater Kausalzusammenhang, eine innere Zusammengehörigkeit bestehen müsse<sup>1743</sup>, und dass bei alledem der Schädiger nicht unbillig entlastet wird<sup>1744</sup>. Deshalb läuft das Problem auf einen **Wertungsentscheid** hinaus und wird in der Literatur und Rechtsprechung anhand von hier nicht weiter einschlägigen Fallgruppen erörtert<sup>1745</sup>. Einzelne Anwendungsbeispiele, in denen dem Unternehmer durch den Mitwirkungsverzug anrechenbare Vorteile zufallen, sind in Rz 914 ff. aufgeführt.

- 1311 **3.** Bei der erwähnten Obliegenheit des Unternehmers, infolge des Mitwirkungsversäumnisses *Vorteile zu erlangen*, soweit ihm das möglich und zumutbar ist, handelt es sich im Grunde um einen Bestandteil seiner **Schadenminderungsobliegenheit**, der hier als Vorteilserlangungsobliegenheit bezeichnet wird. Dazu wird auf Rz 1508 f. und 1510 verwiesen.

### 3. Kausalzusammenhang

- 1312 **1.** Als weitere Voraussetzung für eine vertragliche Haftung wird nach traditioneller Lehre und Rechtsprechung vorausgesetzt, dass zwischen der Vertragsverletzung einerseits und dem Schadenseintritt andererseits ein **rechtlich relevanter Kausalzusammenhang** existiert<sup>1746</sup>. Rechtlich relevant ist er, wenn der Schadenseintritt sowohl natürlich kausal als auch adäquat kausal auf die Vertragsverletzung zurückgeht. Der *natürliche Kausalzusammenhang* ist zu bejahen, wenn die Vertragsverletzung nicht weggedacht werden kann, ohne dass auch der Schadenseintritt entfielen, d.h. wenn die Vertragsverletzung eine *condicio sine qua non* für den Schadenseintritt bildet<sup>1747</sup>. Der *adäquate Kausalzusammenhang* dagegen ist zu bejahen, wenn die Vertrags-

---

<sup>1742</sup> Vgl. FELLMANN/KOTTMANN, Rz 1391 (Lotteriegewinn des Geschädigten, der im Zuge seines Spitalaufenthalts Lotto spielt).

<sup>1743</sup> ROBERTO, Haftpflichtrecht, Rz 30.02.

<sup>1744</sup> Vgl. HONSELL/KESSLER/ISENRING, § 8 Rz 34.

<sup>1745</sup> Weiterführend FELLMANN/KOTTMANN, Rz 1391 ff. m.w.N.; ROBERTO, Haftpflichtrecht, Rz 30.03–30.05 m.w.N.

<sup>1746</sup> WEBER, BK-OR, Art. 103 N 40 m.V.a. a.a.O., Art. 97 N 217 ff.

<sup>1747</sup> KOLLER A., OR AT, Rz 47.20; WEBER, BK-OR, Art. 97 N 219. Vgl. auch FELLMANN/KOTTMANN, Rz 407.



verletzung nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet ist, Wirkungen der eingetretenen Art hervorzurufen, sodass der Schadenseintritt durch die Vertragsverletzung allgemein als begünstigt erscheint<sup>1748</sup>.

2. Im hier interessierenden Fall geht ein wesentlicher Teil des Schadens, 1313 namentlich der mitwirkungsbedingte Mehraufwand, ganz oder teilweise daraus hervor, dass der Unternehmer ihn *selber begründet und betreibt*. Der naturwissenschaftliche Aspekt, welcher der **natürlichen Kausalität** ohnehin zu Unrecht zugeschrieben wird<sup>1749</sup>, passt im Zusammenhang mit Einbussen, die ein Vertragspartner unter seiner Vertragspflicht auf sich nehmen muss, noch weniger: Weil der Unternehmer den Mehraufwand letztlich immer selbst veranlasst, ist es ungleich zum Beispiel einem Unfallereignis nie so, dass der mitwirkungsbedingte Mehraufwand wie eine «Gesetzmässigkeit chronologisch geordneter und im Hinblick auf das Ergebnis zwangsläufig miteinander verkoppelter oder verbundener Abläufe»<sup>1750</sup> über den Unternehmer «hereinbricht». Es bedarf für den Mehraufwand vielmehr – und eigentlich nur – eines (Zu-)Tuns des Unternehmers. Wie kann in diesem Fall das Mitwirkungsversäumnis noch als *condicio sine qua non* qualifizieren? Indem die *wertende* Hypothese zugrunde gelegt wird, dass der Unternehmer den betreffenden Mehraufwand nicht getätigt hätte, wenn das Mitwirkungsversäumnis nicht eingetreten wäre<sup>1751</sup>. Dabei spielt es keine Rolle, ob die Pflichtverletzung des Bauherrn in einem Tun oder einer Unterlassung besteht, denn in beiden Fällen beruht die natürliche Kausalität auf der Hypothese, dass andernfalls der Unternehmer die Einbusse nicht erlitten hätte<sup>1752</sup>. Dass der Unternehmer vorliegend ausschliesslich aus seiner Vertragspflicht heraus tätig wird, also der Weg von der Vertragsverletzung zum Schaden unvermeidlich auch über die (Rechts-)Frage führt, ob der Unternehmer zum Mehraufwand verpflichtet war, ist unter dem Gesichtspunkt der natürlichen

<sup>1748</sup> WEBER, BK-OR, Art. 97 N 222. Vgl. auch FELLMANN/KOTTMANN, Rz 423 m.w.N.; BGE 123 III 110/112 E. 3a.

<sup>1749</sup> Siehe ROBERTO, Haftpflichtrecht, Rz 06.03–06.08.

<sup>1750</sup> GIGER, FS Keller, S. 146.

<sup>1751</sup> Vgl. KOLLER A., OR AT, Rz 47.20: Unter dem Aspekt der natürlichen Kausalität habe man «eine Hypothese anzustellen und sich zu fragen, wie es sich verhalten würde, wenn der Schuldner pflichtgemäss gehandelt hätte».

<sup>1752</sup> Vom Begriff der «hypothetischen Kausalität» im Zusammenhang mit der natürlichen Kausalität von Unterlassungen hält KOLLER deshalb nichts (KOLLER A., OR AT, Rz 48.60).

Kausalität unbeachtlich. So zweifelt man beispielsweise beim körperlich Geschädigten, der infolge eines Autounfalls Medikamente kauft, auch nicht daran, dass die natürliche Kausalität zwischen dem Unfall und dem Medikamentenkauf (bzw. der damit einhergehenden Vermögenseinbusse) gegeben sei: Es wird stillschweigend vorausgesetzt, dass der Geschädigte die zur Bewältigung und Beseitigung des Rechtsguteingriffs notwendige Verhaltensweise ohne den Rechtsguteingriff nie eingenommen hätte, die Verhaltensweise also natürlich kausal auf die Schädigung zurückgeht<sup>1753</sup>.

- 1314 **3.** Auch das Kriterium der **adäquaten Kausalität** fusst auf einer Wertungsfrage<sup>1754</sup>. Der Zweck des Kriteriums liegt darin, die Haftung sinnvoll zu begrenzen, weil andernfalls der pflichtwidrig handelnde Vertragsteil häufig zur Verantwortung gezogen würde, «obwohl bei natürlicher Betrachtungsweise nicht gesagt werden kann, er habe den Schaden – wie im Rahmen der allgemeinen Vertragshaftung vorausgesetzt – verschuldet»<sup>1755</sup>. Anders als bei Mehrvergütungs- und Aufwendungsersatzansprüchen wird das Adäquanzkriterium beim Schadenersatzanspruch materiell nicht von einer anderen Anspruchsvoraussetzung absorbiert (vgl. Rz 1051, 1221), sondern behält selbstständige Bedeutung. Dennoch dürfte es die Haftung des Bauherrn selten begrenzen, weil zumindest die vorne diskutierten Vermögenseinbussen durchwegs dem entsprechen, was nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung einem Unternehmer bei fortwährender Werkleistungspflicht im Anschluss an ein Mitwirkungsversäumnis widerfährt. Ausnahmen, in denen das Mitwirkungsversäumnis zu einem Leistungshindernis und/oder zu einem Mehraufwand bzw. einer übrigen Vermögenseinbusse führt, die in Erscheinungsform und Umfang so abseits jener Auswirkungen liegen, zu denen das Mitwirkungsversäumnis normalerweise «geeignet» ist, sind praktisch nicht denkbar, ohne dass grobes Selbstverschulden des Unternehmers, grobes Drittverschulden und/oder höhere Gewalt vorliegen<sup>1756</sup>. Zum selben Resultat gelangt man, wenn man auf den sogenannten *Pflichtwidrigkeitszusammenhang* abstellt<sup>1757</sup>: Die hier interessierenden Vermögenseinbussen des Unternehmers gehören regelmässig zu

---

<sup>1753</sup> Vgl. das Bsp. bei PROBST, BSK-OR, Art. 58 Fn 5 (dort freilich nicht mit Blick auf das Haftungskriterium der Kausalität, sondern des Schadens).

<sup>1754</sup> Siehe etwa GIGER, FS Keller, S. 146; WEBER, BK-OR, Art. 97 N 223.

<sup>1755</sup> KOLLER A., OR AT, Rz 48.76. Vgl. auch WEBER, BK-OR, Art. 97 N 223.

<sup>1756</sup> Siehe zur «Unterbrechung» des adäquaten Kausalzusammenhangs etwa FELLMANN/KOTTMANN, Rz 458; SCHWENZER, Rz 20.03.

<sup>1757</sup> Vgl. KOLLER A., OR AT, Rz 47.22, 48.81 ff.

jenen Schadensereignissen, auf deren Abwehr sich die vertragliche Mitwirkungspflicht des Bauherrn im Kern richtet; dass zwischen dem Mitwirkungsversäumnis und dem entstandenen Mehraufwand (und den übrigen Vermögensseinbussen) der Pflichtwidrigkeitszusammenhang einmal fehlt, dürfte kaum vorkommen.

4. Viel eher als über das Adäquanzkriterium wird eine Begrenzung des Schadenersatzanspruchs in der Praxis aufgrund eines allfälligen **Mitverschuldens des Unternehmers** greifen. Dieses ist aufgrund des engen Zusammenhangs mit der Schadenminderungsobliegenheit des Unternehmers ebendort dargestellt (Rz 1493 ff., 1510).

5. Ob das Mitwirkungsversäumnis vom Bauherrn persönlich verursacht worden ist oder von einem **Erfüllungsgehilfen** (siehe Rz 1335 ff.), ändert an der Voraussetzung der Kausalität nichts; auch unter OR 101 I haftet der Bauherr für den eingetretenen Schaden nur, wenn das Verhalten seines Erfüllungsgehilfen für den Schaden natürlich und adäquat kausal war (vgl. Rz 1341 f.).

#### 4. Verschulden

##### a. Grundlegung

1. Der Anspruch auf Verspätungsschadenersatz nach OR 103 I setzt voraus, dass den Schuldner an der Pflichtverletzung ein Verschulden trifft<sup>1758</sup>. Verschulden setzt eine objektive und eine subjektive Komponente voraus. Objektiv schuldhaft handelt der Schuldner, wenn sein Verhalten «vom durchschnittlich Erwartbaren negativ abweicht»<sup>1759</sup>, was im Kontext des Vertrags bedeutet, dass er von der «versprochenen Verhaltenspflicht»<sup>1760</sup> abweicht. Subjektiv schuldhaft handelt er, wenn sein Verhalten «nicht jene Wertverbundenheit aufweist, welche die Rechtsgemeinschaft erwartet»<sup>1761</sup> und er zudem hinsichtlich der schädigenden Auswirkungen seines Verhaltens urteilsfähig ist<sup>1762</sup>. Setzt man Urteilsfähigkeit beim Schuldner voraus, so äus-

---

<sup>1758</sup> GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz 2670 f.; WEBER, BK-OR, Art. 103 N 41 m.w.N.

<sup>1759</sup> SCHWENZER, Rz 22.03. Vgl. auch GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz 2963 (wenn vom «unter den Umständen angebrachten Durchschnittsverhalten» abgewichen wird).

<sup>1760</sup> WEBER, BK-OR, Art. 99 N 32.

<sup>1761</sup> Vgl. WEBER, BK-OR, Art. 99 N 34.

<sup>1762</sup> GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz 2963. Urteilsfähigkeit wird beim Schuldner vermutet, soweit ihm nicht wegen seines Kindesalters, infolge geistiger Behinderung,

sert sich das «geistige Verhalten» des Schuldners<sup>1763</sup>, gegen welches sich die gesetzliche Missbilligung richtet und in welchem letztlich die hier interessierende Vorwerfbarkeit zum Ausdruck kommt, in einem **vorsätzlichen, grobfahrlässigen** oder wenigstens **leicht fahrlässigen** Verhalten. Der Schuldner haftet nach OR 99 I prinzipiell für alle diese Verschuldensgrade, sodass es für die Haftungs**begründung** auf deren Differenzierung nicht ankommt; eine Haftung besteht mithin bereits bei leichter Fahrlässigkeit.

1318 **2.** Das Ausmass des Verschuldens ist demgegenüber bei der **Bemessung des Schadenersatzes** beachtlich, weil dort analog OR 43 I (siehe OR 99 III) nebst den «Umständen» auch die «Grösse des Verschuldens» zu berücksichtigen sind. Dabei kann zunächst an den gesetzlichen Verschuldensgraden angeknüpft werden, doch erlaubt der Passus in OR 43 I durchaus eine weitere Differenzierung, was beispielsweise der an sich gesetzesfremde Verschuldensgrad der mittleren Fahrlässigkeit illustriert<sup>1764</sup>. Zu beachten ist der Verschuldensgrad sodann, wenn das Verschulden des Schuldners (hier: des Bauherrn) mit einem allfälligen Mitverschulden des Gläubigers (hier: des Unternehmers) abgewogen werden muss, was gegebenenfalls beim Schuldner zu einer Haftungsreduktion führt. Das Mitverschulden des Unternehmers am mitwirkungsbedingten Gesamtschaden wird freilich nicht hier, sondern in Rz 1493 ff. behandelt.

1319 Eine weitere, wenn auch in dieser Arbeit nicht behandelte Funktion des Verschuldens besteht darin, dem Gericht als Anknüpfungspunkt zu dienen, wenn es darum geht, die Haftungsquote des solidarisch haftenden Schädigers (hier: des Bauherrn) nach billigem Ermessen festzulegen<sup>1765</sup>.

1320 **3.** Das Verschulden wird nach OR 97 I analog **vermutet**, was im Kontext des Schuldnerverzugs die Regel von OR 106 I mit besonderem Blick auf die Geldschuld bekräftigt. Ebenso wie unter OR 97 I (und bei der Geldschuld

---

physischer Störung, Rausch oder ähnlicher Zustände nicht die Fähigkeit mangelt, vernunftgemäss zu handeln (ZGB 16).

<sup>1763</sup> Vgl. WEBER, BK-OR, Art. 99 N 27.

<sup>1764</sup> FURRER/WEY, CHK-OR, Art. 99 N 21 (Reaktion des neutralen Beobachters: «Das hätte er [der Schuldner] wirklich nicht tun dürfen!»; KOLLER A., OR AT, Rz 48.44. Vgl. auch BGE 100 II 332/337 f. E. 3a.

<sup>1765</sup> BGE 130 III 591/603 E. 5.5.1 m.w.N.; siehe OR 50 II, 51 I/II.

unter OR 106 I) steht dem Bauherrn der Exkulpationsbeweis offen, also der Beweis, dass er weder vorsätzlich noch fahrlässig gehandelt hat<sup>1766</sup>.

## b. Fahrlässiges Mitwirkungsversäumnis

1. Der einer Mitwirkungspflicht unterstehende Bauherr handelt nach dem Vorstehenden schuldhaft pflichtwidrig, wenn er es **mindestens leicht fahrlässig versäumt, im geschuldeten Zeitpunkt mitzuwirken**, und er zum Zeitpunkt seines Versäumnisses urteilsfähig war. Das Kriterium der Urteilsfähigkeit wird fürs Weitere beim Bauherrn vorausgesetzt. Erörterungswürdig ist demgegenüber die Frage, wann der Bauherr von der gebotenen Sorgfalt zwar nicht in entschuldbarer, aber in noch «einigermassen verständlich[er]» Weise<sup>1767</sup> abweicht, weil die solcherart umrissene leichte Fahrlässigkeit die Schwelle zur Haftbarkeit darstellt. Zugleich ist die Frage vom konkreten Einzelfall losgelöst kaum abstrakt zu beantworten, weshalb im Folgenden nicht nur mit einer theoretischen Annäherung, sondern auch mit Fallbeispielen gearbeitet wird.

2. Als erste Prämisse ist anzunehmen, dass das fahrlässig verursachte Mitwirkungsversäumnis sich dadurch auszeichnet, dass es **bei gebotener Sorgfalt objektiv vermeidbar** gewesen wäre<sup>1768</sup>. Denn hätte der Bauherr es auch mit jener Sorgfalt, die ein durchschnittlicher, loyaler Bauherr an seiner Stelle an den Tag gelegt hätte, nicht verhindern können, ist sein Verhalten grundsätzlich entschuldbar<sup>1769</sup>. War das Versäumnis aber vermeidbar, so indiziert schon die Vermeidbarkeit Unsorgfalt. Dass darin eine im Verschuldenssinne

<sup>1766</sup> GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz 2670 f.; WEBER, BK-OR, Art. 103 N 41 m.w.N.

<sup>1767</sup> KELLER A., S. 127.

<sup>1768</sup> Vgl. GAUCH, Werkvertrag, Rz 1210a (dort im Zusammenhang mit OR 376 und dem «verschuldeten» Annahmeverzug des Bestellers); vgl. Vermeidbarkeit als Ausformung der Fahrlässigkeit: SCHWENZER Rz 22.14. Der Vorwurf der Vermeidbarkeit funktioniert selbstredend nur im Zusammenhang mit der Fahrlässigkeit, weil er unterstellt, dass ein durchschnittlicher und loyaler Dritter (hier: der Bauherr) den Willen hatte, das Versäumnis zu verhindern (vgl. WEBER, BK-OR, Art. 99 N 64: Fahrlässigkeit liegt vor, «wenn der Schuldner den rechtswidrigen Erfolg herbeiführt, ohne ihn zu wollen»). Versäumt der Bauherr die Mitwirkung demgegenüber vorsätzlich, so fehlt es schon am – dem Fahrlässigkeitsbegriff implizit zugrunde gelegten – Willen, den Vertrag nicht zu verletzen.

<sup>1769</sup> Vorbehalten bleiben in diesem Zusammenhang Fälle des Übernahmeverschuldens (Rz 1326 f.).

tadelnswerte<sup>1770</sup>, geringfügige Unsorgfalt liegt, äussert sich darin, dass das Verhalten des Bauherrn beim neutralen Beobachter mindestens jene Reaktionen hervorruft, wie sie in der Literatur hierfür als eingängige Massgabe umschrieben werden: «Das hätte er besser nicht getan» (negativ); «er hätte schon sollen» (positiv)<sup>1771</sup>. Oder: «Das kann halt passieren»<sup>1772</sup>, wenn man den Ausspruch nicht entschuldigend versteht, sondern als Ausdruck der Prämisse, dass Menschen nach der allgemeinen Lebenserfahrung «augenblickliche Unachtsamkeit[en]»<sup>1773</sup> begehen und «kleinere Fehlüberlegung[en]»<sup>1774</sup> machen<sup>1775</sup>, namentlich indem sie Dinge vergessen oder übersehen. Nicht erforderlich ist demgegenüber, dass elementarste Vorsichtsgebote<sup>1776</sup> in «schlechthin unverständlicher»<sup>1777</sup> Weise verletzt werden und der neutrale Beobachter «Wie konnte er nur!»<sup>1778</sup> von sich gibt; das beschlägt vielmehr schon Fälle der Grobfahrlässigkeit.

- 1323 **3.** Vor diesem Hintergrund werden sich Fälle der leichten Fahrlässigkeit vor allem darum drehen, dass der Bauherr **die Mitwirkung vergisst** oder aber eine Voraussetzung, die für die rechtzeitige Mitwirkung von Bedeutung ist bzw. gewesen wäre, vergisst oder **übersieht**. Etwas vergessen setzt voraus, dass der Bauherr es einmal wusste und nun nicht mehr weiss, oder dass er es immer noch weiss, aber sein Wissen ungewollt nicht (mehr) abrufen (Urteilsfähigkeit immer vorausgesetzt). Leichte Fahrlässigkeit wird in Vergessensfällen regelmässig vorliegen, denn was der Bauherr weiss, daran muss er denken; was er einmal wusste, daran muss er sich erinnern. Weniger deutlich sind die Fälle des Übersehens: Dort fragt sich zunächst, ob der Bauherr das Übersehene bei gebotener Sorgfalt überhaupt hätte erkennen können und müssen, weil das von einem durchschnittlichen Bauherrn unter denselben Umständen erwartet werden durfte. Die Frage kann im Einzelfall auch ein-

---

<sup>1770</sup> WEBER, BK-OR, Art. 99 N 75 f.

<sup>1771</sup> KELLER M./GABI, S. 57: «Er het scho sölle!» Vgl. auch FURRER/WEY, CHK-OR, Art. 99 N 21; KOLLER A., OR AT, Rz 48.55;

<sup>1772</sup> Vgl. FURRER/WEY, CHK-OR, Art. 99 N 21.

<sup>1773</sup> WEBER, BK-OR, Art. 100 N 96.

<sup>1774</sup> WEBER, BK-OR, Art. 99 N 75 f.

<sup>1775</sup> SCHWENZER, Rz 22.22 zur leichten Fahrlässigkeit: Ein Fehler, «der praktisch jeder Person unterlaufen könnte».

<sup>1776</sup> Siehe BGE 118 V 305/306 E. 2.

<sup>1777</sup> KELLER A., S. 127.

<sup>1778</sup> KELLER M./GABI, S. 57: «Wie hätt er au nu chönne!» Vgl. FURRER/WEY, CHK-OR, Art. 99 N 21; KOLLER A., OR AT, Rz 48.55.

mal zu verneinen sein, insbesondere, wenn der Bauherr nicht fachmännisch vertreten oder beraten ist und der Unternehmer den Bauherrn im Vorfeld der Mitwirkung über mitwirkungsrelevante Tatsachen nicht, unvollständig oder unrichtig informiert (siehe zur Mitverursachung des Mitwirkungsversäumnisses Rz 1494). Dazu zwei Beispiele:

**Bsp. 1:** Nachdem Nachbarn Bedenken zur Einhaltung baupolizeilicher Sicherheitsauflagen angemeldet haben, verfügt das gemeindliche Bauamt gegen den Bauherrn einen Baustopp<sup>1779</sup>. Der Bauherr sieht sich gezwungen, dem Unternehmer die Weiterarbeit fürs Erste zu verbieten (Nichtbereitstellung des Baugrunds, Rz 408 ff.). Ist eine Auflage verletzt, deren Einhaltung nicht in die Werkleistungspflicht des Unternehmers fällt, und hätte der Bauherr diese Auflage bei gebotener Sorgfalt (er-)kennen und einhalten können und müssen, so trifft den Bauherrn ein Verschulden. Betrifft die Auflage freilich einen Aspekt der Werkausführung und hat der Unternehmer die Auflage gekannt bzw. hätte er sie kennen müssen, so trifft den Bauherrn kein Verschulden, ausser, der Bauherr hätte dem Unternehmer die Auflage ausnahmsweise anzeigen müssen oder er habe den Unternehmer falsch instruiert. Stellt sich heraus, dass die Befürchtungen der Nachbarn unbegründet und gar keine Auflagen verletzt sind, trifft den Bauherrn wiederum kein Vorwurf, sofern er nicht in unsorgfältiger Weise zum Anschein einer Auflagenverletzung beigetragen hat<sup>1780</sup>.

**Bsp. 2:** Der Bauherr hat sich gegenüber dem Unternehmer zur rechtzeitigen Lieferung des Baustoffs verpflichtet und soll die gewünschten Boden- und Wandplatten auswählen und beschaffen. Er bestellt die Platten bei seinem Lieferanten, doch erreichen die Platten den Bauherrn zu spät, weshalb auch er sich gegenüber dem Unternehmer verspätet. Hat der

<sup>1779</sup> Vgl. etwa § 69 I ZG-PBG, zit. in Fn 648: «Der Gemeinderat kann die Bauarbeiten einstellen, nachträgliche Bewilligungsverfahren oder die Beseitigung und Anpassung von Bauten und Anlagen anordnen, wenn a) für Bauarbeiten keine rechtskräftige Baubewilligung vorliegt; b) eine nachträgliche Baubewilligung von vornherein ausgeschlossen ist; c) Bauten und Anlagen im unfertigen Zustand verharren oder wegen mangelhaften Unterhalts die Sicherheit von Personen oder Sachen gefährden.»

<sup>1780</sup> A.M. offenbar DÖRING, IngKor-VOB/B, § 6 Abs. 6 N 19: Die Konstellation des Baustopps, der auf Bitte der Baubehörde zur Klärung eines Anwohneranspruchs ergehe, falle «in den von ihm [dem Bauherrn] zu vertretenden Risikobereich» und begründe damit ein Verschulden (m.V.a. BauR 1988, S. 487). Freilich ist das keine Bewertung einer wie auch immer gearteten *Vorwerfbarkeit*, sondern eine kausalhaftungsähnliche Risikozuordnung. Unter dem Gesichtspunkt des Verschuldens müsste vielmehr die Frage interessieren, ob dem Bauherrn der Baustopp in irgendeiner Weise vorzuwerfen ist.

Bauherr die Platten zu spät bestellt, handelte er mindestens fahrlässig. Hat der Bauherr zwar rechtzeitig bestellt, aber hätte er wissen müssen, dass der betreffende Lieferant kaum einmal rechtzeitig liefert, handelte er ebenfalls fahrlässig. Hat er die Platten dagegen auf Anraten seines Architekten bei einem renommierten Lieferanten bestellt, der sich in seiner jahrelangen Zusammenarbeit mit dem Architekten noch nie verspätet hat, so trifft den Bauherrn kein Vorwurf.

- 1326 4. Fälle des **Übernahmeverschuldens** umschreiben eine besondere Vorwerfbarkeit, die darin liegt, dass der Schuldner *a priori* nicht über die Fähigkeiten verfügt, die für die Erfüllung seiner Schuldpflicht erforderlich wären, und dass er bei Vertragsschluss um diesen Umstand wusste oder bei gebotener Sorgfalt hätte wissen müssen<sup>1781</sup>. Man spricht beim Übernahmeverschulden deshalb auch von einem dem Vertragsschluss – oder wenigstens der Vertragsverletzung – «vorgeschalteten» Verschulden<sup>1782</sup>. Auch in Bausachen obliegt es dem Bauherrn als Schuldner der Mitwirkungsleistung, seine Fähigkeiten und Kenntnisse selbstkritisch einzuschätzen. Dabei hat er sich nicht nur zu fragen, ob er rechtzeitig mitzuwirken vermag, sondern ob er überhaupt imstande ist, wie erforderlich mitzuwirken. Denn dem aufmerksamen Bauherrn muss klar sein, dass seine Unfähigkeit, richtig mitzuwirken, auch die Unfähigkeit impliziert, rechtzeitig mitzuwirken (vgl. Rz 1230). Muss er erkennen, dass er nicht über die nötigen Fähigkeiten verfügt, was in Bausachen bei komplexeren Mitwirkungsleistungen schnell einmal der Fall sein wird, so trifft ihn m.E. nicht ohne weiteres der Vorwurf des Übernahmeverschuldens. Es ist weiters zu fragen, ob er bei Vertragsschluss vernünftigerweise damit rechnen durfte, dass er die Mitwirkungsleistung mithilfe eines qualifizierten Dritten rechtzeitig erbringen können werde. Ein Übernahmeverschulden trifft den Bauherrn erst, wenn auch diese Frage zu verneinen ist. Denn es erscheint *per se* weder unvernünftig noch unsorgfältig, einen Bauwerkvertrag in der Gesinnung abzuschliessen, eine oder mehrere Mitwirkungsleistungen durch spezialisierte Dritte erbringen zu lassen. Allerdings bleibt es eine Frage des Einzelfalls, namentlich der *Natur der konkret streitigen Mitwirkungsleistung* und der *Umstände des Vertragsschlusses*, ob der

---

<sup>1781</sup> Vgl. FURRER/WEY, CHK-OR, Art. 99 N 13; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz 2995, 2996; HUGUENIN, Rz 899. Hiervon zu unterscheiden ist der Fall, da der Bauherr selber zwar nicht zur Mitwirkungsleistung imstande ist, jedoch einen Erfüllungsgehilfen mit der Mitwirkung betraut, dessen Fehlverhalten in der Folge den Unternehmer schädigt. Dazu Rz 1335 ff.

<sup>1782</sup> Vgl. FURRER/WEY, CHK-OR, Art. 99 N 13; KOLLER A., OR AT, Rz 47.26 ff.



Bauherr vernünftigerweise davon ausgehen durfte, die Mitwirkung aus eigener Kraft bzw. mithilfe von Dritten rechtzeitig erbringen zu können oder nicht.

Ein Übernahmeverschulden fällt im Übrigen ausser Betracht, wenn 1327 der Unternehmer bei Vertragsschluss erkannt hat oder hätte erkennen müssen, dass der unqualifizierte Bauherr beabsichtigt, die streitige Mitwirkungsleistung selbst zu erbringen<sup>1783</sup>.

**5. Das Mass der Sorgfalt** ist ein objektiviertes; massgeblich ist das hypothetische Verhalten eines durchschnittlich vernünftigen und ordentlichen Menschen unter den gegebenen Umständen<sup>1784</sup>. Weicht der Bauherr durch sein vertragswidriges Verhalten von diesem gleichsam fingierten, «idealen» Bauherrenverhalten ab, verhält er sich unsorgfältig, gleich ob es ihm in der konkreten Situation aufgrund seiner Kenntnisse und Fähigkeiten tatsächlich möglich gewesen wäre, sich demgemäss zu verhalten oder nicht<sup>1785</sup>. Je nach Vertragstyp und Vertragsinhalt konkretisiert sich der Sorgfaltsmassstab erstens durch Gesetzesvorschrift, zweitens durch Vertragsabrede und drittens durch das im betreffenden Verkehrs- oder Berufskreis Übliche<sup>1786</sup>. Das Gesetz stipuliert weder für das Werkvertragsrecht noch für das allgemeine Schuldrecht besondere Sorgfaltsregeln für den zur Mitwirkung verpflichteten Besteller bzw. Gläubiger. Differenzierungen anbieten sich dagegen mit Blick auf den *Vertragsinhalt* und das im betreffenden *Verkehrs- und Berufskreis Übliche*:

**a.** Massgeblich für die Bildung des relevanten Verkehrskreises sind der Vertragstypus, die Eigenart der geschuldeten Leistung und die beruflichen Fähigkeiten des Schuldners<sup>1787</sup>. «Bauherr» ist zwar kein Beruf, und es gibt auch 1329

<sup>1783</sup> In einem solchen Fall ist von der konkludenten Abrede auszugehen, dass der Schuldner (hier: der Bauherr) den Vertrag selbst dann nicht verletze, wenn er die Leistung nur gerade seinen nach Treu und Glauben zu erwartenden Fähigkeiten entsprechend erbringt. Je nach Auslegungsweise beschlägt diese Abrede mithin nicht den geschuldeten Sorgfaltsmassstab, sondern die Qualität der geschuldeten Leistung.

<sup>1784</sup> Vgl. GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz 2989; HUGUENIN, Rz 1978; SCHWENZER, Rz 22.15; WEBER, BK-OR, Art. 99 N 95.

<sup>1785</sup> Siehe GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz 2989–2992. Vor dem Vorwurf des Verschuldens rettet den Bauherrn dann nur noch eine allfällige Urteilsunfähigkeit (vgl. etwa WEBER, BK-OR, Art. 99 N 103, 105). Diesen Ausführungen liegt, wie gesagt, die Annahme zugrunde, dass er urteilsfähig ist.

<sup>1786</sup> WEBER, BK-OR, Art. 99 N 107, 115 f., 117. Siehe auch SCHWENZER, Rz 22.15.

<sup>1787</sup> WEBER, BK-OR, Art. 99 N 102.

keinen Markt, an welchem Mitwirkungsleistungen von Bauherren als selbstständige Produkte angeboten würden; es gibt insofern bei Mitwirkungsleistungen keine «marktübliche Sorgfalt»<sup>1788</sup>. Dennoch kann der Bauherr im einen Bauwerkvertrag einem niedrigeren, im anderen Bauwerkvertrag einem höheren Sorgfaltsmassstab unterworfen sein, je nachdem, in welcher Funktion der Bauherr auftritt und in welchem Verkehrskreis der Vertrag angesiedelt ist. Agiert der Bauherr beispielsweise in einer *professionellen «Doppelfunktion»*, indem er als General- oder Totalunternehmer seinerseits gegenüber einem Dritten als Unternehmer auftritt und dort geschuldete Leistungen an einen (Sub-)Unternehmer überträgt, so gilt für ihn im Verhältnis zu seinem (Sub-)Unternehmer objektiv ein höherer Sorgfaltsmassstab, als wenn der Bauherr als beruflich nicht mit Bausachen befasste Person (namentlich als *Einmalbauherr*<sup>1789</sup>) Bauleistungen nachfragt. Dasselbe gilt für den *professionellen Immobilieninvestor und -entwickler*, der zwar keine Doppelfunktion einnimmt, aber trotzdem beruflich auftritt und über einschlägige Kenntnisse und Fähigkeiten verfügt<sup>1790</sup>, die erhöhte Sorgfaltsanforderungen nach sich ziehen<sup>1791</sup>. Mit anderen Worten kann dem Bauherrn im einen Vertrag das Mitwirkungsversäumnis vorwerfbar sein, weil nach professionellen Standards die rechtzeitige Mitwirkung von ihm erwartet werden durfte, während ihm im anderen Vertrag dasselbe Mitwirkungsversäumnis nicht zum Vorwurf gereicht, weil der durchschnittliche Konsument unter den gegebenen Umständen den Mitwirkungsbedarf und/oder -zeitpunkt nicht oder nicht rechtzeitig hat erkennen können. Es kann und sollte insofern bei der bau-

---

<sup>1788</sup> Vgl. SCHWENZER, Rz 22.20: «Wer einen Vertrag abschliesst und für eine Vertragsleistung die marktübliche Gegenleistung erbringt, darf auch die marktübliche Sorgfalt erwarten.» Siehe auch WEBER, BK-OR, Art. 99 N 99.

<sup>1789</sup> STÖCKLI H., Gutachten, S. VI: «Besteller von Planer- und Bauleistungen, der dies nicht zu gewerblichen oder beruflichen Zwecken tut.» A.a.O., Rz 16: «Konsumentenbauherr».

<sup>1790</sup> Vgl. die «Interessengemeinschaft privater professioneller Bauherren» («IPB»). Seinen Zweck umschreibt der Verein u.a. wie folgt ([www.ipb-online.ch/ueber-uns](http://www.ipb-online.ch/ueber-uns)): «Er fördert [...] die Professionalisierung der Bauherrenfunktion und stärkt die Kompetenz der Mitglieder als Auftraggeber. Er pflegt unter seinen Mitgliedern einen intensiven Know-how- und Erfahrungsaustausch auf der Funktionsstufe Bauherr als Verantwortlicher von Immobilienprojekten, des gesamten Bauprozesses und des bautechnischen Gebäudeunterhalts.»

<sup>1791</sup> Vgl. FURRER/WEY, CHK-OR, Art. 99 N 22; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz 2993 m.w.N.; WEBER, BK-OR, Art. 99 N 99 f. m.w.N.

werkvertraglichen Mitwirkungspflicht nach Verträgen des *professionellen* (kaufmännischen) und des *privaten Geschäftsverkehrs* unterschieden werden.

**b.** *Andere beachtenswerte Umstände* der Vertragsverletzung sind etwa Zeit 1330 und Ort des Mitwirkungsversäumnisses, die Gefährlichkeit und die Schwierigkeit des Mitwirkungsverhaltens, ob eine Notstandssituation oder eine plötzlich auftretende Gefahr eintritt, oder «ablenkende Umstände wie grosses Gedränge oder Hektik» vorliegen<sup>1792</sup> usw. Gefährliche Tätigkeiten, unerwartete Schwierigkeiten und Gefahren sowie ablenkende Umstände sind Baustellen nicht fremd und mögen im Einzelfall das Versäumnis des Bauherrn entschuldigen. Ebenfalls in diesem Zusammenhang zu würdigen wird zudem sein, ob der Bauherr anhand des Vertragsinhalts und der übrigen Umstände vom Mitwirkungsbedarf wissen wusste und ob es der Unternehmer allenfalls versäumt hat, den Bauherrn adäquat zu informieren, sodass ihm gegebenenfalls ein Mitverschulden zur Last fällt (Rz 1493 ff.).

**c.** Eine verminderte Rolle spielen m.E. auf der Seite des Bauherrn (anders als 1331 für die Beurteilung der Sorgfalt des Unternehmers) die *anerkannten Regeln der Technik*<sup>1793</sup>, soweit sie nicht durch Abrede zum Massstab seiner Mitwirkung gemacht worden sind. Zum einen besteht für diese Regeln nur insoweit ein Anwendungsgebiet, als Mitwirkungsleistungen betroffen sind, für die es anerkannte Regeln der Technik *gibt*. Das wird nur bei solchen Mitwirkungsleistungen der Fall sein, die am Markt – notabene nicht *vom*, sondern vielmehr *für* den Bauherrn; vgl. Rz 1329 – kommerziell angeboten werden, so namentlich bei Planungs- und Koordinationsleistungen vonseiten professioneller Architekten, Ingenieuren und Bauleitern. Bei einfacheren Mitwirkungsleistungen wird es regelmässig an einschlägigen technischen Regeln fehlen. Auch dann aber, wenn für eine Mitwirkungsleistung technische Regeln beachtet werden *könnten*, tritt der Bauherr am Markt nicht als Anbieter einer Mitwirkungsleistung auf und ist in diesem Sinne mit Blick auf Mitwirkungsleistungen nicht Mitglied eines mit technischen Regeln vertrauten «Berufskreises», und zwar unabhängig davon, ob er in privater Sache oder kommerziell auftritt<sup>1794</sup>. Die Willenserklärung des Bauherrn zum Abschluss des

<sup>1792</sup> Siehe zu solchen und anderen Umständen WEBER, BK-OR, Art. 99 N 101.

<sup>1793</sup> Siehe dazu GAUCH, Werkvertrag, Rz 840 ff.; STÖCKLI H., BRT 2019, S. 1 ff.

<sup>1794</sup> Zu denken ist etwa an den gewerblich tätigen Totalunternehmer, der einem Subunternehmer Planungsleistungen oder Massnahmen der Arbeitssicherheit schuldet, die er von einem professionellen Dritten (einem Planer, einem Bauherrenberater usw.) besorgen lässt und für deren Durchführung es anerkannte Regeln der Technik gibt. Mag

Bauwerkvertrags darf der Unternehmer entsprechend nicht so verstehen, dass der Bauherr bei der Ausrichtung seiner Mitwirkungsleistungen auch einschlägige technische Regeln beachten werde. Versäumt also der Bauherr die Mitwirkung, indem oder weil er einschlägige, anerkannte Regeln der Baukunde ausser Acht lässt, indiziert dies allein sein Verschulden nicht.

**c. Vorsätzliches Mitwirkungsversäumnis**

1332 Vorsätzlich handelt der Bauherr, wenn er die Mitwirkung **mit Wissen und Willen** versäumt, sei es absichtlich, mit einfachem Vorsatz oder Eventualvorsatz<sup>1795</sup>. Dass der Bauherr die Mitwirkung in dem Sinne vorsätzlich versäumt, allein *damit* die Mitwirkung unterbleibt (sogenannte Absicht), dürfte kaum vorkommen. Häufiger wird der Bauherr eventualvorsätzlich handeln, indem er zwar Anlass zur Befürchtung hat, dass er zum geschuldeten Zeitpunkt nicht imstande sein *könnte* mitzuwirken, dieses Risiko jedoch durch sein weiteres Verhalten in Kauf nimmt.

1333 **Bsp.:** Der Bauherr übt gegenüber diversen Nebenunternehmern sein Beststellungsänderungsrecht aus, sodass die geschuldeten Teil-Werke inhaltlich modifiziert werden und/oder deren Herstellungszeiträume umgestellt werden. Der Bauleiter warnt den Bauherrn, dass es für den Unternehmer in Anbetracht der veränderten Baubedingungen schwierig werden könnte, seine Arbeit zum vereinbarten Zeitpunkt im vereinbarten Tempo auszuführen. Der Bauherr erwidert, der Unternehmer werde «schon irgendetwas zu tun finden» und müsse «sich halt einrichten». Erleidet anschließend der Unternehmer aufgrund der Ablaufänderungen eine Leistungsschwerung (Rz 763), kann vom Bauherrn gesagt werden, dass er diese durch sein Verhalten in Kauf genommen und mithin vorsätzlich verursacht hat.

---

auch der Totalunternehmer aufgrund seiner Funktion und seiner Kenntnisse höheren Sorgfaltsanforderungen unterliegen (Rz 1329), so tritt er ggü. dem Unternehmer gleichwohl nicht als Anbieter «professioneller Mitwirkungsleistungen» auf.

<sup>1795</sup> FELLMANN/KOTTMANN, Rz 559–562. Absicht liegt hiernach vor, wenn die Schädigung selbst Zweck der Handlung bildet. Beim einfachen Vorsatz sei die Schädigung zwar gewollt, aber nur Mittel zum Zweck. Beim Eventualvorsatz sei die Schädigung nicht gewollt, aber werde als Konsequenz des eigenen Handelns in Kauf genommen.

In der Literatur wird die Frage aufgeworfen, ob sich der Vorsatz rein subjektiv beurteilt, also ob die tadelnswerte innere Einstellung beim Schuldner effektiv vorgelegen haben muss<sup>1796</sup>, oder ob auch der Vorsatz nach einem objektiven Massstab, als «Abweichung vom Normalverhalten»<sup>1797</sup>, gemessen werden soll. Die Unterscheidung wird wenig praktische Relevanz haben, denn in Fällen, in denen Vorsatz in Betracht kommt, wird dem Bauherrn, selbst wenn er den Vorwurf des Vorsatzes auszuräumen vermag, noch mindestens Grobfahrlässigkeit zur Last fallen. Eine Reduktion des Schadenersatzbetrags allerdings kommt unter OR 43 I auch nach den grosszügigeren Auffassungen nur in Frage, wenn das Verhalten des Bauherrn sich mindestens im Graubereich zwischen grober und mittlerer Fahrlässigkeit bewegt<sup>1798</sup>.

#### d. Haftung für Hilfspersonen

**1. Für die Mitwirkung bedient sich der Bauherr regelmässig Dritter** (Rz 321 ff.). Oftmals ist es gar so, dass der Bauherr ohne professionelle Hilfe zur Erbringung einzelner Mitwirkungsleistungen gar nicht imstande wäre, so zum Beispiel bei der Konkretisierung des Bauwerks (Rz 431 ff.). Setzt der Bauherr im Verhältnis zum Unternehmer diese Dritten zum Zwecke der Mitwirkung ein, also um seine Mitwirkungspflicht zu erfüllen, sind die Dritten Hilfspersonen im Sinne von OR 101 I, genauer: **Erfüllungsgehilfen** (vgl. schon zum Ausübungsgehilfen: Rz 325 ff.)<sup>1799</sup>. Für das schädigende Verhalten seiner Erfüllungsgehilfen haftet der Bauherr nach OR 101 I.

**2. Die Voraussetzungen** der Hilfspersonenhaftung sind (i.) eine natürliche oder juristische Person, die (ii.) mit Einwilligung des Bauherrn (iii.) bei der Erfüllung einer Schuldspflicht mitwirkt, und die (iv.) «in Ausübung ihrer Verrichtungen» (OR 101 I) sowie (v.) adäquat kausal (vi.) dem Unternehmer

<sup>1796</sup> So GUHL/KOLLER A., § 24 Rz 39 und offenbar auch FURRER/WEY, CHK-OR, Art. 99 N 22.

<sup>1797</sup> WEBER, BK-OR, Art. 99 N 60.

<sup>1798</sup> KESSLER, BSK-OR, Art. 43 N 9 m.w.N. Haftungsreduktion demgegenüber erst ab mittlerem und leichterem Verschulden: MÜLLER, CHK-OR, Art. 43 N 8; WERRO, Responsabilité, Rz 1279 m.w.N.

<sup>1799</sup> Ist der Bauherr eine juristische Person und verletzt er seine Mitwirkungspflicht demgegenüber durch das Verhalten eines *Organs*, so haftet der Bauherr nicht für fremdes, sondern für eigenes Verhalten und mithin nicht gestützt auf OR 101 I, sondern auf OR 103 I (siehe KOLLER A., Diss., Rz 55 ff., 179).

einen Schaden verursacht, wobei (vii.) dem Bauherrn das Verhalten seiner Hilfsperson hypothetisch vorwerfbar sein muss<sup>1800</sup>.

- 1337 Die Voraussetzungen (i.), (ii.), (iv.), (v.) und (vi.) werden im Folgenden *nicht gesondert vertieft*. Ob sich der Bauherr einer natürlichen oder einer juristischen Person bedient, ist im vorliegenden Zusammenhang irrelevant. Dass der Bauherr den Erfüllungsgehilfen befugterweise beizieht, wird fürs Weitere vorausgesetzt, und ebenso, dass die Hilfsperson den Schaden «in Ausübung ihrer Verrichtung» verursacht, d.h. ein innerer Zusammenhang zwischen ihrer Tätigkeit als Hilfsperson und der Schädigung vorliegt<sup>1801</sup>. Ausgewählte Aspekte des Kausalzusammenhangs wurden bereits erörtert, sodass hierfür auf Rz 1312 ff. verwiesen werden kann, wobei im hier interessierenden Fall nur eben nicht am Verhalten des Bauherrn, sondern an demjenigen seines Erfüllungsgehilfen anzuknüpfen ist<sup>1802</sup>. Schliesslich wurde auch der Schaden bereits als wirtschaftliche Folge des Mitwirkungsversäumnisses (Rz 749 ff.) sowie als Haftungsvoraussetzung (Rz 1263 ff.) dargestellt.

- 1338 3. Eine Vertiefung verdient hingegen das Merkmal, dass die Hilfsperson vom Bauherrn in **Erfüllung einer Schuldpflicht** herbeigezogen wird, also ein Erfüllungsgehilfe (iii.) ist. Diese Feststellung steht in engem Zusammenhang mit der Frage, ob und inwiefern dem Bauherrn das Verhalten seines Erfüllungsgehilfen **hypothetisch vorwerfbar** ist (vii.):

---

<sup>1800</sup> Zu den Voraussetzungen der Hilfspersonenhaftung FURRER/WEY, CHK-OR, Art. 101 N 22 ff.; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz 3016–3050. Nicht vertieft werden an dieser Stelle Streitpunkte wie etwa die Frage, ob der Beizug der Hilfsperson befugterweise erfolgen muss oder nicht (dazu etwa KOLLER A., OR AT, Rz 54.108; WEBER, BK-OR, Art. 101 N 83 ff.).

<sup>1801</sup> KOLLER A., OR AT, Rz 54.113; WEBER, BK-OR, Art. 101 N 111. Anders SCHWENZER, Rz 23.09 m.V.a. BGE 92 II 15/18 E. 3, wonach unter dem funktionellen Zusammenhang zu verstehen sei, «dass die schädigende Handlung zugleich eine Nicht- oder Schlechterfüllung der Schuldpflicht des Geschäftsherrn aus seinem Vertrag mit der Geschädigten darstellt» (ebenso: FURRER/WEY, CHK-OR, Art. 101 N 27; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz 3034). Für KOLLER demgegenüber ist die Frage, wann die Hilfsperson «in Ausübung ihrer Verrichtungen» handelt, vielmehr «eine Wertungsfrage, ähnlich der Adäquanzfrage» (KOLLER A., OR AT, Rz 54.113).

<sup>1802</sup> Siehe zum selbstständigen Erfordernis der natürlichen und adäquaten Kausalität bei der Hilfspersonenhaftung KOLLER A., Diss., Rz 117 ff. Vgl. auch FURRER/WEY, CHK-OR, Art. 101 N 25; WEBER, BK-OR, Art. 101 N 109.

**a.** Bei der Mitwirkungsobliegenheit wurde gezeigt, dass beim Mitwirkungsversäumnis des *Ausübungsgehilfen* zwar eine Haftung des Gläubigers nicht ausgeschlossen ist, diese Haftung freilich nicht im Mitwirkungsversäumnis allein begründet liegen kann, weil beim Geschäftsherrn über die bloße Zurechnung von Drittverhalten keine Haftung begründet werden kann, wo der Geschäftsherr kein bestimmtes Verhalten schuldet (Zurechnungsnorm, keine Haftungsnorm; siehe Rz 326)<sup>1803</sup>. Im hier unterstellten Fall aber schuldet der Bauherr dem Unternehmer die rechtzeitige Mitwirkung im Sinne einer *Rechtspflicht*. Dadurch gereicht das Versäumnis des Erfüllungsgehilfen, der mit der Mitwirkung betraut ist, dem Bauherrn zum Verschulden, soweit nicht ausnahmsweise gesagt werden kann, dem Bauherrn wäre dasselbe Verhalten nicht vorwerfbar gewesen, hätte er anstelle der Hilfsperson gehandelt. Diese hypothetische Vorwerfbarkeit<sup>1804</sup> führt bei gegebenen übrigen Voraussetzungen zur Haftung des Bauherrn aus OR 101 I.

**b.** Der Bauherr kann sich nach der Konzeption der hypothetischen Vorwerfbarkeit von der Haftung befreien, indem er aufzeigt, dass ihn am Mitwirkungsversäumnis kein Verschulden getroffen hätte, hätte er gleich gehandelt wie sein Erfüllungsgehilfe. Dieser Exkulpationsbeweis hat für den Bauherrn typischerweise dann Aussicht auf Erfolg, wenn der Unternehmer vom Erfüllungsgehilfen mit Blick auf die rechtzeitige Mitwirkung eine höhere Sorgfalt erwarten darf als vom Bauherrn<sup>1805</sup>, namentlich weil der Erfüllungsgehilfe sachkundiger ist als der Bauherr. Kommt der Unternehmer zu Schaden, weil der Erfüllungsgehilfe von seinem «Kompetenzüberschuss» schuldhaft keinen Gebrauch macht, schuldet aber der Bauherr dem Unternehmer ein diesem «Kompetenzüberschuss» entsprechendes Verhalten gar nicht, haftet der Bauherr nicht nach OR 101 I<sup>1806</sup>. Eine solche Exkulpation dürfte aber zumindest beim Versäumnis *einfacher Mitwirkungsleistungen*, deren rechtzeitige Erbringung keine besonderen Kenntnisse und Fähigkeiten voraussetzen, reine

<sup>1803</sup> Wohl auch deshalb kritisch hinsichtlich der Bezeichnung der Hilfspersonenhaftung als Kausalhaftung WIEGAND, BSK-OR, Art. 101 N 2, 11. Anders GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz 3004 f. («Kausalhaftung»).

<sup>1804</sup> Dazu bspw. FURRER/WEY, CHK-OR, Art. 101 N 30 f.; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz 3039; KOLLER A., OR AT, Rz 54.110 ff.; WEBER, BK-OR, Art. 101 N 133 ff.

<sup>1805</sup> Vgl. HUGUENIN, Rz 1009. Siehe auch GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz 3042–3045.

<sup>1806</sup> Vgl. FURRER/WEY, CHK-OR, Art. 101 N 31 mit dem Bsp. des herzkranken Patienten, dessen Krankheit zwar der Stellvertreter des Hausarztes als Herzspezialist hätte erkennen müssen, nicht aber der Hausarzt, hätte er persönlich behandelt; die Sorgfaltswidrigkeit des Herzspezialisten muss sich der Hausarzt nicht vorwerfen lassen.

Theorie bleiben, selbst wenn der Bauherr sachkundigere Hilfspersonen einsetzt; dort nämlich wird er sich kaum einmal auf den Standpunkt stellen können, das Versäumnis wäre ihm selbst aufgrund seiner vergleichsweise minderen Kenntnisse nicht vorwerfbar gewesen.

1341 c. Mehr Luft für einen Exkulpationsbeweis besteht dem Grundsatz nach bei *komplexeren Mitwirkungsleistungen*, deren rechtzeitige Erbringung – die regelmässig eine inhaltliche Mindestqualität voraussetzt – besondere Fachkenntnisse benötigt. Zu denken ist an die gestalterische und technische Planung des Bauwerks (Konkretisierung, Rz 431 ff.) oder an die Leitung und Koordination der Werkausführung (Rz 444 ff.). Allerdings: Für die höhere Sachkunde seiner Erfüllungsgehilfen haftet der Schuldner dennoch, wenn sich aus dem Rechtsverhältnis (auch konkludent) ergibt, *dass der Schuldner, wo nötig, die erforderlichen Fachkräfte beiziehen werde*<sup>1807</sup>. Dieser Durchbruch beruht methodisch, soweit ersichtlich, auf Vertragsauslegung, d.h.: Darf der Unternehmer den Vertrag nach Treu und Glauben so verstehen, dass der Bauherr für gewisse Mitwirkungsleistungen Fachhilfe beiziehen wird, haftet der Bauherr für Versäumnisse dieser qualifizierten Hilfspersonen, auch wenn ihm selbst das betreffende Versäumnis nicht zum Vorwurf gereichen würde.

1342 Damit verbleibt im Ergebnis auch bei komplexeren Mitwirkungsleistungen kaum Platz für eine Exkulpation. Denn gerade dann muss der Unternehmer vom durchschnittlichen (gar auch professionellen; Rz 1329) Bauherrn nie annehmen, dass er die Mitwirkungsleistungen aus eigener Kraft richtig – und mithin auch rechtzeitig – erbringen kann und wird. Bedient sich also der Bauherr für komplexere Mitwirkungsleistungen qualifizierter Fachleute, gilt auch mit Blick auf deren Mitwirkungsversäumnisse die mehrfach bestätigte Feststellung des Bundesgerichts: «Bestimmt der Bauherr für die Vertragsabwicklung, die besondere Sachkunde erfordert, einen sachkundigen Vertreter als Hilfsperson, so schuldet er [...] diejenige Sorgfalt, welche diese

---

<sup>1807</sup> WEBER, BK-OR, Art. 101 N 141 f. m.w.N. Für das Bauwerkvertragsrecht insbesondere GAUCH, Werkvertrag, Rz 1923. Solches Vertrauen begründet der Bauherr nach Auffassung des Bundesgerichts regelmässig (BGE 130 III 591/605 f. E. 5.5.4). Gemäss GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz 3048 sei die Vorstellung, dass der Geschäftsherr alle Erfüllungshandlungen selbst vornehmen könnte, v.a. dann «blutleer», wenn die Leistung von einer juristischen Person versprochen oder nur im Rahmen einer komplexen Organisation zu erbringen sei. Relevant könne hier nur jener Sorgfaltsmassstab sein, den der Gläubiger «nach dem Vertrauensprinzip für jede einzelne Teilverrichtung als versprochen ansehen darf».



zu leisten im Stande ist.»<sup>1808</sup> Der Bauherr hat sich diesfalls den Sachverstand der Hilfsperson anrechnen zu lassen, d.h. das Mitwirkungsversäumnis seiner Hilfsperson ist ihm zurechenbar, selbst wenn die Einhaltung des geschuldeten Mitwirkungszeitpunkts besondere Qualifikationen erfordert, über die er selbst nicht verfügt.

4. Bei grösseren und/oder komplexen Bauvorhaben werden häufig mehrere 1343 Akteure unterschiedlicher Funktionen bei der Werkausführung tätig, die aus Sicht des Unternehmers der «Sphäre» des Bauherrn angehören, weil nur der Bauherr mit diesen Personen in vertraglicher Verbindung steht, nicht aber der Unternehmer. Typischerweise sind das **Architekten, Bauingenieure, Bauleitungsbeauftragte, Lieferanten und Nebenunternehmer**. Ob allerdings diese Dritten im Verhältnis zum Unternehmer Erfüllungsgehilfen des Bauherrn sind, entscheidet sich im konkreten Einzelfall an der Art und Weise, wie sie vom Bauherrn eingesetzt werden.

a. Massgeblich ist zunächst, ob der Dritte mit Wissen und Wollen des Bauherrn für die Erfüllung einer Schuldspflicht beigezogen wird<sup>1809</sup>, was im Folgenden vorausgesetzt wird. Entscheidend ist anschliessend, ob der Bauherr den Dritten lediglich vorbereitungs- und beratungshalber, sozusagen rein «intern» bezieht, um sich selbst in den Stand zu versetzen, wie geschuldet mitzuwirken, oder ob der Bauherr vielmehr *die von ihm geschuldeten Mitwirkungsverhalten durch den Dritten wahrnehmen lässt*<sup>1810</sup>. Nur in letzterem Fall tritt der Dritte in der Funktion eines Erfüllungsgehilfen auf. 1344

b. In Bauvertragssachen hat das Bundesgericht zudem präzisiert, dass eine 1345 von mehreren am Bauprojekt beteiligten Fachpersonen, «die grundsätzlich die gleiche Art von Aufgaben, jedoch in verschiedenen Tätigkeitsbereichen erfüllen», nur dann als Hilfsperson des Bauherrn angesehen werden könne, wenn der Bauherr dieser Person *im Verhältnis zu den anderen von ihm Be-*

<sup>1808</sup> BGE 130 III 591/605 E. 5.5.4 m.w.N. Siehe auch GAUCH, Werkvertrag, Rz 1923 m.w.N.; KRAUSKOPF, Planerverträge § 17, Rz 17.92.

<sup>1809</sup> KOLLER A., OR AT, Rz 54.90; SCHWENZER, Rz 23.04. Unerwähnt bleiben hier die übrigen in Rz 1336 aufgeführten Voraussetzungen der Hilfspersonenhaftung, weil es vorliegend nur darum geht, den Kreis der Bauherrengehilfen i.S.v. OR 101 I zu umreissen.

<sup>1810</sup> Vgl. KRAUSKOPF, Planerverträge § 17, Rz 17.90 («soweit der Bauherr [...] gegenüber dem Unternehmer durch seinen Planer wahrnimmt»). Siehe auch KOLLER A., OR AT, Rz 54.93. Erforderlich ist zudem, dass der Erfüllungsgehilfe *tatsächlich in dieser Funktion tätig wird* (WEBER, BK-OR, Art. 101 N 90).

*auftragten eine Vorrangstellung einräume*, namentlich indem er sie mit dem Recht ausstattet, Anweisungen zu erteilen<sup>1811</sup>. Sei demgegenüber «jede der Fachpersonen bloss damit beauftragt [...], die Arbeiten in ihrem eigenen fachspezifischen Bereich zu führen», falle sie als Hilfsperson des Bauherrn ausser Betracht<sup>1812</sup>. Folgte man dieser Rechtsprechung freilich auch im Zusammenhang mit der Pflicht des Bauherrn, rechtzeitig mitzuwirken, bewirkte das in verschiedener Hinsicht eine Haftungsbefreiung des Bauherrn, wo m.E. keine am Platz ist. Darauf wird im Folgenden zurückzukommen sein.

1346 **5.** Soweit der Bauherr verpflichtet ist, das Bauwerk rechtzeitig zu konkretisieren (Rz 431 ff.) und zu koordinieren (Rz 444 ff.), wird er für die hierzu nötigen Arbeiten Bauleitungsbeauftragte, Architekten und Bauingenieure, kurz: **Planer**<sup>1813</sup> beauftragen. Die äussere Gestaltung des Bauwerks wird dabei Sache der Aussen-, Innen- und Landschaftsarchitekten sein, die technische Gestaltung Sache der Bauingenieure. Zum Pflichtenheft der Bauleitung gehört im Wesentlichen, dafür zu sorgen, dass die Baubeteiligten ihre Arbeiten auf der Baustelle in der richtigen Reihenfolge, plan- und termingemäss sowie fachlich korrekt ausführen<sup>1814</sup>.

1347 **a.** Bei allen Planungs- und Bauleitungsaufgaben lässt sich zwischen den zum Mitwirkungserfolg führenden, «externen» Erfüllungshandlungen des Bauherrn einerseits und bloss «internen» Vorbereitungsarbeiten unterscheiden. Versorgen die Planer den Bauherrn lediglich mit ihren jeweiligen Produkten, die er für die Mitwirkungsleistung benötigt (beispielsweise Ausführungsunterlagen, Projektablauf- und Zeitpläne, Überwachungsinstrumente, Beratung usw.), erbringen sie Vorbereitungsarbeiten im Innenverhältnis. Das eigentliche Mitwirkungsverhalten bleibt so Sache des Bauherrn. Erzielen sie demgegenüber *im Verhältnis zum Unternehmer «eigenhändig» Erfolge*, die vom Bauherrn als *Mitwirkungserfolge* geschuldet sind, zum Beispiel indem sie ihre Produkte selber an den Unternehmer ausliefern oder den Unternehmer anweisen, so werden sie vom Bauherrn in die Erfüllung der Mitwirkungspflicht eingeschaltet. Indem sie eine vom Bauherrn gegenüber dem Unternehmer geschuldete Mitwirkungs- und Erfüllungshandlung wahr- und übernehmen, werden sie zu Erfüllungsgehilfen, selbst wenn sie schliesslich aus

---

<sup>1811</sup> BGE 130 III 591/603 E. 5.5.1. m.w.N.

<sup>1812</sup> BGE 130 III 591/603 E. 5.5.1. m.w.N.

<sup>1813</sup> In diesem weiten Sinne bei GAUCH/MIDDENDORF, Planerverträge § 1, Rz 1.2.

<sup>1814</sup> Vgl. LOCHER, Planerverträge § 10, Rz 10.6; vgl. die Leistungsbilder der SIA-Ordnungen 102, 103 und 108.

Sicht des Unternehmers nur gerade noch als «Boten» ihrer jeweiligen Produkte in Erscheinung treten. Verspäten sich die Planer also beispielsweise mit der Auslieferung von Ausführungsplänen an den Unternehmer, haftet der Bauherr nach OR 101 I<sup>1815</sup>.

b. Setzt man stattdessen mit dem Bundesgericht voraus, dass der Bauherr dem säumigen Planer eine wie auch immer geartete *Vorrangstellung* gegenüber dem Unternehmer eingeräumt haben muss (Rz 1345)<sup>1816</sup>, so führte die fehlende Vorrangstellung eines mit der Mitwirkung säumigen Planers dazu, dass gegenüber dem Unternehmer niemand für das Mitwirkungsversäumnis einzustehen hätte: Der Planer nicht, weil der Unternehmer gegen ihn keine Anspruchsgrundlage in der Hand hält. Der Bauherr nicht, weil ihn kein persönliches Verschulden trifft, vorausgesetzt, dass er den säumigen Planer korrekt instruiert hat. Dasselbe Problem würde ausserdem im Zusammenhang mit Bauherrenberatern auftauchen, die dem Unternehmer Entscheidungen des Bauherrn verspätet übermitteln. Das Kriterium der Vorrangstellung zeitigt insofern im hier interessierenden Zusammenhang unbefriedigende Resultate und ist mit Blick auf «mitwirkende» Planer zu verwerfen. Keine Schwierigkeiten würde das Kriterium im Fall bereiten, da eine vom Bauherrn mandatierte Bauleitung sich mit Mitwirkungsleistungen verspätet, weil sie regelmässig mit einer weitgehenden Weisungsbefugnis gegenüber allen Baubeteiligten ausgestattet ist.

6. Auf Dritte ist der Bauherr sodann angewiesen, wenn er sich zur Lieferung des Baustoffs verpflichtet hat (OR 365 I; dort freilich nicht als den Besteller verpflichtende Norm ausgestaltet – Rz 557), oder zur Bereitstellung von bestimmten Werkzeugen, Spezialgeräten oder anderen Hilfsmitteln. Diese Sachen wird er kaum je aus eigener Kraft beschaffen und liefern können, sondern **Lieferanten** mit dieser Aufgabe betrauen.

<sup>1815</sup> Soweit das Versäumnis allerdings auf einen Sorgfaltsmangel zurückgeht, der im *Verhalten des Bauherrn selbst* begründet liegt (vgl. das Bsp. in Rz 1325), so ist der Rückgriff auf die Hilfspersonenhaftung unnötig; den Bauherrn trifft dann ein persönliches Verschulden.

<sup>1816</sup> Ob auch der Bauunternehmer und der Planer im Sinne von BGE 130 III 591/603 E. 5.5.1. mehrere am Bauprojekt beteiligte Fachpersonen sind, «die grundsätzlich die gleiche Art von Aufgaben, jedoch in verschiedenen Tätigkeitsbereichen erfüllen», ist nach dem Wortlaut der Erwägung jedenfalls nicht auszuschliessen.

- 1350 **a.** Auch hier lassen sich beim Bauherrn interne Vorbereitungsarbeiten von Erfüllungshandlungen unterscheiden. Beschafft ein Lieferant dem Bauherrn die geschuldeten Sachen, sodass dieser in den Stand versetzt wird, sie dem Unternehmer auszuliefern, handelt der Lieferant im Innenverhältnis. Liefert er demgegenüber *die geschuldeten Sachen an den Unternehmer aus* (meistens: auf die Baustelle), bewirkt er damit den vom Bauherrn geschuldeten Mitwirkungserfolg, nämlich die Besitzverschaffung an den geschuldeten Sachen (Rz 88). Der Fall unterscheidet sich von demjenigen, in dem die Lieferung des Baustoffs Sache des Unternehmers ist und er damit einen Lieferanten beauftragt: Die Beschaffung und Anlieferung von Baustoff obliegt dem Unternehmer in dem Sinne, dass er für die gehörige Erfüllung seiner *Herstellungspflicht* auf den Baustoff angewiesen ist. Beauftragt er mit der Beschaffung und/oder Anlieferung einen Lieferanten, lässt er diesen keine Erfüllungshandlungen vornehmen, die er selbst dem Bauherrn schuldet<sup>1817</sup>. Bei der hier unterstellten Mitwirkungspflicht des Bauherrn aber *schuldet* dieser dem Unternehmer die *rechtzeitige Lieferung* des Baustoffs. Beauftragt er damit einen Lieferanten, unterscheidet sich die Stellung des letzteren nicht vom Hersteller, dessen sich der Verkäufer bedient, um den Käufer zu beliefern, oder vom Vermieter, dessen sich der Mieter bedient, um seinem Untermieter die Mietsache bereitzustellen<sup>1818</sup>. Verspätet sich also der Lieferant des Bauherrn mit der Auslieferung der geschuldeten Sachen an den Unternehmer, hat der Bauherr hierfür nach OR 101 I einzustehen<sup>1819</sup>.
- 1351 **b.** Das vom Bundesgericht entwickelte Kriterium der *Vorrangstellung* (Rz 1345) muss in diesem Zusammenhang nicht behandelt werden, weil Lieferanten des Bauherrn wohl nicht als mit dem Bauprojekt befasste «Fachpersonen» qualifizieren, «die grundsätzlich die gleiche Art von Aufgaben, jedoch in verschiedenen Tätigkeitsbereichen erfüllen». Sollten aber Lieferanten in den Kreis dieser Fachpersonen fallen, führte die zitierte Rechtsprechung auch hier zu inakzeptablen Resultaten, weil die Lieferanten des Bauherrn in der Regel keine Vorrangstellung gegenüber anderen Baubeteiligten geniessen. Sie sind deshalb mit oder ohne Vorrangstellung als Hilfspersonen des Bauherrn zu qualifizieren (vgl. schon Rz 1348).

---

<sup>1817</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rz 140–141a. Siehe auch REETZ, Komm-SIA-118, Art. 96 N 11: Grundsätzlich kein Entstehenmüssen des Unternehmers für seinen Lieferanten, weil letzterer keine Hilfsperson ist, wohl aber, wenn den Unternehmer selbst ein Verschulden an der Spätlieferung trifft (z.B. durch verspätete Bestellung).

<sup>1818</sup> Vgl. die Bsp. bei SCHWENZER, Rz 23.04, 23.08.

<sup>1819</sup> Die Einschränkung in Fn 1815 gilt hier gleichermaßen.

7. Ein **Nebenunternehmer** ist ein Unternehmer, der sich gegenüber dem Bauherrn zur Herstellung und Ablieferung eines Teil-Werks verpflichtet hat, das Bestandteil eines grösseren, einheitlichen Werks bildet<sup>1820</sup> (Rz 382). Entsprechend stellt sich die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen dieser Typus von Baubeteiligten gegenüber dem Unternehmer als Erfüllungsgehilfe des Bauherrn auftritt.

a. Soweit der Unternehmer bei der Erfüllung *in keiner Weise* vom Teil-Werk eines Nebenunternehmers *abhängt*, wird sich die Spät- oder Schlechterfüllung von Nebenunternehmern nicht auf den Bauablauf des Unternehmers auswirken; die Frage, ob ein Nebenunternehmer im Verhältnis zum Unternehmer ein Erfüllungsgehilfe des Bauherrn ist oder nicht, wird sich nicht stellen.

b. Hängt allerdings für den Unternehmer die Erfüllung der Werkleistungspflicht in irgendeiner Weise – namentlich in zeitlicher Hinsicht – von Erfüllungshandlungen eines Nebenunternehmers ab, stellt sich diese Frage durchaus. *Verneint* wird sie etwa für den Fall, da der Nebenunternehmer keine Leitungsfunktionen ausübt und er das Werk des Unternehmers noch vor seiner Ablieferung verschlechtert, es sei denn, der Nebenunternehmer habe dabei auf Veranlassung des Bauherrn agiert<sup>1821</sup>. Auch der Vorunternehmer, dessen mangelhaftes Vorunternehmerwerk dazu führt, dass das Werk des Nachunternehmers mangelhaft wird, ist keine Hilfsperson des Bauherrn<sup>1822</sup>.

c. Stattet der Bauherr einen Nebenunternehmer nicht mit besonderen Befugnissen oder Aufgaben aus<sup>1823</sup>, wird es m.E. *kaum vorkommen*, dass ein Nebenunternehmer im Verhältnis zum Unternehmer als *Mitwirkungs-Erfüllungsgehilfe* eingesetzt ist. Die einzige Mitwirkungsleistung, mit welcher ein Nebenunternehmer auf gleichsam «natürliche» Weise in Berührung gerät, ist

<sup>1820</sup> Vgl. GAUCH, Werkvertrag, Rz 218 f.

<sup>1821</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rz 1922. Einschränkung BÜHLER, ZK-OR, Art. 369 N 15, wonach ein Nebenunternehmer zumindest dann nicht Hilfsperson des Bauherrn sein könne, wenn der Unternehmer *nicht* Nachunternehmer dieses Nebenunternehmers (Vorunternehmers) sei. *E contrario* käme hiernach der Nebenunternehmer als Hilfsperson des Bauherrn in Betracht, wenn der Nebenunternehmer ein Vorunternehmer des Unternehmers ist.

<sup>1822</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rz 2038 (keine Haftung des Bestellers ggü. dem Unternehmer aus Hilfspersonenhaftung, immerhin aber Haftungsbefreiung beim Unternehmer).

<sup>1823</sup> Bsp.: Der Nebenunternehmer wird damit betraut, dem Unternehmer einen Schlüssel oder einen Zutritts-Code zu überreichen.

die Bereitstellung des Baugrunds bzw. des darauf befindlichen oder in Entstehung begriffenen und für den Unternehmer erfüllungsrelevanten Nebenunternehmerwerks<sup>1824</sup>. Auch im Zusammenhang mit dieser Bereitstellungspflicht freilich erfüllt der Nebenunternehmer keine Mitwirkungspflichten des Bauherrn, weil der Bauherr dem Unternehmer nicht die Herrichtung des Baugrunds bzw. die Herstellung des Nebenunternehmerwerks schuldet. Er schuldet dem Unternehmer lediglich dessen rechtzeitige Bereitstellung<sup>1825</sup>, hierfür aber setzt er den Nebenunternehmer nicht ein. Soweit es überdies um die Mitwirkungspflicht des Bauherrn geht, den Unternehmer auf dem Baugrund bzw. am Nebenunternehmerwerk zu dulden, so lässt sich hierfür der Nebenunternehmer gar nicht einsetzen, weil zur Erfüllung von Duldungs- und Unterlassungspflichten keine Erfüllungsgehilfenschaft denkbar ist<sup>1826</sup>. Die Erfüllungsgehilfenschaft des Nebenunternehmers wird vor diesem Hintergrund regelmässig zu verneinen sein (ausser wenn – und nur hier scheint die bundesgerichtliche Prämisse zu passen – dem Nebenunternehmer gegenüber dem Unternehmer eine wie auch immer geartete Vorrangstellung verliehen ist<sup>1827</sup>). Schlägt die Verspätung eines Nebenunternehmers derart auf den Unternehmer durch, dass die Erfüllung des letzteren erschwert oder verhindert wird, fehlt es deshalb regelmässig am (auch hypothetischen) Ver-

---

<sup>1824</sup> Die Aussage wird nicht auf das Verhältnis Vor-/Nachunternehmer eingeschränkt, weil bei Bauwerken häufig parallel gearbeitet werden muss (paralleler Koordinationsbedarf: Rz 523), sodass die Mitwirkungsleistung des Bauherrn (auch) darin besteht, den parallel koordinierten Nebenunternehmern gegenseitig ihre jeweiligen, unvollendeten Teil-Werke zur Verfügung zu stellen.

<sup>1825</sup> Zumindest im Kontext der SIA-Norm 118 scheint REETZ davon auszugehen, dass der Bauherr keine Mitwirkungsobliegenheit (bzw. -pflicht) verletzt, wenn «der Nebenunternehmer aus einem bei diesem selbst liegenden Grund säumig ist» (Komm-SIA-118, Art. 96 N 12.1). Dem kann hier nicht gefolgt werden: Der Obliegenheits- bzw. Pflichtwidrigkeitstatbestand wird im Verzug dadurch begründet, dass die geschuldete Leistung zum geschuldeten Zeitpunkt ausbleibt (Rz 168). Der Bauherr verhält sich immer obliegenheits- bzw. pflichtwidrig, wenn er dem Unternehmer aufgrund der Säumnis des Nebenunternehmers den Baugrund bzw. das Nebenunternehmerwerk nicht rechtzeitig zur Verfügung stellt (dazu Rz 408 ff.). Eine andere Frage ist, ob den Bauherrn an der Obliegenheits- bzw. Pflichtverletzung ein Verschulden trifft.

<sup>1826</sup> Siehe KOLLER A., Diss., Rz 186 ff.

<sup>1827</sup> BGE 130 III 591/603 E. 5.5.1; siehe schon Rz 1345. Dies zumindest, wenn man annimmt, dass auch Nebenunternehmer unter die «Fachpersonen» fallen, «die grundsätzlich die gleiche Art von Aufgaben, jedoch in verschiedenen Tätigkeitsbereichen erfüllen».

schulden des Bauherrn<sup>1828</sup>, soweit er nicht selbst zur Verspätung des Nebenunternehmers beigetragen hat, etwa durch eine Fehl- oder Späthinstruktion desselben oder durch einseitige Beststellungsänderungen.

#### e. Haftungsfreizeichnung

1. Nach **OR 100 I** bleibt es den Parteien versperert, ihre Haftung für vorsätzliche oder grobfahrlässige Vertragsverletzungen «zum voraus» (OR 100 I) rechtsgeschäftlich auszuschliessen. Eine solche Freizeichnung können die Parteien nur nachträglich, also nach Eintritt des Schadens vereinbaren<sup>1829</sup>. Demgegenüber können sich die Parteien nach OR 100 I durchaus «zum voraus» darauf einigen, dass sie für leichtfahrlässig verursachte Vertragsverletzungen nicht haften. Folglich steht es den Parteien des Bauwerkvertrags frei, die Haftung des Bauherrn für leichtfahrlässige Mitwirkungsversäumnisse auszuschliessen. Ein Ausschluss, der nach dem Gesagten (Rz 1321 ff.) für den Unternehmer schwerwiegende Folgen haben kann, weil Mitwirkungsversäumnisse in der Praxis häufig auf kleinere Nachlässigkeiten, Vergesslichkeiten und Überlegungsfehler bauherrenseits zurückgehen dürften, die nicht als grobfahrlässig qualifizieren. Auch beim Ausschluss für leichte Fahrlässigkeit freilich sind ungeschriebene Haftungsgrenzen zu beachten<sup>1830</sup>. Namentlich für Personenschäden ist ein Haftungsausschluss nach herrschender Lehre gänzlich unzulässig<sup>1831</sup>, wenn auch solche Schäden kaum je als Folge von Mitwirkungsversäumnissen eintreten dürften (Rz 842; wohl aber als Folge der Verletzung von Treuepflichten, vgl. Rz 704 ff.).

2. Nach **OR 101 II** können die Parteien ihre Haftung für solche Schäden zum Voraus beschränken oder aufheben, die ihre **Hilfspersonen** in Ausübung ihrer Verrichtungen (OR 101 I) verursachen (dazu Rz 1335 ff.). Im Gegensatz zur Haftungsfreizeichnung für eigenes Verschulden (OR 100 I) richtet

<sup>1828</sup> Das fehlende Verschulden bzw. die Nichtzurechnung führt dazu, dass dem Unternehmer kein Schadenersatzanspruch erwächst, verhindert aber nicht, dass der Bauherr durch die Verspätung in Schuldner- und Gläubigerverzug gerät.

<sup>1829</sup> WIEGAND, BSK-OR, Art. 100 N 2 (der freilich auch vom «Eintritt des schädigenden Ereignisses» spricht); WEBER, BK-OR, Art. 100 N 6 m.w.N.

<sup>1830</sup> Vgl. SCHWENZER, Rz 24.03–24.14; WEBER, BK-OR, Art. 100 N 134 ff. m.w.N.

<sup>1831</sup> BUOL, Diss., Rz 336 m.w.N.; SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, Rz 1927 m.w.N.; SCHWENZER, Rz 24.14 m.w.N. Relativierend: DENZLER/HOCHSTRASSER, Planerverträge § 9, Rz 9.179.

sich diese Freizeichnung gegen die Zurechnung von fremdem Verhalten<sup>1832</sup>. Nach dem klaren Gesetzeswortlaut ist der Ausschluss der Hilfspersonenhaftung zudem nicht nur für solches Hilfspersonenverhalten zulässig, das der Geschäftsherr als leichtes Verschulden zu vertreten hätte, sondern (was oft kritisiert wird<sup>1833</sup>) auch für solches, das ihm als Vorsatz oder Grobfahrlässigkeit zugerechnet würde<sup>1834</sup>. Greift im Bauwerkvertrag ein solcher Haftungsausschluss zugunsten des Bauherrn, haftet der Bauherr also nicht einmal dann für das Mitwirkungsversäumnis seines Erfüllungsgehilfen, wenn ihm dieses als grobfahrlässig oder vorsätzlich zur Last fallen würde, hätte er es selbst begangen.

1358 **3.** Soweit die Mitwirkungspflicht des Bauherrn nicht aus einer Parteiabrede hervorgeht, sondern aus **richterlicher Vertragsergänzung**, stellt sich gegebenenfalls die Frage, wie die ergänzte Mitwirkungspflicht zu einer vertraglichen Freizeichnungsabrede steht. Ob die Freizeichnung sich in diesem Fall (auch) auf die Mitwirkungspflicht des Bauherrn erstreckt, wird im Einzelfall zu beurteilen sein. Vorausgesetzt ist hierfür mindestens, dass die Freizeichnung nicht nur für Leistungen des Unternehmers, sondern auf für Leistungen des Bauherrn gilt, und dass sie ihrem Anwendungsbereich nach allgemein genug gehalten ist, dass beim Bauherrn auch die Mitwirkungspflicht davon erfasst sein könnte. Ebenfalls zu klären wird die Frage sein, ob der Umstand, dass die Parteien die Freizeichnung zu einem Zeitpunkt vereinbart haben, da der Vertrag noch keine Mitwirkungspflicht enthielt, gegen eine Freizeichnung spricht oder nicht. Im Übrigen ist auf die Überlegungen in Rz 1360 f. zu verweisen.

1359 Enthält der Vertrag dagegen eine Bestimmung, die sich *spezifisch auf die Haftungsbefreiung des Bauherrn bei Mitwirkungsversäumnissen* richtet, ist zunächst zu prüfen, ob es sich dabei nicht um einen eigentlichen *Verpflichtungsausschluss* zugunsten des Bauherrn handelt<sup>1835</sup>. In diesem Fall würde eine Mitwirkungspflicht nicht zum Vertragsinhalt passen, sodass es nicht zur richterlichen Ergänzung des Vertrags mit einer solchen kommen dürfte.

---

<sup>1832</sup> Vgl. WEBER, BK-OR, Art. 100 N 51 (der dort von einer Haftung für «fremdes Verschulden» spricht).

<sup>1833</sup> Siehe WEBER, BK-OR, Art. 100 N 7, Art. 101 N 163 m.w.V.

<sup>1834</sup> WEBER, BK-OR, Art. 101 N 163.

<sup>1835</sup> Vgl. WEBER, BK-OR, Art. 101 N 73 f.



4. Auch eine Haftungsfreizeichnung, die im Vertrag neben einer **vereinbarten Mitwirkungspflicht** steht, wird Auslegungsfragen aufwerfen. So fragt sich, ob eine maximale Freizeichnungsklausel für eigenes Verhalten (im Sinne von OR 100 I) vom Unternehmer so verstanden werden muss, dass der Bauherr auch für das Verhalten seiner Hilfspersonen im maximal zulässigen Umfang nicht haften wolle<sup>1836</sup>. Im umgekehrten Fall jedenfalls, wo lediglich die Haftung für Hilfspersonen ausgeschlossen ist, wird nicht anzunehmen sein, dass zugleich auch die eigene Haftung des Bauherrn ausgeschlossen sein soll. Freizeichnungsklauseln müssen überdies nicht als solche be- oder gekennzeichnet sein, um ihre Wirkung zu entfalten. Das bedeutet, dass namentlich Limitierungsabreden, welche die Parteien im Zusammenhang mit anderen Kompensationsansprüchen getroffen haben (zum Beispiel eine Bagatellklausel für Mehrvergütungsansprüche; Rz 1032), darauf geprüft werden müssen, ob sie analog auf Schadenersatzansprüche Anwendung finden. Als Grundregel ist das m.E. zu verneinen, soweit nicht erkennbar ist, dass die Regel auch für Pflichtverletzungstatbestände gelten soll. Umgekehrt aber kann von einer – schadenersatzrechtlichen – Freizeichnungsklausel darauf geschlossen werden, dass ein Mehrvergütungs- oder Aufwendungsersatzanspruch nicht weitergehen soll, als ein mit diesen Ansprüchen kongruenter Schadenersatzanspruch.

Die im kaufmännischen Geschäftsverkehr üblichen, als maximale Haftungskaps vereinbarten *Caps* müssen auf ihren Anwendungsbereich geprüft werden: Im Kontext von Mehrvergütungs- und Mehraufwendungsersatzansprüchen sind sie grundsätzlich zulässig<sup>1837</sup>, gleich, ob und inwieweit den Bauherrn am Mitwirkungsversäumnis ein Verschulden trifft. Hält freilich der Bauherr dem Unternehmer einen *Cap* im haftungsrechtlichen Zusammenhang entgegen, so besteht dort für einen solchen nur insoweit Raum, als der Verschuldensgrad des Bauherrn eine Freizeichnung für den den *Cap* überschüssenden Schadensbetrag überhaupt zulässt (siehe OR 100 I/II, 101 II/III)<sup>1838</sup>. Dass ein auf keinen bestimmten Ersatzanspruch gemünzter (und wirksamer) *Cap* auf alle Kompensationsansprüche gleichermassen zur Anwendung gelangen soll, wird seiner Funktion nach zu vermuten sein.

<sup>1836</sup> Vgl. WEBER, BK-OR, Art. 101 N 165.

<sup>1837</sup> Vgl. freilich die Einschränkungen bei Rz 1031.

<sup>1838</sup> Zur Kontroverse darüber, ob die Freizeichnungsabrede in solchen Fällen im Umfang des Zulässigen wirksam bleiben solle (geltungserhaltende Reduktion): BUOL, Diss., Rz 509; SCHWENZER, Rz 24.08 (ablehnend). FURRER/WEY, CHK-OR, Art. 100 N 18; WEBER, BK-OR, Art. 100 N 156; WIEGAND, BSK-OR, Art. 100 N 4 (bejahend).

- 1362 **5.** Freizeichnungsabreden können nach gerichtlichem Ermessen für nichtig erklärt werden (OR 100 II) oder *a priori* unwirksam sein (OR 101 III), wenn beim Bauherrn «die Verantwortlichkeit aus dem Betriebe eines **obrigkeitlich konzessionierten Gewerbes**» folgt. In aller Regel wird der säumige Bauherr, der ein konzessionierungsbedürftiges Gewerbe betreibt (zum Beispiel das Anbieten von Transportdienstleistungen, der Betrieb von Gas-, Wasser-, Elektrizitäts- und Atomkraftwerken usw.)<sup>1839</sup>, sich gegenüber dem Unternehmer nicht aus dem Betrieb ebendieses Gewerbes verantwortlich machen. Denn es wird selten zutreffen, dass das konzessionierte Gewerbe des Bauherrn irgendetwas mit der Tätigkeit gemein hätte, die er als mitwirkungspflichtiger Bauherr ausübt bzw. ausüben müsste. Entsprechend kann sich auch der mitwirkungspflichtige Bauherr, der ein obrigkeitlich konzessioniertes Gewerbe betreibt, gemäss OR 100 I und 101 II von einer Haftung freizeichnen. Doch wird die Zulässigkeit dieser Abrede im Einzelfall zu prüfen sein, denn ausgeschlossen ist ein Berührungspunkt zwischen der konzessionierten Tätigkeit und der Mitwirkungsleistung nicht. Beispielsweise ist denkbar, dass ein konzessionierter Transportunternehmer seine normalerweise gewerblich angebotenen Leistungen zugleich dazu einsetzt, unter dem Bauwerkvertrag eine oder mehrere Mitwirkungsleistungen zu erbringen<sup>1840</sup>.

## 5. Weitere Voraussetzungen

- 1363 Auch im haftungsrechtlichen System ist zunächst vorausgesetzt, dass die Parteien den Schadenersatzanspruch **nicht rechtsgeschäftlich limitiert bzw. ausgeschlossen** haben. Soweit es sich bei dieser Abrede nicht um einen Verpflichtungsausschluss handelt (der mit einer Mitwirkungspflicht unvereinbar wäre), liegt eine Freizeichnungsabrede vor, deren Wirksamkeit und Verhältnis zur Verletzung der vertraglichen Mitwirkungspflicht im Einzelfall zu prüfen ist (dazu schon Rz 1356 ff.). Sodann hat der Unternehmer die Reduktion seines Schadenersatzanspruchs zu gewärtigen, wenn er den mitwirkungsbedingten Schaden in irgendeiner Weise mitverursacht bzw. mitverschuldet hat, ihn also ein **Mitverschulden** trifft. Versäumt es der Unternehmer, dem Bauherrn im Sinne von OR 365 III das Mitwirkungsversäumnis **anzuzeigen**, so fällt ihm zwar nicht der gesamte Verspätungsschaden «selbst

---

<sup>1839</sup> WEBER, BK-OR, Art. 100 N 113 f.

<sup>1840</sup> Bsp.: Der Unternehmer verspricht dem Bergbahnbetreiber, die Trägerelemente eines bestehenden Tunnels zu ersetzen. Der Bahnbetreiber verpflichtet sich, die Elemente mit seinen Schienenfahrzeugen an ihren Einsatzort zu bringen.

zur Last» (OR 365 III), aber mindestens derjenige Teil, der durch die gehörige Anzeige hätte vermieden werden können. Im Übrigen sind die Parteien unter der Vertragsfreiheit auch im haftungsrechtlichen System frei, besondere **vertragliche Bedingungen** zu vereinbaren, die für die Begründung eines Haftungsanspruchs zusätzlich erfüllt sein müssen. Solche Bedingungen stehen unter der Prämisse, dass sie keine übermässige Bindung des Unternehmers begründen (ZGB 27 II)<sup>1841</sup>, und dass sie, aufgrund ihrer haftungsrechtlichen Natur, weder in unzulässiger Weise am Verschuldensgrad des Bauherrn anknüpfen (OR 100 I) noch gegen ungeschriebene Freizeichnungsgrenzen verstossen.

## 6. Beweislast und Beweismass

1. Als Anspruchsteller obliegt es dem Unternehmer, die für den Schadenersatzanspruch begründenden Tatsachen darzutun (ZGB 8)<sup>1842</sup>. Er hat zunächst die **Vertragsverletzung** des Bauherrn darzulegen, die vorliegend in seiner pflichtwidrigen Verspätung mit der Mitwirkungsleistung besteht. Dazu gehört die Tatsache, dass der Bauherr bzw. seine Hilfspersonen zum geschuldeten Zeitpunkt nicht mitgewirkt haben, sowie, dass der Unternehmer den Bauherrn ordnungsgemäss gemahnt hat oder dass ein Mahnäquivalent eingetreten ist<sup>1843</sup>. Besteht die Mitwirkungsleistung in einer Duldung oder in einer Unterlassung, hat der Unternehmer die Übertretung des Bauherrn bzw. seiner Hilfspersonen darzulegen. War ein positives Tun geschuldet, hat er dem Grundsatz nach auch das Ausbleiben dieses Tuns darzulegen, doch greift dort in der Regel das reduzierte Beweismass (OR 42 II, Rz 981) bzw. beschränkt sich die Beweisobliegenheit des Unternehmers gar auf die Darlegung der pflichtbegründenden Abrede<sup>1844</sup>. Darzulegen hat der Unternehmer sodann den mitwirkungsbedingten **Verspätungsschaden**<sup>1845</sup>, der hier sowohl Mehraufwand als auch die übrigen Vermögenseinbussen umfasst, sowie den **natürlichen Kausalzusammenhang** zwischen dem Schuldnerverzug des Bauherrn und dem Schaden. Demgegenüber wird das **Verschulden** unter

<sup>1841</sup> WEBER, BK-OR, Art. 100 N 10, 12.

<sup>1842</sup> Vgl. zur Beweislast beim vertraglichen Haftungsanspruch etwa WEBER, BK-OR, Art. 97 N 315–332 m.w.N.

<sup>1843</sup> Vgl. JUNGO, ZK-ZGB, Art. 8 N 476; WEBER, BK-OR, Art. 102 N 170. Dem Schuldner (hier: dem Bauherrn) obliegt es demgegenüber, darzulegen, dass die Forderung noch nicht fällig geworden ist (JUNGO, ZK-ZGB, Art. 8 N 476).

<sup>1844</sup> So etwa WEBER, BK-OR, Art. 97 N 317.

<sup>1845</sup> JUNGO, ZK-ZGB, Art. 8 N 478.

OR 103 I analog OR 97 I vermutet (vgl. auch OR 106 I), ebenso unter OR 101 I, sodass der Nachweis, dass ihn an der Pflichtverletzung kein Verschulden bzw. keine hypothetische Vorwerfbarkeit trifft, dem Bauherrn obliegt<sup>1846</sup>.

1365 **2.** Zumindest im Zusammenhang mit der vertragswidrigen Unterlassung des Bauherrn, mit dem natürlichen Kausalzusammenhang sowie mit der Verursachung und Höhe des Verspätungsschadens wird der Unternehmer regelmässig auf typische Beweisschwierigkeiten stossen. In diesen Fällen gelangt bei der Beweisführung des Unternehmers das **reduzierte Beweismass** im Sinne von OR 42 II zur Anwendung, soweit nicht besondere Merkmale des konkreten Einzelfalls die Beweisnot ausnahmsweise als nicht typisch dastehen lassen. Es kann zu alledem auf Rz 959 ff. verwiesen werden.

1366 **3.** Nach OR 103 I haftet der Bauherr, wenn er mit der Mitwirkung schuldhaft in Verzug gerät, **«auch für den Zufall»**, wobei er sich nach OR 103 II von dieser Haftung befreien kann<sup>1847</sup>, indem er darlegt, dass ihn kein Verschulden trifft oder dass der Zufall auch bei rechtzeitiger Erfüllung eingetreten wäre («Entlastung»). Nach dieser Regel trüge also der Bauherr die Gefahr, wenn die geschuldete Mitwirkungsleistung während seines Schuldnerverzugs zufällig untergeht oder sich zufällig verschlechtert<sup>1848</sup>. Allerdings hat die Bestimmung m.E. die Hauptleistungspflicht(en) des Schuldners vor Augen und es macht wenig Sinn, sie auf leistungsbezogene Nebenpflichten wie die kompensatorische Mitwirkungspflicht des Bauherrn anzuwenden. Im Übrigen führte dies punktuell zu Konflikten mit Normen des gesetzlichen Werkvertragsrechts:

1367 **a.** Wird die *Mitwirkungsleistung während des Bauherrenverzugs zufällig unmöglich*, wird auch die Leistung des Unternehmers unmöglich (Rz 85). Vermöchte der Bauherr nachzuweisen, dass ihn an der Unmöglichkeit der

---

<sup>1846</sup> Vgl. GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz 2670 f.; WEBER, BK-OR, Art. 101 N 183, Art. 103 N 41 m.w.N.

<sup>1847</sup> Zur grammatikalischen Bezugnahme von OR 103 II auf den in Absatz 1 erwähnten «Zufall»: WEBER, BK-OR, Art. 103 N 42.

<sup>1848</sup> Die Bestimmung richtet sich ihrem Gedanken nach auf Speziessachen, doch ist sie grundsätzlich auf alle Obligationstypen anwendbar (WEBER, BK-OR, Art. 103 N 50), also auch auf Gattungsschulden. Bsp.: Der vom Bauherrn bereits angeschaffte Baustoff wird infolge eines Wasserschadens unbrauchbar, wobei der Baustoff heil geblieben wäre, hätte der Bauherr rechtzeitig ausgeliefert.

Mitwirkungsleistung kein Verschulden trifft, würde er nach OR 103 II für die Folgen der Leistungsunmöglichkeit nicht haften. Dagegen bestimmt OR 378 I, dass der Besteller dem Unternehmer die bisher geleisteten Arbeiten und die im Preise nicht inbegriffenen Auslagen zu vergüten hat, wenn die Leistung «durch einen beim Besteller eingetretenen Zufall unmöglich» wird. Als *lex specialis* genösse in diesem Fall OR 378 I Vorrang gegenüber der allgemeinen Regel von OR 103 II, sodass der Bauherr selbst dann, wenn ihm der Entlastungsbeweis im Sinne von OR 103 II gelänge, dem Unternehmer die geleisteten Arbeiten zu vergüten hätte.

**b.** *Verschlechtert sich die Mitwirkungsleistung durch Zufall oder geht sie zufällig unter*, so haftet prinzipiell der Bauherr für die Folgen dieses Zufalls (OR 103 I): Er muss die verschlechterte oder untergegangene Mitwirkungsleistung auf eigene Kosten instand stellen bzw. wiederbeschaffen<sup>1849</sup>. Träfe ihn diese Haftung nicht, weil er sich nach OR 103 II entlastet, könnte er sich damit begnügen, dem Unternehmer die verschlechterte Mitwirkungsleistung zu erbringen bzw. die untergegangene Mitwirkungsleistung überhaupt nicht zu erbringen. Das aber überzeugt nicht, weil er dem Unternehmer nach OR 376 III verschuldensunabhängig die geleistete Arbeit zu vergüten hat, wenn das Werk aufgrund einer mangelhaften Mitwirkungsleistung untergeht oder sich verschlechtert. 1368

### C. Schadenersatzanspruch aus pflichtwidriger Unterlassung der Säumnisanzeige

Nachfolgend werden die Tatbestandsvoraussetzungen vertieft, bei deren kumulativem Eintritt der Unternehmer einen Schadenersatzanspruch gegen den Bauherrn erlangt, weil dieser seine Treuepflicht verletzt, den Unternehmer in der gebotenen Weise vor dem drohenden oder bereits eingetretenen Mitwirkungsversäumnis zu warnen, d.h. **dem Unternehmer rechtzeitig eine Säumnisanzeige zu übermitteln**. Das bedingt zunächst die Pflichtverletzung des Bauherrn (eine *Anzeigesäumnis*) (1.), sodann den Eintritt eines Schadens beim Unternehmer (2.), die natürliche und adäquate Kausalität zwischen der Pflichtverletzung und dem eingetretenen Schaden (3.) und das 1369

---

<sup>1849</sup> Ist das demgegenüber *unmöglich*, z.B. weil eine Speziessache geschuldet ist, so ist die Rechtsfolge stattdessen mit OR 378 in Einklang zu bringen.

Verschulden des Bauherrn (4.)<sup>1850</sup>. Weitere Voraussetzungen, namentlich dass den Unternehmer am entstandenen Schaden kein Mitverschulden trifft, werden in (5.) dargestellt. Zuletzt werden wiederum Beweislast und Beweismass besprochen (6.).

### 1. Pflichtverletzung (Anzeigesäumnis)

- 1370 **1.** Die dogmatische «Herkunft» der vertraglichen Treuepflicht ist, wie in Rz 341 erwähnt, umstritten. Für die hier angestrebten Zwecke genügt es jedenfalls, dass die Pflicht der Vertragsparteien, den Status quo ihrer Rechtsgüter durch die gebotene und zumutbare Umsicht zu schützen, auf *allgemeinen schuldrechtlichen Prinzipien* (namentlich Treu und Glauben) fusst. Diese Pflicht hängt insbesondere weder vom Inhalt der konkret versprochenen Leistungen ab noch vom Vertragstypus, der durch das gegenseitige Leistungsversprechen begründet wird. Das bedeutet, dass die Vertragsparteien Treuepflichten unabhängig davon tragen, ob sie solche vereinbart haben, und auch, dass der Bauherr Treuepflichten **unabhängig davon trägt, ob er zugleich eine Mitwirkungspflicht trägt oder nicht**. Dass der Bauherr zur Mitwirkung verpflichtet ist (gleich ob aus Abrede oder Vertragsergänzung), ist für die Verletzung einer Treuepflicht insofern keine Voraussetzung.
- 1371 **2.** Erste Tatbestandsvoraussetzung ist, dass der Bauherr die Mitwirkung **tatsächlich versäumt**, d.h. seine Mitwirkungsobliegenheit oder -pflicht verletzt<sup>1851</sup>. Dies deshalb, weil die hier interessierende Unsorgfalt des Bauherrn logisch beim Mitwirkungsversäumnis anknüpft und in Ermangelung eines Mitwirkungsversäumnisses keine Treuepflicht ent- bzw. bestehen kann. Das bedeutet: Nicht jedes Mitwirkungsversäumnis führt zu einer Treuepflichtver-

---

<sup>1850</sup> Siehe zum Tatbestand der positiven Vertragsverletzung und zu den genannten Haftungsvoraussetzungen GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz 2615 f., 2617 ff.; FURRER/WEY, CHK-OR, Art. 97–98 N 49 ff., 72 ff., 100 ff., 115 ff.; WEBER, BK-OR, Art. 97 N 44 ff., namentlich Rz 67 ff. («Verletzung von Verhaltenspflichten»), 147 ff., 217 ff., 257 ff.; WIEGAND, BSK-OR, Art. 97 N 25 ff. («positive Vertragsverletzung») und N 32 ff. («Verletzung von Nebenpflichten»), 38 ff., 41, 42 ff. Demgegenüber keine Verwendung des Begriffs bei KOLLER (Begründung: KOLLER A., OR AT, Rz 45.06 m.w.V.).

<sup>1851</sup> Ein ungeschriebenes Tatbestandselement ist mithin auch hier, dass die Werkleistungspflicht *erfüllbar* ist, andernfalls der Bauherr seine Mitwirkungsobliegenheit bzw. Mitwirkungspflicht nicht verletzen kann und für die Pflicht zur rechtzeitigen Säumnisanzeige kein Raum verbleibt.

letzung, aber eine Treuepflichtverletzung bedingt jedenfalls ein Mitwirkungsversäumnis.

**Bsp.:** Bauherr B. und Unternehmer U. verabreden sich am Montag zu einer Baustellensitzung für den kommenden Mittwoch, 09.00 Uhr, zwecks Auswahl der zu verbauenden Boden- und Wandplatten. Die Tochter von B. erleidet am Dienstagmorgen einen Unfall und wird hospitalisiert. Entscheidet sich B., das Treffen vom Mittwoch fallen zu lassen<sup>1852</sup>, damit er seiner Tochter im Spital Beistand leisten kann, erwächst ihm im Wissen um das anstehende Mitwirkungsversäumnis die Treuepflicht, den U. baldmöglichst über sein Fernbleiben zu informieren. Entscheidet sich B. demgegenüber, zur Baustellensitzung zu erscheinen, fehlt es *a priori* an der «Gefahr» eines Mitwirkungsversäumnisses, weshalb dem B. keine Pflicht erwächst, den U. zu warnen. 1372

3. Der Kerngehalt der hier umschriebenen Bauherrenpflicht liegt darin, dass der Bauherr den Unternehmer **vor vermeidbarem Schaden bewahren muss**, der letzterem daraus droht, dass der Bauherr die Mitwirkung versäumen wird oder bereits versäumt hat. Vermeidbarkeit setzt beim Bauherrn ein bestimmtes *Wissen* voraus, nämlich darum, dass er die Mitwirkung versäumen wird bzw. sein Versäumnis bereits eingetreten ist, und dass dem Unternehmer dadurch Schaden droht. Dem gleichgestellt ist der Fall, da dem Bauherrn das alles bei der objektiv gebotenen Aufmerksamkeit *bekannt sein müsste*. Ausschlaggebend für das Aufleben der hier umschriebenen Treuepflicht ist also zunächst die objektive Voraussehbarkeit bzw. Erkennbarkeit des eigenen Mitwirkungsunvermögens. 1373

a. Der hauptsächliche Schutzzweck dieser Treuepflicht liegt darin, den Unternehmer im *Vorfeld* eines Mitwirkungsversäumnisses vor den negativen Folgen desselben zu schützen. Die Pflicht zielt vor allem auf die Konstellation, in der das Mitwirkungsversäumnis *noch nicht eingetreten* ist, dieses aber für den Bauherrn *voraussehbar* ist, sei es, weil er nicht mitzuwirken beabsichtigt, sei es, weil er weiss oder wissen müsste, dass er zum gegebenen Zeitpunkt nicht mitzuwirken imstande sein wird. 1374

---

<sup>1852</sup> Durch sein Nichterscheinen verletzt der Bauherr *in casu* eine Mitwirkungsobliegenheit bzw. – wenn der Vertrag ausnahmsweise eine solche vorsieht – eine Mitwirkungspflicht.

- 1375 **Bsp.:** Der Nachbar des Bauherrn B. behauptet gegenüber dem Gemeindebauamt am Donnerstag wahrheitswidrig, dass beim Aushub auf dem Grundstück des B. Giftstoffe aus dem Boden entweichen. Die Gemeinde verfügt am Freitagvormittag einen vorsorglichen, sofortigen Baustopp (vgl. Fn 1779). Dem B. bleibt nichts Anderes übrig, als den Baumeister U., der seit Montag am Aushub arbeitet, anzuweisen, die Werkausführung umgehend zu unterbrechen. Das Mitwirkungsversäumnis, das dem B. gleichsam von aussen aufgezwungen wird (hier: die Nichtbereitstellung des Baugrunds bzw. die unterbrochene Duldung der Bauarbeiten auf seinem Grundstück), war für ihn *nicht vorhersehbar*; es kommen, unabhängig von deren Zumutbarkeit für den B., *a priori* keine Verhaltensweisen in Betracht, die er hätte einnehmen können und müssen, um den U. vor den Nachteilen des überraschenden Baustopps zu schützen. Dass der U. seit bald einer Woche dort arbeitet und grundsätzlich darauf vertrauen durfte, die Arbeiten auch am Freitag fortführen zu können, tut dabei nichts zur Sache.
- 1376 Von der Frage, ob das Mitwirkungsversäumnis *an sich* für den Bauherrn voraussehbar war, ist die Frage zu unterscheiden, ob der Bauherr erkennen musste, dass der Unternehmer *auf einen bestimmten Mitwirkungszeitpunkt vertraut hat* und ob der Unternehmer in diesem Vertrauen zu schützen war; siehe dazu Rz 1380 ff.
- 1377 **b.** Der nebensächliche Anwendungsbereich der Treuepflicht liegt in der Konstellation, da das Mitwirkungsversäumnis *bereits eingetreten* ist und dieser Umstand dem Unternehmer bekannt ist oder bekannt sein sollte. Dass dem Unternehmer dann noch vermeidbarer Schaden droht, wird seltener zutreffen, weil der vermeidbare Schaden bis dahin meistens schon eingetreten ist. Doch ist im Einzelfall nicht ausgeschlossen, dass ein proaktives Tun des Bauherrn geeignet wäre, beim Unternehmer weiteren – eben vermeidbaren – Schaden zu verhüten, weshalb der Bauherr gegebenenfalls auch nach seinem Mitwirkungsversäumnis noch gehalten sein kann, den Unternehmer vor vermeidbaren Schadensfolgen desselben zu schützen.
- 1378 **Bsp.:** Unternehmer U. trifft morgens auf der Baustelle ein, muss aber feststellen, dass dort viel mehr Nebenunternehmer tätig sind, als vorgesehen, was ihm die Arbeit zunächst einmal verunmöglicht. Es liegt nun am Bauherrn, den Unternehmer darüber aufzuklären, wie lange die Überlastung der Baustelle andauern wird, sodass sich der Unternehmer den weiteren Tagesablauf zurechtlegen kann, insbesondere seine Kräfte einem anderen Auftrag zuwenden kann, wenn ein produktiver Mitteleinsatz innert nützlicher Frist nicht mehr absehbar ist. Informiert dagegen der Bauherr



den Unternehmer nicht oder falsch und bewirkt er dadurch, dass der Unternehmer länger als nötig untätig auf der Baustelle herumsteht, verletzt der Bauherr seine Treuepflicht.

4. Tritt eine der beiden vorerwähnten Konstellationen ein, muss der Bauherr sich in einer Weise verhalten, die unter den gegebenen Umständen dazu geeignet ist, den drohenden Schaden beim Unternehmer abzuwenden bzw. zu mindern. Diese Verhaltensweise lässt sich zwar nicht in allen Aspekten losgelöst von den Umständen des Einzelfalls umschreiben. In der Essenz aber hat der Bauherr den Unternehmer vor dem anstehenden oder bereits eingetretenen Mitwirkungsversäumnis unmissverständlich **zu warnen** und gegebenenfalls **weitere, geeignete Massnahmen** zur Schadensabwendung zu ergreifen (Rz 698). In allen Fällen wird die Verhaltenspflicht mithin beinhalten, den Unternehmer so frühzeitig, wie es unter den gegebenen Umständen aus Sicht des Bauherrn objektiv geboten ist (Rz 349, 699), mit einer empfangsbedürftigen, grundsätzlich formfreien<sup>1853</sup>, aber inhaltlich unmissverständlichen Erklärung auf das drohende oder eingetretene Mitwirkungsversäumnis hinzuweisen. Weitergehende Massnahmen werden selten erforderlich sein, doch ist das nicht auszuschliessen<sup>1854</sup>. Die **Pflichtverletzung** des Bauherrn besteht im Abweichen von diesen Verhaltensweisen. 1379

5. Die Treuepflicht des Bauherrn geht zurück auf den Gedanken, das erkennbare und berechnete Vertrauen des Unternehmers mit einer der vertraglichen Sonderverbindung gerecht werdenden Umsicht zu honorieren. Als vertrauensbegründender Umstand wurde, wie schon für den Gläubiger im Allgemeinen dargelegt (Rz 358), zum einen das **konkrete Vertragsvollzugsverhalten der Parteien** genannt. Gemeint ist damit jegliches verbale und nonverbale Kommunikationsverhalten der Parteien nach Vertragsschluss und vor Vertragserfüllung, das geeignet ist, beim Unternehmer das Vertrauen darauf zu begründen, dass die Mitwirkung zu einem bestimmten Zeitpunkt erfolgen werde. 1380

---

<sup>1853</sup> Den Parteien steht es selbstredend offen, solche und andere Mitteilungen rechtsgeschäftlich einem Formzwang zu unterwerfen.

<sup>1854</sup> Bspw. kann es dem Bauherrn zusätzlich obliegen, den bereitgestellten (mangelhaften) Baustoff einzuschliessen oder zu sichern, den (untauglichen, gefährlichen) Baugrund abzusperren usw., wenn er nach den Umständen Grund zur Annahme hat, dass der Unternehmer durch die Säumnisanzeige allein nicht hinreichend geschützt wird.

1381 **a.** Im Vordergrund stehen Abmachungen der Parteien, mit denen sie das zeitliche Zusammengehen von Erfüllung und Mitwirkung laufend konkretisieren und präzisieren (vgl. Rz 702). Bei solchen Abmachungen ist nicht prinzipiell zu vermuten, dass sie am Verbindlichkeitsgrad der Bauherrenmitwirkung etwas ändern: Eine vertragliche Mitwirkungsobliegenheit bleibt normalerweise Obliegenheit, und eine vertragliche Mitwirkungspflicht bleibt normalerweise Pflicht (vgl. schon Rz 269 ff.). *In beiden Fällen aber* mag die zeitlich hinreichend präzise Abmachung betreffend den Zeitpunkt der Mitwirkung (oder der mitwirkungsbedürftigen Erfüllungshandlung<sup>1855</sup>) dazu führen, *dass der Unternehmer hinsichtlich dieses Zeitpunkts Vertrauen fasst*. Ob er solches Vertrauen fassen darf und ob das gefasste Vertrauen dem Bauherrn bekannt ist bzw. ihm hätte bekannt sein sollen, beurteilt sich zwar im Einzelfall. Doch sei eine Annäherung an die Kernaussage über ein Ausgangsbeispiel versucht:

1382 **Bsp.:** Auf einer Baustelle mit engen Platzverhältnissen und entsprechend hohem parallelem Koordinationsbedarf (der dem Unternehmer U. bei Vertragsschluss bekannt war) fragt U. den Bauherrn B. an, ob er am Morgen des kommenden Montags mit einem (noch) nicht terminierten, ressourcenintensiven Arbeitsvorgang beginnen könne.

1383 **b.** Je nach Reaktion des Bauherrn wird dieses Gespräch eines von zwei möglichen Resultaten zeitigen: Entweder darf der Unternehmer darauf vertrauen, dass er zum vorgeschlagenen Zeitpunkt mit der Arbeit beginnen kann, oder er darf nicht darauf vertrauen. Das Ergebnis ist zwangsläufig das eine oder das andere, ein Mittelding gibt es nicht. Akzeptiert der Bauherr den Vorschlag vorbehaltlos, darf der Unternehmer Vertrauen fassen. Akzeptiert der Bauherr grundsätzlich, doch erwidert er, er könne nicht gewährleisten, dass der Unternehmer Platz finden bzw. seine Mittel ausschöpfen können werde, darf der Unternehmer kein Vertrauen fassen (die Ausführung aber durchaus so versuchen). Möglicherweise stellt der Bauherr seine Antwort unter Bedingungen: Teilt er dem Unternehmer mit, er müsse die Frage mit seinem Bauleiter prüfen und er werde sich nur im Negativfalle noch einmal melden, darf der Unternehmer annehmen, der Termin stehe, wenn er vom Bauherrn innert nützlicher Frist nichts mehr hört. Teilt er dem Unternehmer mit, *prima vista* käme das nicht in Frage, er werde aber die Frage mit seinem Bauleiter auf-

---

<sup>1855</sup> Hierfür ist freilich vorausgesetzt, dass der Bauherr den Mitwirkungsbedarf erkennt sowie diesen inhaltlich und zeitlich hinreichend abschätzen kann bzw. nach Treu und Glauben abschätzen können sollte (Rz 700).

nehmen, darf der Unternehmer bis auf weiteres kein Vertrauen fassen. Jedenfalls: *Der Bauherr kann nicht nicht kommunizieren*<sup>1856</sup>; der Unternehmer wird stets das eine oder das andere verstehen dürfen bzw. müssen.

c. Vertraut infolge dieses Gesprächs der Unternehmer auf den Termin und 1384 darf er das nach Treu und Glauben tun, so begründet dies beim Bauherrn (im Normalfall) zwar nicht die Pflicht mitzuwirken (Rz 1381 m.V.), aber immerhin die gleichsam latente Pflicht, umsichtig mit diesem Vertrauen umzugehen. Er muss, mit anderen Worten, *das Vertrauen frühestmöglich oder mindestens rechtzeitig und in geeigneter Weise zerstören*, wenn absehbar wird, dass das Vertrauen enttäuscht werden könnte<sup>1857</sup>. Latent ist die Pflicht, weil sie sich nur dann und auch dann erst «rückwirkend» aktualisiert, wenn der Bauherr die Mitwirkung versäumt und den Unternehmer im Vorfeld pflichtwidrig hiervor nicht gewarnt hat. Der Bauherr verletzt dann sowohl seine Mitwirkungsobliegenheit bzw. -pflicht als auch seine Treupflicht. Der Bauherr könnte freilich bis zum Mitwirkungszeitpunkt immer noch verhindern, dass sich die Treupflicht rückwirkend aktualisiert (und dass er sie verletzt), indem er dafür sorgt, dass der Unternehmer zum betreffenden Termin auf der Baustelle Platz findet – er also mitwirkt (koordiniert)<sup>1858</sup>. Diesfalls verletzt er weder seine Treupflicht – denn sie lebt in diesem Fall gar nicht auf – noch seine Mitwirkungsobliegenheit bzw. -pflicht.

6. Als weiterer Faktor, der geeignet ist, beim Unternehmer das Vertrauen auf 1385 einen bestimmten Mitwirkungszeitpunkt zu begründen, wurde der Vertragsinhalt genannt (Rz 357). Dass vertragliche Mitwirkungspflichten, deren Erfüllungszeit hinreichend genau vereinbart ist, geeignet sind, beim Unternehmer solches Vertrauen zu begründen, versteht sich von selbst<sup>1859</sup>. Vordring-

<sup>1856</sup> WATZLAWICK/BEAVIN/JACKSON, Rz 2.21 ff.

<sup>1857</sup> Vgl. SCHUMACHER, FS Jagenburg, S. 838 (dort im Zusammenhang mit der Vertrauenshaftung): Der Bauherr entgeht einer Haftung, indem er dem Unternehmer unzweideutig mitteilt, dass eine Information, auf die der Unternehmer vertraut, unzuverlässig sei («Vertrauenszerstörung»).

<sup>1858</sup> Ist die Baustelle mit Nebenunternehmern «gesättigt», wird dem Bauherrn dies freilich nur gelingen, wenn er Nebenunternehmer bei der Arbeit unterbricht bzw. von der Baustelle schickt. Ob er dadurch gegenüber diesen Nebenunternehmern Mitwirkungsobliegenheiten oder -pflichten verletzt, beurteilt sich nach dem Inhalt der betreffenden Bauwerkverträge.

<sup>1859</sup> Liegt also eine zeitlich hinreichend genau fixierte Mitwirkungspflicht vor, lastet immer auch die Treupflicht zur rechtzeitigen Säumnisanzeige auf dem Bauherrn. Freilich kommt dem ggf. daraus entstehenden Schadenersatzanspruch des Unterneh-

licher ist bei Bauwerkverträgen die Frage, wie mit **unverbindlichen Vertragsinhalten** umzugehen ist, deren Gegenstand direkt oder indirekt die Zeit der Mitwirkung ist. Zu denken ist an unverbindliche Abreden über die Bauzeit, soweit sie Mitwirkungszeitpunkte enthalten oder wenigstens implizieren (Rz 701), oder Abreden über die Zeit der Mitwirkung, namentlich auch die erwähnten Bauzeitenpläne, wie etwa das Bauprogramm im Sinne von SIA-118 93.

- 1386 **a.** Weil solche Abreden unverbindlich sind, schiene es naheliegend, ihnen jede vertrauensbegründende Wirkung zu versagen, gerade weil die Parteien nicht gehalten sind, ihnen Folge zu leisten. Meines Erachtens griffe das aber zu kurz, denn zumindest bei schriftlichen Verträgen lässt sich sagen, dass jede darin enthaltene und intellektuell verarbeitbare Information bei einer Vertragspartei eine von zwei Erwartungshaltungen hervorruft, nämlich: (i.) die Information bedeutet für den Vertragsvollzug nichts, oder (ii.) die Information ist für den Vertragsvollzug – in irgendeiner Weise – bedeutsam. Diese letztere Erwartungshaltung können gewiss auch Informationen hervorrufen, denen die Parteien tatsächlich oder mutmasslich *nicht primär die Funktion zuordnen, Verbindlichkeiten zu begründen*. Jedenfalls ist nicht auszuschliessen, dass eine Vertragspartei auf Basis einer solchen Information ein gewisses Vertrauen auf die Verhaltensweise ihres Vertragspartners fasst, und dass dieser Umstand für den Vertragspartner erkennbar wird. Dass unverbindliche Bauzeitenpläne zwischen den Parteien eine vertrauensbegründende Wirkung entfalten können, wird in der Literatur denn auch in anderem Zusammenhang bestätigt<sup>1860</sup>.

- 1387 **Bsp.:** Gemäss dem *unverbindlich* vereinbarten Bauzeitenplan sollen die beiden sequenziell geplanten Arbeitsetappen A1 und A2 zwischen dem 1. April und dem 15. Mai begonnen und vollendet werden. Der Bauzeitenplan sieht zudem für A1 am 21. April um 09.00 Uhr eine Zwischenabnahme in Anwesenheit des Bauherrn vor. Wie sich aus einem anderen, demgegenüber verbindlichen Vertragsbestandteil ergibt, darf A2 nicht vor dieser Zwischenabnahme begonnen werden.

---

mers wenig Bedeutung zu, weil der Anspruch (i.) praktisch vollständig in demjenigen aus der Mitwirkungspflichtverletzung aufgeht und (ii.) im Umfang regelmässig kleiner als der letztere ausfällt (zum Verhältnis der Ansprüche: Rz 1410 ff.).

<sup>1860</sup> Vgl. GAUCH, Werkvertrag, Rz 656 m.w.N.; REETZ, Komm-SIA-118, Art. 93 N 16.7, Art. 94 N 12.4.

**b. Kommentar:** Einem derart präzise umschriebenen Termin dürfte der Unternehmer m.E. nur dann kein Vertrauen schenken, wenn der Bauherr keine Kenntnis vom rechtzeitigen Beginn und plangemässen Fortschreiten der Arbeiten erlangt hat und auch nicht hätte erlangen müssen. Schon aufgrund seiner Informationspflicht müsste der Unternehmer diesfalls den Bauherrn so rechtzeitig über den Baufortschritt aufklären, dass letzterer den Zwischenabnahmetermin einhalten könnte (Rz 510). Die gemeine Vorsicht würde dem Unternehmer ausserdem diktieren, den Bauherrn bei gleicher Gelegenheit zu fragen, ob er den Termin einhalten können werde. Anders freilich, wenn der Bauherr vom plangemässen Fortschreiten der Arbeiten weiss bzw. wissen muss und es an Indizien fehlt, die ihn objektiv zum Glauben berechtigen würden, der Zwischenabnahmetermin werde nicht stattfinden. Seine Kenntnis der Sachlage *verleiht dem Bauzeitenplan, mag er auch unverbindlich sein, eine gewisse «Validität»*, sodass beim Bauherrn die latente Treuepflicht auflebt. Damit liegt die «Erkundungslast» bei ihm: Er müsste sich frühzeitig beim Unternehmer darüber erkundigen, ob der Termin stattfinden werde oder, wenn er unabkömmlich ist, seine Unabkömmlichkeit mitteilen. Dagegen verletzt er seine Treuepflicht, wenn er bzw. seine Hilfspersonen der Zwischenabnahme fernbleiben, ohne den Unternehmer rechtzeitig über das Fernbleiben zu informieren. Der Bauherr könnte sich mit Blick auf seine Treuepflicht hier nicht von einer Haftung befreien, indem er einwendet, dass der Bauzeitenplan unverbindlich ist, dass Bauwerke sich nach der allgemeinen Lebenserfahrung oft verzögern, dass der Unternehmer dem Bauherrn den Termin sicherheitshalber noch einmal hätte anzeigen müssen usw.

## 2. Schaden

**1.** Nach OR 97 I schuldet der Bauherr dem Unternehmer bei der Nichterfüllung seiner Treuepflicht Ersatz «für den daraus entstehenden Schaden». Gemeint ist das **Erfüllungsinteresse**. Der Bauherr hat hiernach den Unternehmer so zu stellen, wie wenn der Bauherr bzw. seine Erfüllungsgehilfen (Rz 1405) seine Treuepflicht richtig erfüllt hätte(n)<sup>1861</sup>. Zum Schadensbegriff, zur Differenzhypothese und zum Gebot der konkreten Schadensberechnung sei sinngemäss auf die diesbezüglichen Ausführungen zur Verletzung der Mitwirkungspflicht verwiesen (Rz 1265 ff.)<sup>1862</sup>. Auch bei der

<sup>1861</sup> WEBER, BK-OR, Art. 97 N 209 f., Art. 99 N 166.

<sup>1862</sup> Das «Mass der Haftung» für den Schaden, der durch «vertragswidriges Verhalten» verursacht wurde, richtet sich nach OR 99 III nach den allgemeinen Regeln des De-

Treuepflicht stehen beim Unternehmer reine Vermögensschäden im Vordergrund, wobei das im vertraglichen Haftungssystem wiederum keine Schwierigkeiten bereitet, weil die Pflichtwidrigkeit beim Bauherrn für alle Schadenstypen schon mit der Vertragsverletzung begründet ist (vgl. Rz 1273).

- 1390 **2.** Bei der Betrachtung des ersatzfähigen Schadens ist zu beachten, dass sich der Schutzzweck der Treuepflicht von demjenigen der Mitwirkungspflicht unterscheidet. Letztere soll das Zeitinteresse des Unternehmers wahren, d.h. ihm sämtliche Nachteile der verspäteten Mitwirkung wiedergutmachen. Die Treuepflicht geht weniger weit. Sie schützt nur das Interesse des Unternehmers daran, zumindest jene Schadensfolgen des Mitwirkungsversäumnisses nicht zu erleiden, die durch ein «sorgfältiges Mitwirkungsversäumnis» **hätten vermieden werden können** und vom Unternehmer auch **vermieden worden wären**<sup>1863</sup>. Nach der Differenzhypothese ist unter der Treuepflicht nicht zu fragen, wie der Vermögensstand des Unternehmers hypothetisch ausfiele, wenn der Bauherr rechtzeitig mitgewirkt hätte. Beachtlich ist vielmehr, wie der Vermögensstand des Unternehmers hypothetisch ausfiele, wenn der Bauherr ihm rechtzeitig mitgeteilt hätte, dass er zum gegebenen Zeitpunkt nicht mitwirken werde. Die hier untersuchte Hypothese ist demnach eine andere, nämlich die Antwort auf die Frage: Wie hätte der Unternehmer im Wissen um das Mitwirkungsversäumnis gehandelt und welche mitwirkungsbedingten Vermögenseinbussen wären durch dieses «Alternativverhalten» bei ihm ausgeblieben? Dass sich die Schadenspositionen der Treuepflichtverletzung mit jenen der Mitwirkungspflichtverletzung weitgehend decken, liegt in der Natur der Sache. Doch fällt die Bandbreite des ersatzfähigen Schadens bei der Treuepflichtverletzung schmäler aus, weil nur der durch rechtzeitige Anzeige vermeidbare, nicht der gesamte Verspätungsschaden zu ersetzen ist. Das ist mit Blick auf die verschiedenen Typen von mitwirkungsbedingten Vermögenseinbussen zu präzisieren:

- 1391 **a. Produktivitätsverluste:** Unter der Treuepflichtverletzung fragt die Differenzhypothese danach, welcher Anteil am mitwirkungsbedingten Schaden der Unternehmer hätte vermeiden können und vermieden hätte, wäre er

---

liktsrechts. Das gilt auch für den Schaden aus positiver Vertragsverletzung i.S.v. OR 97 I.

<sup>1863</sup> Nach der Differenzhypothese ist vorausgesetzt, dass der Unternehmer die alternativen Einsatzmöglichkeiten tatsächlich ausgenutzt hätte, wofür der Unternehmer grundsätzlich die Beweislast trägt. Er profitiert dabei normalerweise vom reduzierten Beweismass, weil eine rein hypothetische Tatsache zu beweisen ist (vgl. Rz 982 ff.).

rechtzeitig über das Mitwirkungsversäumnis in Kenntnis gesetzt worden. Die Frage kann ihrer Natur nach nur beantwortet werden, indem alternative Einsatzmöglichkeiten für die Produktionsmittel des Unternehmers berücksichtigt werden: Erst das Fehlen von alternativen Einsatzmöglichkeiten bedeutet, dass der Unternehmer den Schaden nicht hätte vermeiden können; der Schaden beträgt diesfalls null (wenn auch nicht der mitwirkungsbedingte Verspätungsschaden). Erst das Vorhandensein alternativer Einsatzmöglichkeiten bedeutet, dass der Unternehmer den Schaden hätte begrenzen können<sup>1864</sup>. Entsprechend passt die *Rentabilitätsvermutung*, wie sie hier im Zusammenhang mit der Mitwirkungspflicht postuliert wird (Rz 1292 ff.), *nicht zum Schutzzweck der Treuepflicht*, d.h. der Unternehmer kann sich bei der Treuepflichtverletzung nicht auf die Rentabilitätsvermutung stützen. Das wirkt sich für ihn nicht negativ aus, wenn der Bauherr *ohnehin eine Mitwirkungspflicht verletzt* – dann nämlich profitiert der Unternehmer für die Produktivitätsverluste unter der Mitwirkungspflichtverletzung von der Rentabilitätsvermutung; auf die Geltendmachung der Treuepflichtverletzung ist er nicht angewiesen. Verletzt freilich der Bauherr nur eine Mitwirkungsobliegenheit, was die Regel sein dürfte, so hat der Unternehmer, will er Schadenersatz geltend machen, darzulegen, dass er mitwirkungsbedingt unproduktiv vorgehaltene Mittel überhaupt oder wenigstens früher hätte (wieder) produktiv einsetzen können (und eingesetzt hätte), hätte er über das anstehende Mitwirkungsversäumnis oder über den Umfang des eingetretenen Mitwirkungsversäumnisses Bescheid gewusst. Unbeachtlich ist dabei, ob der alternative Einsatz auf der streitigen Baustelle<sup>1865</sup> oder im Rahmen von Drittaufträgen stattgefunden hätte.

---

<sup>1864</sup> Als solcher alternativer «Einsatz» kommt im hier verstandenen Sinne auch die bloße Untätigkeit des Unternehmers in Frage. Bspw. könnte es für den Unternehmer ökonomischer gewesen sein, seine Mittel zunächst gar nicht zu mobilisieren, also gerade nicht «einzusetzen», um sich so nutzlose An- und Abfahrten zu ersparen.

<sup>1865</sup> Bsp.: Der Bauherr versäumt es, dem Baumeister mitzuteilen, dass auf dem ersten Baufeld nicht wie geplant mit den Betonarbeiten begonnen werden kann. Die Betonbauer des Unternehmers reisen nun vergebens an. Hätte der Unternehmer um das Problem gewusst, hätte er eine andere Kolonne zusammengestellt und den Aushub auf dem zweiten Baufeld, der erst ein paar Tage später vorgesehen war, vorgezogen. Der Unternehmer «verliert» den betreffenden Arbeitstag voraussichtlich, weil die Betonbauer nicht arbeiten können und eine Aushubmannschaft nicht mehr rechtzeitig zusammengestellt werden kann.

1392 Anzumerken ist, dass der Unternehmer in seltenen Fällen einen Produktivitätsverlust auch ohne alternative Einsatzmöglichkeiten geltend machen kann. Dies dann, wenn er bei rechtzeitiger Säumnisanzeige zeitabhängige Kostenverursacher noch nicht angeschafft hätte, d.h. die diesbezüglichen Kosten noch gar nicht angefallen wären<sup>1866</sup>. Keinen Schaden wird demgegenüber der Unternehmer erleiden, der seinen gesamten Betrieb in den Auftrag investiert hat und auch in rechtzeitiger Kenntnis des Mitwirkungsversäumnisses keine alternativen Einsätze (auf der streitigen Baustelle oder abseits davon) hätte einrichten können; er bleibt auf die übrigen Kompensationsansprüche verwiesen. Dies mag aus Sicht desjenigen Unternehmers, der die nötigen Produktionsmittel gerade für den streitbetroffenen Auftrag angeschafft hat, stossend erscheinen. Doch liegt das im eng umrissenen Schutzzweck der Pflicht zur rechtzeitigen Säumnisanzeige begründet. Will sich der Unternehmer umfassend gegen Mitwirkungsversäumnisse absichern, muss er mit dem Bauherrn Entsprechendes (namentlich eine kompensatorische Mitwirkungspflicht) vereinbaren.

1393 **b.** Dass die Treupflichtverletzung dem Unternehmer auch im Zusammenhang mit *ausserordentlichen Erfüllungshandlungen* (Rz 782 ff.) sowie mit der *Verteuerung von ordentlichen Erfüllungshandlungen* (Rz 803 ff.) Schaden verursacht, ist durchaus denkbar. Ausserordentliche Erfüllungshandlungen werden zwar begriffsgemäss durch das Mitwirkungsversäumnis bedingt, wären also auch dann nicht vermeidbar, wenn der Unternehmer rechtzeitig vor dem künftigen Mitwirkungsversäumnis gewarnt würde. Doch kann die verspätete oder ausbleibende Warnung dazu führen, dass der Unternehmer eine Transitionsmassnahme später und/oder mit weniger geeignetem oder mit mehr Personal treffen muss, wodurch die Massnahme sich *gegenüber dem hypothetischen Ablauf des Mitwirkungsverzugs* verteuert. Ist nicht ohnehin der gesamte Kostenbetrag für die ausserordentliche Erfüllungshandlung ersatzfähig (so bei der Mitwirkungspflichtverletzung), ist immerhin der vermeidbare Mehrkostenbetrag unter der Treupflichtverletzung Schaden. Auch Verteuerungen ordentlicher Erfüllungshandlungen können vom Bauherrn

---

<sup>1866</sup> Bsp.: Der Maler, der seine Arbeit zu beschleunigen wünscht, leiht sich per Personalleihvertrag zwei zusätzliche Arbeitskräfte exakt für jenen Tag, an dem der Bauherr obliegenheitswidrig nicht anwesend ist, um dem Maler die Türe zu öffnen. Kann der Maler aufzeigen, dass er die beiden Arbeitskräfte nicht oder an einem anderen Tag beigezogen hätte, wenn der Bauherr ihm zum frühestmöglichen Zeitpunkt vom Mitwirkungsversäumnis Mitteilung gemacht hätte, sind die Kosten für den Personalverleih Schaden aus Treupflichtverletzung.



normalerweise selbst bei der gebotenen Umsicht nicht vermieden werden, weil sie erst später als sekundäre Auswirkungen des Mitwirkungsversäumnisses eintreten. Doch kann eine frühzeitige Anzeige des Bauherrn im Einzelfall Schaden verhüten, zum Beispiel, wenn der Unternehmer, der mitwirkungsbedingt in eine Periode mit höheren Beschaffungspreisen gerät, sich vorher noch zu niedrigeren Beschaffungspreisen mit den nötigen Produktionsmitteln eingedeckt hätte, hätte er rechtzeitig vom Versäumnis gewusst<sup>1867</sup>.

**c.** Was die *Zuschläge* betrifft, die unter dem hier besprochenen Schadenersatzanspruch geschuldet sind, kann auf die Überlegungen zur Verletzung der Mitwirkungspflicht analog verwiesen werden (Rz 1303 ff.). Im Ergebnis sind dem Unternehmer Zuschläge für AGK und Risiko zu gewähren, nicht aber für Gewinn. 1394

**d.** Auch *übrige Vermögensseinbussen* (Rz 834 ff.) kommen unter der Treuepflichtverletzung theoretisch als Schadensposten in Frage, doch wird das eine Seltenheit bleiben. Die Haftung gegenüber Dritten, der Mehraufwand zugunsten Dritter und entgangener Gewinn aus potenziellen Drittaufträgen resultieren normalerweise aus der zeitlichen Neuordnung des Bauablaufs (vgl. Rz 849). Von solchen sekundären Effekten wird kaum einmal bewiesen werden können, dass sie vermeidbar gewesen wären, wenn der Bauherr dem Unternehmer das Mitwirkungsversäumnis rechtzeitig angezeigt hätte. Undenkbar ist das freilich nicht, zum Beispiel beim Mehraufwand zugunsten Dritter: Ein Kleinauftrag, den der Unternehmer für die Zeit nach Werkvollendung bereits akquiriert hat und der später verzögerungsbedingt beschleunigt werden müsste, liesse sich möglicherweise in jenen Zeitraum vorverlegen, den der Unternehmer durch die rechtzeitige Säumnisanzeige hätte bewirtschaften können, ohne die vorübergehend gestörte Werkausführung durch Indisponibilität zu gefährden. Oder im Fall von entgangenem Gewinn: Vielleicht gelingt es dem Unternehmer, darzulegen, dass ihm während der Werkausführung eine Offerte zugegangen ist, die er zwar abgelehnt hat, jedoch nicht hätte ablehnen müssen, hätte er rechtzeitig vom Mitwirkungsversäumnis gewusst. 1395

---

<sup>1867</sup> Das Bsp. setzt voraus, dass der Unternehmer über die künftige Kostensteigerung im Bilde war, was z.B. bei Lohnerhöhungen oder Baustoffpreisen durchaus denkbar ist.

- 1396 **3.** Bei der Treupflichtverletzung gilt das Gebot der **Vorteilsanrechnung** gleichermassen (siehe Rz 1309 ff.). Zu berücksichtigen ist demnach nicht nur, welche mitwirkungsbedingten Einbussen bei rechtzeitiger Säumnisanzeige hätten vermieden werden können, sondern auch, ob dem Unternehmer aus der pflichtwidrigen Anzeigesäumnis des Bauherrn Vorteile zufallen. Praktisch ist das kaum denkbar.

### 3. Kausalzusammenhang

- 1397 Zwischen der Treupflichtverletzung und dem Schadenseintritt beim Unternehmer muss ein **natürlicher und adäquater Kausalzusammenhang** bestehen, womit auf die Ausführungen in Rz 1312 ff. zu verweisen ist. Es folgen Ergänzungen:
- 1398 **a.** Anders als bei der Verletzung einer Mitwirkungspflicht muss vorliegend der *natürliche Kausalzusammenhang* von der pflichtwidrig unterlassenen Säumnisanzeige des Bauherrn ausgehen, nicht von seinem Mitwirkungsversäumnis. Diese Pflichtwidrigkeit wird sich dabei immer in einer *Unterlassung* des Bauherrn äussern, sodass der natürliche Kausalzusammenhang von der Hypothese lebt, dass der Unternehmer bei rechtzeitiger Säumnisanzeige in einer bestimmten, den Schaden vermeidenden oder vermindernenden Weise gehandelt hätte. Gemeint ist mit dem natürlichen Kausalzusammenhang mithin das, was in der Literatur als hypothetischer Kausalzusammenhang bezeichnet wird (vgl. Fn 1752). Weil der damit umschriebene, hypothetische Hergang der Dinge sich so gerade nicht zugetragen hat, profitiert der Unternehmer bei dessen Beweis vom reduzierten Beweismass nach OR 42 II (Rz 982 ff.). Freilich ist der Unternehmer damit nicht von seiner Beweisobliegenheit entlastet, muss also alle positiven Tatsachen beweisen, die unter dem reduzierten Beweismass einen Rückschluss auf sein hypothetisches Handeln bei rechtzeitiger Säumnisanzeige erlauben.
- 1399 **b.** Auf der Ebene der natürlichen (hypothetischen) Kausalität steht es dem Bauherrn offen, darzutun, dass der Schaden *auch bei rechtzeitiger Säumnisanzeige eingetreten* wäre. Das einmal, indem er widerlegt, dass der Unternehmer in Kenntnis der Umstände anders gehandelt hätte, gleich aus welchem Grund. Sodann, indem er zeigt, dass der Schaden des Unternehmers, namentlich durch dessen Mitverschulden, auch eingetreten wäre, wenn der Unternehmer sich in der von ihm behaupteten, alternativen Art und Weise verhalten hätte. Bei der Darlegung solcher hypothetischer Hergänge und Zusammenhänge profitiert selbstredend auch der Bauherr im Zivilprozess

vom reduzierten Beweismass. Der Einwand demgegenüber, dass der Unternehmer bereits vom anstehenden Mitwirkungsversäumnis wusste bzw. bei gebotener Sorgfalt davon hätte wissen müssen, beschlägt nicht die Kausalität, sondern den (Nicht-)Bestand der Treuepflicht.

c. Das Erfordernis des *adäquaten Kausalzusammenhangs* ist im hier vorliegenden Zusammenhang von grösserer Bedeutung als bei der Mitwirkungspflichtverletzung, wo, wie aufgezeigt, die säumnisbedingten Schäden kaum einmal nicht adäquat sein werden. Dies deshalb, weil vorliegend bei natürlich kausaler Betrachtung (*condicio sine qua non*) Schadenspositionen als Folge der Treuepflichtverletzung in Frage kommen, die typischerweise zum allgemeinen Ausführungsrisiko des Unternehmers gehören, von deren Eintritt m.E. jedoch nicht gesagt werden kann, dass er nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach der allgemeinen Lebenserfahrung durch die Treuepflichtverletzung begünstigt worden ist. Hier gewinnt die Haftungsbegrenzung durch die Adäquanz an Bedeutung. 1400

**Bsp.:** Der Mannschaftstransporter des Unternehmers verunfallt auf dem Weg zur Baustelle, wo aber aufgrund des Mitwirkungsversäumnisses ohnehin nicht gearbeitet werden könnte. Hätte der Bauherr dem Unternehmer das Versäumnis rechtzeitig angezeigt – so behauptet der Unternehmer –, hätte er weder die Fahrtkosten noch den Unfall erlitten. Die nutzlosen Fahrtkosten sind adäquater Schaden, die Folgekosten des Unfalls dagegen nicht. 1401

#### 4. Verschulden

1. Der Schadenersatzanspruch aus OR 97 I setzt, wie schon derjenige aus OR 103 I, voraus, dass den Bauherrn an der Pflichtverletzung ein Verschulden trifft oder dass ihm das schädigende Verhalten eines Erfüllungsgehilfen nach OR 101 I zuzurechnen ist (Rz 1405). Zu den Grundlagen des Verschuldens wird auf Rz 1317 ff. verwiesen. Die Urteilsfähigkeit des Bauherrn wird auch hier vorausgesetzt. Sein Verschulden äussert sich vorliegend in der **vorsätzlichen, grobfahrlässigen** oder wenigstens **leichtfahrlässigen Unterlassung der Säumnisanzeige**. Eine leicht fahrlässige Unterlassung, mit welcher die Schwelle zur Haftbarkeit bereits überschritten ist, liegt vor, wenn der Bauherr die Anzeige aus einer geringen Unachtsamkeit oder einem kleinen Überlegungsfehler heraus unterlässt. Typischerweise beschlägt dies Fälle des *Vergessens oder Übersehens*, indem der Bauherr entweder erkennt, dass eine Anzeige an den Unternehmer erforderlich wäre, sie aber vergisst, oder aber pflichtwidrig nicht erkennt, dass eine Anzeige am Platz wäre. Der Sorg- 1402

faltsstandard, den der Bauherr dabei einzuhalten hat, ist wiederum ein objektivierter: Zu fragen ist, wie sich ein durchschnittlicher, loyaler und vernünftiger Bauherr unter denselben Umständen verhalten hätte, gegebenenfalls konkretisiert anhand des Vertragsinhalts und dem im betreffenden Verkehrskreis Üblichen. Ein allfälliges Mitverschulden des Unternehmers (dazu Rz 1493 ff.) wird kaum auf der Ebene der Kausalität zu erfassen, wohl aber mit dem Verschulden des Bauherrn abzuwägen sein, namentlich wenn der Unternehmer in Verletzung seiner Schadenminderungsobliegenheit zu einer unnötigen Vergrößerung oder Nichtverminderung des Schadens beiträgt (Rz 1510).

1403 **2.** Es ist augenfällig, dass sich bei Treuepflichten das Verschuldenserfordernis **vom Kriterium der Pflichtwidrigkeit nur schwer unterscheiden lässt**; das pflichtwidrige, mithin unsorgfältige Verhalten des Schuldners indiziert unausweichlich auch dessen Verschulden. Denn in der Tat begründet das Abweichen vom geschuldeten, sorgfältigen Verhalten zugleich den objektiven Aspekt des Verschuldens<sup>1868</sup>. Bei der *obligation de moyens* solle dies dazu führen, dass sich die Prüfung des Verschuldens auf die Frage reduziere, ob der konkrete Schuldner mit Blick auf die gebotene Sorgfalt urteilsfähig war<sup>1869</sup>. Nach einer anderen, hier favorisierten Auffassung lässt sich die Verschuldens- von der Pflichtwidrigkeitsfrage trennen, indem danach gefragt wird, ob der Schuldner, der vom objektiv gebotenen Verhalten abgewichen ist, dies im konkreten Fall unter Würdigung aller Umstände ausnahmsweise durfte<sup>1870</sup>.

1404 So gestellt hat die Frage des Verschuldens bei Treuepflichten durchaus ihren Platz. Denn wie schon dargelegt, stehen Treuepflichten unter der Prämisse, dass das pflichtgemässe Verhalten dem Schuldner **zumutbar** war (Rz 361, 703). Die Zumutbarkeit des geschuldeten Verhaltens ist m.E. nicht eine Voraussetzung für die Entstehung der Treuepflicht, sondern eine Verschuldensfrage. Denn ob der Unternehmer vor dem drohenden Mitwirkungsversäumnis nach Treu und Glauben gewarnt werden muss oder nicht, beant-

---

<sup>1868</sup> WEBER, BK-OR, Art. 99 N 32.

<sup>1869</sup> WEBER, BK-OR, Art. 99 N 36.

<sup>1870</sup> Vgl. GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz 3001–3003, wonach bei Dienstleistungsoptionen Vertragswidrigkeit einerseits und Verschulden andererseits unterschieden werden könne. Erstere soll darin liegen, dass der Schuldner nicht alles unternimmt, «was zur Verwirklichung des angestrebten Erfolgs erforderlich ist». Beim Verschulden sei dagegen zu fragen, ob es unter den gegebenen Umständen gerechtfertigt erscheint, dass der Schuldner vom angeforderten Verhalten abgewichen sei.

wortet sich aufgrund seines schützenswerten Vertrauens und zunächst losgelöst von den Umständen, unter denen der Bauherr operiert. Erst unter dem Verschuldensaspekt ist anschliessend zu beurteilen, ob es dem Bauherrn unter den konkreten Umständen zumutbar gewesen wäre, die (an sich geschuldete) Säumnisanzeige zu machen. Die Frage wird freilich fast immer zu bejahen sein, sodass sich der Bauherr nur in Extremfällen durch den Unzumutbarkeitseinwand exkulpieren können wird (Bsp.: der Bauherr wird krank oder entführt).

3. Der Bauherr kann sich für die Erfüllung der Treuepflicht auch Dritter bedienen, die gegenüber dem Unternehmer als **Erfüllungsgehilfen** im Sinne von OR 101 I eingesetzt werden. Schädigt ein Erfüllungsgehilfe den Unternehmer, indem er ihm gegenüber die rechtzeitige Säumnisanzeige unterlässt, obwohl die Anzeige dem Bauherrn zumutbar gewesen wäre, hätte er anstelle des Erfüllungsgehilfen gehandelt, so begründet das eine Hilfspersonenhaftung des Bauherrn (vgl. zur Hilfspersonenhaftung auch Rz 1335 ff.). Im Übrigen muss sich der Bauherr das Wissen seiner Hilfspersonen und Stellvertreter anrechnen lassen (Rz 323), was im vorliegenden Zusammenhang vor allem dann interessiert, wenn seine Hilfspersonen (nicht aber der Bauherr) Kenntnis darüber erlangen, dass ein Mitwirkungsversäumnis droht. 1405

4. Enthält der Bauwerkvertrag eine **Freizeichnungsklausel** (siehe OR 100 I und 101 II; Rz 1356 ff.), wird im Einzelfall zu klären sein, wie die Freizeichnung zur Treuepflicht des Bauherrn steht. Es wird sinngemäss auf die Überlegungen in Rz 1358 f. sowie in 1360 f. verwiesen. 1406

## 5. Weitere Voraussetzungen

Zu einer teilweisen oder gar vollständigen Reduktion des Haftungsanspruchs kann es erstens kommen, wenn den Unternehmer am Schaden ein **Mitverschulden** trifft (Rz 1493 ff.). Dass der Unternehmer zur Pflichtverletzung *an sich* beiträgt, fällt bei der Treuepflichtverletzung m.E. ausser Betracht. Eher wird es vorkommen, dass der Unternehmer im Anschluss an die Treuepflichtverletzung durch eigenes Verhalten den Schaden unnötig vergrössert oder nicht vermindert; in diesem Umfang erwächst dem Unternehmer kein Ersatzanspruch gegen den Bauherrn. **Keine Bedeutung** kommt demgegenüber **OR 365 III** sowie ähnlichen, vertraglich nachgebildeten oder ausgebauten Regeln zu, deren Funktion es ist, die Informationspflicht des Unternehmers zu konkretisieren. Unterlässt der Bauherr die rechtzeitige Säumnisanzeige, so sind das keine «Verhältnisse, die eine gehörige oder rechtzeitige 1407

Ausführung des Werkes gefährden». Nicht nur kann die Säumnisanzeige – anders als die Mitwirkung – vom Bauherrn nicht nachgeholt werden, wenn sie einmal versäumt ist; auch ist es so, dass der Unternehmer bis zum eigentlichen Mitwirkungsversäumnis vom Anzeigever säumnis nichts erfahren wird. Die Treuepflichtverletzung braucht er deshalb dem Bauherrn nicht anzuzeigen. Unterlässt er es also, dem Bauherrn das *Mitwirkungsversäumnis* anzuzeigen, so verwirkt er möglicherweise Teile seiner anderen Kompensationsansprüche (Rz 1054, 1224, 1363), nicht aber den Schadenersatzanspruch aus der Verletzung der Treuepflicht bauherrenseits. Besondere Parteiabreden können sodann **vertragliche Bedingungen** vorsehen, die für die Begründung eines Haftungsanspruchs zusätzlich erfüllt sein müssen. Eine allfällige daraus fließende Haftungserleichterung zugunsten des Bauherrn ist freilich im Lichte geschriebener und ungeschriebener Freizeichnungsgrenzen zu beurteilen (vgl. Rz 1356 ff.).

#### 6. Beweislast und Beweismass

- 1408 1. Es kann sinngemäss auf die Ausführungen in Rz 1364 verwiesen werden: Der Unternehmer trägt zunächst die Beweislast für die **Treuepflichtverletzung** des Bauherrn. Weil die Pflichtverletzung regelmässig in der Unterlassung der Säumnisanzeige, d.h. in einer Anzeigesäumnis und mithin in einer negativen Tatsache liegt, ist dem Unternehmer der strikte Beweis normalerweise nicht zumutbar. Folgt man WEBER, darf er sich gar auf den Beweis jener Tatsachen beschränken, von welchen auf die Handlungspflicht des Bauherrn geschlossen werden kann<sup>1871</sup>. Gemeint sind in erster Linie die konkreten Umstände im Vorfeld und während des streitigen Mitwirkungsversäumnisses. Es obliegt dann dem Bauherrn zu zeigen, dass er dieser Handlungspflicht nachgekommen ist. Darzulegen hat der Unternehmer sodann den **Schaden**, der ihm die Anzeigesäumnis des Bauherrn verursacht hat, und den **natürlichen Kausalzusammenhang** zwischen der Anzeigesäumnis und dem Schadenseintritt. Demgegenüber wird das **Verschulden** des Bauherrn nach OR 97 I vermutet, ebenso sein hypothetisches Verschulden für das schädigende Verhalten seiner Hilfspersonen, sodass es grundsätzlich dem Bauherrn obliegt darzutun, dass ihn kein Verschulden trifft. Aufgrund der Überlappung von Pflichtwidrigkeit und Verschulden bei Treuepflichtverletzungen werden weite Teile seines Verschuldens erwiesen sein, wenn dem Unternehmer der

---

<sup>1871</sup> WEBER, BK-OR, Art. 97 N 317.

Pflichtwidrigkeitsbeweis gelingt<sup>1872</sup>. Der Bauherr exkulpiert sich in diesem Fall allenfalls noch durch den Beweis, dass ihm (gegebenenfalls auch an der Stelle der unterlassenden Hilfsperson) die rechtzeitige Säumnisanzeige unter den gegebenen Umständen unzumutbar war bzw. gewesen wäre (siehe Rz 1403 f.).

2. Auch im vorliegenden Zusammenhang wird der Unternehmer bei der Beweisführung hinsichtlich Anzeigesäumnis, Schadensentstehung, Schadenshöhe und natürlicher Kausalzusammenhang regelmässig auf die in Rz 959 ff. umschriebenen, typischen Beweisschwierigkeiten stossen. Bei diesen Beweisthemen gelangt deshalb das **reduzierte Beweismass** gemäss OR 42 II zur Anwendung. 1409

## VI. Verhältnis der Kompensationsansprüche

### A. Verhältnis der Ansprüche untereinander

#### 1. Anspruchskonkurrenz im Umfang der Anspruchskongruenz

1. Setzt man voraus, dass dem Unternehmer im konkreten Streitfall alle vor- 1410 erwähnten Kompensationsansprüche zustehen<sup>1873</sup>, so entscheidet sich das Verhältnis der Ansprüche untereinander anhand der Bandbreite der «abgedeckten» Vermögenseinbussen, d.h. anhand ihrer **inhaltlichen Tragweite**. Der Umfang jedes Anspruchstyps fällt dabei unterschiedlich aus. In absteigender Reihenfolge dieser typologischen Deckungsbandbreite:

- Am weitesten geht der *Schadenersatzanspruch* aus der Verletzung einer 1411 *Mitwirkungspflicht* (Rz 1244 ff.). Er umfasst einerseits sämtlichen mitwirkungsbedingten Mehraufwand einschliesslich AGK- und Risikozuschlag, andererseits alle übrigen Vermögenseinbussen. Nicht enthalten ist in diesem Anspruch lediglich der Gewinnzuschlag auf dem mitwirkungsbedingten Mehraufwand.

<sup>1872</sup> Vgl. WEBER, BK-OR, Art. 99 N 38.

<sup>1873</sup> Weil der Bauherr im Normalfall keiner Mitwirkungspflicht untersteht (Rz 555 ff., 620 ff.), wird dem Unternehmer nur ausnahmsweise ein Schadenersatzanspruch aus der Verletzung einer Mitwirkungspflicht erwachsen.

- 1412 – An zweiter Stelle steht der *Schadenersatzanspruch* aus der Verletzung der *Pflicht zur rechtzeitigen Säumnisanzeige* (Rz 1369 ff.). In absoluten Zahlen wird er in der Praxis meistens kleiner ausfallen als alle anderen Kompensationsansprüche, weil er nur Einbussen erfasst, die bei rechtzeitiger Säumnisanzeige des Bauherrn hätten vermieden werden können (und vermieden worden wären), nicht aber Einbussen aus dem Mitwirkungsversäumnis schlechthin. In typologischer Hinsicht deckt er dagegen mehr Einbussen ab als die Mehrvergütung und der Mehraufwendungsersatz. So erfasst er nicht nur mitwirkungsbedingten Mehraufwand einschliesslich AGK- und Risikozuschlag, sondern auch übrige Vermögenseinbussen. Nicht enthalten ist auch hier der Gewinnzuschlag auf dem mitwirkungsbedingten Mehraufwand.
- 1413 – An dritter Stelle steht der *Mehrvergütungsanspruch* des Unternehmers (Rz 1005 ff.). Bemisst er sich nach dem Aufwand, erfasst er sämtlichen mitwirkungsbedingten Mehraufwand und erlaubt auch Zuschläge für AGK, Risiko und Gewinn<sup>1874</sup>. In den seltenen Fällen, da die mitwirkungsbedingten Einbussen sich auf ein blosses Mehr individuell und fest bepreister Leistungseinheiten beschränkt, richtet sich die Mehrvergütung demgegenüber nach den vereinbarten Festpreisen (Rz 1125 ff.). Nicht erfasst sind in beiden Fällen übrige Vermögenseinbussen.
- 1414 – An letzter Stelle steht der gläubigerverzugsrechtliche Anspruch auf *Mehraufwendungsersatz* (Rz 1130 ff.), der grundsätzlich nur primären, ausnahmsweise auch sekundären, mitwirkungsbedingten Mehraufwand erfasst. Zuschläge jeglicher Art (für AGK, Risiko und Gewinn) auf diesem Mehraufwand sind ausgeschlossen. Ebenfalls nicht gedeckt sind übrige Vermögenseinbussen.
- 1415 2. Es lässt sich mithin im Gegenstand des *Mehraufwendungsersatzanspruchs* ein «Anspruchskern» ausmachen, in dessen Umfang *alle* Kompensationsansprüche gleichsam einem kleinsten gemeinsamen Nenner **kongruieren**, nicht zwingend aber darüber hinaus. Fragt man etwa nach der Ersatzfähigkeit sekundärer, mitwirkungsbedingter Mehraufwände, fällt der Mehraufwendungsersatz in der Regel ausser Betracht, nicht aber der Mehrvergütungs- und die Schadenersatzansprüche. Fragt man nach der Ersatzfähigkeit von übrigen

---

<sup>1874</sup> Auch die Mehrvergütung i.S.v. SIA-118 58 II ist nach dem Mehreinsatz des Unternehmers zu bemessen. Die monetäre Quantifizierung des Mehreinsatzes erfolgt nicht auf Basis der effektiven Selbstkosten, sondern nach «allgemeinen Marktpreisen» (dazu Rz 1104 ff.).



Vermögenseinbussen, fallen sowohl Mehrvergütung als auch Mehraufwendungsersatz ausser Betracht und verbleiben nur noch die Schadenersatzansprüche. Damit bewahrheitet sich die Auffassung nicht, wonach es keinen Unterschied mache, ob der Unternehmer die mitwirkungsbedingten Einbussen über einen Mehrvergütungs- oder einen Schadenersatzanspruch geltend macht<sup>1875</sup>.

Anzumerken ist: Anders als bei der Konkurrenz vertraglicher und 1416 ausservertraglicher Schadenersatzansprüche stehen sich hier ausschliesslich vertragliche Ansprüche unterschiedlicher Natur gegenüber. Dabei liesse sich die Frage aufwerfen, *ob für Schadenersatzansprüche überhaupt Raum besteht, soweit Einbussen bereits von anderen Kompensationsansprüchen gedeckt sind*. Im Umfang dieser anderen Ansprüche nämlich tritt die Kompensationsforderung zu den Aktiven des Unternehmers und «verhindert» sozusagen die Entstehung einer Vermögenseinbusse. Dies führte allerdings dazu, dass dem Unternehmer der Schadenersatzanspruch immer erst «subsidiär», d.h. nur im Umfang solcher Einbussen zur Verfügung stünde, die von keinem anderen Kompensationsanspruch abgedeckt sind. Eine solche Auffassung scheint schon deshalb nicht haltbar, weil alle Ansprüche zumindest im Umfang des erwähnten Anspruchskerns (Rz 1415) den Ersatz identischer Einbussen bezwecken und gleichzeitig unterschiedlichen Tatbestandsvoraussetzungen unterliegen; eine wie auch immer geartete Subsidiarität zwischen den Ansprüchen verträge sich damit nur schlecht. Praktisch wird die Frage wenig relevant sein, weil der Unternehmer sich für den Ersatz des Mehraufwands zunächst auf die verschuldensunabhängigen Ansprüche stützen und erst bei allfälligen übrigen Vermögenseinbussen Schadenersatzansprüche geltend machen wird – die freilich in *diesem* Umfang nicht mit den anderen Kompensationsansprüchen kongruieren.

3. Soweit die Kompensationsansprüche im dargestellten Sinne inhaltlich 1417 kongruieren, liegt im Umfang dieser Kongruenz zwischen den einzelnen Ansprüchen **Anspruchskonkurrenz** vor.

<sup>1875</sup> So aber scheinbar HÜRLIMANN, FS Gauch, S. 821; vgl. auch HENNINGER, BRT 2005, S. 267.

- 1418 **a.** Die Folgen der Anspruchskonkurrenz werden im konkreten Einzelfall zu prüfen sein, doch ist im Grundsatz von der *Alternativität* der Ansprüche auszugehen<sup>1876</sup>: Der Unternehmer darf einen, zwei, drei oder alle vier Ansprüche – wenn ihm denn alle vier zustehen – *nebeneinander geltend machen*. Unterliegt der Bauherr lediglich einer Mitwirkungsobliegenheit, führt sein Mitwirkungsversäumnis beim Unternehmer zunächst einmal zu einem Mehrvergütungs- und einem Mehraufwendungsersatzanspruch. Verletzt der Bauherr neben seiner Mitwirkungsobliegenheit auch eine Pflicht zur Säumnisanzeige, entsteht dem Unternehmer daraus ein dritter Anspruch, nämlich ein Schadenersatzanspruch. Untersteht der Bauherr ausnahmsweise einer Mitwirkungspflicht und verletzt er sowohl sie als auch seine Treuepflicht zur Säumnisanzeige, stehen vier Ansprüche nebeneinander. Das Nebeneinander der beiden Schadenersatzansprüche wird für den Unternehmer freilich wenig relevant sein, weil der Anspruch aus Mitwirkungspflichtverletzung denjenigen aus Treuepflichtverletzung weitgehend umfasst (Rz 1411 f.). Nützlich bleibt der letztere allenfalls, wenn er ausnahmsweise übrige Vermögenseinbussen abdeckt, die der andere Schadenersatzanspruch (aus Mitwirkungspflichtverletzung) nicht erfasst (vgl. etwa die besonderen Konstellationen in Rz 1392, 1395).
- 1419 **b.** *Nicht berechtigt* ist der Unternehmer dagegen zur *Anspruchskumulati-on*<sup>1877</sup> in dem Sinne, dass er für eine und dieselbe mitwirkungsbedingte Einbusse mehr als einmal Ersatz verlangen dürfte. Erhält der Unternehmer unter (irgendeinem) Anspruch eine mitwirkungsbedingte Einbusse ersetzt und erlischt der geltend gemachte Anspruch in diesem Umfang durch Erfüllung (Zahlung), erlöschen die anderen Kompensationsforderungen im Umfang ihrer diesbezüglichen Kongruenz. Weil das Gericht das Recht von Amtes anzuwenden hat (ZPO 57; BGG 106 I), ist der Unternehmer im Prinzip davon entlastet anzugeben, unter welchem Anspruch er den Ersatz seiner Einbussen fordert. Doch muss er bedenken, dass je nach Anspruchsgrundlage unterschiedliche Tatsachenbeweise zu erbringen sind, wie zum Beispiel die verzugsbegründenden Tatsachen beim Gläubigerverzug des Bauherrn (Rz 1204 ff.) oder (wenn es dem Bauherrn gelingt, die diesbezügliche Be-

---

<sup>1876</sup> Vgl. GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz 2936 f. («Alternativität als Regelfall der inner-zivilrechtlichen Konkurrenzfolge» mit Verweis auf die einschlägige Rechtsprechung des Bundesgerichts).

<sup>1877</sup> Siehe GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz 2936.

weislast auf den Unternehmer zu verlagern) das Verschulden des Bauherrn bzw. die hypothetische Vorwerfbarkeit des Hilfspersonenverhaltens.

## 2. Besonderheiten bei Limitierungs- und Entschädigungsabreden

1. Das Verhältnis der Kompensationsansprüche untereinander hängt überdies 1420 davon ab, ob einzelne Ansprüche durch Abrede beschränkt oder ausgeschlossen sind («**Limitierungsabreden**»). Auf die Möglichkeit, die einzelnen Kompensationsansprüche vertraglich zu beschränken oder auszuschliessen, wurde bei den einzelnen Anspruchstypen hingewiesen (Rz 1030 ff., 1222, 1356 ff., 1406). Dort wurde festgestellt, dass eine Limitierung grundsätzlich bei allen Kompensationsansprüchen in mehr oder weniger weitgehendem Umfang vereinbart werden kann. Die wirksame Limitierungsabrede führt dazu, dass der betreffende Kompensationsanspruch des Unternehmers nicht entsteht bzw. auf eine bestimmte Höhe begrenzt wird.

2. Noch nicht behandelt wurde dagegen die Frage, ob und inwieweit eine 1421 Limitierungsabrede **auf einen, mehrere oder alle Kompensationsansprüche durchschlägt** (vgl. zur Freizeichnung im haftungsrechtlichen System: Rz 1360 f.). Grundsätzlich bleibt das eine Auslegungs- und gegebenenfalls Ergänzungsfrage im konkreten Streitfall. Allgemeine Leitlinien lassen sich freilich in Abhängigkeit davon zeichnen, ob die Limitierungsabrede bei der dogmatischen *Natur* des Anspruchs oder bei der *Entschädigungsfolge* ansetzt:

a. Es wird in der Praxis selten vorkommen, dass die Parteien ihre Limitie- 1422 rungsabrede auf einen *bestimmten Typus von Kompensationsanspruch* beschränken. Ist das doch einmal der Fall, ist zu prüfen, ob die Abrede sich auf den vereinbarten Anspruchstypus beschränkt oder analog für andere Anspruchstypen gilt. Für die enge Auslegung spricht die Tatsache, dass die Parteien bei der Limitierung offenbar nur einen spezifischen Anspruchstypus vor Augen hatten. Für eine weite Auslegung der Limitierungsabrede spricht die natürliche Vermutung, dass es aus Sicht der Parteien keinen Sinn macht, einen Ersatzanspruch für eine Vermögenseinbusse auszuschliessen, die unter einem anderen, kongruierenden Anspruchstypus ersatzfähig bleibt. Beispielsweise würde die Auslegung wenig überzeugen, dass trotz Ausschluss des gläubigerverzugsrechtlichen Anspruchs primäre Mehraufwände unter dem Mehrvergütungsanspruch weiterhin ersatzfähig seien. Eher ist anzunehmen, dass eine Limitierung sich nicht nur auf den betreffenden Anspruchstyp, sondern auf die davon erfassten Vermögenseinbussen richten

soll: Der vollständige Ausschluss der Mehrvergütung bedeutet mithin den vollständigen Ausschluss des Mehraufwendungsersatzes, während aber übrige Vermögenseinbussen weiterhin unter einem Schadenersatzanspruch erhältlich bleiben.

1423 Zu einem ähnlichen Resultat gelangt man mit der etwas grobkörnigeren Vorgehensweise, auf die *Pflichtwidrigkeit* des anspruchsbegründenden Verhaltens abzustellen. Das würde in einem Bauwerkvertrag, der eine Mitwirkungspflicht zulasten des Bauherrn enthält, gebieten, Limitierungsabreden, die sich auf den Mehraufwendungsersatz oder die Mehrvergütung richten, nicht auf den Schadenersatzanspruch auszudehnen. Der Bauherr haftet dann erst, aber auch nur beim pflichtwidrigen und schuldhaften Mitwirkungsversäumnis; vor allem das letztere Erfordernis (Verschulden) macht die dogmatische Differenzierung der Limitierungsabrede dann bedeutend.

1424 **b.** Häufiger werden die Parteien Limitierungen vereinbaren, die sich nicht auf die dogmatische Natur des Anspruchs, sondern auf die *Entschädigungsfolgen schlechthin* richten. Zu denken ist etwa an SIA-118 156 (vgl. Rz 1055), an eine unspezifische Bagatell- oder Selbstbeteiligungsklausel, oder auch an mehr oder weniger pauschale Ausschlüsse, wonach «jegliche Ansprüche», «Mehrzahlungen», «Nachträge», «Mehrkosten», «Entschädigungen» usw. im Falle von Mitwirkungsversäumnissen ausgeschlossen seien. In Frage kommen selbstredend auch Haftungsfreizeichnungen zugunsten des Bauherrn (zum Beispiel «Der Bauherr haftet nicht für die Folgen verspäteter Mitwirkung»), selbst wenn er keine eigentliche Mitwirkungspflicht trägt; auch eine solche «Freizeichnung» müsste nach Treu und Glauben als Limitierungsabrede verstanden werden. Je pauschaler der Entschädigungsgegenstand der Limitierungsabrede (zum Beispiel «sämtliche Kostenfolgen»), desto weniger Raum verbleibt für Kompensationsansprüche, gleich welcher Art. Je spezifischer dagegen der Entschädigungsgegenstand von Limitierungsabreden, desto eher bestehen hinsichtlich anderer Vermögenseinbussen die Kompensationsansprüche fort. Ist beispielsweise vereinbart, dass mitwirkungsbedingte Kostensteigerungen nicht zu entschädigen seien, schliesst das einen Mehrvergütungs- und einen Schadenersatzanspruch mutmasslich nur gerade mit Blick auf solche Einbussen aus, nicht aber hinsichtlich der zahlreichen übrigen, primären und sekundären Einbussen, auf die sich diese Ansprüche auch noch erstrecken. Ist dagegen vereinbart, dass «mitwirkungsbe-

dingte Mehrkosten der Herstellung» nicht zu ersetzen seien<sup>1878</sup>, so fällt es unter allen Ansprüchen ausser Betracht, dem Unternehmer solche Mehrkosten zu ersetzen; sind Schadenersatzansprüche gegeben, verbleibt aber gegebenenfalls Raum für den Ersatz übriger Vermögenseinbussen. Immer vorausgesetzt ist dabei, dass die Limitierungsabrede hinsichtlich des Anspruchs, auf den sie sich richtet oder auf den sie analog angewendet werden soll, die Grenzen des Zulässigen einhält (Rz 1031 ff., 1356 ff.).

3. Auslegungsfragen stellen sich schliesslich auch, wenn die Parteien nicht <sup>1425</sup> eine Limitierung, sondern eine **besondere Entschädigungsregel** für den Fall des Mitwirkungsversäumnisses treffen. Im Streitfall muss zunächst ermittelt werden, ob die Parteien einen *Entschädigungsanspruch sui generis* geschaffen haben oder ob sich die Entschädigungsregel darauf beschränkt, einen einzelnen der vorerwähnten Anspruchstypen zu *modifizieren*. Ein Anspruch *sui generis* kommt vermutungsweise alternativ – und zusätzlich – neben die vorerwähnten Anspruchstypen zu stehen (vgl. Rz 1417 ff.), während eine Modifikationsabrede vermutungsweise zwar tatbestandliche Voraussetzungen und/oder Rechtsfolgen des betreffenden Anspruchs anpasst, im Übrigen aber Anzahl und Verhältnis der Kompensationsansprüche nicht verändert. In beiden Fällen können freilich Indizien dafür sprechen, dass die Entschädigungsregel einen oder mehrere Kompensationsansprüche ganz oder teilweise verdrängt. Als *Beispiel für eine vergütungsrechtlich konzipierte Entschädigungsregel sui generis* soll hier die bereits besprochene Mehrvergütung aus **SIA-118 58 II** dienen (Rz 1081 ff.): Mit Blick auf das Mitwirkungsversäumnis des Bauherrn liegt in dieser Bestimmung eine letztlich vergütungsrechtliche Lösung für ein gläubigerverzugsrechtliches Problem, was Konkurrenzfragen aufwirft:

a. Verdrängt der Anspruch aus SIA-118 58 II im Festpreisvertrag den vorne <sup>1426</sup> diskutierten *Mehrvergütungsanspruch* des Unternehmers (Rz 1060 ff.)? Das ist zu bejahen, weil die Bestimmung eine *vergütungsrechtliche* Lösung anordnet und zum Ausdruck bringt, dass sich die Vergütung integral nach be-

<sup>1878</sup> Ob sich eine Limitierungsabrede auf Herstellungskosten und/oder andere Vermögenseinbussen bezieht, muss im Einzelfall ermittelt werden. Fraglich wäre das m.E. etwa in Ziff. 4.6 des KBOB-Mustervertrags «Totalunternehmervertrag (Hochbau)» (Nr. 39, Version 2018), wonach der «vereinbarte totale Werkpreis und das vereinbarte Kostendach [...] nach oben oder unten angepasst» werden, wenn u.a. «nachgewiesene Mehrkosten aufgrund der Erstreckung von Terminen, die nicht vom Totalunternehmer zu verantworten ist» eintreten (H.h.).

sonderen, normeigenen Regeln beurteilt (SIA-118 86–91; siehe zwar zur Dysfunktion dieser Regeln im hier interessierenden Zusammenhang: Rz 1104 ff.) und objektiviert bemisst (SIA-118 62 I; «allgemeine Marktpreise»). Für einen Mehrvergütungsanspruch, wie er vorne besprochen ist (Rz 1067 ff.) und der sich wie eine reine Aufwandvergütung bemisst, verbleibt hier kein Raum. Bedeutsam ist das mitunter, weil SIA-118 58 II ein Verschulden vonseiten des Bauherrn voraussetzt. *E contrario* steht dem Unternehmer im SIA-Bauwerkvertrag aus (im Sinne der Norm) unverschuldeten Mitwirkungsversäumnissen des Bauherrn *kein vergütungsrechtlicher Kompensationsanspruch* zu.

1427 **b.** Verdrängt SIA-118 58 II im Festpreisvertrag auch den Anspruch des Unternehmers auf den *gläubigerverzugsrechtlichen Mehraufwendungsersatz* (Rz 1130 ff.)? Das ist zu verneinen, weil SIA-118 58 II ganz allgemein auf «besondere Verhältnisse» zielt und damit die Kompensationsfolgen des Gläubigerverzugs bauherrenseits ebenso wenig abschliessend regelt wie etwa SIA-118 94 II. Bedeutsam ist das im SIA-Bauwerkvertrag mit Blick auf unverschuldete Mitwirkungsversäumnisse, für die dem Unternehmer nach SIA-118 58 II keine Mehrvergütung zusteht.

1428 **c.** Verdrängt SIA-118 58 II schliesslich im Festpreisvertrag den Anspruch des Unternehmers auf *Schadenersatz*, wenn der Bauherr eine Mitwirkungspflicht verletzt (Rz 1244 ff.)? Der SIA-Bauwerkvertrag sieht keine Mitwirkungspflicht des Bauherrn vor (Rz 679 ff.), sodass sich die Frage zunächst einmal nicht stellt. Trägt aber der Bauherr im SIA-Bauwerkvertrag ausnahmsweise eine Mitwirkungspflicht aus Abrede oder Vertragsergänzung, ist die Frage zu verneinen. So sieht die Norm in SIA-118 97 I vor, dass dem Unternehmer schon infolge der Verletzung einer Mitwirkungsobliegenheit Schadenersatzansprüche entstehen, wenn das Versäumnis des Bauherrn bei ihm zu einer Fristüberschreitung führt (siehe Rz 685). Diese Schadenersatzansprüche gehen ihrer Natur nach über den Vergütungsanspruch von SIA-118 58 II hinaus, sodass anzunehmen ist, dass SIA-118 58 II zwar die vergütungsrechtlichen, nicht aber die schadenersatzrechtlichen Kompensationsfolgen des Mitwirkungsversäumnisses bauherrenseits normiert. Das bestätigt sich in SIA-118 23 II, wo die Norm betreffend Pflichten und Pflichtverletzungen auf die gesetzlichen Regeln von OR 97 ff. und 363 ff. verweist.

1429 Anzumerken bleibt, dass dem Unternehmer im SIA-Bauwerkvertrag der Schadenersatzanspruch aus der schuldhaft unterlassenen Säumnisanzeige des Bauherrn zusteht, gleich, ob der Vertrag eine Mitwirkungspflicht vorsieht oder nicht (vgl. Rz 1370).

## B. Verhältnis der Ansprüche zu solchen aus vorzeitiger Vertragsbeendigung

Bei der vorzeitigen Beendigung des Vertrags gewährt das Gesetz dem Unternehmer gewisse Liquidationsansprüche, deren Verhältnis zu den Kompensationsansprüchen des Unternehmers nachfolgend besprochen wird. Begonnen wird mit den besonderen Teilvergütungs- und Schadenersatzansprüchen des Unternehmers aus OR 376 und 378 (1.). Der an sich zu dieser Normengruppe gehörende Anspruch aus OR 377 wird zum darauffolgenden Abschnitt gefasst, in welchem es um die Ansprüche des Unternehmers aus der Vertragsbeendigung durch den Bauherrn geht (2.). Schliesslich werden die Ansprüche beleuchtet, die dem Unternehmer aus der von ihm selbst herbeigeführten Vertragsauflösung erwachsen (3.).

### 1. In den Fällen von OR 376 und 378

1. Inhalt und Natur der Bestimmungen von OR 376 und 378 wurden bereits im Zusammenhang mit dem Verbindlichkeitsgrad der Bestellermitwirkung untersucht (dazu Rz 569 ff., 572 ff., 578 ff.). Die folgenden Ausführungen beschränken sich auf den Umfang der besonderen Teilvergütungs- und Schadenersatzansprüche, die dem Unternehmer beim Untergang des Werks (OR 376) bzw. bei der nachträglichen Leistungsunmöglichkeit (OR 378) entstehen. Weil sich sowohl Teilvergütungs- als auch Schadenersatzanspruch unter beiden Bestimmungen gleich bemessen, werden sie nachfolgend am Beispiel des sprachlich präziseren OR 378 erläutert. Danach wird auf OR 376 zurückzukommen sein.

2. OR 378 I berechtigt den Unternehmer zur «**Vergütung der geleisteten Arbeit und der im Preise nicht inbegriffenen Auslagen**» (H.h.), wenn «die Vollendung des Werkes durch einen beim Besteller eingetretenen Zufall unmöglich» wird. Dass dem Unternehmer diese **Teilvergütung** ausgerichtet wird, rührt daher, dass der Werkvertrag bei nachträglicher Leistungsunmöglichkeit für die Zukunft, also *ex nunc* aufgelöst wird, womit die gegenseitigen Ansprüche der Parteien nur für die Zukunft, nicht aber für den bereits abgewickelten Teil des Werkvertrags dahinfallen<sup>1879</sup>. Soll das Verhältnis dieser Vergütung zu den vorne diskutierten Kompensationsansprüchen geklärt werden, ist zu ermitteln, was die «Vergütung der geleisteten Arbeit»

<sup>1879</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rz 732; ZINDEL/PULVER/SCHOTT, BSK-OR, Art. 378 N 17.

einerseits und die «im Preise nicht inbegriffenen Auslagen» andererseits beinhalten. Wenn auch der zweite Passus vom «Preise» spricht und der erste von der «Vergütung», meint der zweite damit begrifflich dasselbe, nämlich die «Vergütung der geleisteten Arbeit». Das ergibt sich aus der französischen Fassung von OR 378 I<sup>1880</sup>. Demnach aber kann der eine Passus nicht unabhängig vom anderen gedeutet werden. Vielmehr sind die «im Preise nicht inbegriffenen Auslagen» erst begrifflich, wenn feststeht, was die «Vergütung der geleisteten Arbeit» umfasst bzw. nicht umfasst. Dabei stellt sich das Problem, dass die beiden Begriffe nicht unter allen Vergütungsmodi auseinandergehalten werden können bzw. müssen:

- 1433 a. Legt man die «Vergütung der geleisteten Arbeit» wörtlich aus, so beschränkt sich dieser Teil der Vergütung auf die effektiv vom Unternehmer verrichtete, «reine» Arbeit, d.h. seinen *Einsatz an eigener Arbeitskraft*<sup>1881</sup>. Diese Zweiteilung von «Arbeit» einerseits und «Auslagen» andererseits erinnert an OR 374, der ebenfalls zwischen dem «Wert der Arbeit» und den «Aufwendungen des Unternehmers» differenziert. Und tatsächlich ist die *reine Aufwandvergütung* der einzige Vergütungsmodus, mit welchem der Wortlaut von OR 378 I problemlos zu vereinbaren ist. Wohl mit diesem Vergütungsmodus vor Augen ordnet OR 378 I an: Der Unternehmer soll einerseits für die effektiv verrichtete Arbeit vergütet werden, andererseits für sämtliche in dieser Vergütung nicht enthaltenen Geldauslagen (Kosten für Löhne, Material, Inventar und Fremdleistungen)<sup>1882</sup>, die ihm bis zum Zeitpunkt der Vertragsbeendigung entstanden sind, zzgl. Zuschläge für AGK, Risiko und Gewinn (OR 374, *Cost plus Fee*). So verstanden kommt es nicht darauf an, ob sich Arbeit und Auslagen des Unternehmers im Werk «nieder-

---

<sup>1880</sup> OR 378 I: «Si l'exécution de l'ouvrage devient impossible par suite d'un cas fortuit survenu chez le maître, l'entrepreneur a droit au prix du travail fait et au remboursement des dépenses non comprises *dans ce prix*» (H.h.). Vgl. auch KOLLER A., Werkvertragsrecht, Rz 284.

<sup>1881</sup> Vgl. GAUCH, Werkvertrag, Rz 539 (im Kontext von OR 377, aber auf OR 376 III und 378 I verweisend).

<sup>1882</sup> Vgl. HÜRLIMANN/SIEGENTHALER, CHK-OR, Art. 378 N 2 i.V.m. Art. 377 N 4: An letzterer Stelle wird geäußert, dass «sämtliche Vertragsleistungen» bis zur Vertragsauflösung zu vergüten seien, einschliesslich geleistete Arbeit, «Vorbereitungs- und Erstellungskosten inklusive den Kosten für die Werkstoffe», gleich ob letztere bereits verwendet oder vom Unternehmer erst angeschafft worden sind (im zweiten Fall sei freilich zu prüfen, ob der Unternehmer die Werkstoffe anderweitig verwenden bzw. dem Bauherrn zurückgeben kann).



geschlagen» haben oder nicht<sup>1883</sup>. Eine solche am «Output», am Werkausführungsstand anknüpfende Betrachtungsweise drängt sich nur bei der Bemessung von Festpreisen auf. Bei der Aufwandvergütung ist allein massgeblich, dass dem Unternehmer Selbstkosten entstanden sind, die sich ihrem Zweck nach auf die Werkherstellung richten und mithin nicht werkfremd sind (vgl. Rz 757 f., 1041 ff.), solange der Unternehmer dabei nur sorgfältig und angemessen vorgeht (vgl. Rz 1047).

**b.** Allerdings ordnet OR 378 I für den Fall der Leistungsunmöglichkeit nicht 1434 ungeachtet des Vertragsinhalts eine reine Aufwandvergütung an<sup>1884</sup>. Massgeblich ist vielmehr, ob und welche Vergütungsabrede die Parteien getroffen haben. Nur wenn die Parteien keine oder nur eine ungefähre Vergütungsabrede getroffen oder eine reine Aufwandvergütung vereinbart haben, bemisst sich die Teilvergütung im Sinne von OR 378 I nach dem Modus von OR 374<sup>1885</sup>. Haben die Parteien aber eine andere Vergütungsabrede getroffen (Festpreise, Kostenansätze usw.), so wird zu Recht festgehalten, dass ausschliesslich «auf *deren* Basis sowohl die bisherige Arbeitsleistung des Unternehmers als auch dessen bereits getätigte Auslagen abzugelten» sind<sup>1886</sup>. Das kommt in der Literatur nicht immer eindeutig zur Geltung<sup>1887</sup>, ist aber entscheidend, weil in diesem Fall die Zweiteilung von «Vergütung der geleisteten Arbeit» und «im Preise nicht inbegriffenen Auslagen» in OR 378 I

<sup>1883</sup> So aber offenbar KOLLER A., Werkvertragsrecht, Rz 284 («Ersatzfähig sind also auch Auslagen, die sich noch nicht im Werk niedergeschlagen haben»). Vgl. auch GAUCH, Werkvertrag, Rz 687: Hiernach kommt es auf das Kriterium des «Niederschlags» nur bei der Teilvergütung an, die der Bauherr infolge seiner eigenen Kündigung (OR 107 II/109, 366 I) auszurichten hat, wenn er den ausgeführten Werkteil behalten will.

<sup>1884</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rz 730.

<sup>1885</sup> KOLLER A., Werkvertragsrecht, Rz 286; ZINDEL/PULVER/SCHOTT, BSK-OR, Art. 378 N 18.

<sup>1886</sup> KOLLER A., Werkvertragsrecht, Rz 286 (H.h.). Vgl. auch GAUCH, Werkvertrag, Rz 730 i.V.m. Rz 537 ff.

<sup>1887</sup> Vgl. z.B. GAUCH, Werkvertrag, Rz 539 (im Kontext von OR 377), wonach OR 378 I verdeutliche, dass die *neben der «reinen» Arbeit angefallenen* übrigen Aufwendungen *gesondert* zu vergüten seien. Die gesonderte Vergütungsanordnung müsste demnach in den «im Preise nicht inbegriffenen Auslagen» erblickt werden. Dann aber stipulierte OR 378 I insgesamt nichts anders als eine Selbstkostenvergütung für eigene Arbeit, Löhne, Material, Inventar und Fremdleistungen, und zwar auch für den Fall, dass die Parteien einen Festpreis vereinbart haben. Das entspricht aber offenbar auch GAUCHS Verständnis nicht (vgl. a.a.O., Rz 730 f.).

bedeutungslos wird. Die Teilvergütung im Sinne von OR 378 I berechnet sich dann vielmehr wie folgt: Ist ein Pauschalpreis vereinbart, schuldet der Bauherr eine anteilige Teilvergütung, d.h. jenen Betrag, der «zum Pauschalpreis im gleichen Verhältnis steht wie der Wert der erbrachten Teilleistung zum Wert der ganzen Leistung»<sup>1888</sup>. Sind granulare Festpreise (namentlich Einheitspreise, Rz 1115) vereinbart, bemisst sich die Teilvergütung nach den geleisteten Mengen (dem geleisteten Ausmass), multipliziert mit den vereinbarten Preisen. Allenfalls erwächst den Parteien das Recht, eine Korrektur der Festpreise zu verlangen<sup>1889</sup>. Sind Regiepreise vereinbart, bemisst sich die Teilvergütung nach der Anzahl der aufgewendeten Einheiten preislich pauschalierter Aufwandtypen (Rz 1022 ff.).

- 1435 c. Nach diesem Verständnis von OR 378 I verbleibt bei Festpreisen und Regiepreisen *kein Raum* dafür, dem Unternehmer *über die soeben umschriebene Teilvergütung hinaus* «im Preise nicht inbegriffene Auslagen» zu ersetzen. Zu vergüten ist dem Unternehmer beim Pauschalpreis nur die Teilvergütung, die relativ dem Stand der Werkausführung entspricht, beim Einheitspreis nur die Teilvergütung, wie sie sich aus dem bislang erreichten Ausmass ergibt, beim Regiepreis nur die Teilvergütung, die sich aus den geleisteten Aufwandeinheiten ergibt. Eine andere, von OR 378 I nicht geregelte Frage ist, was gelten soll, wenn die Vergütungsabrede der Parteien *lückenhaft* ist. Mit Blick auf das Mitwirkungsversäumnis des Bauherrn wird das bei Festpreisabreden regelmässig der Fall sein und kann auch bei Regiepreisabreden zutreffen. Das führt entsprechend den früheren Ausführungen (Rz 1023–1025, 1067 ff.) zu einer Mehrvergütung des Unternehmers. Seinen Rechtsgrund hat dieser Anspruch freilich nicht in OR 378 I, denn die Bestimmung besagt lediglich, dass der Unternehmer seinen anteiligen Vergütungsanspruch behält, *insoweit* er ihn erworben hat. Seinen Rechtsgrund hat der Anspruch vielmehr in der vergütungsrechtlichen Vertragslücke bzw. deren Ergänzung. Demnach entsteht dem Unternehmer aus OR 378 I kein selbstständiger

---

<sup>1888</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rz 730 i.V.m. 538; vgl. ZINDEL/PULVER/SCHOTT, BSK-OR, Art. 378 N 18.

<sup>1889</sup> Der Unternehmer dürfe eine Preisanpassung verlangen, wenn die vorzeitige Vertragsbeendigung zu Mindermengen und diese wiederum zu einer Unterdeckung der vereinbarten Einheitspreise führt (GAUCH, Werkvertrag, Rz 730 i.V.m. 538). Dagegen dürfe der Bauherr verlangen, dass Preise, die aufgrund einer Mischkalkulation Kosten mitabdecken, die erst im Rahmen künftiger Leistungspositionen angefallen wären, um die betreffenden Kostenelemente gekürzt werden (GAUCH, Werkvertrag, Rz 730 i.V.m. 538a).

Mehrvergütungsanspruch, der mit den vorne diskutierten Kompensationsansprüchen des Unternehmers in Konkurrenz treten könnte.

**d.** Eine alternative Auslegung von OR 378 I bestünde darin, den Passus 1436 «Vergütung der geleisteten Arbeit» als *pars pro toto* für die vertragliche Teilvergütung aufzufassen, sodass daneben Raum für den *zusätzlichen Ersatz* der in dieser Teilvergütung «nicht inbegriffenen Auslagen» verbliebe. Aus der Literatur ergeben sich dafür, wenn überhaupt, nur vage Indizien<sup>1890</sup>. Nach dieser Auslegung jedenfalls wären gegebenenfalls auch mitwirkungsbedingte Mehraufwände ersatzfähig, die dem Unternehmer im Vorfeld der Vertragsbeendigung entstanden sind und deren Abgeltung über die Fest- oder Regie(teil-)vergütung nicht erfolgt. Dass aber eine solche «gemischte» Entschädigung, bestehend aus der vertragsgemässen Teilvergütung einerseits und einem vom Vergütungsmodus unabhängigen Auslagenersatz andererseits, die Rechtsfolge von OR 378 I sein soll, ist zweifelhaft. Die Norm setzt vonseiten des Bauherrn weder eine Pflichtwidrigkeit noch ein Verschulden voraus, weshalb es sich nicht rechtfertigen liesse, den Vergütungsanspruch des Unternehmers über den vertraglichen Vergütungsmodus hinaus zu vergrössern<sup>1891</sup>. Zudem gerieten so die «im Preise nicht inbegriffenen Auslagen» für den Unternehmer zum praktischen Auffanggefäss, durch welches er im Zuge der vorzeitigen Vertragsbeendigung *sämtliche* (Mehr-)Kosten geltend machen könnte, die ihm durch die Werkherstellung entstanden und aus welchem Grund auch immer vom vereinbarten Preis nicht gedeckt sind. Teleologisch sachgerechter – wenn man denn diese Auslegungsweise verträte – erschiene wenn schon, dem Unternehmer nur solche in der Teilvergütung nicht inbegriffenen Auslagen zusätzlich zu ersetzen, die sich allein *aufgrund der vorzeitigen Vertragsbeendigung* nicht in der Teilvergütung niederschla-

<sup>1890</sup> Siehe z.B. GAUCH, Werkvertrag, Rz 730 i.V.m. 539, wonach die durch die Vertragsbeendigung «notwendig gewordene Aufräumung des Arbeitsplatzes» zusätzlich vergütet werden müsse, wenn «die betreffenden Kosten nicht schon in der vertragsgemässen Vergütung für das bereits Geleistete enthalten» seien. Auf eine Aufwandvergütung kann sich diese Aussage nicht richten, weil von einer solchen die Aufräumarbeiten ja gedeckt wären. So besehen müsste dieser Aussage die Vorstellung zugrunde liegen, dass der Anspruch auf vertragsgemässe Teilvergütung *neben* einen (zusätzlichen) Anspruch auf Auslagenersatz zu stehen kommen könne. Dass dies GAUCHS Standpunkt entspricht, ist freilich im Lichte anderer Passagen a.a.O. zweifelhaft (vgl. etwa GAUCH, Werkvertrag, Rz 730 i.V.m. Rz 537 ff.).

<sup>1891</sup> Vgl. dazu die Überlegungen GAUCHS im Kontext der Teilvergütung von OR 377 (GAUCH, Werkvertrag, Rz 537).

gen können (Bsp. im Festpreisregime: die Kosten des bereits eingekauften, aber noch nicht in die Bauleistung eingeflossenen Baustoffs<sup>1892</sup>). Auch ein solcher Auslagenersatzanspruch träte freilich nicht in Konkurrenz zu den Kompensationsansprüchen des Unternehmers, weil letztere nicht auf den Ersatz von Nachteilen zielen, die auf die vorzeitige Vertragsbeendigung zurückgehen.

1437 **3. Im Ergebnis** begründet OR 378 I bei der vorzeitigen Vertragsbeendigung keinen selbstständigen Mehrvergütungsanspruch für zuvor entstandenen mitwirkungsbedingten Mehraufwand. OR 378 I verweist den Unternehmer lediglich auf denjenigen Vergütungsanspruch, der ihm kraft der vertraglichen Vergütungsregeln bis zum Zeitpunkt der vorzeitigen Vertragsbeendigung zusteht. Ob dem Unternehmer aus diesen Regeln ein Mehrvergütungsanspruch für mitwirkungsbedingte Mehrleistungen erwächst, und auch, ob diese Regeln diesbezüglich lückenhaft sind, normiert OR 378 I nicht, sondern beantwortet sich durch Auslegung und gegebenenfalls Ergänzung der vertraglichen Vergütungsregeln. Selbst aber wenn von OR 378 I nebst der Teilvergütung zusätzlich ein Anspruch auf Auslagenersatz zugunsten des Unternehmers abzuleiten wäre, müsste sich dieser Anspruch auf Auslagen beschränken, die beendigungsbedingt nicht in die Teilvergütung einfließen; eine Konkurrenz mit den Kompensationsansprüchen des Unternehmers könnte sich daraus nicht ergeben.

1438 **4.** OR 378 II berechtigt den Unternehmer «überdies» zu **Schadenersatz**, wenn der Besteller «die Unmöglichkeit der Ausführung **verschuldet**» hat bzw. dem Besteller das schädigende Verhalten einer Hilfsperson im Sinne von OR 101 I zuzurechnen ist. Dieser Schadenersatzanspruch entspricht der «vollen Schadloshaltung», die dem Unternehmer nach OR 377 bei der Kündigung durch den Besteller<sup>1893</sup> geschuldet ist, und auch dem «Schadenersatz», der dem Unternehmer nach OR 376 III bei Verschulden des Bauherrn geschuldet ist. Der Anspruch zielt seiner Natur nach nicht auf den Ersatz bereits getätigten Aufwands, sondern auf die Wiedergutmachung von Einbussen, die den Unternehmer ab dem und aufgrund des Unmöglichkeitseintritts treffen. Es spielt dabei, wie gesehen (Rz 582), keine Rolle, ob man diesen Schadenersatzanspruch als Folge einer Pflichtverletzung versteht oder nicht: Im ersten Fall würde sich der Ersatzanspruch auf den gesamten

---

<sup>1892</sup> HÜRLIMANN/SIEGENTHALER, CHK-OR, Art. 378 N 2 i.V.m. Art. 377 N 4.

<sup>1893</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rz 734 i.V.m. 542 ff.

Auflösungsschaden des Unternehmers richten<sup>1894</sup>, d.h. auf sämtliche Vermögenseinbussen, die adäquat kausal auf die Verunmöglichung der Werkausführung zurückgehen. Im zweiten Fall beschränkt sich der Ersatzanspruch auf das «Vergütungsinteresse»<sup>1895</sup>, also auf den Vermögensvorteil, den der Unternehmer durch die Vergütung erlangt hätte, wie sie ihm geschuldet gewesen wäre, hätte er den Vertrag ordnungsgemäss erfüllt bzw. erfüllen können<sup>1896</sup>. Die vorne diskutierten Kompensationsansprüche beziehen sich dagegen auf Vermögenseinbussen, die nicht von der vorzeitigen Vertragsbeendigung herrühren, sondern von einem Mitwirkungsversäumnis. Der Schadenersatzanspruch aus OR 378 II kongruiert mit ihnen daher nicht<sup>1897</sup>. Auch «absorbiert» er die Schadenersatzansprüche aus der Verletzung einer (allfälligen) Mitwirkungs- oder Treuepflicht nicht und lässt diese Ansprüche, einmal entstanden, auch nicht untergehen<sup>1898</sup>.

<sup>1894</sup> Vgl. GAUCH, Werkvertrag, Rz 689. Siehe auch KOLLER A., Werkvertragsrecht, Rz 479: «Ersatz vergütungsunabhängiger Nachteile».

<sup>1895</sup> So bezeichnet bei GAUCH, Werkvertrag, Rz 550; KOLLER A., Werkvertragsrecht, Rz 287. Weniger präzise die Bezeichnung «positives Vertragsinteresse» bei ZINDEL/PULVER/SCHOTT, BSK-OR, Art. 378 N 21. Zu bereinigen ist das Vergütungsinteresse zudem um die Einsparungen, die der Unternehmer durch die ausbleibende Erfüllung erzielt, sowie um die Einkünfte, die er durch den anderweitigen Einsatz seiner nun frei gewordenen Produktionsmittel erzielt bzw. absichtlich zu erzielen unterlässt (KOLLER A., Werkvertragsrecht, Rz 287, in Analogie zu OR 324 II).

<sup>1896</sup> Nicht eingeschlossen ist dabei entgangener Gewinn aus potenziellen Drittaufträgen (GAUCH, Rz 734 i.V.m. 550; vgl. vorne Rz 840), ebenso wie allfälliger Mehraufwand zugunsten Dritter (Rz 837 ff.) und eine Haftung ggü. Dritten (Rz 835 f.). «Gewinn» darf der Unternehmer nur im Sinne jenes Nettoertrags fordern, den er bei vertragsgemässer Ausführung durch die Entrichtung der Vergütung erzielt hätte. Die Gewinnmarge darf das Gericht nicht herabsetzen (BGE 96 II 192 E. 6).

<sup>1897</sup> So offenbar auch KOLLER A., Werkvertragsrecht, Rz 479, wonach der Unternehmer bei Verletzung einer (echten) Mitwirkungspflicht durch den Besteller Anspruch auf «Ersatz vergütungsunabhängiger Nachteile» habe, «ein Anspruch, der nach Art. 378 OR nicht besteht (Art. 103 OR)».

<sup>1898</sup> Vgl. GAUCH, Werkvertrag, Rz 533 (dort im Kontext von OR 377): Allfällige früher vom Unternehmer (und auch vom Besteller) erworbene Schadenersatzansprüche bleiben von der vorzeitigen Vertragsauflösung unberührt.

- 1439 **5.** Zum Schluss ist auf **OR 376** zurückzukommen (siehe Rz 569 ff., 572 ff.), der hier im Fall interessiert, da der Besteller vor der Ablieferung des vollendeten Werks die Vergütungs- und Leistungsgefahr trägt. Nur dann nämlich handelt die Bestimmung von der vorzeitigen Vertragsbeendigung<sup>1899</sup>. Das ist zum einen der Fall, wenn der Besteller zum Zeitpunkt des Untergangs im Gläubigerverzug steht (OR 376 I)<sup>1900</sup>. Damit gleichzusetzen ist der Fall, in dem das Werk allein wegen des (mittlerweile weggefallenen) Annahmeverzugs noch vor der Ablieferung vom Zufall getroffen wird<sup>1901</sup>. Zum anderen trägt der Besteller die Vergütungs- und Leistungsgefahr, wenn das Werk «wegen eines Mangels des vom Besteller gelieferten Stoffes oder des angegebenen Baugrundes oder infolge der von ihm vorgeschriebenen Art der Ausführung» verschuldet oder unverschuldet untergeht (OR 376 III)<sup>1902</sup>. Der schwer denkbare Fall, in dem die Ursache des Untergangs im Annahmeverzug *an sich* liegt, wird nicht unter OR 376 I, sondern unter OR 376 III subsumiert<sup>1903</sup>. Der Anspruch auf **Teilvergütung** in OR 376 I und 376 III, der dem Unternehmer in diesen Fällen zusteht, ist identisch mit jenem von OR 378 I<sup>1904</sup>, wobei den sprachlichen Unterschieden keine Bedeutung beizumessen ist<sup>1905</sup>. Sodann ist der **Schadenersatzanspruch** aus OR 376 III,

---

<sup>1899</sup> Trägt dagegen, was der Regelfall ist, der Unternehmer die Leistungs- und Preisgefahr, so steht ihm beim zufälligen Untergang des Werks bzw. Werkteils keine Vergütung zu und er bleibt zudem verpflichtet, das Werk bzw. den Werkteil entschädigungslos wiederherzustellen.

<sup>1900</sup> Der in OR 376 I genannte Annahmeverzug steht dem Verzug mit einer Vorbereitungshandlung (OR 91) gleich (BÜHLER, ZK-OR, Art. 376 N 21).

<sup>1901</sup> Vgl. GAUCH, Werkvertrag, Rz 1193.

<sup>1902</sup> Vgl. zum Anwendungsbereich dieser Norm Rz 573. Vorausgesetzt ist jedenfalls, dass der Unternehmer «den Besteller auf diese Gefahren rechtzeitig aufmerksam gemacht hat» (OR 376 III), was fürs Weitere unterstellt wird.

<sup>1903</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rz 1193.

<sup>1904</sup> So mindestens hinsichtlich OR 376 III und OR 378 I: GAUCH, Werkvertrag, Rz 1200. Vgl. auch KOLLER A., Werkvertragsrecht, Rz 1014, wonach der Unternehmer bei OR 376 I im Annahmeverzug des Bestellers «den ganzen Werklohn zugut» haben soll, was wohl aber nur für den Fall gelten soll, da das Werk bereits vollendet, aber noch nicht «übergeben» (OR 376 I), also noch nicht abgeliefert ist. Genauer bei GAUCH, Werkvertrag, Rz 1191, wonach der Besteller die Vergütung «für die erbrachte Werkleistung» schuldet.

<sup>1905</sup> OR 376 I berechtigt den Unternehmer zu «Lohn für seine Arbeit» sowie zu einer «Vergütung seiner Auslagen». OR 376 III berechtigt den Unternehmer zur «Vergütung der bereits geleisteten Arbeit und der im Lohne nicht eingeschlossenen Auslagen».

der dem Unternehmer «überdies» (d.h. zusätzlich zur Teilvergütung) zusteht, wenn den Bauherrn «ein Verschulden trifft»<sup>1906</sup>, identisch mit jenem aus OR 378 II<sup>1907</sup>. Es kann insoweit auf die soeben gemachten Ausführungen zu OR 378 verwiesen werden (Rz 1431 ff.). Dies mit dem Ergebnis, dass dem Unternehmer auch aus OR 376 keine Teilvergütungs- und Schadenersatzansprüche erwachsen, die mit den bereits erwähnten Kompensationsansprüchen konkurrieren könnten.

## 2. Vertragsauflösung durch den Bauherrn

1. Nach **OR 377** kann der Bauherr den Werkvertrag **jederzeit kündigen**, 1440 solange das Bauwerk noch nicht vollendet ist. Dazu was folgt:

a. Auf Inhalt und Natur dieses Kündigungsrechts wurde bereits im Zusammen- 1441 hang mit dem Verbindlichkeitsgrad der Bestellermitwirkung eingegangen (Rz 560 ff.). Zu erinnern ist an die dort gemachte Feststellung, dass sich das freie Kündigungsrecht des Bestellers *nicht mit einer real vollstreckbaren Mitwirkungspflicht verträgt*. Raum für das Kündigungsrecht verbleibt nur bei einer Mitwirkungsobliegenheit oder einer rein kompensatorischen Mitwirkungspflicht, wobei auch dann im konkreten Einzelfall durch Vertragsauslegung zu beantworten sein wird, ob der Bauherr über das Kündigungsrecht verfügt oder nicht<sup>1908</sup>.

b. Der Anspruch auf *Teilvergütung*, der dem Unternehmer aus der Kündi- 1442 gung des Bauherrn nach OR 377 erwächst, ist identisch mit jenem aus OR 376 I<sup>1909</sup> (im Annahmeverzug des Bauherrn), 376 III und 378 I. Entgegen dem zu eng geratenen Wortlaut von OR 377 ist dem Unternehmer daher nicht nur die «bereits geleistete Arbeit» zu vergüten, sondern die gesamte vertragsgemässe Vergütung, die ihm per Zeitpunkt der vorzeitigen Vertrags-

<sup>1906</sup> Siehe zu diesem untechnisch – nämlich nicht im Sinne einer Pflichtverletzung zu verstehenden – Verschuldenserfordernis: GAUCH, Werkvertrag, Rz 1210 ff., 1213 m.w.N. Die Beweislast für das «Verschulden» liegt beim Unternehmer (a.a.O., Rz 1211). Vgl. auch vorne Rz 577.

<sup>1907</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rz 1212 i.V.m. 542 ff.

<sup>1908</sup> Vgl. GAUCH, Werkvertrag, Rz 591: Passt OR 377 nicht zum jeweiligen Werkvertrag, ist die (dispositive) Bestimmung nicht anzuwenden und stattdessen auf den hypothetischen Parteiwillen abzustellen.

<sup>1909</sup> Vgl. GAUCH, Werkvertrag, Rz 730; KOLLER A., Werkvertragsrecht, Rz 1051.

beendigung geschuldet ist<sup>1910</sup>. Entsprechend den Ausführungen zu OR 378 I (Rz 1432 ff.) erlangt der Unternehmer auch aus OR 377 keinen selbstständigen Mehrvergütungsanspruch, der mit den vorne umschriebenen Kompensationsansprüchen des Unternehmers in Konkurrenz treten könnte. Der Unternehmer wird nach OR 377 vergütungsrechtlich auf dasjenige verwiesen, was ihm kraft der vertraglichen – gegebenenfalls auch ergänzten – Vergütungsregeln zusteht.

- 1443 c. Die «volle Schadloshaltung» (OR 377), die dem Unternehmer über die Teilvergütung hinaus geschuldet ist, ist identisch mit dem Schadenersatzanspruch, der dem Unternehmer bei Verschulden des Bestellers aus OR 376 III und 378 II zusteht<sup>1911</sup>. Auch hier kann auf die Ausführungen zu OR 378 II verwiesen werden (Rz 1438); dieser Schadenersatzanspruch kongruiert nicht mit den vorne diskutierten Kompensationsansprüchen. Auch «absorbiert» er den Schadenersatzanspruch aus der Verletzung einer Mitwirkungs- oder Treuepflicht nicht und lässt einen solchen, einmal entstanden, nicht untergehen. Daran ändert sich nichts, wenn der Schadenersatzanspruch nicht auf das Vergütungsinteresse beschränkt, sondern auf den «reinen Nichtausführungsschaden» ausgeweitet wird<sup>1912</sup>. Die Prüfung der Anspruchsverhältnisse erübrigt sich zudem ganz oder teilweise, wenn der Bauherr den Vertrag aus einem *wichtigen Grund* auflöst, der ihm die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses nach Treu und Glauben unzumutbar macht; diesfalls ist er möglicher-

---

<sup>1910</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rz 528; HÜRLIMANN/SIEGENTHALER, CHK-OR, Art. 377 N 4; ZINDEL/PULVER/SCHOTT, BSK-OR, Art. 377 N 13 (missverständlich zwar in N 11, wonach der Unternehmer den «Anspruch auf Vergütung der gesamten Leistung» verliere und «anstelle des Erfüllungsanspruchs» einen Schadenersatzanspruch erhalte; nach dem Gesagten handelt es sich zumindest beim Anspruch auf Vergütung des bereits Geleisteten nicht um einen Schadenersatzanspruch).

<sup>1911</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rz 550 ff. i.V.m. 734, 1212 f.; KOLLER A., Werkvertragsrecht, Rz 1055; ZINDEL/PULVER/SCHOTT, BSK-OR, Art. 378 N 21.

<sup>1912</sup> Das trifft bspw. ein, wenn die Parteien das freie Kündigungsrecht vertraglich weggeben, der Bauherr in der Folge aber trotzdem vom Vertrag «zurücktritt» und der Unternehmer diesen Rücktritt «annimmt» (GAUCH, Werkvertrag, Rz 589 i.V.m. 550). Faktisch liegt darin eine antizipierte Mitwirkungs- und Leistungsverweigerung des Bauherrn, die ihn freilich nicht in Verzug geraten lässt (weil der Unternehmer den «Rücktritt» «annimmt»), sondern nach den Regeln der Nichterfüllung bzw. nicht gehörigen Erfüllung zu beurteilen ist.



weise von seiner Pflicht zur Schadloshaltung des Unternehmers ganz oder teilweise befreit<sup>1913</sup>.

**2. Ein Vertragsauflösungsrecht hat der Bauherr sodann beim **Herstellungs- 1444 verzug und beim Ablieferungsverzug des Unternehmers.**** Verspätet sich der Unternehmer schon vor dem Ablieferungstermin mit der Herstellung des Werks pflichtwidrig, indem er das Werk nicht rechtzeitig beginnt, vertragswidrig verzögert oder damit so sehr in Rückstand gerät, dass die rechtzeitige Vollendung nicht mehr vorauszusehen ist, gerät der Unternehmer in Herstellungsverzug (OR 366 I)<sup>1914</sup>. Verstreicht dagegen der Ablieferungstermin unbenützt, indem der Unternehmer bis dahin das vollendete Werk noch nicht abgeliefert oder das Werk noch nicht vollendet hat, gerät der Unternehmer in Ablieferungsverzug (OR 102)<sup>1915</sup>. Bedingung für den Verzugeintritt ist in beiden Fällen, dass der Bauherr den Unternehmer mahnt, soweit sich die Mahnung nicht erübrigt, weil der Unternehmer einen bestimmten Verfalltag im Sinne von OR 102 II versäumt oder weil eine Mahnung analog OR 108 zwecklos wäre<sup>1916</sup>. Hat der Bauherr dem Unternehmer eine angemessene Nachfrist zur nachträglichen Erfüllung gesetzt und ist sie unbenützt abgelaufen oder erübrigt sich die Fristansetzung im Sinne von OR 108, ist der Bauherr schliesslich berechtigt, vom Vertrag **«zurückzutreten»**, wenn er es unverzüglich erklärt (OR 366 I, 107 II/109)<sup>1917</sup>.

**a.** Diesem Wortlaut zum Trotz kann der Bauherr *nicht nur zum Rücktritt*, 1445 sondern auch zur *Kündigung des Werkvertrags* berechtigt sein. In der Literatur wird danach differenziert, ob der Unternehmer bereits begonnen hat, das Werk auszuführen, oder nicht<sup>1918</sup>. Ist das nicht der Fall, steht dem Bauherrn grundsätzlich nur der Vertragsrücktritt und, damit verbunden, der Gesamt-

<sup>1913</sup> Dies namentlich dann, wenn der wichtige Grund in einem vorwerfbaren Verhalten des Unternehmers wurzelt (GAUCH, Werkvertrag, Rz 568 ff.). Ob der Kündigungsgrund ein «wichtiger» war und ob sich die Befreiung von der Schadenersatzpflicht rechtfertigt, ist eine Ermessensfrage im konkreten Einzelfall (ZGB 4) (GAUCH, Werkvertrag, Rz 573 ff.).

<sup>1914</sup> Vgl. GAUCH, Werkvertrag, Rz 668 ff.

<sup>1915</sup> Vgl. GAUCH, Werkvertrag, Rz 659 ff. Siehe auch HÜRLIMANN/SIEGENTHALER, CHK-OR, Art. 366 N 1.

<sup>1916</sup> Siehe GAUCH, Werkvertrag, Rz 659, 675.

<sup>1917</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rz 661, 675.

<sup>1918</sup> KOLLER A., Werkvertragsrecht, Rz 339 ff., Rz 341 (Ablieferungsverzug), Rz 350 (Herstellungsverzug). Vgl. GAUCH, Werkvertrag, Rz 683, 688 f.

verzicht auf die Werkleistung offen<sup>1919</sup>. Ist die Werkausführung dagegen bereits begonnen, soll der Bauherr wählen dürfen, ob er zurücktritt und auf die gesamte Werkleistung verzichtet oder ob er lediglich kündigt, mithin den bereits ausgeführten Werkteil gegen eine Teilvergütung beansprucht und nur auf den ausstehenden Leistungsteil verzichtet (Teilverzicht)<sup>1920</sup>. Diesem Wahlrecht wiederum sind je nach Leistungsinhalt und Interessenlage der Parteien Grenzen gesetzt, sodass dem Bauherrn auch einmal nur die eine oder die andere Option offenstehen kann. Gerade bei Bauwerken, die auf Grund und Boden des Bauherrn entstehen sollen, wird der Gesamtverzicht normalerweise als unzulässig erachtet und der Bauherr auf die Kündigung *ex nunc* verwiesen<sup>1921</sup>. Vollständigkeitshalber wird im Folgenden auf beide Auflösungsvarianten eingegangen.

- 1446 **b.** Der *Rücktritt des Bauherrn* wirkt *ex tunc*. Doch fällt der Werkvertrag nach der vom Bundesgericht vertretenen Umwandlungstheorie nicht ohne weiteres dahin, sondern verwandelt sich in ein Liquidationsverhältnis mit umdirigiertem Pflichtenprogramm<sup>1922</sup>. Der Vertrag ist nun rückabzuwickeln: Jede Partei darf die versprochene Leistung verweigern und das bereits Geleistete zurückfordern (OR 109 I). Der Unternehmer schuldet dem Besteller bereits geleistete Vergütungsanteile zurück, während der Besteller dem Unternehmer den bereits erlangten Werkteil zurück zu erstatten hat<sup>1923</sup>. Den Kompensationsansprüchen des Unternehmers wird durch den Rücktritt des Bauherrn nur teilweise die Rechtsgrundlage entzogen. Weil die ehemalige Leistung nicht mehr geschuldet ist, ist es auch die ehemalige Gegenleistung nicht mehr; ein allfälliger mitwirkungsbedingter Mehrvergütungsanspruch des Unternehmers fällt insofern dahin. Dagegen bleiben dem Unternehmer die mitwirkungsbedingten Ansprüche auf Mehraufwendungsersatz und Schaden-

---

<sup>1919</sup> KOLLER A., Werkvertragsrecht, Rz 339 i.V.m. 350.

<sup>1920</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rz 685 ff. (dort Bezug nehmend sowohl auf den Ablieferungs- als auch auf den Herstellungsverzug); KOLLER A., Werkvertragsrecht, Rz 341 i.V.m. 350.

<sup>1921</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rz 688; GEHRER, S. 173. Siehe auch KOLLER A., Werkvertragsrecht, Rz 341, mit der Einschränkung, dass ein Gesamtverzicht in Frage kommt, wo «das angefangene Werk für den Besteller unbrauchbar ist».

<sup>1922</sup> SCHWENZER, Rz 66.33. Vgl. auch WIEGAND, BSK-OR, Art. 109 N 5; BGE 60 II 27/29 E. 6. Siehe auch BGE 133 III 356/358 E. 3.2 m.w.N.; BGE 114 II 152/155 E. 2c.

<sup>1923</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rz 684.

ersatz im fortbestehenden Liquidationsverhältnis erhalten und werden Teil des Liquidationsprogramms<sup>1924</sup>. Im Weiteren:

- Berechtigt man den Bauherrn *nur dann zum Vertragsrücktritt, wenn mit 1447*  
*der Werkausführung noch nicht begonnen wurde* (Rz 1445), fehlt es regel-  
 mässig an einem angefangenen Werkteil, den es zurückzuerstatten  
 gälte. Die Rückerstattungsansprüche des Unternehmers beschränken sich  
 dann faktisch auf Wertersatz für erbrachte, *in natura* nicht restituierbare  
 Arbeiten in der Planungs- und Vorbereitungsphase<sup>1925</sup>. Auch schon in  
 dieser Phase führen Mitwirkungsversäumnisse (zum Beispiel verspätete  
 Planlieferungen oder versäumte Planungssitzungen) beim Unternehmer  
 gegebenenfalls zu Kompensationsansprüchen. Richtet sich nun der Wer-  
 tersatzanspruch des Unternehmers auf dieselben Aufwandpositionen wie  
 seine Kompensationsansprüche, besteht Anspruchskonkurrenz. In Frage  
 kommen namentlich Kompensationsansprüche für Produktivitätsverluste,  
 Transitions- und Feststellungsmassnahmen.
- Berechtigt man dagegen den Bauherrn *auch nach begonnener Werkaus- 1448*  
*führung zum Rücktritt* (vgl. Rz 1445), so hat er dem Unternehmer den  
 angefangenen Werkteil zurückzuerstatten und gegebenenfalls Wertersatz  
 für *in natura* nicht restituierbare Arbeiten zu leisten. Punkto Konkurrenz  
 kann grundsätzlich auf die Ausführungen in Rz 1447 verwiesen werden.  
 Zusätzlich zu prüfen ist hier freilich, ob der Wert der Arbeiten nicht  
 schon im zurückzuerstattenden Werk verkörpert ist. Denn ist das zu be-  
 jahren, ist in diesem Umfang kein Wertersatz zu leisten, ansonsten der  
 Unternehmer aus der Rückabwicklung bereichert würde. Von den mit-  
 wirkungsbedingten Vermögenseinbussen des Unternehmers finden zu-  
 mindest die verteuerten ordentlichen Erfüllungshandlungen ihren Nie-  
 derschlag regelmässig im Werk. Nicht der Fall ist das demgegenüber bei

<sup>1924</sup> Das folgt aus der Tatsache, dass vertragliche Nebenpflichten den Rücktritt und die Umwandlung des Vertragsverhältnisses «überleben», also weiterbestehen (vgl. WEBER, BK-OR, Art. 109 N 62 m.w.N.). Entsprechend müssten auch die Ersatzansprüche, die dem Unternehmer durch deren Verletzung im Vertragsvollzug entstehen, den Vertragsrücktritt überdauern. – Der Mehraufwendungsersatz beruht zwar nicht auf einer Pflichtverletzung, aber auch nicht auf Vergütungsrecht; er entschädigt den Unternehmer dafür, dass er im Interesse des Bauherrn am Vertrag festgehalten hat, obwohl er von demselben hätte Abstand nehmen können (dazu Rz 1153 ff.). Auch dieser Kompensationsanspruch verliert mit dem Vertragsrücktritt seine Grundlage nicht.

<sup>1925</sup> Zum Problem der nicht real restituierbaren Leistungen: SCHENKER, Diss., Rz 714 ff.; WEBER, BK-OR, Art. 109 N 69 ff., 72.

ausserordentlichen Erfüllungshandlungen. Selbst jene unter ihnen, die sich in irgendeiner Weise auf das Werk richten, wie namentlich Schutzmassnahmen, dienen dazu, den Wert des Werks zu erhalten, addieren aber keinen Wert zum Werk hinzu. Auch Produktivitätsverluste schlagen sich nicht im Wert des Werks nieder, weil sie (begriffsgemäss) darin gründen, dass mit Produktionsmitteln kein Nutzen, also kein Wert geschaffen wird.

- 1449 – So oder anders von seinem Anspruch auf Wertersatz und auf Herausgabe des ausgeführten Werkteils nicht gedeckt sind allfällige *übrige Vermögenseinbussen* (Rz 834 ff.), die der Unternehmer durch das Mitwirkungsversäumnis erlitten hat. Denn ihnen liegen keine projektbezogenen Leistungen des Unternehmers zugrunde; sie schlagen sich mithin weder in Vorbereitungsarbeiten (für die Wertersatz verlangt werden könnte) noch im Werk selbst nieder. Allfällige Wertersatz- und Restitutionsansprüche des Unternehmers kongruieren mithin nie mit Schadenersatzansprüchen aus übrigen Vermögenseinbussen.
- 1450 c. Die *Kündigung des Bauherrn* wirkt demgegenüber *ex nunc*. Der Vertrag wird im Zeitpunkt der Kündigung für die Zukunft aufgelöst, doch verbleibt den Parteien gegenseitig der Anspruch auf das bis zu diesem Zeitpunkt Geschuldete. Allfällige bis dahin entstandene Kompensationsansprüche des Unternehmers (einschliesslich Mehrvergütung) bleiben bestehen. Wie unter OR 377 darf der Bauherr den bereits ausgeführten Werkteil behalten<sup>1926</sup> bzw. hat Anspruch auf dessen Ablieferung. Er hat dem Unternehmer für das bereits Geleistete eine Teilvergütung auszurichten. Dass dem Unternehmer freilich aus dieser Teilvergütung kein selbstständiger Mehrvergütungsanspruch erwächst, wurde bereits dargestellt (Rz 1442 m.V.).
- 1451 Anders als unter OR 377 (und OR 376 I, 378 I) behält der Unternehmer seinen Vergütungsanspruch zwar nur insoweit, als seine Leistungen «in den ausgeführten Werkteil eingeflossen» oder für den Bauherrn «sonst wie verwertbar sind»<sup>1927</sup>. Diese Anspruchskürzung schlägt freilich nicht auf den mitwirkungsbedingten Mehrvergütungsanspruch durch, weil dieser Mehraufwand dem Unternehmer nicht aus dem hier interessierenden Beendigungsgrund (Schuldnerverzug des Unternehmers und Kündigung des Bau-

---

<sup>1926</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rz 686 f. i.V.m. Rz 530 f.

<sup>1927</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rz 687 und KOLLER A., Werkvertragsrecht, Rz 385 (je mit Verweis auf den Vergütungsanspruch aus OR 379 II, über dessen Berechnung sich diese Autoren allerdings nicht einig sind).

herrn) entstanden ist, sondern aufgrund eines (früheren) Bauherrenversäumnisses. Der Umstand, dass der Unternehmer später seinerseits in Verzug geraten ist, macht den einmal entstandenen Mehrvergütungsanspruch nachträglich weder ganz noch teilweise zunichte.

**d.** Tritt der Bauherr vom Werkvertrag zurück oder kündigt er diesen, so erwachsen ihm *Schadenersatzansprüche gegen den Unternehmer* aus OR 109 II<sup>1928</sup>, wenn diesen am Ablieferungs- oder Herstellungsverzug ein Verschulden trifft oder ihm das verzugsbegründende Verhalten seiner Erfüllungsgehilfen hypothetisch vorwerfbar ist (OR 101 I). Tritt der Bauherr vom Vertrag zurück, ist er unter diesem Schadenersatzanspruch so zu stellen, wie wenn er vom Vertrag nie etwas gehört hätte (vgl. Rz 1289). Kündigt dagegen der Bauherr den Vertrag, so ist ihm der «Auflösungsschaden» zu ersetzen, also der Schaden, der ihm im Vertrauen auf die vollständige Abwicklung des Vertrags entstanden ist<sup>1929</sup>. Diese Ansprüche wird sich der Unternehmer bei der Liquidation des Vertragsverhältnisses entgegenhalten lassen müssen.

**3.** Zu streifen ist schliesslich das «Rücktrittsrecht» des Bauherrn gemäss **OR 375 II**, das ihm zusteht, wenn eine Baute Vertragsgegenstand bildet, die auf «Grund und Boden des Bestellers» errichtet werden soll (OR 375 II), und dabei «ein mit dem Unternehmer verabredeter **ungefährer Ansatz** ohne Zutun des Bestellers unverhältnismässig **überschritten**» wird (OR 375 I). Ist die Baute noch nicht vollendet, kann der Bauherr dann nämlich «gegen billigen Ersatz der bereits ausgeführten Arbeiten dem Unternehmer die Fortführung entziehen und vom Verträge zurücktreten». Das Rücktrittsrecht ist in Wahrheit ein Kündigungsrecht, sodass die Lossagungserklärung des Bauherrn *ex nunc* wirkt<sup>1930</sup>. Tatbestandsgemäss («ungefährer Ansatz», Abs. 1) haben die Parteien im zugrunde gelegten Fall keinen Preis vereinbart, weshalb sich die Vergütung für das Wirken des Unternehmers entgegen dem Gesetzeswortlaut nicht nach der Billigkeit, sondern nach OR 374 bemisst<sup>1931</sup>. Es entsteht dem Unternehmer aus der Ausübung dieses Kündigungsrechts insofern kein selbstständiger Mehrvergütungsanspruch, womit sich also keine Verhältnisfragen stellen, die über das in Rz 1442 Gesagte (sinngemäss) hinausgingen.

<sup>1928</sup> Vgl. GAUCH, Werkvertrag, Rz 675, 689.

<sup>1929</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rz 689, vgl. sinngemäss auch a.a.O., Rz 1276.

<sup>1930</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rz 977.

<sup>1931</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rz 973, 977.

### 3. Vertragsauflösung durch den Unternehmer

1454 **1.** Ein erstes Vertragsauflösungsrecht steht dem Unternehmer zu, wenn der **Bauherr im Gläubigerverzug** steht. Die Voraussetzungen für dessen Gläubigerverzug wurden bereits an anderer Stelle erörtert (Rz 1204 ff.). Der Unternehmer ist in diesem Fall nach OR 95 in Verbindung mit OR 107 II und 109 I berechtigt, vom Werkvertrag «zurückzutreten» (OR 95). Als Rücktrittsrecht im engeren Sinne (mit Wirkung *ex tunc*) ist auch dieses Gestaltungsrecht nur dann aufzufassen, wenn die Werkausführung noch nicht begonnen wurde. Während der Werkausführung steht es dem Unternehmer demgegenüber offen, den Vertrag auch lediglich mit Wirkung *ex nunc* zu kündigen<sup>1932</sup> (vgl. Rz 1445). Dasselbe Vertragsauflösungsrecht steht dem Unternehmer auch im Anwendungsbereich der SIA-Norm 118 zu<sup>1933</sup>. Im Einzelnen:

1455 **a.** Beim *Rücktritt des Unternehmers* (mit Wirkung *ex tunc*) kann im Wesentlichen auf das in Rz 1446 Gesagte verwiesen werden. Mit dem Dahinfallen des Vertrags erlischt auch der mitwirkungsbedingte Mehrvergütungsanspruch. Demgegenüber werden der gläubigerverzugsrechtliche Anspruch auf Ersatz der Mehraufwendungen und allfällige Schadenersatzansprüche Teil des vertraglichen Liquidationsprogramms und konkurrieren so gegebenenfalls mit Wertersatzansprüchen, soweit sich diese Ansprüche auf dieselben Aufwandpositionen beziehen. Berechtigt man den Unternehmer auch dann zum Rücktritt, wenn er das Werk bereits begonnen hat (vgl. Rz 1448), ist zusätzlich zu prüfen, ob sich der Wert solcher Arbeiten nicht bereits im zurückzuerstattenden Werkteil niedergeschlagen hat, was im Prinzip nur bei der Verteuerung von ordentlichen Erfüllungshandlungen vorkommen sollte.

1456 *Kündigt dagegen der Unternehmer* den Vertrag (mit Wirkung *ex nunc*), so darf der Bauherr den ausgeführten Werkteil behalten bzw. dessen Ablieferung verlangen. Er schuldet dem Unternehmer überdies eine Teilvergütung analog OR 378 I<sup>1934</sup>. Eine Anspruchskürzung, wie sie bei der Kündi-

---

<sup>1932</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rz 1342 (siehe auch a.a.O., Rz 1275); GEHRER, S. 175 f.; KOLLER A., Werkvertragsrecht, Rz 479 i.V.m. 472; STÖCKLI H., BRT 2003, S. 34 f.

<sup>1933</sup> So ausdrücklich in SIA-118 94 II. Zu beachten ist, dass die Tatbestandsvoraussetzungen dort zuungunsten des Unternehmers verschärft sind, indem der Unternehmer vom Rücktritts- bzw. Kündigungsrecht nur dann Gebrauch machen darf, wenn der Bauherr bzw. die Bauleitung einer angemessenen Fristerstreckung nicht zustimmt oder sie «immer wieder säumig» wird (vgl. REETZ, Komm-SIA-118, Art. 94 N 17 f., 19.3).

<sup>1934</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rz 1342; KOLLER A., Werkvertragsrecht, Rz 479.

gung des Bauherrn vertreten wird (Rz 1451), kommt hier nicht in Frage, weil es der Bauherr ist, der durch das Mitwirkungsversäumnis für die Vertragsbeendigung verantwortlich zeichnet<sup>1935</sup>. Anspruchskonkurrenz zwischen der Teilvergütung und den mitwirkungsbedingten Kompensationsansprüchen fällt ausser Betracht, weil dem Unternehmer gemäss dem analog heranzuziehenden OR 378 I kein selbstständiger Mehrvergütungsanspruch für mitwirkungsbedingten Mehraufwand entsteht (vgl. sinngemäss Rz 1442 m.V.).

**b.** Trifft den Bauherrn zudem am Mitwirkungsverzug ein *Verschulden* (vgl. 1457 Rz 1317 ff. sinngemäss) oder ist ihm das verzugsauslösende Verhalten einer Hilfsperson hypothetisch vorwerfbar (OR 101 I), so fragt sich, ob dieser Umstand den Unternehmer zu *Schadenersatz* berechtigt, wenn er den Vertrag vorzeitig auflöst.

- Beim *Rücktritt ex tunc* spricht die vorherrschende Auffassung dem 1458 Schuldner (hier: dem Unternehmer) aufgrund des in OR 95 enthaltenen Verweises einen Anspruch auf das negative Vertragsinteresse analog OR 109 II zu (Rz 209). Insoweit sich der Gläubiger (hier: der Bauherr) durch das Mitwirkungsversäumnis nicht pflichtwidrig verhält, überzeugt dieses Postulat allerdings vor dem Hintergrund der vorne geäusserten historischen und teleologischen Bedenken nicht (Rz 170 ff., 180 ff.): Die Regeln des Gläubigerverzugsrechts bezwecken – auch im Fall der verzugsbedingten Vertragsbeendigung – nicht die vollständige Kompensation des Schuldners. Dies bestätigt sich in E-OR 1879 insoweit, als dort die gläubigerverzugsrechtlichen Schadenersatzansprüche des Schuldners allesamt eliminiert, die schuldnerverzugsrechtlichen Schadenersatzansprüche des Gläubigers demgegenüber beibehalten wurden. Dem Unternehmer entstehen daher aus dem Rücktritt nach OR 95 keine Schadenersatzansprüche, womit sich Konkurrenzfragen erübrigen. Wollte man aber einen solchen Schadenersatzanspruch bejahen, ist sinngemäss auf die Ausführungen zur Vertragsbeendigung aus dem Schuldnerverzug des Bauherrn zu verweisen (Rz 1463 ff.)

<sup>1935</sup> Vgl. GAUCH, Werkvertrag, Rz 1275, im Kontext des Schuldnerverzugs des Bestellers.

- 1459 – *Kündigt* dagegen der Unternehmer aufgrund des Mitwirkungsverzugs des Bauherrn *ex nunc*, lässt sich die Frage aufwerfen, ob der Unternehmer entlang des Entschädigungsgedankens von OR 376–378 schadlos zu halten sei<sup>1936</sup>. Die Frage soll an dieser Stelle nicht vertieft werden, doch ist eine gewisse Skepsis am Platz: Der Mitwirkungsverzug des Bestellers entspricht weder tatbestandlich noch wertungsmässig dem Fall, da er den Werkuntergang oder die Leistungsunmöglichkeit schuldhaft herbeiführt (OR 376 III, 378 II), oder da er erklärt, den Vertrag auflösen zu wollen (OR 377). Es scheint deshalb nicht ungerechtfertigt, dem Unternehmer, der sich für die Kündigung entscheidet, den Zugriff auf das die Teilvergütung übersteigende Vergütungsinteresse zu verweigern. Selbst aber wenn dem Unternehmer ein solcher Schadenersatzanspruch eingeräumt wird, ist dieser seiner Natur nach darauf gerichtet, die Folgen der vorzeitigen Vertragsbeendigung wiedergutzumachen, nicht die Folgen des Mitwirkungsversäumnisses; der Anspruch kongruiert folglich nicht mit den Kompensationsansprüchen (z.G. Rz 582, 1438).
- 1460 2. Ein Auflösungsrecht steht dem Unternehmer ebenfalls zur Verfügung, wenn der **Bauherr in Schuldnerverzug** (OR 102 ff., 107 II/109) gerät. Das sind typischerweise Fälle, in denen sich der Bauherr mit der Bezahlung der fälligen Vergütung oder fälliger Vergütungsteile oder Akontobeträge verspätet<sup>1937</sup>. In Schuldnerverzug gerät er ausnahmsweise schon vor der Fälligkeit dieser Geldschulden, wenn er deren Bezahlung zum Vornherein definitiv verweigert (antizipierter Vertragsbruch)<sup>1938</sup>. In diesen Fällen kann der Unternehmer nach OR 107 II – nebst anderen, hier nicht vertieften Wahlrechten – «auf die nachträgliche Leistung verzichten» und «vom Verträge zurücktreten».
- 1461 Ist eine *Mitwirkungspflicht* vereinbart oder wird der Vertrag um eine solche ergänzt, so gerät der Bauherr zwar durch sein Mitwirkungsversäumnis in Schuldnerverzug, aber nicht mit einer Hauptleistungspflicht (vgl. Rz 1232). Zum Rücktritt nach OR 107 II ist der Unternehmer dann allenfalls analog berechtigt, wobei die Anforderungen hierfür je nach Auffassung mehr

---

<sup>1936</sup> KOLLER A., Werkvertragsrecht, Rz 479, spricht dem Unternehmer bei Verschulden des Bestellers den Schadenersatzanspruch gemäss OR 378 II analog zu; DERS., BK-OR, Art. 366 N 780. Demgegenüber nur mit Erwähnung der Teilvergütung, nicht aber eines Schadenersatzanspruchs: GAUCH, Werkvertrag, Rz 1342 f.

<sup>1937</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rz 1274.

<sup>1938</sup> GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz 2651; KOLLER A., BK-OR, Art. 366 N 331; WEBER, BK-OR, Art. 107 N 52.



oder weniger hoch angesetzt sind<sup>1939</sup>. Verneint man das Rücktrittsrecht gemäss OR 107 II und betrifft die Verspätung des Bauherrn eine Mitwirkungspflicht, verbleibt dem Unternehmer immer noch das Rücktrittsrecht gemäss OR 95 (dazu bereits Rz 1454 ff.), weil das Mitwirkungsversäumnis des Bauherrn neben dem Schuldnerverzug auch Gläubigerverzug auslöst<sup>1940</sup>. Insofern jedenfalls dem Unternehmer das Rücktrittsrecht gemäss OR 107 II zusteht, gilt:

**a.** Auch im Schuldnerverzug des Bauherrn ist der Unternehmer grundsätzlich 1462 nur solange auf das Rücktrittsrecht mit Wirkung *ex tunc* limitiert, als er mit der Werkausführung noch nicht begonnen hat. Danach steht ihm alternativ auch die Kündigung mit Wirkung *ex nunc* offen<sup>1941</sup>. Der Rücktritt des Unternehmers zeitigt dieselben Rückabwicklungsfolgen, die Kündigung des Unternehmers dieselben Vergütungsfolgen, *wie wenn er den Vertrag gestützt auf OR 95 auflöst*. Für das Verhältnis von Kompensationsansprüchen und Beendigungsansprüchen ist mithin auf Rz 1455 f. zu verweisen.

**b.** Trifft den Bauherrn am Schuldnerverzug ein *Verschulden* bzw. ist ihm das 1463 verzugsauslösende Verhalten einer Hilfsperson hypothetisch vorwerfbar (OR 101 I), stellt sich zudem die Frage nach den Entschädigungsfolgen.

– Entscheidet sich der Unternehmer unter OR 107 II zum *Vertragsrücktritt* 1464 mit Wirkung *ex tunc*, ist er grundsätzlich auf das *negative Vertragsinteresse* im Sinne von OR 109 II verwiesen<sup>1942</sup>. Der Bauherr hat den Unternehmer hiernach so zu stellen, wie wenn der Unternehmer vom Vertrag nie etwas gehört hätte (vgl. Rz 1289). Ersatzfähig sind namentlich Kos-

<sup>1939</sup> WEBER, BK-OR, Art. 107 N 45, will die Wahlrechte von OR 107 II nur dann analog angewendet wissen, wenn der Schuldner mit einer real vollstreckbaren Nebenpflicht in Verzug gerät, die «für die Vertragserfüllung grundlegend ist, bzw. welche in einem Gegenseitigkeitsverhältnis zu einer Hauptpflicht [steht] und deshalb zur vertraglichen Gleichgewichtslage [beiträgt]». Ähnlich streng SCHENKER, Diss., Rz 776, der nur eine selbstständige, bestimmte und klagbare Nebenpflicht genügen lässt. WIEGAND, BSK-OR, Art. 107 N 4, lässt die blosse «Wesentlichkeit» der Nebenpflicht genügen. THÉVENOZ, CR-CO, Art. 107 N 6 f., bringt OR 107 II demgegenüber auf alle vertraglichen Pflichten zur Anwendung. Anders: KOLLER A., OR AT, Rz 55.75.

<sup>1940</sup> Zur Gleichzeitigkeit von Schuldner- und Gläubigerverzug bei ein und derselben Vertragspartei z.B. BERNET, BSK-OR, Vor Art. 91–96 N 3; KOLLER A., OR AT, Rz 56.23. Vgl. auch vorne Rz 138.

<sup>1941</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rz 1275. Vgl. GEHRER, S. 173.

<sup>1942</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rz 1276 f. A.M. KOLLER A., Werkvertragsrecht, Rz 470 f.

ten und Aufwendungen, die der Unternehmer in Erwartung der gehörigen Vertragsdurchführung getätigt hat<sup>1943</sup>, einschliesslich die Kosten der Bereitstellung und Erbringung der eigenen Leistung<sup>1944</sup> sowie der Verlust von Gebrauchsvorteilen und Ersatz nutzlos gewordener Aufwendungen<sup>1945</sup>. Soweit also dem Unternehmer durch frühere Mitwirkungsversäumnisse Kosten entstanden sind, die sich nicht im Wert des zurückerstatteten Werks niedergeschlagen haben (insoweit denn dieses bereits begonnen wurde), kann sie der Unternehmer unter diesem Schadenersatzanspruch geltend machen, allenfalls auch parallel zu Werterersatzansprüchen (Rz 1447 f.). In diesem Umfang entsteht Alternativität (vgl. Rz 1410 ff.) zwischen dem Schadenersatzanspruch aus OR 109 II und den verbleibenden Kompensationsansprüchen des Unternehmers<sup>1946</sup>. Im negativen Vertragsinteresse allerdings nicht enthalten – und mithin nicht kongruent – sind namentlich der Verspätungsschaden, der dem Unternehmer aus dem für den Rücktritt ursächlichen Verzug des Bauherrn entsteht<sup>1947</sup>, sowie der Ersatz für entgangenen Gewinn.

- 1465 – *Kündigt* stattdessen der Unternehmer mit Wirkung *ex nunc* nachdem er mit der Werkausführung begonnen hat, kann sich der Schadenersatzanspruch des Unternehmers nicht nach dessen Vermögensstand richten, wie er bestünde, hätte er den Vertrag nie abgeschlossen. Denn hinsichtlich der bereits erbrachten Leistungen wird der Vertrag nicht rückabgewickelt. Massgeblich sind vielmehr die Vermögenseinbussen, die dem Unternehmer erspart geblieben wären, «wenn der vorzeitig aufgelöste Vertrag nicht auch für die Zeit nach Eintritt des vorzeitigen Vertragsendes vereinbart worden wäre»<sup>1948</sup>. In Betracht kommen nutzlose Aufwendungen für künftige Erfüllungshandlungen, zu denen es aufgrund der

---

<sup>1943</sup> Vgl. WEBER, BK-OR, Art. 109 N 87 f.

<sup>1944</sup> WEBER, BK-OR, Art. 109 N 99 m.w.N.

<sup>1945</sup> Vgl. WEBER, BK-OR, Art. 109 N 93 m.V.a. Art. 97 N 174 ff., 178 ff. Miterfasst sind sodann Haftungsschulden ggü. Dritten, soweit sie auf die Vertragsverletzung des Bauherrn zurückgehen (a.a.O., N 90), sowie Gewinn, den der Unternehmer bei Dritten hätte erzielen können, jedoch im Vertrauen auf die Vertragsdurchführung nicht erzielt hat (siehe auch FURRER/WEY, CHK-OR, Art. 109 N 30).

<sup>1946</sup> *Pro memoria*: Mitwirkungsbedingte Mehrvergütungsansprüche des Unternehmers fallen dahin, wenn er den Vertrag mit Wirkung *ex tunc* kündigt (Rz 1446).

<sup>1947</sup> GAUCH, Diss., S. 223 u. Fn 1; WEBER, BK-OR, Art. 109 N 99 m.w.N. (wohl unrichtig zitiert bei FURRER/WEY, CHK-OR, Art. 109 N 30).

<sup>1948</sup> GAUCH, Diss., S. 223 (vgl. DERS., Werkvertrag, Rz 1276: Ersatz des «Auflösungsschaden[s]»). Vgl. auch SCHENKER, Diss., Rz 817.

vorzeitigen Auflösung nicht mehr kommen wird (und die von der Teilvergütung nicht gedeckt sind), oder Gewinn aus Drittaufträgen, die der Unternehmer im Glauben an die länger währende Vertragsdauer abgelehnt hat. Solche Positionen werden sich in der Regel nicht mit Einbusen aus Mitwirkungsversäumnissen des Bauherrn überschneiden.

Dem Unternehmer vor der Vollendung des Werks eine Schadloshaltung in Höhe des verbleibenden Vergütungsinteresses zuzuschlagen, beispielsweise in analoger Anwendung von OR 377 oder OR 378 II<sup>1949</sup>, rechtfertigt sich m.E. zumindest für den Fall nicht, da der Bauherr mit der Erfüllung einer Mitwirkungspflicht in Verzug gerät (vgl. Rz 1461). Zwar handelt der Bauherr in diesem Fall pflichtwidrig und möglicherweise verschuldet, doch ist nicht ersichtlich, wie und warum der (Schuldner-)Verzug mit einer Mitwirkungsleistung (*nicht*: mit einer Vergütungsleistung) dem Unternehmer den Weg zum Wertäquivalent der Gegenleistung ebnen soll. Selbst aber wenn man einen solchen Schadloshaltungsanspruch in Erwägung zöge, kongruierte dieser Anspruch beim Unternehmer nicht mit mitwirkungsbedingten Kompensationsansprüchen aus früheren Mitwirkungsversäumnissen (vgl. Rz 1443). 1466

3. Anders als dem Bauherrn steht dem Unternehmer nach dem Gesetz kein freies Kündigungsrecht zu, und auch die spiegelbildlich-analoge Anwendung von OR 377 fällt ausser Betracht<sup>1950</sup>. Eine Ausnahme wird für den Fall vertreten, da ein besonderer, im Gesetz nicht geregelter Umstand eintritt, der dem Unternehmer die Erfüllung vernünftigerweise unzumutbar macht. Die **Kündigung aus wichtigem Grund**, zu welcher der Unternehmer diesfalls berechtigt ist, führt zu unterschiedlichen Rechtsfolgen, je nachdem, ob den Bauherrn am Eintritt des wichtigen Grunds ein Verschulden trifft oder nicht. Im ersten Fall schuldet der Bauherr analog OR 377/378 einerseits die Teilvergütung für das Geleistete und zusätzlich das Vergütungsinteresse<sup>1951</sup>. Im zweiten Fall schuldet der Bauherr unter den Voraussetzungen von OR 379 II (analog) eine Teilvergütung<sup>1952</sup>. In keinem der beiden Fälle allerdings entsteht dem Unternehmer aus der Kündigung ein selbstständiger Entschädi- 1467

<sup>1949</sup> So offenbar KOLLER A., Werkvertragsrecht, Rz 472.

<sup>1950</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rz 598.

<sup>1951</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rz 599 (gestützt auf OR 377 analog); KOLLER A., Werkvertragsrecht, Rz 1065 (gestützt auf OR 378 analog).

<sup>1952</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rz 599; KOLLER A., Werkvertragsrecht, Rz 1065. Vgl. vorne den Fall, in dem der Bauherr aufgrund des Ablieferungs- oder Herstellungsverzugs des Unternehmers kündigt (Rz 1451 und Fn 1927).

gungsanspruch für allfällige Mitwirkungsversäumnisse des Bauherrn (vgl. Rz 1456, 1459 ff.); Konkurrenzfragen ergeben sich mithin keine.

## VII. Einzelfragen

### A. Fälligkeit

- 1468 **1.** Mehraufwand und übrige Vermögenseinbussen manifestieren sich beim Unternehmer, mit Ausnahme des entgangenen Gewinns, früher oder später als Liquiditätsabflüsse. Als solche bringen sie die Geldflussplanung des Unternehmers durcheinander, wenn für eine gegebene Periode der effektive Geldabfluss in geringerem Umfang oder gar nicht mehr vom effektiven Geldzufluss gedeckt ist. Vor diesem Hintergrund gewinnt für den Unternehmer die Frage an Relevanz, **ab wann er die Kompensation vom Bauherrn einfordern darf**; es stellt sich mithin die Frage nach der Fälligkeit seiner Kompensationsforderungen.
- 1469 **2.** Die **Mehrvergütung** (Rz 1005 ff.) ist eine Vergütung im Sinne von OR 363. Sie wird gleichsam Bestandteil der gesamthaft geschuldeten, vertraglichen Vergütung. Dass sie auf eine besondere Ursache, nämlich das Mitwirkungsversäumnis zurückgeht, ändert daran nichts. Demnach wird die Mehrvergütung grundsätzlich mit der *Ablieferung* des vollendeten Bauwerks fällig (OR 372 I). Sind einzelne Vergütungsteile auf einzelne Werkteile versprochen, so wird die Mehrvergütung grundsätzlich mit der Ablieferung desjenigen Werkteils fällig, auf den sich der ihr zugrundeliegende Mehraufwand bezieht (OR 372 II)<sup>1953</sup>. Häufig wird sich die Frage, ob der Ablieferungsvorgang für den Eintritt der Fälligkeit abgeschlossen sein muss, nicht stellen, weil der Unternehmer das Bauwerk normalerweise ohne die Mitwirkung des Bauherrn abzuliefern vermag (vgl. Rz 402 ff.). Bei Bauwerken auf dem Grund und Boden des Bauherrn jedenfalls ist die Ablieferung schon vollzogen, wenn die Vollendungsanzeige beim Bauherrn eingeht. Im Anwendungsbereich der SIA-Norm 118 dagegen treten die Wirkungen der Ablieferung erst mit Abschluss der gemeinsamen Prüfung ein (SIA-118 159, 160), ausnahmsweise auch zu anderen Zeitpunkten (SIA-118 161–164). Fordert aber die Ablieferung dem Unternehmer im Einzelfall weitergehende

---

<sup>1953</sup> Zur Regel von OR 372 im Allgemeinen: BERTI, ZK-OR, Art. 130 N 29; GAUCH, Werkvertrag, Rz 1154.

Erfüllungshandlungen ab und sind diese mitwirkungsbedürftig, fragt sich, ob die Mehrvergütung erst mit abgeschlossenem Ablieferungsvorgang fällig wird. Dem ist nicht so; es genügt in solchen Fällen für den Eintritt der Fälligkeit, dass der Unternehmer dem Bauherrn die Ablieferung «anbietet»<sup>1954</sup>, indem er die für die Ablieferung nötigen und ohne Mitwirkung möglichen sowie zumutbaren (vgl. Rz 103) Erfüllungshandlungen vornimmt. Ob im streitigen Vertrag von diesem Grundsatz abgewichen wird, ist im Einzelfall zu prüfen<sup>1955</sup>.

**3. Der Anspruch auf Mehraufwendungsersatz** (Rz 1130 ff.) ist demgegen- 1470  
über nicht vergütungsrechtlicher Natur, mag er auch faktisch dazu beitragen, dass das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung durch das Mitwirkungsversäumnis nicht oder weniger stark verzerrt wird. Noch dazu ist er nicht spezifisch werkvertraglicher Natur, denn der Anspruch gründet auf dem vorne vertretenen, allgemein-schuldrechtlichen Gedanken, dem Dienstleistungsschuldner im Mitwirkungsverzug des Gläubigers einen besseren Anreiz zur Vertragserfüllung zu verschaffen. Als gläubigerverzugsrechtlicher, der Billigkeit verpflichteter Ausgleichsanspruch unterfällt er also *nicht* werkvertraglichen Vergütungsregeln, namentlich nicht OR 372 analog. Stattdessen gilt, wie auch unter OR 422 I, dass der Ersatzanspruch mit seiner Entstehung fällig wird (OR 75); es ist dies der Zeitpunkt, da der Unternehmer die betreffende Aufwendung tätigt<sup>1956</sup>.

<sup>1954</sup> Vgl. GAUCH, Werkvertrag, Rz 1154.

<sup>1955</sup> Bspw. passt diese Grundregel im Fall von SIA-118 164 I nicht, weil die Mitwirkungsverweigerung des Bauherrn nach dieser Klausel erst nach Ablauf einer Monatsfrist zum Eintritt der Ablieferungswirkungen führt.

<sup>1956</sup> SCHMID, ZK-OR, Art. 422 N 47 m.w.N.

- 1471 **4.** Beim Anspruch auf **Schadenersatz** (Rz 1228 ff.) lässt sich für den Eintritt der Fälligkeit je nach Auffassung auf den Zeitpunkt der Fälligkeit der Erfüllungsforderung<sup>1957</sup>, auf denjenigen der Pflichtverletzung<sup>1958</sup> oder auf denjenigen des Schadenseintritts<sup>1959</sup> abstellen. Erstere Auffassung supponiert, dass der Ersatzanspruch die ursprüngliche Erfüllungsforderung ablöst, indem anstelle der Leistung nunmehr der Schadenersatz geschuldet sei. Faltenrein lässt sich diese Begriffslogik, wenn überhaupt, nur über die Verletzung der kompensatorischen Mitwirkungspflicht legen. Denn anders als der Treuepflicht ist der Mitwirkungspflicht eigen, dass sie fällig werden kann (siehe Rz 1233 f., 1242). Bei ihr also würde sich die Fälligkeit des Anspruchs auf Verspätungsschadenersatz nach der Fälligkeit der Mitwirkungsschuld richten. Bei der Verletzung einer Treuepflicht demgegenüber müsste auf den Zeitpunkt der Pflichtverletzung oder des Schadenseintritts abgestellt werden. Bei alledem will freilich nicht einleuchten, wie die Fälligkeit eines Schadenersatzanspruchs eintreten können soll, bevor sich die Tatbestandsvoraussetzung des Schadens – und mit ihr die Forderung – verwirklicht hat. Ausserdem wäre es weder praktisch noch im Sinne einer einheitlichen Rechtsordnung, im einen Fall (Mitwirkungspflicht) an die Fälligkeit der Mitwirkungsschuld, im anderen Fall (Treuepflicht) an den Schadenseintritt zu knüpfen. Dies umso mehr, als beide Pflichten die Vermeidung weitgehend gleichartiger Nachteile (mitwirkungsbedingter Einbussen) bezwecken, wenn auch in unterschiedlichem Umfang. Aus diesem Grund sollten m.E. *beide Anspruchstypen im Zeitpunkt des Schadenseintritts fällig* werden (Vorsicht ist allerdings mit Blick auf den Beginn der Verjährungsfrist geboten: Rz 1488 ff.).
- 1472 **5.** Die bislang umschriebenen Fälligkeitsregeln sind entweder dispositives Gesetzesrecht (OR 372 I) oder fussen auf richterlicher Rechtsfortbildung (Aufwendungs- und Schadenersatz). Für solche Regeln besteht kein Raum, wo der Fälligkeitseintritt einzelner Kompensationsansprüche von den Partei-

---

<sup>1957</sup> VON THUR/ESCHER, S. 104 m.w.N. (dort im Zusammenhang mit der nachträglichen, verschuldeten Leistungsunmöglichkeit).

<sup>1958</sup> BGE 137 III 16/21 E. 2.3 m.w.N. («Asbest-Fall»; dementsprechend mit besonderem Blick auf Personenschäden und OR 46 II). Vgl. FURRER/WEY, CHK-OR, Art. 97–98 N 127; WEBER, BK-OR, Art. 97 N 263 («lebt der Schadenersatzanspruch mit dem Eintritt der Leistungsstörung auf»).

<sup>1959</sup> BERTI, ZK-OR, Art. 130 N 125 f.; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz 3320; KOLLER A., OR AT, Rz 52.02; WIEGAND, BSK-OR, Art. 97 N 52 (bei Schadenersatzansprüchen aus positiver Vertragsverletzung); BGE 130 III 591/597 E. 3.1 m.w.N.

en «durch Vertrag [...] bestimmt» worden ist (OR 75), zumindest insoweit, als diese Abreden die Fälligkeit einzelner Kompensationsansprüche des Unternehmers abschliessend regeln. Haben die Parteien allerdings eine lückenhafte Abrede getroffen oder die Fälligkeit von Ersatzansprüchen gänzlich zu regeln versäumt, ist zu prüfen, ob die vorerwähnten Fälligkeitsregeln **zum Vertragsinhalt passen** (vgl. Rz 283).

a. Im Kontext der *Mehrvergütung* wird die dispositive Regel von OR 372 1473 (Fälligkeit bei Werkablieferung) namentlich dann als unpassend erachtet, wenn beim Unternehmer erheblicher Mehraufwand sowie eine erhebliche Bauzeitverlängerung eintreten<sup>1960</sup>. Im Ansatz ist dem zuzustimmen, mit folgenden Präzisierungen:

- Erstens werden erhebliche Bauzeitverlängerungen zwar häufig mit erheblichem Mehraufwand einhergehen, müssen es aber nicht; verwiesen sei hier auf die kritischen Anmerkungen zum Begriff der «Bauzeitverlängerung» in Rz 851 ff. Aus diesem Grund sollte es allein auf die *Erheblichkeit des mitwirkungsbedingten Mehraufwands* ankommen, denn sie und nicht die Bauzeitverlängerung ist es, die den Vorfinanzierungsaufwand für den Unternehmer gegebenenfalls untragbar werden lässt. 1474
- Zweitens ist die Erheblichkeit der mitwirkungsbedingten Einbussen in Relation zu den Eigenarten des konkreten Bauwerkvertrags zu beurteilen, namentlich des vereinbarten Bauwerks, der vereinbarten oder mutmasslichen Bausumme, der vereinbarten Bauzeit und des damit einhergehenden Vorfinanzierungsaufwands. Je höher der mehraufwandbedingte Vorfinanzierungsaufwand im Verhältnis zum ursprünglichen Vorfinanzierungsaufwand, desto weniger entspricht die gesetzliche Lösung in OR 372 I dem hypothetischen Parteiwillen. Desto eher ist anzunehmen, dass vernünftige Parteien für solche Fälle eine Fälligkeitsregel getroffen hätten, die den Vorfinanzierungsaufwand für den Unternehmer auf ein zumutbares Mass (vom Zeitpunkt des Vertragsschlusses aus gesehen; siehe zur zeitpunktgerechten Vertragsauslegung: Rz 231 ff.) begrenzt hätte<sup>1961</sup>. 1475

<sup>1960</sup> Vgl. SCHUMACHER/KÖNIG, Rz 747.

<sup>1961</sup> Im Extremfall führt die Vertragsergänzung hier dazu, dass der Mehrvergütungsanspruch bereits mit der Entstehung des Mehraufwands fällig wird.

- 1476 **b.** Ein weiteres Indiz dafür, dass OR 372 nicht zum Mehrvergütungsanspruch passt, kann in *besonderen Fälligkeitsabreden über Vergütungs(teil-)leistungen des Bauherrn* erblickt werden, nach denen die Vergütung oder Teile davon bereits vor der Ablieferung fällig werden sollen. In Betracht kommen vor allem Teilzahlungs- oder Akontozahlungsabreden<sup>1962</sup>. Denn von solchen Abreden ist anzunehmen, dass sie dazu dienen, den Geldfluss im Geschäftsbetrieb des Unternehmers für die Zeit der Werkausführung zu optimieren. Das zeigt sich sowohl bei nachträglichen Abschlagszahlungen als auch (und besonders) bei Vorauszahlungen, mit denen die Vorleistungspflicht des Unternehmers faktisch aufgehoben wird<sup>1963</sup>. Ihrem Zweck nach jedenfalls erfassen solche Abreden auch mitwirkungsbedingte Mehrbelastungen des Geldflusses. Es rechtfertigt sich daher, die Fälligkeit von Mehrvergütungsansprüchen sinngemäss an solchen Abreden auszurichten<sup>1964</sup>. Wie genau ein vertraglicher Zahlungsplan auf einen Mehrvergütungsanspruch anzuwenden ist, bestimmt sich im Einzelfall nach dem Zeitpunkt des Mehraufwands, seinem sachlichen Zusammenhang mit dem Bauwerk sowie dem «Deckungszweck» einzelner Zahlungstermine.
- 1477 **c.** Auf *Mehraufwendungs- und Schadenersatzansprüche* sollten OR 372 oder gewillkürte Fälligkeitsregeln grundsätzlich nicht analog angewendet werden, soweit sie allein die Vergütung bzw. die Mehrvergütung und nicht auch andere Geldforderungen des Unternehmers zum Gegenstand haben. Die Teleologie des Mehraufwendungsersatzes, nämlich dass dem Schuldner die Aufrechterhaltung seiner Leistungsbereitschaft im Mitwirkungsverzug des Gläubigers zumutbar gemacht werden soll (Rz 1153 ff.), wird desto stärker unterminiert, je länger der Unternehmer auf den Eintritt der Fälligkeit warten muss. Bei Schadenersatzansprüchen spricht schon die ihnen zugrundeliegende *Vertragswidrigkeit* dagegen, die Ansprüche *vertragsgemässen* Zahlungsregeln zu unterwerfen.

## B. Zins

- 1478 **1.** Wird ein fälliger Kompensationsanspruch streitig und verweigert der Bauherr die Zahlung, erlangt für den Unternehmer die Frage an Bedeutung, inwiefern er für den Ertrag entschädigt wird, den er mit dem ausstehenden

---

<sup>1962</sup> Vgl. zu solchen Abreden GAUCH, Werkvertrag, Rz 1163.

<sup>1963</sup> Zur Terminologie vgl. GAUCH, Werkvertrag, Rz 1163.

<sup>1964</sup> Vgl. im Anwendungsbereich der SIA-Norm 118: SCHUMACHER/KÖNIG, Rz 739 ff.



Geldbetrag hätte erzielen können, wäre ihm dieser Betrag rechtzeitig bezahlt worden<sup>1965</sup>. Dies ist der Anwendungsbereich des **Verzugszins** und des **Schadenszins**.

**2. Für den Mehrvergütungsanspruch und den Mehraufwendungsersatzanspruch** fallen gemäss OR 104 I **Verzugszinse** an<sup>1966</sup>, wenn der Bauherr mit deren Bezahlung in Schuldnerverzug gerät, d.h. den Betrag nach Eintritt der Fälligkeit und Mahnung des Unternehmers (oder bis zum Ablauf eines bestimmten Verfalltags; OR 102 II) nicht bezahlt. Verzugszinse sind unabhängig davon geschuldet, ob dem Unternehmer aus dieser Verspätung ein *Schaden* entsteht und ob den Bauherrn ein *Verschulden* trifft<sup>1967</sup>; selbst entschuldbarer Irrtum befreit den Bauherrn nicht von der Zinszahlungspflicht<sup>1968</sup>. Enthält der Vertrag keine Abrede zur Höhe des Zinssatzes, beträgt der Zinssatz für Geldschulden 5% *p.a.* (OR 104 I) oder richtet sich, wenn die Parteien Kaufleute sind, nach dem über 5% hinausgehenden «üblichen Bankdiskonto am Zahlungsorte» (OR 104 III)<sup>1969</sup>. Haben die Parteien einen oder mehrere Kompensationsansprüche vertraglich besonderen Verzugszinssätzen unterworfen (was zulässig ist: OR 104 II), so gelten stattdessen sie. Enthält der Vertrag mit Blick auf *andere Geldforderungen* Zinssatzabreden, wird im Einzelfall zu prüfen sein, inwieweit es dem hypothetischen Parteiwillen entspricht, solche Zinssätze analog auf den Mehrvergütungs- oder Mehraufwendungsersatzanspruch anzuwenden. Die Verzinsungspflicht endet mit der Begleichung der betreffenden Kompensationsforderung<sup>1970</sup>.

**3. Auch Schadenersatzansprüche** aus einer Pflichtverletzung des Bauherrn sind Geldschulden im Sinne von OR 104 I, für die der Lauf von *Verzugszinse* (Rz 1479) geprüft werden könnte. Freilich laufen auf Schadenersatzansprüchen – hier schon ab Schadenseintritt und unabhängig vom Schuldner-

<sup>1965</sup> Zins als «Vergütung [...], die ein Gläubiger für die Entbehrung einer ihm geschuldeten Geldsumme fordern kann»: BGE 130 III 591/596 E. 3. Siehe auch SCHENKER, Diss., Rz 337 m.w.N.; WEBER, BK-OR, Art. 104 N 7.

<sup>1966</sup> Mit Blick auf die Mehrvergütung: GAUCH, Werkvertrag, Rz 1278; SCHUMACHER/KÖNIG, Rz 294 ff.; betreffend den Auslagenersatz: JENNY/MAISSEN/HUGUENIN, CHK-OR, Art. 422 N 4; VON THUR/PETER, S. 74.

<sup>1967</sup> Vgl. WEBER, BK-OR, Art. 104 N 34. Siehe auch WIEGAND, BSK-OR, Art. 104 N 1.

<sup>1968</sup> Vgl. BUCHER, OR AT, S. 362.

<sup>1969</sup> Gemeint ist der Zinssatz, den private Bankinstitute ihren Kunden für die Diskontierung erstklassiger Wechsel verrechnen (SCHWENZER, Rz 66.09 m.V.a. BGE 116 II 140 ff.; WEBER, BK-OR, Art. 104 N 80; WIEGAND, BSK-OR, Art. 104 N 6).

<sup>1970</sup> WEBER, BK-OR, Art. 104 N 46 ff.

verzug des Schädigers<sup>1971</sup> – auch **Schadenszinse**, mit denen der Verzugszins *nicht kumuliert werden darf*, weil Verzugs- und Schadenszinse denselben Nachteil entschädigen, nämlich die Vorenthaltung einer Geldsumme<sup>1972</sup>. Schadenszinse sind Bestandteil des geschuldeten Schadenersatzes und bezwecken, den Geschädigten so zu stellen, wie wenn er bereits am Tag des schädigenden Ereignisses für den eingetretenen Schaden entschädigt worden wäre<sup>1973</sup>. Fordert also der Unternehmer mit dem Schaden auch den Schadenszins vom Bauherrn ein, darf er auf demselben Schadensbetrag nicht auch Verzugszinse verlangen. Der Zinssatz wird analog OR 73 mit 5% *p.a.* bemessen<sup>1974</sup>. Der Zinsenlauf endet, wenn der Bauherr dem Unternehmer den geschuldeten Schadenersatz bezahlt<sup>1975</sup>.

- 1481 4. Entstehen dem Unternehmer durch die verspätete Bezahlung von Kompensationsansprüchen Einbussen, **die vom Zins nicht gedeckt sind**, so ist der Bauherr zum Ersatz auch dieses Schadens verpflichtet, soweit ihn ein Verschulden trifft. Im System des *Verzugszinses* ergibt sich das wörtlich aus OR 106 I. Darin kommt nichts Anderes zum Ausdruck als der (verschuldensabhängige) Anspruch des Gläubigers auf Ersatz des Verspätungsschadens, wie er schon in OR 103 I verankert ist<sup>1976</sup>. Im System des *Schadenszinses* ergibt sich das aus dem Umstand, dass der pauschalierte Zinssatz von 5% *p.a.* analog OR 73 einer widerlegbaren Vermutung gleichkommt, sodass dem Geschädigten der Nachweis offensteht, er habe im konkreten Fall durch das Ausbleiben der Bezahlung einen höheren Schaden erlitten<sup>1977</sup>. Solcher Scha-

---

<sup>1971</sup> MÜLLER, CHK-OR, Art. 42 N 34; WEBER, BK-OR, Art. 104 N 11; BGE 122 III 53/54 E. 4.

<sup>1972</sup> Übersicht bei: KOLLER A., OR AT, Rz 55.52 ff. Vgl. auch BECKER, BK-OR, Art. 104 N 3; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz 2725, 2910; MÜLLER, CHK-OR, Art. 42 N 33 f.; OFTINGER/STARK, Bd. I, § 6 Fn 35; REY H./WILDHABER, Rz 187; SCHENKER, Diss., Rz 397; SCHUMACHER/KÖNIG, Rz 330 m.w.N.; WEBER, BK-OR, Art. 104 N 11.

<sup>1973</sup> FURRER/WEY, CHK-OR, Art. 104 N 8 m.w.N.; REY H./WILDHABER, Rz 187 m.w.N.; WEBER, BK-OR, Art. 104 N 11.

<sup>1974</sup> BREHM, BK-OR, Art. 41 N 101; MÜLLER, CHK-OR, Art. 42 N 35; REY H./WILDHABER, Rz 189; BGE 131 III 12 E. 9.4 m.V.a. BGE 122 III 53/54 E. 4b.

<sup>1975</sup> MÜLLER, CHK-OR, Art. 42 N 34. Die Aufrechnung des Schadenszinses auf den Zeitpunkt eines kantonalen Urteils und die anschliessende Verzinsung nach OR 104 I ist unzulässig (Anatozismus-Verbot): KESSLER, BSK-OR, Art. 42 N 5 und MÜLLER, CHK-OR, Art. 42 N 34, je m.V.a. BGE 131 III 12; KOLLER A., OR AT, Rz 55.56. Anders GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz 2910 m.w.N.

<sup>1976</sup> FURRER/WEY, CHK-OR, Art. 106 N 1 f.; WEBER, BK-OR, Art. 106 N 5.

<sup>1977</sup> MÜLLER, CHK-OR, Art. 42 N 35; BGE 131 III 12 E. 9.4 m.w.N.

den droht dem Unternehmer etwa, wenn er aufgrund der ausbleibenden Kompensationszahlung einen (zinspflichtigen) Kredit aufnehmen muss, dies aber bei rechtzeitiger Bezahlung hätte vermeiden können<sup>1978</sup>; solcher Finanzierungsmehraufwand ist weiterer Schaden, soweit er über den kumulierten Zinsbetrag hinausgeht.

### C. Verjährung

1. Die Kompensationsansprüche des Unternehmers verjähren als vertragliche Ansprüche grundsätzlich nach OR 127, weil das Bundeszivilrecht für diese Forderungstypen nichts Anderes vorsieht; es gilt im Grundsatz also die Verjährungsfrist von **zehn Jahren** (OR 127). 1482

2. Zu nennen sind freilich auch die wichtigsten **Ausnahmen** zu diesem Grundsatz: 1483

a. *Erstens* unterfallen Mehrvergütungsforderungen – und nur sie<sup>1979</sup> – der kurzen *fünffährigen* Verjährungsfrist von OR 128 Ziff. 3, wenn «nach dem Charakter der vom jeweiligen Unternehmer geschuldeten Gesamtleistung»<sup>1980</sup> eine Handwerksarbeit im Sinne von OR 128 Ziff. 3 geschuldet ist. Das kann auch bei unbeweglichen Werken wie Bauwerken der Fall sein und ist *a priori* nur für Architekten- und Ingenieurleistungen ausgeschlossen<sup>1981</sup>. Aufgrund der Rechtsunsicherheit, die mit dieser heute kaum noch erklärbar-Regelung einhergeht<sup>1982</sup>, sind Bauwerke aber nur sehr zurückhaltend dieser Regelung zu unterstellen. 1484

b. Als *zweite* Ausnahme ist der Fall zu erwähnen, in dem eine Mitwirkungspflicht- oder Treuepflichtverletzung des Bauherrn beim Unternehmer zu einer *Verletzung oder Tötung eines Menschen* führt. Schadenersatzansprüche aus solchen Vorfällen verjähren gemäss dem per 1. Januar 2020<sup>1983</sup> in Kraft 1485

<sup>1978</sup> WEBER, BK-OR, Art. 106 N 39.

<sup>1979</sup> Die kurze Verjährungsfrist von OR 128 Ziff. 3 richtet sich ausschliesslich auf Vergütungsforderungen (GAUCH, Werkvertrag, Rz 1285).

<sup>1980</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rz 1288; z.G. siehe a.a.O., Rz 1285 ff.

<sup>1981</sup> Vgl. GAUCH, Werkvertrag, Rz 1291 f. mit Kasuistik.

<sup>1982</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rz 1286.

<sup>1983</sup> Medienmitteilung des Bundesrats vom 7. November 2018 ([www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen/bundesrat.html](http://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen/bundesrat.html)).

tretenden OR 128a<sup>1984</sup> innert einer relativen Frist von drei Jahren und einer absoluten Frist von zwanzig Jahren.

- 1486 **c.** Eine *dritte* Ausnahme bilden Kompensationsansprüche, für die ein *Verlustschein* im Sinne von SchKG 149 I vorliegt; sie verjähren zwanzig Jahre nach Ausstellung des Verlustscheins (SchKG 149a I, 265 II).
- 1487 **d.** *Vierte* Ausnahme ist der Fall, da für eine Kompensationsforderung auf dem Baugrundstück ein *Bauhandwerkerpfandrecht* eingetragen worden ist (dazu auch Rz 1546 ff.)<sup>1985</sup>. Nach ZGB 807 führt dies zur Unverjährbarkeit der Forderung, solange das Baupfandrecht auf dem betreffenden Grundstück lastet.
- 1488 **3. Die Verjährung beginnt** grundsätzlich mit der *Fälligkeit der betreffenden Forderung* zu laufen (OR 130 I). Der Zeitpunkt des Fälligkeitseintritts wurde für die einzelnen Kompensationsansprüche bereits besprochen (Rz 1468 ff.). Zwei Anmerkungen sind mit Blick auf die Schadenersatzansprüche des Unternehmers geboten:
- 1489 **a.** Für Schadenersatzansprüche aus nachträglicher subjektiver Unmöglichkeit und aus pflichtwidriger Spätleistung wird zuweilen vertreten, dass die Verjährungsfrist nicht erst mit dem Schadenseintritt zu laufen beginne, sondern mit der *Fälligkeit der Erfüllungsforderung*, an deren Stelle der Schadenersatzanspruch tritt<sup>1986</sup>. Bei der kompensatorischen Mitwirkungspflicht wäre das der Zeitpunkt, in welchem die Mitwirkung fällig geworden ist. Bei Ansprüchen aus positiver Vertragsverletzung demgegenüber wird für den Ver-

---

<sup>1984</sup> Neuer OR 128a gemäss BBl 2018 3538: «Forderungen auf Schadenersatz oder Genugtuung aus vertragswidriger Körperverletzung oder Tötung eines Menschen verjähren mit Ablauf von drei Jahren vom Tage an gerechnet, an welchem der Geschädigte Kenntnis vom Schaden erlangt hat, jedenfalls aber mit Ablauf von zwanzig Jahren, vom Tage an gerechnet, an welchem das schädigende Verhalten erfolgte oder aufhörte.»

<sup>1985</sup> Folgt man der traditionellen Auffassung, kann ein Bauhandwerkerpfandrecht nur für Mehrvergütungsforderungen eingetragen werden. Nach hier vertretener Auffassung können Bauhandwerkerpfandrechte nur, aber immerhin *im Umfang des mitwirkungsbedingten Mehraufwands* auch für Mehraufwendungs- und Schadenersatzansprüche eingetragen werden (Rz 1548 ff.).

<sup>1986</sup> Näheres etwa bei BERTI, ZK-OR, Art. 130 N 125 m.w.N. (beachte aber a.a.O., N 126); dem offenbar für den Fall der nachträglichen subjektiven Unmöglichkeit folgend: GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz 3321 m.w.N.

jährungsbeginn zuweilen auf den Zeitpunkt der *Pflichtverletzung* abgestellt<sup>1987</sup>. Bei der Verletzung der vorne diskutierten Treuepflicht wäre das der Zeitpunkt der pflichtwidrigen Anzeigesäumnis.

Auch wenn nach hier vertretener Auffassung die Fälligkeit dieser Schadenersatzansprüche erst mit dem Entstehen des Schadens eintritt, ist dem vorsichtigen Unternehmer zu empfehlen, den Beginn der Verjährungsfrist *nach den in Rz 1489 dargestellten Regeln* zu berechnen, und nicht erst ab dem Zeitpunkt des Schadenseintritts. Bedeutung kommt dieser Unterscheidung vor allem in länger währenden Bauvorhaben zu, wenn das Mitwirkungsversäumnis Sekundärschäden bewirkt, die so spät eintreten, dass die daraus entstehenden Ersatzansprüche in Kürze zu verjähren drohen oder möglicherweise schon verjährt sein könnten, wenn man den Beginn der Verjährung auf den Fälligkeitseintritt bzw. die Pflichtverletzung (und nicht erst auf den Schadenseintritt) festsetzt.

**b.** Anders unter dem künftigen OR 128a (vgl. Fn 1984): Hier beginnt die relative dreijährige Verjährungsfrist *mit der «Kenntnis vom Schaden»* zu laufen, sodass bei der Berechnung der Verjährung zumindest mit Blick auf die Personenschäden ausser Acht bleibt, wann die versäumte Mitwirkung fällig geworden bzw. wann die Treuepflicht verletzt worden ist. Für den Beginn der zwanzigjährigen absoluten Verjährungsfrist demgegenüber ist auf den Zeitpunkt des *«schädigenden Verhaltens»* abzustellen, mithin auf den Zeitpunkt der Pflichtverletzung, d.h. des Mitwirkungsversäumnisses bzw. der Anzeigesäumnis.

**4.** Verjährungsfristen unterbricht der Unternehmer mit Unterbrechungshandlungen im Sinne von OR 135 Ziff. 2, d.h. durch Schuldbetreibung, durch Einreichung eines Schlichtungsgesuchs, durch Klage oder Einrede vor einem staatlichen Gericht oder einem Schiedsgericht sowie durch Eingabe im Konkurs des Bauherrn. Durch diese Unterbrechungshandlungen beginnt die Verjährungsfrist neu zu laufen (OR 137 I). Auf die Verjährung der Kompensationsforderungen kann der Unternehmer unter heutigem Recht «nicht zum voraus», d.h. nicht vor und bei Vertragsschluss verzichten (OR 141 I); wohl aber kann er sich nach Vertragsabschluss bei laufender Verjährungsfrist dazu verpflichten, auf die Verjährungseinrede zu verzichten («Verjährungsverzicht» oder «Verjährungseinredeverzicht»)<sup>1988</sup>. Diese Praxis des Bundesge-

<sup>1987</sup> GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz 3322 m.w.N.

<sup>1988</sup> Z.G. DÄPPEN, BSK-OR, Art. 141 N 3a.

richts wird ab 1. Januar 2020 im revidierten OR 141 verankert und überdies präzisiert<sup>1989</sup>; verwiesen sei hier nur auf den neuen Abs. 1<sup>bis</sup> und das dort enthaltene Schriftformerfordernis sowie die Schutzbestimmung zugunsten des AGB-Übernehmers.

## D. Mitverschulden des Unternehmers

- 1493 Dem Unternehmer obliegt es im Zusammenhang mit künftigen oder bereits eingetretenen Mitwirkungsversäumnissen, sich so zu verhalten, dass **mitwirkungsbedingte Vermögensseinbussen abgewendet oder gemindert** werden. Verletzt er diese Obliegenheit, obwohl ihm deren Einhaltung zumutbar wäre, trifft ihn ein Vorwurf, der im Folgenden als Mitverschulden bezeichnet wird und der dazu führt, dass er die nicht abgewendeten bzw. nicht geminderten Einbussen selbst zu tragen hat. Ein Mitverschulden trägt der Unternehmer je nach Typ des Kompensationsanspruchs aus unterschiedlichen Rechtsgründen, doch ist ihnen gemeinsam, dass sie mit einem «Verschulden» im engeren Sinne nichts zu tun haben<sup>1990</sup>. Der Begriff ist freilich so im Haftpflichtrecht etabliert und bietet sich zur Bezeichnung dieses Themenkomplexes ungeachtet der Unterschiedlichkeit der Kompensationsansprüche an, weil sich das Mitverschulden in allen Fällen gleich auswirkt: Es führt zum Nichtentstehen oder zur Reduktion des betreffenden Kompensationsanspruchs.

### 1. Symptomatik

- 1494 **1.** Das Mitverschulden des Unternehmers kann sich erstens darin äussern, **dass sein Verhalten das Mitwirkungsversäumnis mitverursacht**. Das beschlägt Fälle, in denen der Unternehmer im Vorfeld der Bauherrenmitwirkung in irgendeiner Weise Einfluss auf die noch anstehende Mitwirkung

---

<sup>1989</sup> Siehe den revidierten OR 141 gemäss BBl 2018 3539 und die begleitenden Ausführungen des Bundesrats in BBl 2014 261 ff.

<sup>1990</sup> Der Begriff des *Mitverschuldens des Geschädigten* mag unpassend scheinen, wenn man voraussetzt, dass ein Verschulden nur in Verbindung mit einer Rechts- bzw. Pflichtwidrigkeit auftreten bzw. beurteilt werden könne (vgl. auch BREHM, BK-OR, Art. 44 N 18; FELLMANN/KOTTMANN, Rz 2446). Denn die Selbstschädigung des Geschädigten ist weder rechts- noch pflichtwidrig. Das Mit-«Verschulden» ist deshalb als untechnisches *Verschulden gegen sich selbst*, als «vorwerfbarer Verstoß gegen Gebote des eigenen Interesses» (GRÜNEBERG, Palandt-BGB, § 254 N 1) zu verstehen, das losgelöst von jeder Rechts- oder Pflichtwidrigkeit vorliegen und beurteilt werden kann.

nimmt. Muss etwa der Unternehmer dem Bauherrn anzeigen, wann, wo und wie mitzuwirken ist (Rz 510), macht er dem Bauherrn aber falsche Angaben, sodass derselbe zu spät oder am falschen Ort mitwirkt, setzt der Unternehmer nicht nur für allfällige spätere Einbussen, sondern bereits für das Mitwirkungsversäumnis *an sich* eine Teilursache<sup>1991</sup>. Der Fehler des Unternehmers muss sich nicht auf das Misslingen eines intellektuellen Erfolgs (die Informationsverschaffung) beschränken, sondern kann, wie auch das Mitwirkungsversäumnis des Bauherrn, in der Nichtverschaffung oder Nichtbereitstellung von Sachen oder Rechten liegen. Erlaubt es beispielsweise die ungünstige Baustelleneinrichtung des Unternehmers nicht, dass der Bauherr bzw. sein Lieferant den Baustoff witterungsgeschützt auf der Baustelle deponiert und verzögert sich deshalb die Anlieferung, setzt wiederum der Unternehmer eine (hier: physische) Teilursache für das Mitwirkungsversäumnis<sup>1992</sup>.

2. Das Mitverschulden des Unternehmers kann sich zweitens darin äussern, 1495 dass sein Verhalten **zur Vergrösserung bzw. zur Nichtverminderung der mitwirkungsbedingten Einbussen führt**. Der Vorwurf des Mitverschuldens beschlägt dann nicht einen Beitrag zum Mitwirkungsversäumnis *an sich*, sondern die inadäquate Reaktion auf dasselbe. Ein Mitverschulden kann der Unternehmer sowohl durch ein Verhalten während des Mitwirkungsverzugs begründen als auch zu einem späteren Zeitpunkt, in dem der Mitwirkungsverzug bereits weggefallen ist. Einen primären Mehraufwand verschuldet der Unternehmer beispielsweise, indem er während des Mitwirkungsverzugs eine Schutzmassnahme ergreift, die über das hinausgeht, was in Anbetracht der Umstände angezeigt gewesen wäre, oder indem er überqualifizierte (zu teure) Arbeitskräfte mit der Durchführung von Feststellungsmassnahmen beauftragt. Einen sekundären Mehraufwand verschuldet der Unternehmer zum Beispiel, wenn er es versäumt, der niedrigen Motivation seiner Arbeitskräfte (Produktivitätsverluste) entgegenzusteuern, die daher rührt, dass der Bauherr schon häufiger nicht mitgewirkt hat<sup>1993</sup>. Eine Nichtverminderung der

<sup>1991</sup> In den Fällen freilich, da die Vorinformation so falsch ist, dass das Mahngeschäft für den Bauherrn unzeitig (überraschend) ausfällt, liegt kein Mitwirkungsversäumnis vor, weil sich die Mitwirkungsobliegenheit des Bauherrn nicht aktualisiert (Rz 508 ff.).

<sup>1992</sup> Solche Konstellationen sind von Fällen abzugrenzen, in denen dem Unternehmer die nötige Leistungsbereitschaft gänzlich fehlt; dann nämlich fällt ein Mitwirkungsversäumnis ausser Betracht.

<sup>1993</sup> Siehe zu mitwirkungsbedingten Motivationsabfällen KAPPELLMANN/SCHIFFERS/MARKUS, Bd. 1, Rz 1632; VYGEN/JOUSSEN/LANG/RASCH, Rz B414 ff.

entstandenen Einbusse verschuldet der Unternehmer zum Beispiel, wenn er es im Zuge des Mitwirkungsversäumnisses unterlässt, im Rahmen eines Drittauftrags Gewinn zu generieren, obwohl ihm das möglich und zumutbar gewesen wäre.

## 2. Rechtsgründe für die Berücksichtigung des Mitverschuldens

### a. Im vertraglichen Haftungsrecht

- 1496 **1.** Im System der Vertragshaftung erlangt das Mitverschulden des Geschädigten nur dann Bedeutung, wenn er vom Schädiger *pflichtwidrig* geschädigt wird. Ein Mitverschulden im haftpflichtrechtlichen Sinne trifft den Unternehmer in den hier interessierenden Fällen also, wenn er zu einem Schaden beiträgt, den der Bauherr ihm in schuldhafter Verletzung einer Mitwirkungs- oder Treuepflicht verursacht. Die nachfolgenden Ausführungen stehen dementsprechend im Zusammenhang mit den vorne dargestellten **Schadenersatzansprüchen des Unternehmers** (Rz 1244 ff., 1369 ff.). Fehlt es demgegenüber an einer schuldhaften Pflichtverletzung, fällt eine haftpflichtrechtliche Auseinandersetzung der Parteien ausser Betracht, und das Mitverschulden des Unternehmers spielt allenfalls noch bei der Bemessung des Mehrvergütungs- oder Aufwendungsersatzanspruchs eine Rolle (vgl. Rz 1511 ff., 1517 ff.).
- 1497 **2.** Gewisse Mitverschulden des Unternehmers lassen sich bereits unter dem Aspekt der **Kausalität** exklusive ihm zurechnen und führen so schon in der **Schadensberechnung** dazu, dass der selbstverschuldete «Schadens»-Anteil als ersatzfähiger Schaden ausser Betracht fällt. Für die Haftung des Bauherrn bildet dieser Typ von Mitverschulden einen Entlastungs-, nicht bloss einen Herabsetzungsgrund. In Betracht kommen vor allem zwei Fälle:
- 1498 **a.** Erstens, wenn der Unternehmer eine Teilursache setzt, deren *Verursachungsanteil an der Gesamteinbusse* vom Verursachungsanteil des Bauherrn bzw. des Mitwirkungsversäumnisses in natürlich kausaler Hinsicht *unterschieden* werden kann.



**Bsp. 1:** Das pflichtwidrige Koordinationsversäumnis des Bauherrn<sup>1994</sup> 1499 führt zur einer Unterauslastung vorgehaltener Produktionsmittel. Die Leistungserschwerung drückt die normale Produktivität um 20%. Gleichzeitig setzt der Unternehmer aus betriebsinternen Gründen nicht das eingearbeitete, sondern anderes Personal ein. Die veränderte Kolonnenszusammensetzung senkt die Produktivität um weitere 30%, was insgesamt zu einer hälftigen Reduktion der Gesamtproduktivität führt.

**Bsp. 2:** Im Anschluss an ein Mitwirkungsversäumnis muss der Unternehmer Beschleunigungsmassnahmen einleiten, die seine Produktivität um 20% erhöhen, weil sein Anspruch auf Fristerstreckung vertraglich wirksam eingeschränkt wurde (vgl. Rz 907 ff.). Aufgrund einer geringen Verspätung, die der Unternehmer bereits vor Eintritt des Mitwirkungsversäumnisses selbst verschuldet hatte, muss er die Produktivität zudem um weitere 10% steigern, um die Frist einzuhalten, was eine Gesamtbeschleunigung von 30% erforderlich macht. 1500

Im ersten Beispiel entfällt der Produktivitätsverlust von 30%, wenn 1501 die vom Unternehmer gesetzte Teilursache (Personalumstellung) weggedacht wird; im zweiten Beispiel entfällt die endogene Kostensteigerung von 10%, wenn die vom Unternehmer gesetzte Teilursache (Verspätung) weggedacht wird. Weil von der eingetretenen Gesamteinbusse der Anteil, der auf die additive Teilursache zurückgeht, isoliert werden kann, entfällt im Umfang dieser selbstverursachten Einbusse die natürliche Kausalität. Die vom Unternehmer eigenverschuldete Einbusse fließt mithin nicht in die Schadensberechnung ein.

**b.** Zweitens, wenn der Unternehmer eine komplementäre Teilursache mit 1502 nicht individualisierbarem Verursachungsanteil oder eine Gesamtursache<sup>1995</sup> für den eingetretenen Schaden setzt und ihn dabei ein *grobes Selbstverschul-*

<sup>1994</sup> *Pro memoria:* Den Ausführungen in Rz 1496 ff. liegt die Annahme zugrunde, dass der Bauherr ausnahmsweise zur Mitwirkung verpflichtet ist. Das Mitverschulden des Unternehmers im Zusammenhang mit der Verletzung einer blossen Mitwirkungsobliegenheit wird in Rz 1511 ff., 1517 ff. abgehandelt. Dieses basiert freilich auf denselben Überlegungen und wirkt sich in selber Weise aus.

<sup>1995</sup> Nicht individualisierbare, komplementäre Teilursachen sind allein nicht geeignet, zum eingetretenen Gesamtschaden zu führen, sondern tun dies erst in (diffuser) Verbindung mit anderen Ursachen. – Gesamtursachen sind allein geeignet, zum eingetretenen Gesamtschaden zu führen, doch lässt sich im Beisein mehrerer Gesamtursachen nicht eruieren, welche der Gesamtursachen letztendlich zum Schaden geführt hat. Vgl. auch FELLMANN/KOTTMANN, Rz 2742 ff., 2745 ff., Rz 2750.

den trifft. Auf der Stufe der natürlichen Kausalität zwar kann in solchen Fällen keine Zurechnung erfolgen, weil nicht feststeht, ob und in welchem Umfang die vom Unternehmer gesetzte Ursache zur Gesamteinbusse geführt hat. Doch ist das grobe Selbstverschulden des Unternehmers unter dem Aspekt der adäquaten Kausalität (vgl. auch Rz 1314, 1400) zu berücksichtigen: Dort nämlich schliesst das grobe Selbstverschulden die Adäquanz zwischen dem Mitwirkungsversäumnis des Bauherrn und dem entstandenen Schaden aus. Ein grobes Selbstverschulden ist nicht leichthin anzunehmen<sup>1996</sup>; ist es aber gegeben, haftet der Bauherr für den eingetretenen Schaden nicht.

1503 **3.** Lässt sich dagegen der Verursachungsbeitrag des Unternehmers nicht schon auf der Stufe der Kausalität isolieren, ist dieser auf der Stufe seines «**Verschuldens**» und damit im Rahmen der **Schadenersatzbemessung** zu berücksichtigen. Das «Verschulden» des Unternehmers meint in erster Linie ein untechnisches, denn es umschreibt die Vorwerfbarkeit seines Verhaltens abseits einer Pflichtverletzung<sup>1997</sup>. Gegeben ist ein solches Mitverschulden, wenn der Unternehmer «die Sorgfalt ausser Acht lässt, die nach der Lage der Sache erforderlich erscheint, um sich selbst vor Schaden zu bewahren»<sup>1998</sup>. Für die Haftung des Bauherrn bildet dieser Typ von Mitverschulden nicht einen Entlastungsgrund, aber immerhin einen Herabsetzungsgrund. Differenzierungen:

1504 **a.** Hierunter fällt erstens der Fall, in dem das Verhalten des Unternehmers *für das Mitwirkungsversäumnis an sich* eine Teilursache bildet (vgl. Rz 1494). Denn ist das Mitverschulden schon für die Pflichtverletzung des Bauherrn, also für das Mitwirkungsversäumnis mitbegründend, lässt sich der daraus

---

<sup>1996</sup> Vgl. für das Haftpflichtrecht FELLMANN/KOTTMANN, Rz 462 ff. u. REY H./WILDHABER, Rz 676 ff., je m.w.N. u. m.V.a. die hohen Anforderungen an die Intensität dieses Mit- bzw. Selbstverschuldens. Vgl. auch ROBERTO, Haftpflichtrecht, Rz 06.44 ff. Kritisch zur Figur der «Unterbrechung» des adäquaten Kausalzusammenhangs und stattdessen auf den Schutzzweck der verletzten Pflicht verweisend: SCHWENZER, Rz 20.05.

<sup>1997</sup> Siehe Fn 1990. Doch kann das mitursächliche Verhalten des Unternehmers zugleich als Pflichtverletzung in Erscheinung treten, z.B. durch die Verletzung einer Informationspflicht (Rz 510).

<sup>1998</sup> GRÜNEBERG, Palandt-BGB, § 254 N 1.

entstehende Schaden nicht anteilig auf die beiden Verursacher zurückführen<sup>1999</sup>.

**b.** Zweitens liegt ein solcher Fall vor, wenn das Verhalten des Unternehmers 1505 im Anschluss an die Vertragsverletzung des Bauherrn *neuen, zusätzlichen Schaden verursacht* oder *bestehenden Schaden verschlimmert*, der Gesamtschaden aber «einheitlich» in Erscheinung tritt, sodass kein bestimmter Schadensanteil isoliert auf die vom Unternehmer gesetzte Teilursache zurückgeführt werden kann<sup>2000</sup>.

**Bsp.:** Kurz nach Baubeginn führt ein Mitwirkungsversäumnis zu einer 1506 Stehzeit. Der Unternehmer lässt seine Arbeitskräfte Schutzmassnahmen treffen und zieht anschliessend die besten Arbeitskräfte ab, um sie im Rahmen eines Drittauftrags einzusetzen. Als der Mitwirkungsverzug wegfällt, schickt der Unternehmer weniger erfahrene Arbeitskräfte auf die Baustelle, die zunächst einmal die (ursprünglich nicht von ihnen getroffenen) Schutzmassnahmen rückgängig machen müssen. Später tritt eine Bauzeitverlängerung und infolgedessen eine Verteuerung von Produktionsmitteln ein (zum Beispiel die Erhöhung des Branchenlohns für eingesetzte Arbeitskräfte, vgl. Rz 849 a.E.).

Während die Tatsache, dass überhaupt eine Schutzmassnahme ergrif- 1507 fen werden musste und nun rückgängig zu machen ist, vollumfänglich auf das Mitwirkungsversäumnis zurückgeht, kann das von den weiteren Einbussen, die aus den «hauseigenen» Redispositionen des Unternehmers resultieren, nicht gesagt werden. Setzt der Unternehmer unerfahrene Kräfte, die noch dazu mit der Baustelle bislang nicht befasst waren, auf die Beseitigung von Schutzmassnahmen an, nimmt er eine verlängerte Anlaufphase (Rz 846) und gegebenenfalls auch kleinere Ablauffehler in Kauf. Ebenfalls nimmt er dadurch in Kauf, dass ihn infolge einer Bauzeitverlängerung spätere Kostensteigerungen treffen könnten. Gleichzeitig lässt sich in solchen Fällen häufig nicht feststellen, welcher Anteil am Rückgängigmachen der Schutzmassnahme und der Kostensteigerung auf die Redispositionen des Unternehmers zurückgeht, wenn auch die Annahme solide erscheint, dass sein Verhalten zur Schadensentstehung beigetragen hat. Scheitert jedenfalls die Zurechnung solcherart auf der Stufe der Kausalität, begründet das pflichtwidrige Verhal-

<sup>1999</sup> Vgl. FELLMANN/KOTTMANN, Rz 2457 f., dort bezugnehmend auf die sog. haftungsbe gründende Kausalität.

<sup>2000</sup> Vgl. FELLMANN/KOTTMANN, Rz 2455, 2459–2462, dort bezugnehmend auf die sog. haftungsausfüllende Kausalität.

ten des Bauherrn<sup>2001</sup> hinsichtlich dieser Einbussen zwar eine Haftung, doch wird auf der Stufe der Schadensberechnung zu berücksichtigen sein, dass der Unternehmer im Sinne eines Mitverschuldens zum Schaden beigetragen hat.

1508 c. Eine *dritte* Form des Mitverschuldens trifft den Unternehmer überdies, wenn er es vor<sup>2002</sup>, während oder nach dem Mitwirkungsverzug absichtlich unterlässt, Vorteile zu erzielen, obwohl ihm diese Vorteilserlangung infolge des Mitwirkungsversäumnisses möglich und zumutbar gewesen wäre (vgl. Rz 1309, 1311)<sup>2003</sup>. Man könnte in diesem Zusammenhang auch von einer *Vorteilserlangungsobliegenheit* sprechen. Sie kann sich im Baualltag durch allerlei Umstände aktualisieren, doch steht für den Unternehmer im Vorfeld des Mitwirkungsversäumnisses (siehe Fn 2002) und/oder während des Mitwirkungsverzugs im Vordergrund, die unproduktiv gewordenen Ressourcen *im Rahmen kurzfristig akquirierter Füllaufträge produktiv einzusetzen* (dazu Rz 920) und so einen «ausserordentlichen» (weil bei ungestörtem Bauablauf nicht realisierbaren) Gewinn zu generieren<sup>2004</sup>.

1509 Dabei ist zu beachten, dass es bei der Schadenersatzbemessung zu kurz griffe, nur den absichtlich nicht erzielten *Gewinn* von der Gesamteinbusse des Unternehmers abzuziehen. Lautet die Hypothese, dass der Unternehmer den Füllauftrag hätte annehmen und durchführen sollen, so setzt sie voraus, dass dem Unternehmer der *Nutzen* derjenigen Aufwendungen *erhalten geblieben* wäre, die er in dieser Zeit für die hypothetisch anderswo eingesetzten Produktionsfaktoren getätigt hätte. An dieser Schwelle geht die Vorteilserlangungsobliegenheit in die Obliegenheit des Unternehmers über, «neuen» oder «weiteren» Schaden zu verhindern (Rz 1505 ff.): Mithin sind bei der Schadenersatzbemessung nebst dem potenziellen Gewinn auch alle durch Annahme und Ausführung des potenziellen (aber abgelehnten) Drittauftrags vermeidbaren, mitwirkungsbedingten Produktivitätsverluste in Abzug zu bringen.

---

<sup>2001</sup> *Pro memoria*: Im vorliegenden Abschnitt (Rz 1496 ff.) wird unterstellt, dass sich der Bauherr durch das Mitwirkungsversäumnis ausnahmsweise pflichtwidrig verhält (siehe Fn 1994).

<sup>2002</sup> Im Vorfeld eines Mitwirkungsversäumnisses mag ein Unternehmer dann «ausserordentliche» Vorteile erzielen, wenn der Bauherr seiner Treuepflicht zur rechtzeitigen Säumnisanzeige nachkommt (Rz 1396 ff.).

<sup>2003</sup> Vgl. GAUCH, Werkvertrag, Rz 549 (wenn auch dort die Schaden- oder Kostenminderungsobliegenheit des Unternehmers nicht explizit erwähnt wird); OR 324 II.

<sup>2004</sup> Einen Drittauftrag, bei dem die Vergütung nicht einmal die Selbstkosten deckt, muss der Unternehmer jedenfalls nicht annehmen (Rz 1533).

d. Die drei vorerwähnten Konstellationen (Rz 1504–1509) konturieren die sogenannte *Schadenminderungsobliegenheit* des Unternehmers<sup>2005</sup>. Durch deren Verletzung schafft der Unternehmer «Umstände, für die er einstehen muss» und die «auf die Entstehung oder Verschlimmerung des Schadens eingewirkt oder die Stellung des Ersatzpflichtigen [hier: des Bauherrn] sonst erschwert» haben (OR 44 I<sup>2006</sup>). Die Bezeichnung dieser Obliegenheit ist sprachlich ungenau<sup>2007</sup>, weil sie sich auf das Element der «Minderung» des Schadens beschränkt. Eine Minderung des Schadens tritt aber nur in jenen Fällen ein, in denen der Unternehmer seiner Vorteilerlangungsobliegenheit (Rz 1508 f.) nachkommt und so Vorteile erzielt, die in der *Schadensberechnung* dazu führen, dass sich entstandener Schaden reduziert<sup>2008</sup>. Wie gesehen aber enthält die Schadenminderungsobliegenheit weitere Gebote, die dahin gehen, den Eintritt der Schadensursache nicht zu begünstigen (Rz 1504) oder wenigstens den Eintritt von «neuem» oder «weiterem» Schaden abzuwenden (Rz 1505), d.h. einmal entstandenen Schaden nicht zu verschlimmern. Nach diesen Geboten obliegt dem Unternehmer genau genommen nicht die «Minderung» des Schadens – denn entstanden ist er zum fraglichen Zeitpunkt noch nicht –, sondern dessen Abwendung<sup>2009</sup>. Verletzt jedenfalls der Unternehmer eines oder mehrere dieser Gebote, kann das Gericht die Ersatzpflicht des Bauherrn ermässigen oder ihn gänzlich davon entbinden. Dies allerdings nur, wenn dem Unternehmer die ihm abverlangten Massnahmen zur Scha-

<sup>2005</sup> Obwohl diese Verhaltensanforderung häufig als «Schadenminderungspflicht» bezeichnet wird, trifft den Geschädigten keine solche Pflicht, sondern lediglich eine Obliegenheit. OR 44 I sieht damit übereinstimmend nicht einen Rechtsgewinn des Schädigers vor, sondern lediglich einen Rechtsvorenthalt bzw. -verlust auf der Seite des Geschädigten (vgl. Rz 57, 148 ff.).

<sup>2006</sup> Die Bestimmung findet kraft OR 99 III auch im Vertragshaftungsrecht Anwendung (FURRER/WEY, CHK-OR, Art. 99 N 33).

<sup>2007</sup> Siehe auch FELLMANN/KOTTMANN, Rz 2486.

<sup>2008</sup> Vgl. etwa FELLMANN/KOTTMANN, Rz 2480 m.w.N., wo von der «Reduktion» des Schadens gesprochen wird.

<sup>2009</sup> Letzteren Punkt illustriert etwa das Bsp., in welchem der Geschädigte sich einer gefahrlosen medizinischen Massnahme unterziehen soll, wenn sich sein körperlicher Zustand so mit Gewissheit verbessern liesse (siehe FELLMANN/KOTTMANN, Rz 2504): Vorausgesetzt, man erblickt den Schaden nicht im negativ beeinträchtigen körperlichen Zustand des Geschädigten, sondern in der Vermögenseinbusse, die sich aufgrund des Personenschadens verwirklicht und noch verwirklichen wird, geht es bei dieser «Schadenminderungsmassnahme» offensichtlich nicht darum, den bereits entstandenen Erwerbsausfall zu reduzieren, sondern künftigen Erwerbsausfall zu vermeiden.

denminderung bzw. zur Schadenabwendung unter den konkreten Umständen zumutbar gewesen wären (dazu Rz 1520 ff.).

**b. Im werkvertraglichen Vergütungsrecht**

- 1511 **1.** Im vergütungsrechtlichen System fusst die Berücksichtigung des Mitverschuldens unternehmerseits<sup>2010</sup> auf der ungeschriebenen Prämisse der Aufwandvergütung, dass der Unternehmer sein Wirken **sorgfältig und angemessen**, namentlich zweckmässig und nicht überzogen oder überflüssig auszugestalten hat (dazu Rz 1047 ff.). Bricht der Unternehmer mit dieser Massgabe, erlangt er für den unsorgfältigen und/oder unangemessenen Anteil seines Aufwands keine Vergütungsforderung. Der Grundsatz gilt zunächst nur dort, wo es für die Bemessung der Vergütung überhaupt auf den Aufwand des Unternehmers ankommt. Doch wird der Grundsatz analog auf verwandte Interessenlagen ausgedehnt, so namentlich bei der Einheitspreisabrede; vergütungspflichtig ist auch dort nur jene Menge an Leistungseinheiten, «die bei sorgfältigem Vorgehen genügt hätte, um das Werk vertragsgemäss herzustellen»<sup>2011</sup>. Das Mitverschulden im vergütungsrechtlichen System meint also das obliegenheitswidrige Versäumnis des Unternehmers, seine Herstellungs- und Ablieferungstätigkeit sorgfältig und angemessen auszugestalten, soweit es für die Bemessung der Mehrvergütung darauf ankommt. Zu berücksichtigen ist diese Form von Mitverschulden entsprechend bei den vorne behandelten **Mehrvergütungsansprüchen des Unternehmers**, seien sie nun nach Aufwand bemessen (effektive Selbstkosten; vereinbarte oder ergänzungsweise hinzutretende Kostenansätze; Rz 1012 ff., 1022 ff.) oder nach granularen Festpreisen (Rz 1125 ff.).
- 1512 **2.** Dogmatisch ist das vergütungsrechtliche Mitverschulden ein anderes als das haftungsrechtliche, doch leitet es sich letztlich aus denselben Tatbestandsvoraussetzungen ab. So ist, wie gesehen, auch bei der Mehrvergütung

---

<sup>2010</sup> Das Mitverschulden ist hier in doppelter Hinsicht untechnisch zu verstehen (vgl. schon Fn 1990), weil weder auf der Seite des Unternehmers noch auf der Seite des Bauherrn eine Pflichtwidrigkeit (insbesondere nicht die Verletzung einer Mitwirkungspflicht) vorausgesetzt ist. Dieselbe terminologische Ausschweifung findet sich allerdings auch im Gesetz: Vom vergütungsrechtlich relevanten «Verschulden» des Bestellers ist auch in OR 376 III und 378 II die Rede, ohne dass damit eine Pflichtverletzung verbunden wäre (vgl. Rz 577, 582).

<sup>2011</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rz 964 (vgl. auch a.a.O., Rz 928). Vgl. überdies SCHUMACHER/KÖNIG, Rz 209.

ein **natürlicher Kausalzusammenhang** zwischen dem Mitwirkungsversäumnis und dem Mehraufwand (bzw. den Mehreinheiten) erforderlich; er wird nämlich implizit von der Massgabe der Vergütungsberechtigung vorausgesetzt (Rz 1050). Lässt sich also ein Anteil am Gesamt-Mehraufwand bzw. an den Gesamt-Mehreinheiten schon *natürlich kausal* und exklusiv auf das unsorgfältige oder unangemessene Vorgehen des Unternehmers zurückführen, fließt dieser Anteil nicht in die Berechnung des mitwirkungsbedingten Mehraufwands ein. In Betracht kommt das vor allem dann, wenn der Unternehmer im Anschluss an ein Mitwirkungsversäumnis unnötigen Aufwand bzw. unnötige Leistungseinheiten erbringt.

Zwischen dem Mitwirkungsversäumnis und dem Mehraufwand bzw. 1513 den Mehreinheiten verbleibt kein Raum für eine wie auch immer geartete *Adäquanz*; die «Haftungsbegrenzung» wird hier von der Massgabe der Vergütungsberechtigung besorgt (Rz 1047 ff.). Grobes Selbstverschulden des Unternehmers führt also nicht zu einem Unterbruch der adäquaten Kausalität zwischen dem Mitwirkungsversäumnis und dem Mehraufwand, sondern einfach zu unsorgfältigem bzw. unangemessenem Aufwand und mithin zu nicht vergütungsberechtigtem Mehraufwand.

3. Kann der Verursachungsanteil des Unternehmers am Gesamt-Mehraufwand bzw. an den Gesamt-Mehreinheiten nicht schon auf der Stufe der Kausalität isoliert werden, so ist wiederum auf das (untechnisch verstandene; 1514 Fn 2010) «**Verschulden**» des Unternehmers abzustellen:

a. Zwar setzt die Mehrvergütung weder eine Pflichtverletzung noch ein Verschulden vonseiten des Bauherrn voraus, und sie bedingt auch keine Schadenersatzberechnung bzw. -bemessung, im Rahmen derer das Verschulden des Unternehmers nach OR 44 I berücksichtigt werden könnte. Doch ist 1515 unübersehbar, dass bei der Bemessung der Mehrvergütung mit den Kriterien der Sorgfalt und Angemessenheit dasselbe erfasst werden soll wie bei der haftpflichtrechtlichen Schadenminderungsobliegenheit (vgl. Rz 1510), nämlich die sorgfaltswidrige Nichtverminderung entstandener Kosten oder die Nichtabwendung vermeidbarer Kosten durch den Geschädigten (hier: den Unternehmer). Der höchstgerichtlich festgestellte «*Grundsatz des Schadenersatzrechts*», wonach «das Selbstverschulden des Geschädigten als Reduktionsgrund» zu berücksichtigen ist und dem schweizerischen Recht ein ««alles oder nichts-Prinzip» fremd und [...] vom Gesetzgeber nicht gewollt»

sei<sup>2012</sup>, gilt in Ermangelung anderer Parteiabreden auch im vertraglichen Vergütungsrecht. Abstützen lässt sich zudem auf das *Gebot der schonenden Rechtsausübung* (ZGB 2 I), auf welches die Schadenminderungsobliegenheit zuweilen zurückgeführt wird<sup>2013</sup>: So, wie der Geschädigte sein Recht auf Schadenersatz in dem Umfang nicht ausüben darf, wie er den Schaden durch eigenes Verhalten hätte mindern oder vermeiden können und sollen<sup>2014</sup>, so darf auch der Unternehmer sein Recht auf Vergütung in dem Umfang nicht ausüben, wie er den Mehraufwand durch eigenes Verhalten hätte mindern oder vermeiden können und sollen. Derselbe Gedanke wird andernorts unter dem Titel der «Ursachenkonkurrenz» zum Ausdruck gebracht<sup>2015</sup>, die sich ganz allgemein ergibt, wenn vom Unternehmer unsorgfältig verursachter Aufwand neben dem bauherrenseitig verursachten Mehraufwand zu stehen kommt<sup>2016</sup>. Vor diesem Hintergrund kann der in OR 44 I enthaltene Mechanismus wertungsmässig analog auf den vom Unternehmer «verschuldeten» Anteil am Gesamt-Mehraufwand übertragen werden<sup>2017</sup>, auch wenn die analoge Anwendung der Bestimmung ausserhalb des Schadenersatzrechts teilweise auf Kritik stösst<sup>2018</sup>.

---

<sup>2012</sup> BGE 130 III 182/189 f. E. 5.5.1.

<sup>2013</sup> Bezugnehmend auf OR 44 I: FELLMANN/KOTTMANN, Rz 2481, 2483.

<sup>2014</sup> PICHONNAZ, S. 115 m.w.N.; BGer 5A\_45/2009 (29.06.2009) E. 3.2.2.

<sup>2015</sup> SCHUMACHER/KÖNIG, Rz 582a, nicht nur für den Fall des Mitwirkungsversäumnisses, sondern für den vom Bauherrn verursachten (aber vom Unternehmer mitverschuldeten) Mehraufwand überhaupt.

<sup>2016</sup> Vgl. auch GAUCH, Werkvertrag, Rz 1914, 1919, im Zusammenhang mit OR 369, wonach das Selbstverschulden des Bestellers für die Kürzung seiner Mängelrechte «sinngemäss» nach OR 44 I in Anschlag zu bringen sei. Vgl. auch BÜHLER, ZK-OR, Art. 369 N 4 f., wonach OR 369 als Verkörperung der Regel von OR 44 I aufzufassen sei und auch OR 365 III, 376 III und 378 II diesem Regelungsgedanken verpflichtet seien.

<sup>2017</sup> Vgl. etwa GAUCH/STÖCKLI H., Komm-SIA-118, Art. 58 N 9.2, wonach OR 44 I u.a. dann «sinngemäss» zur Anwendung gelangen soll, wenn der Bauherr besondere Verhältnisse i.S.v. SIA-118 58 II verschuldet hat. Die analoge Anwendung bezieht sich im Kontext von SIA-118 58 II offensichtlich auf eine Vergütungslösung.

<sup>2018</sup> Raum für die analoge Anwendung von OR 44 I erblickt z.B. BECKER, BK-OR, Art. 44 N 12–14, nur bei besonderen deliktsrechtlichen sowie vertraglichen *Schadenersatzansprüchen*.



b. Analog zu den haftpflichtrechtlichen Regeln führt das Mitverschulden des 1516 Unternehmers im Vergütungsrecht dazu, dass der *Mehrvergütungsanspruch um den «Verursachungsanteil» des Unternehmers zu reduzieren ist*<sup>2019</sup>, wenn er zum Mitwirkungsversäumnis beiträgt, entstandenen Mehraufwand nicht mindert oder zusätzlichen Mehraufwand nicht abwendet, und sich bei alledem sein Verursachungsbeitrag kausal nicht von demjenigen des Bauherrn abgrenzen lässt. Die Schadenminderungsobliegenheit des Geschädigten wird hier gleichsam zur *Kosten- oder Aufwandminderungsobliegenheit* des Unternehmers, indem das Gericht Umstände, die auf die Entstehung, Nichtverminderung oder Verschlimmerung des Mehraufwands eingewirkt haben und für die der Unternehmer eintreten muss (vgl. OR 44 I), bei der Mehraufwandbemessung zu berücksichtigen hat<sup>2020</sup>. Vorausgesetzt ist auch hier, dass dem Unternehmer die ihm abverlangten Minderungs- bzw. Abwendungsmassnahmen unter den konkreten Umständen zumutbar gewesen wären (dazu Rz 1520 ff.).

### c. Im gläubigerverzugsrechtlichen Entschädigungsrecht

1. Im gläubigerverzugsrechtlichen System wird das Mitverschulden des 1517 Unternehmers durch die Massgabe erfasst, dass die von ihm getätigten Aufwendungen für die Aufrechterhaltung seiner Leistungsbereitschaft **notwendig oder nützlich und angemessen** sein müssen. Diese Form des Mitverschuldens ist im Rahmen des vorne besprochenen **Mehraufwendungsersatzanspruchs** (Rz 1130 ff.) zu berücksichtigen. Die Massgabe der Ersatzberechtigung entspringt, wie dargelegt, einer Ergänzung der gesetzlichen Gläubigerverzugsregeln, nährt sich also weder aus der vertraglichen Vergütungsabrede noch aus einem haftpflichtrechtlichen Anspruch des Unternehmers. Daraus folgt: Für die Bemessung des Mehraufwendungsersatzes bleiben zum einen die vertraglichen Vergütungsregeln grundsätzlich ausser Betracht. Zum anderen findet beim Mehraufwendungsersatzanspruch auch keine Schadensberechnung oder -bemessung im Sinne von OR 42–44 statt, bei der ein «Ver-

<sup>2019</sup> Vgl. SCHUMACHER/KÖNIG, Rz 582a.

<sup>2020</sup> Sinngemäss auch (ohne nähere Begründung) ZH-HGer HG120098 (04.08.2015) E. 3.5.2.2.1 u. 3.5.3.8: Der Unternehmer habe «beweismässig zur Überzeugung des Gerichts aufzuzeigen, dass bzw. welche (konkreten) *Kostenminderungsmassnahmen* seitens der Klägerin [der Unternehmerin] angezeigt gewesen wären» (H.h.). A.M. offenbar HENNINGER, BRT 2005, S. 267, der eine Schaden- bzw. Kostenminderungsobliegenheit im vergütungsrechtlichen Kontext verneint.

schulden» des Bauherrn mit dem «Verschulden» des Unternehmers abgewogen werden könnte.

1518 **2.** Diesen dogmatischen Unterschieden zum Trotz meint und bewirkt das **gläubigerverzugsrechtliche Mitverschulden** des Unternehmers **dasselbe, wie im Haftungs- und im Vergütungsrecht**. Auf die Ausführungen zum Mitverschulden beim Mehrvergütungsanspruch (Rz 1511 ff.) kann aus zwei Gründen sinngemäss verwiesen werden: Zum einen setzt auch die gläubigerverzugsrechtliche Ersatzberechtigung voraus, dass zwischen dem Mitwirkungsversäumnis und den Mehraufwendungen ein *natürlicher Kausalzusammenhang* besteht. Das heisst, auch hier lassen sich vom Unternehmer gesetzte, individualisierbare Teilursachen schon auf der Stufe der Kausalität isolieren. Zum anderen ist die im Gläubigerverzug leicht unterschiedlich formulierte Massgabe der Entschädigungsberechtigung (*notwendig oder nützlich und angemessen*) – zumal im Werkvertrag – der ungeschriebenen vergütungsrechtlichen Massgabe (*sorgfältig und angemessen*) gleichzusetzen. Denn auch im gläubigerverzugsrechtlichen System beurteilt sich nach dem vertraglich vereinbarten Bauwerk und nach den Umständen der Werk Ausführung, was der Unternehmer für notwendig oder nützlich halten durfte (Rz 1156, 1165). Auch hier trägt der Unternehmer also eine Kostenminderungsobliegenheit, deren Verletzung (das «Verschulden» des Unternehmers) das Gericht analog OR 44 I bei der Bemessung des Aufwendungsersatzes nach billigem Ermessen in Anschlag bringen kann. Voraussetzung ist freilich auch hier, dass dem Unternehmer die Minderung bzw. die Abwendung der Mehraufwendungen zumutbar war (dazu Rz 1520 ff.).

1519 **3.** Als Besonderheit des gläubigerverzugsrechtlichen Entschädigungsanspruchs fällt auf, dass der Gläubigerverzug nach OR 91 ausgeschlossen ist, wenn beim Bauherrn ein objektiver **Rechtfertigungsgrund** eintritt. Weil der Gläubigerverzug des Bauherrn eine Entstehungsvoraussetzung des Anspruchs auf Mehraufwendungsersatz ist, wird immer zunächst zu prüfen sein, ob das Mitverschulden des Unternehmers nicht derart ausgeprägt ist, dass dieses einen Rechtfertigungsgrund im Sinne von OR 91 darstellt bzw. bewirkt; in diesem Fall nämlich ist der Gläubigerverzug ausgeschlossen (Rz 114) und mit ihm auch der Aufwendungsersatzanspruch.

### 3. Zumutbarkeit von Minderungs- und Abwendungsmassnahmen

1520 **1.** Verletzt der Unternehmer seine (haftpflichtrechtliche) **Schadenminderungsobliegenheit** (Rz 1510), so kommt es nur dann zu einer Reduktion des

Schadenersatzes, wenn ihm das schadenmindernde bzw. schadenabwendende Verhalten nach Treu und Glauben («billigerweise») zumutbar gewesen wäre<sup>2021</sup>. Weil die vergütungsrechtliche und die gläubigerverzugsrechtliche **Kostenminderungsobliegenheit** des Unternehmers (Rz 1516, 1518) auf denselben Prinzipien fusst wie die haftpflichtrechtliche Schadenminderungsobliegenheit, darf der Unternehmer sich auch dort auf die Unzumutbarkeit einer Kostenminderungs- oder einer Kostenabwendungsmassnahme berufen. Die (Un-)Zumutbarkeit des dem Unternehmer abgeforderten Verhaltens ist mithin bei der Verletzung aller dieser «Minderungsobliegenheiten» ein zentraler Angelpunkt, an welchem sich entscheidet, ob dem Unternehmer die Obliegenheitsverletzung zur Last fällt oder nicht. Ziel der nachstehenden Ausführungen ist es, das Kriterium der Zumutbarkeit spezifisch für die Erfüllungstätigkeit des Bauunternehmers zu schärfen.

2. Zur Zumutbarkeit wird in der haftpflichtrechtlichen Literatur und Rechtsprechung im Zusammenhang mit Personenschäden das Folgende festgehalten: Welches Verhalten dem Geschädigten zumutbar sei und ihm deshalb abverlangt werden dürfe, sei in Würdigung sämtlicher Umstände des konkreten Schadenfalls, aber auch der konkreten Person des Geschädigten (Persönlichkeit, Fähigkeiten, Anpassungsfähigkeit, Intelligenz, Alter, Bildungsgrad) zu beurteilen<sup>2022</sup>. Dieses letztere, subjektivierte Kriterium bleibt fürs Folgende ausser Acht, weil hier vorliegend nur die Handlungsoptionen und -entscheidungen eines volljährigen, urteilsfähigen, ausgebildeten und branchenvertrauten Bauunternehmers interessieren. Insofern wird die subjektive Komponente für die nachfolgenden Überlegungen objektiviert: Es interessiert vordergründig das hypothetische Verhalten eines **vernünftigen und fachkundigen Bauunternehmers in der gleichen Lage** – d.h. unter den Umständen des konkreten Einzelfalls –, der keinerlei Schaden- oder sonsti-

<sup>2021</sup> BGer 5A\_45/2009 (29.06.2009) E. 3.2.2; BGer 4C.177/2006 (22.09.2006) E. 2.2.2; BGer 4C.83/2006 (26.06.2006) E. 4; BREHM, BK-OR, Art. 44 N 48, jeweils mit m.w.N.; SCHWENZER, Rz 16.15 (Spekulationsverbot). Versteht man die Zumutbarkeit dagegen als *Entstehungsvoraussetzung* der Schadenminderungsobliegenheit, entsteht dem Geschädigten die Obliegenheit bei fehlender Zumutbarkeit nicht, *ergo* könnte er sie nicht verletzen. Vorliegend allerdings wird, wie schon im Kontext der Verletzung von Treuepflichten (Rz 1403 f.), die Zumutbarkeit nicht als Entstehungsvoraussetzung, sondern als «Exkulpationskriterium» aufgefasst.

<sup>2022</sup> Vgl. BGer 5A\_45/2009 (29.06.2009) E. 3.2.2; BGer 4C.177/2006 (22.09.2006) E. 2.2.2; BGer 4C.83/2006 (26.06.2006) E. 4; BREHM, BK-OR, Art. 44 N 48, jeweils mit m.w.N.; SCHWENZER, Rz 16.15 (Spekulationsverbot).

gen Kostenersatz zu erwarten hätte<sup>2023</sup>. Gestützt auf diese Massgabe hat das urteilende Gericht sein Ermessen auszuüben und «im Einzelfall den beidseitigen Verantwortlichkeiten angemessen Rechnung zu tragen»<sup>2024</sup>. Es ist freilich nicht ausgeschlossen, dass beim Unternehmer auch besondere persönliche Eigenschaften zu berücksichtigen sind, die für oder gegen die Zumutbarkeit einer Massnahme sprechen.

- 1522 **3.** Denkt man sich in die Lage des Unternehmers, der mitwirkungsbedingt an der Werkleistung verhindert ist, fragt sich als Erstes, **welche kostenbegrenzenden Massnahmen** die Situation in sachlicher Hinsicht überhaupt zulässt. Denn nur in Kenntnis von Handlungsoptionen lassen sich Entscheidungen beurteilen. Während die Antwort auf diese Frage sich nur im konkreten Einzelfall erschliesst, kommen zumindest für die *Verhinderung zusätzlicher Einbussen während des Mitwirkungsverzugs* beispielsweise folgende Massnahmen in Betracht:
- 1523 – das Umdirigieren der Produktionsmittel *zugunsten des gestörten Bauvorhabens*, mit dem Ziel, die Werkausführung an anderer Stelle voranzutreiben, bis der Bauherr wieder imstande ist, gehörig mitzuwirken. In Frage kommen zum Beispiel das Vorziehen eines Arbeitsvorgangs oder die Verlagerung der brachliegenden Produktionsfaktoren auf parallel laufende, vom Mitwirkungsverzug nicht tangierte Arbeitsvorgänge.
- 1524 – das Umdirigieren der Produktionsmittel *zugunsten eines Drittauftrags* (vgl. Rz 920), mit dem Ziel, weitere Produktivitätsverluste auf der behinderten Baustelle zu vermeiden und gegebenenfalls alternative Einkünfte zu generieren.
- 1525 – das Engagieren eines Subunternehmers für die Bestreitung eines Drittauftrags, um zu verhindern, dass im Drittauftrag eine Konventionalstrafe oder Verspätungsschadenersatz fällig wird, weil der mitwirkungsbedingt verlangsamte Unternehmer seine Mittel für den Drittauftrag nicht mehr rechtzeitig frei bekommt.
- 1526 – das teilweise oder vollständige Zuwarten mit der Einrichtung der Baustelle und mit der Erstellung der Leistungsbereitschaft, wenn sich mitwirkungsbedingt ein Aufschub des Baubeginns abzeichnet (Fn 1864).

---

<sup>2023</sup> Vgl. BGer 4C.177/2006 (22.09.2006) E. 2.2.2 m.V.a. OFTINGER/STARK, Bd. I, § 7 Fn 37 m.w.N.; BREHM, BK-OR, Art. 44 N 48, jeweils mit m.w.N.

<sup>2024</sup> BGer 4C.177/2006 (22.09.2006) E. 2.2.3.

- die Einigung mit Arbeitnehmern bzw. die Weisung an sie<sup>2025</sup>, vorhandene Kompensationsguthaben aus Überstunden zu beziehen, und die Umsetzung der Kompensation<sup>2026</sup>. 1527
- die Vermietung von unproduktivem Inventar oder der Verleih von unproduktivem Personal an Dritte. 1528
- die Substituierung einer Mitwirkungsleistung (siehe Rz 481 ff.). 1529

4. Die vorerwähnten Handlungsoptionen sind Massnahmen auf Stufe der operativen Unternehmensführung. Als solche benötigen sie zunächst *Zeit* für deren Planung, Einleitung, Durchführung und Überwachung. Sodann kosten sie in der einen oder anderen Weise *Geld*. Die Frage, ob eine Massnahme für den Unternehmer zumutbar ist, entscheidet sich also in erster Linie anhand der **betriebswirtschaftlichen Sinnfälligkeit** einer Massnahme, und zwar immer im Kontext des konkret geschuldeten Bauwerks, des konkreten Baustellenapparats und des konkreten Mitwirkungsversäumnisses. Faktoren, die es dabei zu bedenken gilt, sind etwa:

- die *voraussichtliche Dauer des Mitwirkungsverzugs* aus der Sicht des Unternehmers zum Zeitpunkt des Mitwirkungsversäumnisses (*ex ante*). Soll der Unternehmer operative Massnahmen zur Kostenminderung und Kostenabwendung planen und einleiten müssen, ist sein Planungshorizont mit zu beurteilen, wie er im Zeitpunkt des Mitwirkungsversäumnisses bestanden hat bzw. hätte bestehen müssen. Beispielsweise ist ihm nicht zumutbar, die Planung längerfristiger Massnahmen an die Hand zu nehmen, wenn der Bauherr ihm mitteilt oder es objektiv den Anschein macht, dass der Mitwirkungsverzug in Kürze behoben wird. Vom Unternehmer ist nach Treu und Glauben immerhin zu erwarten, dass er sich beim Bauherrn um entsprechende Auskunft bemüht, genauso wie vom Bauherrn erwartet werden darf, dass er den Unternehmer nach bestem Wissen informiert (vgl. auch Rz 1377 ff.). 1531

---

<sup>2025</sup> Die Weisung, Überstunden zu kompensieren, vermag der Unternehmer seinen Arbeitnehmern wirksam nur zu erteilen, wenn er sich das Recht hierzu vertraglich ausbedungen hat. Andernfalls müssen sich Arbeitgeber und Arbeitnehmer hierüber einigen (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, ArbV-Komm-OR, Art. 321c N 11).

<sup>2026</sup> Vgl. zur Möglichkeit der Überstundenkompensation auch SIEGENTHALER, BR/DC 2014, S. 130.

- 1532 – die Zeitspanne zwischen dem Zeitpunkt, da der Unternehmer *von der Notwendigkeit kostenmindernder Massnahmen weiss bzw. wissen müsste*, und jenem Zeitpunkt, *in dem er sie einleitet bzw. hätte einleiten müssen*. Denn vom Unternehmer darf nach Treu und Glauben verlangt werden, dass er «nach einer gewissen Übergangszeit ab Kenntnis der Notwendigkeit von Umdisponierungen» dieselben an die Hand nimmt und auf diesem Weg weitere Produktivitätsverluste verhindert<sup>2027</sup>. Dieser Erwägung des Zürcher Handelsgerichts ist zuzustimmen, weil es unbefriedigend wäre, wenn sich der Unternehmer zeitlich unbegrenzt dem Mitwirkungsverzug hingeben könnte. Tatsächlich unterliegt er einer im Einzelfall zu bestimmenden, zeitlichen Obergrenze, bei deren Ablauf die Fiktion greift, dass er bis dahin Mittel und Wege gefunden haben muss, um das Leistungshindernis durch operative Redisposition zu kompensieren. Dieser Gedanke findet sich so auch in der deutschen Literatur zum Bestellerverzug<sup>2028</sup>.
- 1533 – das *Verhältnis von Kosten und Ertrag des alternativen Einsatzes der Produktionsmittel*<sup>2029</sup>. Die Frage stellt sich zum einen bei Alternativeinsätzen zugunsten von Drittaufträgen (Füllaufträgen, Rz 920), soweit sich denn diese Möglichkeit eröffnet<sup>2030</sup>. Der Unternehmer ist namentlich nicht gehalten, Drittaufträge anzunehmen, für die er unterhalb seiner

---

<sup>2027</sup> ZH-HGer HG120098 (04.08.2015) E. 3.5.3.3.1.2. Wörtlich heisst es dort, dass der Unternehmer «nach einer gewissen Übergangszeit ab Kenntnis der Notwendigkeit von Umdisponierungen in der Lage sein muss, *solche ohne Produktivitätsverluste vorzunehmen*» (H.h.). Genau genommen geht es nicht darum, dass die Umdisponierungen (wohl gemeint: Transitionsmassnahmen) ohne Produktivitätsverluste vorstattengehen, sondern dass der Unternehmer ab einem gewissen Zeitpunkt für Produktivitätsverluste keine Kompensation mehr beanspruchen darf, weil er seine Mittel bis dahin vernünftigerweise einer alternativen Aufgabe zugeführt haben müsste.

<sup>2028</sup> Vgl. PETERS/JACOBY, Staudinger-BGB, § 642 N 26, wonach der Unternehmer das Risiko, dass es ihm an alternativen Einsatzmöglichkeiten fehlt, nicht dauerhaft auf den Bauherrn abwälzen dürfe, weil es im Fall des längerfristigen Annahmeverzugs an der «Kausalität» zwischen dem Mitwirkungsverzug und der Untätigkeit des Unternehmers fehle.

<sup>2029</sup> Weiterführend KAPELLMANN/SCHIFFERS/MARKUS, Bd. 1, Rz 1091.

<sup>2030</sup> Andernfalls fehlt es schon an der Handlungsoption und mithin an einer Minderungsobliegenheit. Neben rein faktischen Gründen sind dabei auch rechtliche Gründe massgeblich: So kann es dem Unternehmer auf einer Drittbaustelle mit parallelem Koordinationsbedarf (Rz 523) verboten sein, die Arbeiten dort ausserplanmässig aufzunehmen oder zu beschleunigen.

Selbstkosten vergütet würde<sup>2031</sup>. Soll der Unternehmer zwischenzeitlich bereits akquirierte Drittaufträge bewirtschaften, so ist auch hier zu berücksichtigen, inwieweit er im Drittauftrag für die Kosten der De- und Remobilisierung seiner Mittel entschädigt wird (vgl. Rz 1046). Selbst wenn er in der Zeit des Mitwirkungsverzugs auf der blockierten Baustelle Kosten reduzieren und auf der Drittbaustelle Baufortschritt erzielen könnte, kann ihm dies nicht abverlangt werden, wenn er dabei insgesamt mehr Verlust erleidet, als wenn er zugunsten der Drittbaustelle nichts unternähme. Soweit zum anderen Umstellungen auf der blockierten Baustelle zur Diskussion stehen, namentlich das Vorziehen von Arbeitsvorgängen, so sind m.E. solche Massnahmen dem Gebot unterworfen, dass der Unternehmer hierdurch keine Kosten zu tragen haben soll, die ihm nicht im Wege eines Kompensationsanspruchs ersetzt werden<sup>2032</sup>.

- die Auswirkung einer kostenmindernden, also vorteilsgerichteten Massnahme<sup>2033</sup> auf die *Leistungsbereitschaft des Unternehmers im streitigen Bauvorhaben*. Es liegt in der Natur der Sache, dass namentlich die Annahme von Drittaufträgen die Leistungsbereitschaft und Disponibilität des Unternehmers mit Blick auf den gestörten Auftrag vermindert. Der Unternehmer darf deshalb auch gewinnträchtige Drittaufträge ablehnen, wenn sie zeitlich voraussichtlich nicht in die Phase des Mitwirkungsverzugs passen (vgl. Rz 1531) oder der Unternehmer durch deren Annahme sonst wie riskieren würde, den gestörten Bauauftrag in der Folge nicht oder schlecht zu erfüllen<sup>2034</sup>. Dabei hat der Unternehmer mitunter zu prüfen, ob er nach Vollendung des Drittauftrags oder auch während des

<sup>2031</sup> HAUCK/REBMANN, AJP 2018, S. 435 m.V.a. BUSCHE, MüKo-BGB, § 642 N 18 (beide Quellen im Zusammenhang mit der Vorteilserlangungsobliegenheit des Unternehmers; siehe dazu Rz 1508 f.).

<sup>2032</sup> In diesem Zusammenhang versagt die Prämisse, dass das Verhalten des Unternehmers so zu beurteilen sei, wie wenn er keinen Kostenersatz zugut hätte (Rz 1521). Doch scheint diese Abwägung unausweichlich, stellt man (wie hier) auf die ökonomische Sinnfälligkeit solcher Massnahmen ab. Zudem wird diese Abwägung auch im Interesse des Bauherrn sein, solange die Kompensation der Minderungs- bzw. Abwendungsmassnahme günstiger ausfällt als die Kompensation der fortgesetzten Untätigkeit des Unternehmers.

<sup>2033</sup> Zur Vorteilserlangungsobliegenheit als Bestandteil der Schaden- bzw. Kostenminderungsobliegenheit: Rz 1508 f.

<sup>2034</sup> HAUCK/REBMANN, AJP 2018, S. 435 m.V.a. BUSCHE, MüKo-BGB, § 642 N 18 (beide im Zusammenhang mit der Vorteilserlangungsobliegenheit des Unternehmers). Siehe auch PETERS/JACOBY, Staudinger-BGB, § 642 N 26.

Drittauftrags (soweit ihm dies von dorthier erlaubt ist) innert hinreichender Frist die Ausführung auf der gestörten Baustelle wieder aufnehmen könnte, sobald der Bauherr wieder mitwirkt<sup>2035</sup>.

### E. «Retentionsrecht» des Unternehmers?

- 1535 **1.** In der Literatur zum Gläubigerverzugsrecht wird vertreten, der Schuldner dürfe die Leistung einbehalten, solange ihm der Gläubiger die mitwirkungsbedingt entstandenen Aufwendungen nicht ersetzt<sup>2036</sup>. Auf den Bauwerkvertrag übertragen bedeutete dies, dass der Unternehmer **nach Wegfall des Mitwirkungsverzugs die Herstellung bzw. die Ablieferung verweigern dürfte**, solange der Bauherr ihm den (fälligen) Mehraufwendungsersatz nicht bezahlt. Ob das zutrifft, ist im Folgenden zu prüfen, und zwar nicht nur mit Blick auf den Mehraufwendungsersatz, sondern auf alle mitwirkungsbedingten Kompensationsansprüche.
- 1536 **2.** Das Retentionsrecht des Schuldners wird teilweise auf das in **OR 82** verankerte **Leistungsverweigerungsrecht**, die Einrede des nicht erfüllten Vertrags, gestützt<sup>2037</sup>. Sie berechtigt den Schuldner, die fällige Leistung solange einzubehalten, wie der Gläubiger die fällige Gegenleistung nicht erbracht hat oder sie nicht wenigstens anbietet<sup>2038</sup>. Die Einrede steht dem Schuldner freilich nur in synallagmatischen, Zug um Zug zu vollziehenden Verträgen zur Verfügung, und auch dort nur mit Blick auf die vertraglichen *Hauptleistungspflichten*. Hat der Gläubiger dagegen eine fällige *Nebenpflicht* noch nicht erfüllt bzw. bietet er deren Erfüllung nicht an, darf sich der Schuldner nur ausnahmsweise (analog) auf das Retentionsrecht berufen, nämlich wenn

---

<sup>2035</sup> Vgl. etwa WEBER, BK-OR, Art. 91 N 171, wonach der Dienstleistungsschuldner auch im Zuge der Schadenminderung imstande bleiben muss, auf Verlangen des Gläubigers innert einer zumutbaren Frist die Erfüllung wiederaufzunehmen (vgl. a.a.O., N 95a; SCHRANER, ZK-OR, Art. 91 N 73: die Zeitspanne zur Wiederaufnahme der Arbeiten ist nach Treu und Glauben zu bemessen).

<sup>2036</sup> BERNET, BSK-OR, Vor Art. 91–96 N 7; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz 2443; SCHRANER, ZK-OR, Art. 92 N 32; WEBER, BK-OR, Art. 92 N 36. Für das deutsche Schuldrecht z.B. EMMERICH, § 24 Rz 62.

<sup>2037</sup> So etwa bei BUCHER, OR AT, S. 325 und Fn 26; WEBER, BK-OR, Art. 92 N 135 (vgl. freilich DERS., BK-OR, Art. 82 N 23 f., wo stattdessen auf das obligatorische Retentionsrecht abgestellt wird).

<sup>2038</sup> GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz 2205, 2207 f.



die Gegenleistung ohne die betreffende Nebenleistung erheblich entwertet würde<sup>2039</sup>. Im Lichte dieser Grundlagen fällt auf:

**a.** Verweigert der Gläubiger den (*gläubigerverzugsrechtlichen*) Ersatz der Mehraufwendungen, die dem Schuldner durch das Mitwirkungsversäumnis entstanden sind, verweigert er weder die Gegenleistung noch eine Nebenleistung, die mit der Gegenleistung in einem engen wirtschaftlichen oder sonst wie gearteten Zweckbezug stünde. Das lässt sich sogar unabhängig vom Inhalt der Gegenleistungspflicht festhalten, weil die Ersatzleistung stets auf einen Geldbetrag geht und ein «bedingender Zusammenhang» zwischen ihr und der Gegenleistung schwer denkbar ist. Im Werkvertrag zumindest ist das deutlich: Zwischen dem vom Bauherrn geschuldeten Mehraufwendungersatz einerseits und der von ihm geschuldeten Vergütung andererseits existiert kein solcher bedingender Zusammenhang; es handelt sich schlicht um zwei voneinander unabhängige Geldforderungen, deren dogmatische Grundlagen noch dazu nicht vergleichbar sind. Verspätet sich also der Bauherr mit dem Mehraufwendungersatz, darf der Unternehmer die Werkleistung *nicht* in Berufung auf OR 82 «einbehalten», darf also die Herstellung und/oder Ablieferung *nicht* sistieren. 1537

**b.** Diese Überlegungen lassen sich auf den Schadenersatzanspruch aus der Verletzung einer Mitwirkungspflicht übertragen, soweit denn der Bauherr ausnahmsweise einer solchen Pflicht untersteht. Dass die Verhaltensanforderung, die der Bauherr hier im Vorfeld verletzt, verbindlich ist, tut in diesem Zusammenhang nichts zur Sache; der Schadenersatzanspruch weist ebenso wenig einen inneren Konnex zur Vergütungsleistung auf wie der Mehraufwendungersatz. Der Einwand, dass der Schadenersatzanspruch an die Stelle des ursprünglichen Anspruchs auf rechtzeitige Mitwirkung tritt<sup>2040</sup> (vgl. Rz 1238), führt nicht weiter. Denn auch in diesem Fall wird gefordert, dass die Verletzung der Nebenpflicht, an deren Stelle der Schadenersatzanspruch tritt, «eine nicht gehörige Erfüllung der Hauptleistung zur Folge hat»<sup>2041</sup>. Bei der Mitwirkungspflicht des Bauherrn ist das wie gesagt zu verneinen, weil durch deren Verletzung die Vergütungsleistung nicht entwertet wird. Der 1538

<sup>2039</sup> STÖCKLI H., Habil., Rz 235; WEBER, BK-OR, Art. 82 N 91.

<sup>2040</sup> Vgl. STÖCKLI H., Habil., Rz 235, mit Blick auf den Fall, da die Leistungspflicht infolge einer Austauschstörung von einer Ersatzpflicht abgelöst wird (siehe auch SCHRÄNER, ZK-OR, Art. 82 N 66 ff.).

<sup>2041</sup> WEBER, BK-OR, Art. 82 N 91, mit ausdrücklicher Erwähnung von Mitwirkungspflichten. Vgl. STÖCKLI H., Habil., Rz 235.

Unternehmer darf sich deshalb nicht auf OR 82 berufen, wenn der Bauherr die Bezahlung des fälligen Schadenersatzes verweigert, nachdem der Mitwirkungsverzug weggefallen ist.

- 1539 **c.** Anders liegen die Dinge, wenn der Bauherr die Bezahlung der fälligen *Mehrvergütung* verweigert. Dies freilich nicht, weil die Mehrvergütung in einem besonderen Zusammenhang mit der vertraglichen Vergütung stünde, sondern weil die Mehrvergütung, wie die Vergütung überhaupt, *die* synallagmatische Hauptleistungspflicht des Bauherrn ist (Primäranspruch: Rz 1005). Im Grundsatz kann sich der Unternehmer hier auf OR 82 berufen und die Werkleistung auch nach Wegfall des Mitwirkungsverzugs sistieren, wenn der Bauherr die Mehrvergütung nicht bezahlt. Weil allerdings die Einrede von OR 82 die Fälligkeit der einander gegenüberstehenden Ansprüche voraussetzt, erlangt hier die Frage besondere Bedeutung, *wann die Mehrvergütung fällig wird*. Hierzu wurde bereits ausgeführt (Rz 1469, 1472 ff.). In dem für den Unternehmer ungünstigsten Fall wird die Mehrvergütung erst zusammen mit der regulären Vergütung fällig, wenn er das vollendete Werk abliefert (OR 372)<sup>2042</sup>; dann bleibt es ihm während der gesamten Herstellungsphase versperrt, die Arbeit zu sistieren. In dem für den Unternehmer günstigsten Fall, der freilich selten eintreffen dürfte, wird die Mehrvergütung «sogleich» (OR 75) fällig; in diesem Fall ist er berechtigt, die Werkausführung sofort zu sistieren, wenn der Bauherr die Bezahlung der Mehrvergütung verweigert<sup>2043</sup>. Das Einbehaltungsrecht des Unternehmers wird im Übrigen auch durch SIA-118 37 I trotz seines leicht missverständlichen Wortlauts nicht derogiert<sup>2044</sup>.
- 1540 **3.** Die andere Rechtsgrundlage, auf die das Retentionsrecht des Schuldners gestellt werden kann, ist das **obligatorische Retentionsrecht**, kraft dessen der Schuldner die Erfüllung der (fälligen<sup>2045</sup>) Schuld verweigern darf, bis eine ihm aus demselben Rechtsverhältnis zustehende (ebenfalls fällige) For-

---

<sup>2042</sup> Beachte freilich, dass der Bauherr seinerseits gestützt auf OR 82 zur teilweisen Einbehaltung der Vergütung berechtigt sein kann, wenn das abgelieferte Werk mangelhaft ist und er sein Nachbesserungsrecht ausübt (siehe GAUCH, Werkvertrag, Rz 2370 ff.).

<sup>2043</sup> Vgl. GAUCH, Werkvertrag, Rz 1280 (im Kontext der «regulären» Vergütung); BGE 89 II 232/235 E. 4a.

<sup>2044</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rz 1280; HÜRLIMANN, Komm-SIA-118, Art. 37 N 4.2.

<sup>2045</sup> Die Fälligkeit der betreffenden Leistungen ist auch in diesem Zusammenhang vorausgesetzt (STÖCKLI H., Habil., Rz 247).

derung erfüllt wird<sup>2046</sup>. Die Besonderheit dieser Einrede liegt darin, dass die fraglichen Leistungen nicht in einem Austauschverhältnis stehen müssen; die erforderliche *Konnexität*<sup>2047</sup> von Gläubigerleistung und retinierter Leistung ist schon dann gegeben, wenn die beiden Ansprüche demselben Rechtsverhältnis entspringen<sup>2048</sup>. Auf die Kompensationsansprüche des Unternehmers im Bauwerkvertrag übertragen:

**a.** Der Unternehmer würde von dieser Einrede dort profitieren, wo aus seiner Sicht OR 82 versagt. Er könnte die Werkleistung nach Wegfall des Mitwirkungsverzugs nicht nur beim Ausbleiben fälliger Mehrvergütungen sistieren, sondern auch beim Ausbleiben von *Mehraufwendungsersatz- und Schadenersatzbeträgen*. Für den Unternehmer wäre das vorteilhaft, weil die Mehrvergütung normalerweise besonderen Fälligkeitsmodalitäten unterliegt (Rz 1469, 1472 ff.), während die beiden anderen Anspruchstypen meistens «sogleich» (OR 75) fällig werden (Rz 1470 f., 1477). Der Unternehmer könnte sich hinsichtlich dieser beiden Anspruchstypen also sofort nach Wegfall des Mitwirkungsverzugs auf das Retentionsrecht berufen, auch und gerade wenn die Mehrvergütung noch nicht fällig ist. 1541

**b.** Dass das Gesetz um ein obligatorisches Retentionsrecht zu ergänzen sei, scheint unumstritten. Uneinigkeit verbleibt, soweit ersichtlich, mit Blick auf Einzelfragen<sup>2049</sup>, die hier nicht zu vertiefen sind. Allerdings greift das obligatorische Retentionsrecht als ergänztes Gesetzesrecht im streitigen Bauwerkvertrag nur dann, wenn die Parteien eine solche Einrede *nicht durch Vereinbarung ausgeschlossen haben* und das Retentionsrecht im Übrigen *zum Vertrag passt*. Während ersteres sich nur im konkreten Bauwerkvertrag beurteilen lässt, kann zur zweiten Frage eine allgemeine Aussage gemacht werden. Mit einem obligatorischen Retentionsrecht würde dem Unternehmer die 1542

<sup>2046</sup> Vgl. VON THUR/ESCHER, S. 68, die freilich von einer «Gegenleistung» sprechen. Vgl. auch WEBER, BK-OR, Art. 82 N 23 f. m.w.N (siehe allerdings DERS., BK-OR, Art. 92 N 135, wo scheinbar auf OR 82 abgestellt wird); BGE 78 II 376/378 E. 2.

<sup>2047</sup> Vgl. WEBER, BK-OR, Art. 82 N 15.

<sup>2048</sup> SCHRANER, ZK-OR, Art. 82 N 180 m.V.a. BGB § 273, wobei freilich dort die Anforderungen an die Konnexität noch niedriger sind. So sei nicht einmal erforderlich, dass die beiden Ansprüche ihre Grundlage im selben Schuldverhältnis haben. Vielmehr genüge es, wenn «ihnen ein innerlich zusammenhängendes einheitliches Lebensverhältnis zugrunde» liege (GRÜNEBERG, Palandt-BGB, § 273 N 9). Siehe auch STÖCKLI H., Habil., Rz 245 m.w.N.

<sup>2049</sup> Siehe etwa GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz 2217 m.w.N.; STÖCKLI H., Habil., Rz 245–249; WEBER, BK-OR, Art. 82 N 24 m.w.N.

Macht verliehen, die Werkausführung sofort nach Wegfall eines jeden Mitwirkungsverzugs, unabhängig von seiner Schwere und vom Verschulden des Bauherrn, rechtens niederzulegen und die negativen Folgen des Mitwirkungsverzugs für den Bauherrn aufs Unabsehbare hinaus zu verschlimmern. Besonders hart träfe das den Bauherrn, der den Unternehmer als einen von vielen Nebenunternehmern einsetzt, deren Leistungen parallel oder sequenziell koordinationsbedürftig sind: Der Unternehmer hätte es hier in der Hand, seinen Teil der Ausführung zu sistieren und dem Bauherrn so nicht nur die daraus entstehende (weitere) Bauverzögerung aufzubürden, sondern ihn auch gegenüber den anderen Nebenunternehmern in Gläubigerverzug geraten zu lassen, was ihn dort weiteren Kompensationsansprüchen aussetzt<sup>2050</sup>. Das entspricht kaum dem hypothetischen Parteiwillen. Dem Unternehmer steht es offen, fällige Ersatzansprüche bereits während der Werkausführung *klageweise* geltend zu machen, und ausserdem kann er Verrechnung erklären (OR 120), sollte er seinerseits dem Bauherrn Geldbeträge schulden. Vielmehr ist anzunehmen, dass die *Fälligkeitsmodalitäten der Vergütung bzw. der Mehrvergütung* mangels anderer Hinweise die «maximale» Berechtigung des Unternehmers darstellt, beim Ausbleiben von Bauherrenzahlungen die Werkleistung zu sistieren. Nach dieser Massgabe sollte sich das obligatorische Retentionsrecht richten, gleich für welchen Kompensationsanspruch der Unternehmer dieses geltend macht.

- 1543 c. Wollte man dem nicht folgen und dem Unternehmer stattdessen ein obligatorisches Retentionsrecht für sogleich fällige Mehraufwendungs- und Schadenersatzansprüche einräumen, ist zu beachten, dass er diese Einrede – wie ja auch jene von OR 82 – nach *Treu und Glauben (ZGB 2)* zu erheben hat. Ob er dieses Gebot verletzt, beurteilt sich im Einzelfall. Jedenfalls darf der Unternehmer die Arbeit nicht *zweckwidrig* einstellen, so insbesondere nicht mit dem Ziel, dem Bauherrn die Übernahme neuer Pflichten aufzuzwingen<sup>2051</sup>; das Retentionsrecht mag wohl ein «Druck- und Sicherungsmittel»<sup>2052</sup> zuhanden des Unternehmers sein, doch dient es nur der Erzwingung rechtmässiger Vorteile. Die Arbeitseinstellung darf zudem nicht in völligem Missverhältnis zum Wert der Kompensationsleistung stehen, was dann der Fall ist, wenn die Nachteile, die den Bauherrn aus der Arbeitseinstellung

---

<sup>2050</sup> Dem Bauherrn verbliebe selbstredend die Möglichkeit, nach OR 377 zu kündigen, doch müsste er den Unternehmer dann schadlos halten.

<sup>2051</sup> Vgl. WEBER, BK-OR, Art. 82 N 193.

<sup>2052</sup> BGE 122 IV 322/239 E. 3c/cc.

treffen und die für den Unternehmer erkennbar sind, so gross sind, dass sie durch den ausstehenden Kompensationsbetrag nicht zu rechtfertigen sind<sup>2053</sup>.

**4. Im Ergebnis** ist der Unternehmer grundsätzlich in zwei Fällen der Nichtbezahlung zur Sistierung der Werkleistung berechtigt: Erstens, wenn und solange der Bauherr eine fällige *Mehrvergütung* nicht bezahlt. Dieses Retentionsrecht lässt sich sowohl auf OR 82 stützen als auch auf das Institut des obligatorischen Retentionsrechts. Zweitens, wenn der Bauherr fälligen *Mehraufwendungs- oder Schadenersatz* nicht bezahlt und zugleich ein (hier analog zu berücksichtigender) Zahlungstermin für eine Vergütung bzw. eine Mehrvergütung eingetreten ist. Dies lässt sich ausschliesslich auf das Institut des obligatorischen Retentionsrechts stützen. Von entsprechender Bedeutung ist in beiden Fällen die Frage, wann der Mehrvergütungsanspruch fällig wird (dazu schon Rz 1469, 1472 ff.).

Sistiert der Unternehmer die Erfüllung ausserhalb dieser Konstellationen und mithin in Ermangelung eines Retentionsgrunds, fehlt es ihm an wirksamen Einreden, mit denen er den Eintritt seines Schuldnerverzugs verhindern könnte (OR 102 ff., 366 I)<sup>2054</sup>.

## F. Besicherung durch Bauhandwerkerpfandrecht

**1.** Die Bestimmung von ZGB 837 I Ziff. 3 räumt «Handwerker[n]» und «Unternehmer[n]»<sup>2055</sup> das Recht ein, ein Grundpfand auf dem Grundstück zu errichten, auf welches sie «zu **Bauten oder anderen Werken**, zu Abbrucharbeiten, zum Gerüstbau, zur Baugrubensicherung oder dergleichen **Material und Arbeit oder Arbeit allein** geliefert haben». Pfandberechtigt sind hierunter kurz gesagt Arbeiten, die – mit oder ohne Materiallieferung – für ein Bauwerk<sup>2056</sup> oder zum Zwecke dessen Abbruchs<sup>2057</sup> erfolgen. Gesichert werden mit dem Bauhandwerkerpfandrecht «Forderungen» (ZGB 837 I Ziff. 3, 841 I), die dem Unternehmer aus solchen Leistungen zustehen. Forderungsschuldner kann ein anderer Unternehmer, der Grundeigentümer oder eine

<sup>2053</sup> Vgl. GAUCH, Werkvertrag, Rz 1282; HÜRLIMANN, Komm-SIA-118, Art. 37 N 4.4; WEBER, BK-OR, Art. 82 N 194.

<sup>2054</sup> Vgl. GAUCH, Werkvertrag, Rz 1280; HÜRLIMANN, Komm-SIA-118, Art. 37 N 4.1.

<sup>2055</sup> Die beiden Begriffe sind Synonyma (SCHUMACHER, ErgB Bauhandwerkerpfandrecht, Rz 196).

<sup>2056</sup> SCHUMACHER, Bauhandwerkerpfandrecht, Rz 286 ff.

<sup>2057</sup> SCHUMACHER, ErgB Bauhandwerkerpfandrecht, Rz 161 ff. (einschliesslich analoge Arbeitsgattungen, siehe a.a.O., Rz 175 f.).

andere am Grundstück berechnigte Person sein, wobei jede Person in Betracht kommt, welcher der Grundstückseigntümer das Grundstück ganz oder teilweise zum Gebrauch überlassen hat<sup>2058</sup>. Wann immer der Grundeigntümer nicht zugleich der Forderungsschuldner ist, untersteht der Pfandeintragungsanspruch der weiteren Voraussetzung, dass der Grundeigntümer die Arbeiten bewilligt hat (ZGB 837 II)<sup>2059</sup>. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, kann das Bauhandwerkerpfandrecht vom Zeitpunkt an, da der Unternehmer sich zur Arbeitsleistung verpflichtet hat, in das Grundbuch eingetragen werden (ZGB 839 I). Die Verwirkungsfrist<sup>2060</sup> für die (in der Praxis: vorläufige) Eintragung beträgt vier Monate ab «Vollendung der Arbeit» (ZGB 839 II). Die (definitive) Eintragung darf nur erfolgen, wenn die Pfandsomme entweder vom Eigentümer anerkannt oder gerichtlich festgestellt ist. Sie kann zudem nicht verlangt werden, wenn der Grundeigntümer für die angemeldete Forderung hinreichende Sicherheit leistet (ZGB 839 III).

- 1547 2. Das Kernanwendungsgebiet des Bauhandwerkerpfandrechts sind Vergütungsforderungen aus Bauwerkverträgen und aus Innominatverträgen mit (bau-)werkvertraglichen Merkmalen<sup>2061</sup>. Ob die Eintragungsvoraussetzungen gegeben sind und namentlich ob die vom Unternehmer geschuldeten Arbeiten pfandberechnigt sind, ist im konkreten Einzelfall zu prüfen. Zentral für die letztere Frage ist der besondere Schutzgedanke des Bauhandwerkerpfandrechts. Er geht dahin, den Wert des Baugrundstücks, in welches der **vom Unternehmer geschaffene bauliche Mehrwert eingeflossen ist**, kraft eines Grundpfands in Höhe der Forderung (der Pfandsomme) zugunsten des Unternehmers zu «reservieren»<sup>2062</sup>. Forderungen, die nicht aus der Schaffung von baulichem Mehrwert hervorgehen, sind gemäss ZGB 837 I Ziff. 3 nur ausnahmsweise besicherbar, nämlich wenn der Unternehmer «Abbrucharbei-

---

<sup>2058</sup> SCHUMACHER, ErgB Bauhandwerkerpfandrecht, Rz 193 m.w.N.

<sup>2059</sup> SCHUMACHER, ErgB Bauhandwerkerpfandrecht, Rz 212 f.

<sup>2060</sup> Zur Natur der Frist: SCHUMACHER, Bauhandwerkerpfandrecht, Rz 1092.

<sup>2061</sup> Siehe GAUCH, Werkvertrag, Rz 1300 (das Bauhandwerkerpfandrecht diene «nicht ausschliesslich, aber doch in hervorragender Weise der Sicherung werkvertraglicher Vergütungsforderungen»); SCHUMACHER, Bauhandwerkerpfandrecht, Rz 181.

<sup>2062</sup> Vgl. SCHUMACHER, Bauhandwerkerpfandrecht, Rz 125 ff., 129, einschliesslich die Vertiefungen zu den legislatorischen Motiven. Das wertmässige Einfliessen ins Baugrundstück erfolgt auch, aber nicht nur kraft des Akzessionsprinzips, das ausschliesslich auf Sachen Anwendung findet (dazu SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rz 79 f., 888 ff.). Pfandberechnigt sind auch reine Arbeitsleistungen («Arbeit allein»), die sich nicht in der Integration von Sachen äussern (bspw. der Bau eines Baugerüsts).

ten [...] oder dergleichen» besorgt<sup>2063</sup>. Für eine vertiefte Darstellung der Eintragungsvoraussetzungen sei auf die einschlägige Spezialliteratur verwiesen<sup>2064</sup>.

3. Vor diesem Hintergrund drängt sich im Bauwerkvertrag die Frage auf, **ob** 1548 **die Kompensationsansprüche** des Unternehmers, die ihm aus dem Mitwirkungsversäumnis des Bauherrn entstehen, «**Forderungen**» im Sinne von ZGB 837 I Ziff. 3 sind, d.h. den Unternehmer bei gegebenen Voraussetzungen zur Eintragung des gesetzlichen Pfandrechts berechtigen. Das wird im Folgenden untersucht. Vorausgesetzt wird fürs Weitere, dass sich der Unternehmer vertraglich zu pfandberechtigten Leistungen verpflichtet hat<sup>2065</sup>.

a. Zu den «Forderungen» im Sinne von ZGB 837 I Ziff. 3 zählen zunächst 1549 einmal alle klagbaren Geldleistungen, die der Bauherr dem Unternehmer «im Austausch» für die Bauarbeiten – als «Entgelt», als «Gegenleistung» hierfür – schuldet<sup>2066</sup>. Angesprochen sind damit synallagmatische Vergütungsforderungen, im Werkvertrag also die Vergütung im Sinne von OR 363. Eine solche Vergütung ist *auch der Mehrvergütungsanspruch*, der sich seiner Natur nach nicht vom «regulären» Vergütungsanspruch unterscheidet (Rz 1469). Er verkörpert eine Primärforderung des Unternehmers (Rz 1005), die ihm zusteht, weil sich die Parteien darauf geeinigt haben oder, wenn eine Entgeltlichkeitsabrede fehlt, weil eine Vergütung üblich ist<sup>2067</sup>. Die bauwerkvertragliche Vergütungsforderung und mithin auch die Mehrvergü-

<sup>2063</sup> SCHUMACHER, ErgB Bauhandwerkerpfandrecht, Rz 161 ff. (siehe zum baulichen Mehrwert insbesondere a.a.O., Rz 174 m.w.N.).

<sup>2064</sup> SCHUMACHER, Bauhandwerkerpfandrecht, Rz 285 ff., 520 ff. und 1032 ff., jeweils unter Berücksichtigung der Besonderheiten, die sich aus der per 1. Januar 2012 in Kraft getretenen Änderung des Immobiliarsachenrechts ergeben haben und in SCHUMACHER, ErgB Bauhandwerkerpfandrecht, u.a. in Rz 113 ff., 180 ff. und 231 ff. behandelt sind. Siehe des Weiteren: GAUCH, Werkvertrag, Rz 183 ff., 1300 ff.; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rz 1692 ff.; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO, § 113 Rz 38 ff.

<sup>2065</sup> Vgl. ausführlich zur Pfandberechtigung (bzw. Nichtberechtigung) einzelner Arbeitsgattungen: SCHUMACHER, Bauhandwerkerpfandrecht, Rz 348 ff.

<sup>2066</sup> SCHUMACHER, Bauhandwerkerpfandrecht, Rz 439–441.

<sup>2067</sup> Siehe mit einer Analogie zu OR 394 III: STÖCKLI H., Planerverträge § 2, Rz 2.48. Anders GAUCH, Werkvertrag, Rz 381 und GAUCH/MIDDENDORF, Planerverträge § 1, Rz 1.22.

tungsforderung sind gleichsam die «Prototypen» der pfandberechtigten «Forderung» im Sinne von ZGB 837 I Ziff. 3<sup>2068</sup>.

1550 **b.** *Schadenersatzansprüche* des Unternehmers werden in der Literatur nicht als «Forderungen» im Sinne von ZGB 837 I Ziff. 3 aufgefasst<sup>2069</sup>. Das leuchtet zunächst ein: So ist zum Beispiel der Ersatz des Vergütungsinteresses, das dem Unternehmer nach OR 376 III (letzter Teilsatz), 377 («volle Schadloshaltung»)<sup>2070</sup> und 378 II geschuldet ist, keine Forderung, der mehrwertgeeignete Bauarbeiten bzw. Abbruch- oder abbruchähnliche Arbeiten gegenüberstünden. Vielmehr ersetzt dieser Anspruch dem Unternehmer entgangene Vergütungsvorteile aus Leistungen, die er gerade nicht mehr wird erbringen müssen (vgl. etwa Rz 1438). Oder schädigt der Bauherr den Unternehmer im Zuge einer Schlechtmithilfe an Person, Sache oder Vermögen (vgl. Rz 708 ff.), hat er dem Unternehmer diese Integritätsverletzung auszugleichen (OR 97 I). Solche Schadenersatzforderungen lassen sich nicht (auch nicht im weitesten Sinn) als «Gegenleistung» für pfandberechtigte Arbeiten verstehen.

1551 Verletzt nun aber der Bauherr eine Mitwirkungspflicht (Rz 1244 ff.) oder die Pflicht zur rechtzeitigen Säumnisanzeige (Rz 1369 ff.), erstreckt sich der Schadenersatzanspruch des Unternehmers normalerweise *auch auf werkbezogenen Mehraufwand*. Während der Schadenersatzanspruch dogmatisch anderer Herkunft ist, deckt er in diesem Umfang exakt dieselben Kostenpositionen wie der Mehrvergütungsanspruch, und zwar beaufschlagt um dieselben Zuschläge, mit Ausnahme des Gewinnzuschlags (Rz 1307, 1394). Gegen eine Pfandberechtigung spräche deshalb höchstens, dass auch diese Schadenersatzansprüche nicht im «im Austausch» für die geschuldeten Arbeiten vereinbart sind, sondern einer Pflichtverletzung entspringen. Allerdings lässt das Gesetz in ZGB 837 I Ziff. 3 und 841 I offen, von welcher dogmatischen Natur die «Forderungen» des Unternehmers sein müssen, damit sie zur Pfandeintragung berechtigen. Es genügt m.E., dass der mitwirkungsbedingte Mehraufwand, der ja auch eine «Lieferung von Arbeit und Material oder Arbeit alleine» ist (ZGB 837 I Ziff. 3), in irgendeiner Weise «Anlass» oder eben «Grund» der zu sichernden Forderung ist<sup>2071</sup>. Insoweit dem Schadenersatzanspruch also Mehraufwand für die vertraglich geschul-

---

<sup>2068</sup> Vgl. SCHUMACHER/KÖNIG, Rz 326 ff., 331.

<sup>2069</sup> SCHUMACHER/KÖNIG, Rz 331 m.w.N.

<sup>2070</sup> Vgl. SCHUMACHER, Bauhandwerkerpfandrecht, Rz 221, 338, 446.

<sup>2071</sup> Vgl. SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rz 1705.



deten, pfandberechtigten Arbeiten zugrunde liegt, schliesst die dogmatische Andersartigkeit dieses Anspruchs die Pfandberechtigung nicht aus. Dagegen berechtigt ein mitwirkungsbedingter Schadenersatzanspruch in dem Umfang nicht zur Pfandeintragung, wie er sich auf übrige Vermögenseinbussen (Rz 834 ff.) bezieht.

**c.** Das Vorstehende gilt für den Anspruch auf *Mehraufwendungsersatz* sinn- 1552 gemäss. Im Unterschied zum Schadenersatzanspruch umfasst er nie übrige Vermögenseinbussen, sondern nur primäre, auf den Werkerfolg gerichtete Mehrkosten ohne Zuschläge (Rz 1154 ff.). In diesem Umfang stehen dem Anspruch im selben, nicht-synallagmatischen Sinn wie beim Schadenersatzanspruch Aufwände gegenüber, die auf eine pfandberechtigte Werkleistung zielen. Auch hier lässt sich mit dem Verweis auf die nicht-vergütungsrechtliche Natur des Aufwendungsersatzes kaum begründen, dass der Anspruch keine Pfandberechtigung nach sich ziehen soll.

**d.** Anzumerken ist dies: Mitwirkungsversäumnisse führen teilweise zu 1553 Mehraufwand, der *a priori nicht geeignet ist, dem Baugrundstück baulichen Mehrwert zuzuführen*. Zu denken ist in erster Linie an Produktivitätsverluste, die sich gerade dadurch auszeichnen, dass sie Geld kosten, aber keinen Nutzen stiften (Rz 759 ff.). Weiter zu nennen sind auch gewisse «produktive» Mehraufwände, zum Beispiel Transitions- oder Feststellungsmassnahmen, die sich ihrer Natur nach nicht auf die Schaffung von baulichem Mehrwert richten. Doch ist das unter ZGB 837 I Ziff. 3 unbeachtlich. Relevant ist, dass der Unternehmer solche Mehraufwände im Zuge der vertraglich versprochenen – pfandberechtigten – Bauleistungen auf sich nimmt und ihm daraus eine Forderung entsteht. Für die Pfandberechtigung kommt es mithin auf die *Art des insgesamt geschuldeten Werkerfolgs* an<sup>2072</sup> und nicht darauf, ob jede einzelne zu dessen Bewirkung unternommene Erfüllungshandlung geeignet ist, auf dem Baugrundstück baulichen Mehrwert zu generieren<sup>2073</sup>.

<sup>2072</sup> Komplizierter gestaltet sich die Lage, wenn einzelne Teile der versprochenen Werkleistung nicht pfandberechtigt sind. In diesem Fall ist vorderhand zu prüfen, mit welchem Leistungsteil (pfandberechtigt oder nicht?) der fragliche Mehraufwand zusammenhängt.

<sup>2073</sup> Zum selben Ergebnis gelangt man *erstens*, wenn man sich vor Augen hält, dass auch ein überrissener Vergütungsanspruch, der in keiner Weise mit dem generierten baulichen Mehrwert korrespondiert, im Grundsatz vollumfänglich zur Pfandeintragung berechtigt. Daraus wird ersichtlich, dass die Pfandeintragungsberechtigung nicht davon abhängt, ob die einzelne Erfüllungshandlung einen dem Preis entsprechenden Nutzen

- 1554 **4.** Im **Ergebnis** sind im Umfang des (gegebenenfalls beaufschlagten) Mehraufwands (vgl. Rz 751 ff.) alle drei Typen von Kompensationsansprüchen eine pfandberechtigte «Forderung» im Sinne von ZGB 837 I Ziff. 3. Bei alledem ist der vom Unternehmer geschaffene bauliche Mehrwert *nur einmal* im Baugrundstück verkörpert. Es versteht sich deshalb von selbst, dass die zur Eintragung berechnete Pfandsumme insgesamt auf den Mehraufwandanteil des umfassendsten der zur Verfügung stehenden Kompensationsansprüche limitiert ist. Dass nebst der Mehrvergütung auch der Schadenersatz und der Mehraufwendungsersatz im Umfang des Mehraufwands zur Eintragung berechnen, hat für den Unternehmer gegebenenfalls Relevanz, wenn er – aus welchen Gründen auch immer – nicht oder nicht mehr über einen Mehrvergütungsanspruch verfügt, wohl aber noch über die beiden anderen Anspruchstypen.

---

stiftet; es genügt, dass die versprochene Bauleistung insgesamt und typologisch zu den Leistungen gehört, die geeignet sind, baulichen Mehrwert zu schaffen (vgl. SCHUMACHER, Bauhandwerkerpfandrecht, Rz 107). – *Zweitens* ist darauf zu verweisen, dass auch sog. gemischte Leistungen, die sich teilweise aus nicht pfandberechtigten Leistungen konstituieren, vollumfänglich pfandberechtigt sind, insoweit die nicht pfandberechtigten Leistungen mit den pfandberechtigten eine funktionelle Einheit bilden (SCHUMACHER, Bauhandwerkerpfandrecht, Rz 327 ff.). Das heisst: Selbst wenn man Leerläufe des Unternehmers als nicht pfandberechtigte Arbeit ansehen wollte, müssten sie aufgrund ihres funktionellen Zusammenhangs mit den pfandberechtigten Leistungen trotzdem zur Pfandberechtigung führen.

# Kernsätze

Die folgenden achtzehn Verdichtungen geben den Kerngehalt der vorliegen- 1555  
den Arbeit wieder. Zum Teil überlagern sie sich inhaltlich, was angesichts  
der Vernetzung der besprochenen Aspekte unvermeidlich ist, aber auch hof-  
fen lässt, dass schärfere Konturen erlangt, was von mehr als einer Seite her  
beleuchtet wird. Die Ausführungen sind mit zahlreichen Verweisen ausge-  
stattet, die zu den vertieften Darstellungen im Haupttext führen.

## 1. Wie die Mitwirkungslast des Gläubigers entsteht

Ob der Gläubiger an der Erfüllung mitzuwirken hat und auf welche Weise, 1556  
hängt vom Inhalt der Leistungspflicht des Schuldners ab. Mitwirkungsbedarf  
ist das logische Kollateralprodukt der (Rechts-)Tatsache, dass die Erfüllung  
dieser Leistungspflicht einen für sie relevanten (demnach: *erfüllungsrelevan-*  
*ten*; Rz 13 ff.) Erfolg voraussetzt, den der Schuldner *nicht selbst zu bewirken*  
*verpflichtet ist* (Rz 21 ff.). Solche Erfolge durch bestimmte Erfüllungsbeiträ-  
ge (Gläubigerbeiträge oder auch: Mitwirkungsleistungen; Rz 73 ff.) zu reali-  
sieren, wird automatisch zur Last – zum Mitwirkungspensum (Rz 74) – des  
Gläubigers, will er die Leistung bewirkt sehen.

Bei den Gründen der Erfüllungsrelevanz lassen sich absolute (Rz 15) 1557  
und relative (Rz 16 ff.) unterscheiden. Freilich kann in beiden Fällen die  
Erfüllungsrelevanz und damit der Mitwirkungsbedarf entfallen, wenn sich  
der Inhalt der Leistungspflicht dahingehend verändert, dass der Schuldner für  
die Erfüllung auf den Gläubigerbeitrag nicht mehr angewiesen ist (vgl.  
Rz 74, 228, 286). Typisch ist diese Rechtsfolge in den (seltenen) Fällen der  
«echten» gesetzlichen Mitwirkungsobliegenheiten (Rz 51 ff., 161; vgl. auch  
Rz 1561 f.).

## 2. Wie die Mitwirkungslast des Bauherrn entsteht

Mitwirkungsbedarf entsteht im Bauwerkvertrag, wenn die Werkleistungs- 1558  
pflicht des Unternehmers ihrem Inhalt nach erfüllungsrelevante Erfolge  
(Rz 13 ff.) voraussetzt, deren Verwirklichung der Unternehmer nicht schul-  
det (Rz 21 ff.). Dass im Werkvertrag derartiger Mitwirkungsbedarf besteht,  
*setzt der gesetzliche Vertragstypus per se nicht voraus*. Entscheidend ist, ob

aufgrund der konkreten Werkleistungspflicht die Sphären der Parteien im Hinblick auf die Vertragserfüllung solcherart miteinander verschränkt sind, dass beim Unternehmer physische, intellektuelle oder rechtliche Mitwirkungsbedürfnisse entstehen (Rz 386 ff.). Diese Verschränkung äussert sich in den vorne beschriebenen, typischen Mitwirkungsbedürfnissen des Bauunternehmers (Rz 406 ff.).

- 1559 Auch im Bauwerkvertrag mag die Erfüllungsrelevanz eines Bauherrenbeitrags und somit der Mitwirkungsbedarf infolge einer Änderung der Leistungspflicht dahinfallen. Solches bewirken etwa die Haftungsbefreiung zugunsten des Unternehmers in OR 369 (Rz 474 ff.) oder das in dieser Arbeit entwickelte Recht des Unternehmers, unter bestimmten Voraussetzungen eine Mitwirkungsleistung autonom zu substituieren (Rz 481 ff.).

### **3. Inwieweit der Gläubiger zur Mitwirkung berechtigt ist**

- 1560 Wirkt der Gläubiger mit, verhilft er dem Schuldner nicht nur zur Erfüllung (bzw. zu einer Erfüllungshandlung), sondern fordert ein, wozu er zu fordern berechtigt ist. Die Mitwirkung des Gläubigers ist mithin immer die *Ausübung des Forderungsrechts* (Rz 134 ff.), also eine Rechtsausübung. Hierzu gelangt man auch über einen Umkehrschluss unter den Prämissen, dass es im Schuldrecht nur Rechte und Pflichten gibt und dass der Gläubiger unter den gesetzlichen Regeln des Mitwirkungsversäumnisses *nicht zur Mitwirkung verpflichtet ist* (Rz 165 ff., 1563 ff.).

### **4. Wie die Mitwirkungslast zum Begriff der Obliegenheit steht**

- 1561 Stellt sich die Frage nach dem Verbindlichkeitsgrad, mit welchem die Mitwirkung auf dem Gläubiger lastet, darf nicht unbesehen auf die Kategorie der Obliegenheiten zurückgegriffen werden. Vorgegeben ist der Verbindlichkeitsgrad durch das konkrete, der Mitwirkung zugrundeliegende Rechtsverhältnis (Rz 142). Lässt dieses ausnahmsweise auf eine Mitwirkungspflicht schliessen (zum Beispiel aus gesetzlicher oder vertraglicher Anordnung; Rz 194 ff., 211 ff., 281 ff.), fällt eine Mitwirkungsobliegenheit ausser Betracht, weil eine Verhaltensanforderung nach ein und derselben Regel nicht zugleich Pflicht und Nichtpflicht sein kann. Fällt dagegen eine Mitwirkungspflicht ausser Betracht, lässt sich die Mitwirkung als Obliegenheit des Gläubigers bezeichnen, *wenn man sich an die klassische Definition derselben hält*: Der Schuldner hat weder einen Anspruch auf die «Realerfüllung» der

Mitwirkungsobliegenheit noch erlangt er im Fall des Mitwirkungsversäumnisses einen Ersatzanspruch für daraus erlittenen Schaden (Rz 140 ff.).

Bei genauerem Hinsehen ist die Bezeichnung der Gläubigermitwirkung als Obliegenheit *zumindest fragwürdig*, weil die Rechtsfolgen des Mitwirkungsversäumnisses (OR 92 ff.) in keiner Weise mit der typischen Sanktion der Obliegenheitsverletzung übereinstimmen (Rz 148 ff., 155 ff.). Als klassische Obliegenheit tritt die Gläubigermitwirkung nur in jenen gesetzlichen Mitwirkungsnormen in Erscheinung, wo ausnahmsweise das Mitwirkungsversäumnis zu einem Rechtsverlust bzw. -vorenthalt – und nur zu dieser Rechtsfolge – führt (Rz 161), wie etwa bei gewissen gesetzlichen Rückobliegenheiten. Ob man die Gläubigermitwirkung angesichts dieser Besonderheit dennoch zu den Obliegenheiten zählen will oder nicht, ist ein klassifikatorisches Anliegen. Diese Komplikation wird in der vorliegenden Arbeit übergangen und die Gläubigermitwirkung zumindest dort als Obliegenheit bezeichnet, wo sie terminologisch von der Mitwirkungspflicht abgegrenzt werden muss (Rz 164). 1562

## 5. Inwieweit der Gläubiger zur Mitwirkung verpflichtet ist

Im gesetzlichen Aggregatzustand der Gläubigermitwirkung ist der Gläubiger *nicht im rechtlichen Sinne zur Mitwirkung verpflichtet*, was sich aus den Regeln des Gläubigerverzugs ableiten lässt (Rz 165 ff.). Im Vertragsverhältnis darf auch nicht im Wege einer objektivierten Auslegungsregel unterstellt werden, der Schuldner dürfe die vertragsbegründende Willenserklärung des Gläubigers nach Treu und Glauben so verstehen, dass dieser sich zur Mitwirkung verpflichte (Rz 203 ff.). Der Gläubiger begeht mithin keine Pflichtverletzung, wenn er selbst oder sein Ausübungshelfer, den er bei der Mitwirkung einsetzt, die rechtzeitige Mitwirkung versäumen (Rz 325 ff.). 1563

Es steht den Vertragsparteien frei, *rechtsgeschäftlich* eine Mitwirkungspflicht zu begründen. Ist allerdings streitig, ob eine dahingehende Abrede besteht, hat das Gericht bei der Auslegung des Vertrags gewisse Grundsätze zu beachten, die sich aus der besonderen Natur der Gläubigermitwirkung ergeben (Rz 230 ff.). Diese Grundsätze münden darin, dass durch Vertragsauslegung in der Regel nur dann zu einer Mitwirkungspflicht zu gelangen ist, wenn der Vertragswortlaut den Verbindlichkeitsgrad der Mitwirkung ausdrücklich zum Gegenstand hat. Ob der Vertragsinhalt überdies so ausfällt, dass eine Mitwirkungspflicht vernünftigerweise als dasjenige betrachtet werden muss, das der Gläubiger hat verstehen müssen und der Schuldner hat verstehen dürfen, ist eine Frage des Einzelfalls (vgl. etwa 1564

Rz 636). Allein gestützt auf die bei Vertragsschluss bestehenden Parteiinteressen demgegenüber wird nur in den seltensten Fällen eine konkludent vereinbarte Mitwirkungspflicht anzunehmen sein, nämlich wenn beim Schuldner ein erkennbares, qualifiziertes Durchführungsinteresse besteht, das über wirtschaftliche Nah- und Fernziele hinausgeht (Rz 249 m.V.).

1565 Erweist sich der Vertrag in diesem Punkt als lückenhaft (Rz 279 f.), wird das Gericht eine Mitwirkungspflicht nur ausnahmsweise im Wege der *Vertragsergänzung* schaffen dürfen. Keinen hinreichenden Anlass hierzu geben das blosse Kostenminimierungs- und Kompensationsinteresse, das Befreiungsinteresse oder das allfällige Gegenleistungsinteresse des Schuldners (Rz 302 ff.). Zur Mitwirkungspflicht führen dagegen unter Umständen ein qualifiziertes Durchführungsinteresse des Schuldners (Rz 311 ff.) oder eine im Vertrag enthaltene, vorbestehende Mitwirkungsregel, insoweit diese Regel nach dem hypothetischen Parteiwillen sinngemäss auf die umstrittene(n) Mitwirkungsleistung(en) anzuwenden ist (Rz 295 ff.).

1566 Ist die Mitwirkung für den Gläubiger eine Rechtspflicht, *überlagern sich bei ihm Recht und Pflicht* in dem Sinne, als es nunmehr nicht in seinem Belieben steht, ob er sein Forderungsrecht ausübt oder nicht; er ist weiterhin dazu berechtigt, aber fortan auch dazu verpflichtet (Rz 138). Sein Mitwirkungsversäumnis führt dementsprechend nicht nur zu Gläubiger-, sondern auch zu Schuldnerverzug (Rz 138, 1461).

## 6. Inwieweit der Bauherr zur Mitwirkung verpflichtet ist

1567 Nachdem der Gläubiger im Allgemeinen nicht zur Mitwirkung verpflichtet ist (Rz 165 ff.), könnte es der Bauherr *aus Gesetz* nur sein, wenn das gesetzliche Werkvertragsrecht eine solche Mitwirkungspflicht vorsähe. Das ist freilich zu verneinen (Rz 556 ff.). Darin ist keine planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes zu erblicken, wie ein Wertungsabgleich mit dem Agentur- und dem Gesellschaftsvertrag zeigt (Rz 584 ff.). Dass die Mitwirkung für den Besteller keine Verbindlichkeit darstellt, ist eine Wertung, die sich so auch im deutschen und im österreichischen Werkvertragsrecht findet (Rz 609 ff.).

1568 Eine Mitwirkungspflicht des Bauherrn kann freilich auch im Bauwerkvertrag *vereinbart* sein oder durch *richterliche Vertragsergänzung* hinzutreten. Dabei ist auf die dargestellten Grundsätze zurückzugreifen (Rz 1564 f. m.V.). Der besondere Leistungsinhalt des Bauwerkvertrags und die damit verbundenen Parteiinteressen führen zu keinen abweichenden Ergebnissen (Rz 620 ff.): Die konkludente Vereinbarung einer Mitwirkungs-

pflicht wird regelmässig auszuschliessen sein. Die Ergänzung mit einer Mitwirkungspflicht kommt nur in Betracht, wenn der Unternehmer ein qualifiziertes Durchführungsinteresse aufweist, das über wirtschaftliche Nah- und Fernziele hinausgeht (Rz 663 ff.), oder wenn eine vorbestehende Mitwirkungsregel analog heranzuziehen ist. Auch die häufig zum Vertragsbestandteil erklärte SIA-Norm 118 sieht zulasten des Bauherrn keine Mitwirkungspflichten vor (Rz 679 ff.).

## 7. Wie die Mitwirkungslast zu den Nebenpflichten des Gläubigers steht

Die Mitwirkungsobliegenheiten des Gläubigers werden häufig zu seinen *leistungsbezogenen Nebenpflichten* (Rz 334 ff.) gezählt. Mit Blick auf Natur und Verbindlichkeitsgrad der Mitwirkung ist die Klassifizierung wenig zielführend. Schon eine kurze Untersuchung der herkömmlicherweise als «Mitwirkungs- und Verschaffungspflichten» bezeichneten Verhaltensanforderungen (vgl. Rz 335) zeigt, dass hierunter sowohl Pflichten als auch Obliegenheiten gefasst werden. Terminologisch rechtfertigt sich die Zuordnung der Mitwirkung zu den leistungsbezogenen Nebenpflichten nur in den Fällen, in denen der Gläubiger kraft besonderer gesetzlicher Vorschrift, Abrede oder Vertragsergänzung ausnahmsweise zur Mitwirkung verpflichtet ist. Auch hier führt der Weg zunächst über die Analyse der fraglichen Rechtsgrundlage (vgl. Rz 1561).

Zu den *Treuepflichten* des Gläubigers (Rz 341 ff.) zählt die Mitwirkung nicht, und zwar auch dann nicht, wenn sie ausnahmsweise eine Pflicht ist. Leitgedanke der Treuepflichten ist, dass eine jede Vertragspartei anlässlich des Vertragsvollzugs zum Status quo der – nicht erst durch den Vertrag begründeten – Ansprüche und Rechtsgüter ihres Vertragspartners die nach Treu und Glauben gebotene Sorge trägt. Das aber ist nicht die Funktion der Mitwirkung, denn sie zielt allein darauf, die Erfüllung der – erst durch den Vertrag begründeten – Leistungspflicht zu ermöglichen. Damit beschränkt sich die Bedeutung von Treuepflichten im Zusammenhang mit dem Mitwirkungsversäumnis zwangsläufig auf einen peripheren Anwendungsbereich. Namentlich ist der Gläubiger unter bestimmten Voraussetzungen verpflichtet, dem Schuldner das anstehende oder bereits eingetretene Mitwirkungsversäumnis rechtzeitig anzuzeigen (Rz 351 ff.).

## 8. Wie die Mitwirkungslast des Bauherrn zu anderen Verhaltensanforderungen steht

- 1571 Auch den Bauherrn begleitet die *Treuepflicht der rechtzeitigen Säumnisanzeige*: Er muss dem Unternehmer das drohende oder bereits eingetretene Mitwirkungsversäumnis anzeigen, soweit der Unternehmer unter den Umständen des Einzelfalls eine solche Anzeige nach Treu und Glauben erwarten darf (Rz 697 ff.). Das darf er nicht prinzipiell, sondern vornehmlich dann, wenn infolge entweder des Vertragsinhalts oder der Parteiinteraktion während des Vertragsvollzugs für den Bauherrn erkennbar solches Vertrauen begründet worden ist (Rz 699 ff., 1380 ff.).
- 1572 Den Bauherrn trifft überdies die Treuepflicht, den Unternehmer weder durch eine *unzureichende Qualität der Mitwirkungsleistung* noch durch ein unsorgfältiges Verhalten *bei Gelegenheit der Mitwirkung* zu schädigen (Rz 708 ff.).
- 1573 Die Verletzung dieser oder anderer, namentlich auf die Baustellensicherheit bezogener Treuepflichten bewirkt häufig auch die Verletzung einer Mitwirkungsobliegenheit (Rz 704 ff.). Dogmatisch ist in diesen Fällen zu beachten, dass sich der Bauherr (gegebenenfalls) nicht deshalb Schadenersatzpflichtig macht, weil er nicht mitwirkt, sondern weil er eine Treuepflicht verletzt.
- 1574 Von den Mitwirkungsobliegenheiten des Bauherrn *abzugrenzen* sind eine Reihe anderer Bauherrenrechte und -pflichten (Rz 716 ff.), so namentlich vorvertragliche Sorgfaltspflichten, vertragliche Verhandlungspflichten, die Ausübung von Ersatzvornahme- und von Überwachungsrechten, die Bezahlung von Geldschulden sowie zahlreiche Verhaltensanforderungen der SIA-Norm 118.

## 9. Wann der Gläubiger mitzuwirken hat

- 1575 Die Mitwirkungslast bedingt eine Obligation, sodass vor der Entstehung einer solchen kein Mitwirkungsbedarf eintreten kann. Ist die Obligation entstanden, muss die mitwirkungsbedürftige Schuld *erfüllbar* sein, ansonsten der Schuldner nicht berechtigt ist, die Leistung anzubieten, und ein allfälliges Mahngeschäft seinerseits wirkungslos bleibt (Rz 105 ff.). Ausnahmsweise, vor allem aus Gründen des Vertrauensschutzes, bleibt das Mahngeschäft – namentlich das überraschende und damit unzeitige Mahngeschäft – auch bei eingetretener Erfüllbarkeit wirkungslos (Rz 111 ff.). Umgekehrt kann der Gläubiger ausnahmsweise schon vor Eintritt der Erfüllbarkeit in Gläubigerverzug geraten, wenn er die Mitwirkung antizipiert verweigert (Rz 110).



Ist die Erfüllbarkeit eingetreten, aktualisiert sich die Mitwirkungsobliegenheit, wenn der Schuldner erstens zur mitwirkungsbedürftigen Erfüllungshandlung bereit und willig – sogenannt *leistungsbereit* – ist (Rz 95) und zweitens den Gläubiger mittels eines wirksamen *Mahngeschäfts* wissen lässt, dass er leistungsbereit ist. Der herkömmlichen Unterscheidung von Real- und Verbaloblation ist dabei nicht viel Bedeutung beizumessen (Rz 96 ff.). Auf das Mahngeschäft (nicht aber auf die Leistungsbereitschaft) darf der Schuldner ausnahmsweise verzichten, wenn der Gläubiger aufgrund des Vertrags oder der Umstände weiss oder wissen müsste, dass der Schuldner zu einem bestimmten Zeitpunkt leistungsbereit ist bzw. sein wird (Rz 120 ff.). 1576

Mitzuwirken hat der Gläubiger anschliessend innerhalb einer *angemessenen Reaktionsfrist*, deren Bemessung von den Umständen des Vertragsvollzugs und von der Natur der Mitwirkungsleistung abhängt (Rz 115 ff.). Wirkt der Gläubiger bis zum Ablauf der Reaktionsfrist nicht mit, gerät er in Gläubigerverzug, soweit es beim Schuldner nicht an der Leistungsbereitschaft fehlt. 1577

## 10. Wann der Bauherr mitzuwirken hat

Mit der Herstellung des Bauwerks darf der Unternehmer in Ermangelung einer anderen Erfüllbarkeitsregel (Rz 514 ff., 522 ff.) *sofort beginnen* (Rz 503 ff.). Das bedeutet nicht, dass der Unternehmer den Bauherrn sogleich zu allen möglichen Mitwirkungsleistungen anhalten dürfte. Vielmehr aktualisiert sich die Mitwirkungsobliegenheit des Bauherrn entlang der *tatsächlichen Leistungsbereitschaft* des Unternehmers (Rz 504), für die der erkennbare Baufortschritt ein Indiz sein kann. Diese Grundsätze gelten sinngemäss für die Ablieferung des vollendeten Bauwerks bzw. für damit zusammenhängende Mitwirkungsleistungen (Rz 505 f.). 1578

Im Bauwerkvertrag wird allerdings der Erfüllungseintritt häufig durch Abrede (Rz 514 ff.) oder «durch die Natur des Rechtsverhältnisses» (OR 75) im Wege richterlicher Vertragsergänzung (Rz 522 ff.) *aufgeschoben* sein. Letzteres ist zu vermuten, wenn die Werkausführung zeitlich parallel oder sequenziell mit den Leistungen von Nebenunternehmern koordiniert werden muss, wenn eine *Just-in-Time*-Mitwirkung Platz greift oder wenn die Werkleistung vom Bauherrn abgerufen werden darf. 1579

Weil Bauleistungen regelmässig komplex sind, ist im Einzelfall zu prüfen, für welche Erfüllungshandlungen die Erfüllbarkeit aufgeschoben ist und für welche nicht («*partielle Erfüllbarkeit*»). Namentlich zu (gegebenen- 1580

falls mitwirkungsbedürftigen) Vorbereitungsarbeiten ist der Unternehmer in Ermangelung anderer Abreden auch berechtigt, wenn die vorzubereitende Erfüllungshandlung an sich noch nicht erfüllbar ist (Rz 528 ff.).

- 1581 Auch im Bauwerkvertrag bleibt nach Eintritt der Erfüllbarkeit das unzeitige Mahngeschäft des Unternehmers unwirksam (Rz 507 ff.). Dem Unternehmer ist deshalb zu raten, seiner Pflicht nachzukommen, den Bauherrn rechtzeitig *über den anstehenden Mitwirkungsbedarf zu informieren* (Rz 510 f.). Ist diese Vorinformation hinreichend präzise, so kommt sie einem vorzeitigen Mahngeschäft gleich, infolgedessen sich ein späteres, erneutes Mahngeschäft erübrigt (Rz 553, 1257). Das entbindet den Unternehmer zwar nicht davon, im fraglichen Zeitpunkt Leistungsbereitschaft zu erstellen, doch muss er sie dem Bauherrn nun nicht mehr zur Kenntnis bringen (Rz 128).

## 11. Welche Einbussen der Unternehmer durch das Mitwirkungsversäumnis erleidet

- 1582 Das Mitwirkungsversäumnis des Bauherrn führt beim Unternehmer regelmässig zu finanziellen Einbussen, die sich in Mehraufwand (Rz 751 ff.) und übrige Vermögenseinbussen (Rz 834 ff.) unterteilen lassen.
- 1583 Der mitwirkungsbedingte *Mehraufwand* besteht im Mehr an Faktorkosten, das der Unternehmer für die Beschaffung, die Erhaltung und den Einsatz seiner Produktionsmittel gewärtigen muss. Symptomatisch sind drei Typen solcher Faktormehrkosten zu unterscheiden: Produktivitätsverluste (Rz 759 ff.), Kosten ausserordentlicher Erfüllungshandlungen (Rz 782 ff.) und Mehrkosten ordentlicher Erfüllungshandlungen (Rz 803 ff.).
- 1584 Zum Mehraufwand zählen, betriebsökonomisch betrachtet, nicht nur direkte, sondern auch indirekte Mehrkosten (Rz 819 ff.). Aus rechtlicher Sicht freilich sind indirekte Kosten nicht im engeren Sinne zu ersetzen, sondern – wenn überhaupt, je nach Anspruchstypus – pauschal abzugelten. Zu beachten ist, dass gewisse indirekte Kostenverursacher, die in der Vorkalkulation noch mithilfe von geschätzten Pauschalen berücksichtigt werden, im Anschluss an ein Mitwirkungsversäumnis zu direkten Kosten des Mitwirkungsversäumnisses werden (Rz 821 ff., 829 ff.).
- 1585 Die *übrigen Vermögenseinbussen* entstehen dem Unternehmer demgegenüber nicht aus Faktorkosten, sondern aus werkfremder Quelle. Zu nennen sind erstens Haftungsschulden gegenüber Dritten (Rz 835 f.), Mehraufwand zugunsten von Drittaufträgen (Rz 837 ff.), entgangener Gewinn

(Rz 840) sowie sonstige mitwirkungsbedingte Personen-, Sach- und Vermögensschäden (Rz 841 f.).

## 12. Wie der Unternehmer seine Einbussen berechnet und beweist

Seine Einbussen berechnet der Unternehmer bei allen Kompensationsansprüchen gemäss der bzw. in Analogie zur *Differenzhypothese*, d.h. durch den Vergleich des tatsächlichen Ablaufs der Werkausführung (Ist-Ablauf) mit dem Ablauf, wie er ohne das Mitwirkungsversäumnis eingetreten wäre (Soll-Ablauf) (Rz 858 ff.). Während der Ist-Ablauf über empirische Daten rekonstruiert wird, ist der Soll-Ablauf zu *konstruieren* (Rz 921 ff.). Abzustellen ist hierfür auf die Arbeitsplanung des Unternehmers (Rz 924 ff.), auf verbindliche oder unverbindliche Bauzeitabreden (Rz 931 ff.) oder darauf, wie das Gericht den Vertrag mit Blick auf Bauzeit und Bauablauf voraussichtlich ergänzen wird (Rz 937 f.). 1586

Die «eine», richtige *Methode*, diese Differenzbetrachtung durchzuführen und im Zivilprozess darzustellen, gibt es aus rechtlicher Sicht nicht. Aus logischer Sicht scheinen sich hierfür mehrere unterschiedliche Ansätze zu eignen (Rz 871 ff., Rz 875 ff.). Zu beachten sind dabei gewisse Grundanforderungen, denen die Parteien je nach beweisrechtlicher Zielsetzung im Prinzip zu genügen haben (Rz 877 ff.). Gerät die beweisbelastete Partei in eine typische Beweisnot im Sinne von OR 42 II, so namentlich beim Nachweis hypothetischer Tatsachen des Soll-Ablaufs, gilt das (reduzierte) Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit (Rz 959 ff.). 1587

## 13. Welche Kompensationsansprüche dem Unternehmer entstehen

Versäumen der Bauherr bzw. seine Hilfspersonen die Mitwirkung, entstehen dem Unternehmer je nachdem mehrere Kompensationsansprüche *unterschiedlicher dogmatischer Herkunft*. In Frage kommen Ansprüche auf Mehrvergütung, auf Mehraufwendungsersatz und auf Schadenersatz. 1588

Gilt im Vertrag eine Aufwandvergütung (nach Selbstkosten oder Kostenansätzen), entspringt der *Mehrvergütungsanspruch* grundsätzlich dieser Vergütungsregel (Rz 1007 ff.), insoweit sich diese mit Blick auf das hier interessierende Leistungshindernis nicht als lückenhaft erweist. Regelmässig lückenhaft ist in dieser Hinsicht die Festpreisabrede (Rz 1062 ff.), soweit (i.) sie nicht von einschlägigen, vertrags eigenen Mehrvergütungsregeln durchbrochen wird (zum Beispiel SIA-118 58 II; Rz 1081 ff.), oder (ii.) die Mehrvergütung nicht von geeigneten granularen Festpreisen abgeleitet 1589

werden kann (Rz 1125 ff.). Allfällige Vertragslücken sind mit OR 374, ausnahmsweise gemäss OR 373 II auszufüllen.

1590 Der *gläubigerverzugsrechtliche Aufwendungsersatzanspruch* entsteht dem Unternehmer nicht aus der Vergütungsabrede bzw. aus deren Ergänzung, sondern aus einer Ergänzung der gesetzlichen Regeln des Gläubigerverzugs. Der Eingriff begründet sich damit, dass diese Regeln bei Dienstleistungsschulden eine den Geschäftserfolg priorisierende Lösung, wie sie für die Sachschuld in OR 92/93 vorgesehen ist, vermissen lassen (Rz 1130 ff.).

1591 Einen Anspruch auf *Verspätungsschadenersatz* erlangt der Unternehmer, wenn der Bauherr ausnahmsweise zur Mitwirkung verpflichtet ist und mit der Mitwirkungsleistung schuldhaft in Schuldnerverzug gerät (Rz 1244 ff.). Einen *Schadenersatzanspruch* erlangt der Unternehmer ausserdem, wenn der Bauherr die Treuepflicht zur rechtzeitigen Säumnisanzeige verletzt, also eine Anzeigesäumnis begeht (Rz 1369 ff.).

#### 14. Welchen Umfang die einzelnen Kompensationsansprüche aufweisen

1592 Gemessen an der typologischen Bandbreite erfasster Einbussen gehen die *Schadenersatzansprüche* am weitesten: Sie erfassen sämtlichen mitwirkungsbedingten Mehraufwand im Umfang der effektiven Selbstkosten, sowie die übrigen Vermögenseinbussen des Unternehmers. Auf dem Mehraufwand gewähren sie dem Unternehmer überdies Zuschläge für AGK und Risiko, nicht aber für Gewinn (Rz 1263 ff., 1389 ff.).

1593 Der *Mehrvergütungsanspruch* erfasst nur den Mehraufwand, nicht aber die übrigen Vermögenseinbussen. Die monetäre Quantifizierung erfolgt nach der vereinbarten Aufwandvergütung (effektive Selbstkosten, Regiepreise, «allgemeine Marktpreise» im Sinne von SIA-118 62 I usw.) oder, bei der Lückenausfüllung gemäss OR 373 II oder 374, nach den effektiven Selbstkosten (Rz 1012 ff., 1022 ff., 1067 ff., 1072 ff., 1104 ff.). In der Regel gewährt die Mehrvergütung Zuschläge für AGK, Risiko und Gewinn (*Cost plus Fee*; Rz 1017 ff.). Von der Fortschreibung eines Festpreises ist demgegenüber sowohl im OR-Bauwerkvertrag als auch im SIA-Bauwerkvertrag abzu- sehen (Rz 1075 ff., 1116 ff.). Immerhin mag sich die Mehrvergütung im Einzelfall aus granularen Festpreisen ableiten (Rz 1125 ff.), womit genau genommen nicht der Mehraufwand, sondern die durch den Mehraufwand bewirkten Mehrleistungen vergütet werden.

Der *gläubigerverzugsrechtliche Aufwendungsersatzanspruch* be- 1594  
schränkt sich auf einen Ausschnitt des Mehraufwands, nämlich auf primären Mehraufwand (Rz 750). Sekundärer Mehraufwand ist in der Regel nicht ersatzfähig, wobei es wichtige Ausnahmen gibt (Rz 1165 ff.). Bemessen wird der Anspruch nach den effektiven Selbstkosten des Unternehmers, ohne Zuschläge für AGK, Risiko und Gewinn.

## 15. Inwiefern die Anspruchsvoraussetzungen kongruieren und divergieren

Jeder Kompensationsanspruch setzt anspruchsbegründende Tatsachen vo- 1595  
raus. Diese unterscheiden sich teilweise voneinander, teilweise nicht. Inhaltlich geht es häufig um dasselbe, wenn auch unter anderen Bezeichnungen.

Vorausgesetzt ist überall die *Erfüllbarkeit* der Leistungspflicht 1596  
(Rz 1010, 1206, 1248, 1371), weil der Unternehmer ansonsten die Leistung (noch) nicht anbieten darf. Die *Fälligkeit der Mitwirkung* ist begriffsgemäss nur bei der Mitwirkungspflicht vorausgesetzt (Rz 1248 ff.). Die *Leistungsbe-  
reitschaft* des Unternehmers ist primär eine Voraussetzung des Gläubiger-  
verzugs (Rz 1207 ff.), doch ist sie indirekt auch bei der Mitwirkungspflicht eine Fälligkeitsvoraussetzung (Rz 1250). Ein *Mahngeschäft* bzw. eine *Mahn-  
nung* an den Bauherrn ist – Fälle von Mahnäquivalenten ausgenommen (vgl. Rz 1215, 1256 ff.) – für den Aufwendungsersatz (Rz 1212 ff.) bzw. für den Verspätungsschadenersatz (Rz 1253 ff.) erforderlich. Direkt oder sinngemäss vorausgesetzt ist für alle Ansprüche, dass der Bauherr innert einer *angemes-  
senen Reaktionsfrist* nicht mitwirkt (Rz 115 ff.). Beim Anspruch auf Ver-  
spätungsschaden muss es dem Bauherrn an *einredebe gründenden Tatsachen* fehlen (Rz 1262), genauso wie es für den Aufwendungsersatzanspruch dem-  
selben an *Rechtfertigungsgründen* im Sinne von OR 91 (Rz 114) fehlen muss.

Alle Kompensationsansprüche setzen naturgemäss ein *Mitwir-* 1597  
*kungsversäumnis* des Bauherrn voraus. Bei der Mehrvergütung begründet dieses die Vergütungsberechtigung für den Mehraufwand (Rz 1047 ff.). Beim Aufwendungsersatzanspruch konstituiert dieses zunächst den Gläubiger-  
verzug und sodann die Ersatzberechtigung für die Mehraufwendungen (Rz 1217, 1221). Beim Anspruch auf Verzugsschadenersatz begründet es die in OR 102 vorausgesetzte Pflichtwidrigkeit (Rz 1260 ff.). Beim anderen Schadenersatzanspruch besteht die Pflichtwidrigkeit dagegen in der Anzeige-  
säumnis des Bauherrn, wobei diese ein Mitwirkungsversäumnis gleichsam akzessorisch voraussetzt (Rz 1371 f.).

- 1598 Alle Kompensationsansprüche setzen sodann beim Unternehmer *Einbussen* voraus, mögen diese Einbussen nun als Mehraufwand, Mehraufwendungen oder Schaden bezeichnet sein.
- 1599 Überall vorausgesetzt ist ein *natürlicher Kausalzusammenhang* zwischen dem Mitwirkungsversäumnis und den Einbussen des Unternehmers (Rz 1050, 1221, 1313, 1398 f.). Eine *adäquate Kausalität* erfordern demgegenüber nur die Schadenersatzansprüche (Rz 1314, 1400 f.); bei der Mehrvergütung und beim Mehraufwendungsersatz wird das Kriterium der Adäquanz von demjenigen der Vergütungs- bzw. Ersatzberechtigung absorbiert (Rz 1051, 1221).
- 1600 Eine *Pflichtverletzung* des Bauherrn – bestehe sie im Mitwirkungsversäumnis oder in der Anzeigesäumnis – setzen einzig die Schadenersatzansprüche voraus (Rz 1246 ff., 1370 ff.). Gleiches gilt für das *Verschulden* des Bauherrn (Rz 1317 ff., 1402 ff.).

## 16. Wie die Kompensationsansprüche zueinander stehen

- 1601 Insoweit die Kompensationsansprüche dieselben Einbussen abdecken, also kongruieren, besteht Anspruchskonkurrenz im Sinne von *Alternativität*: Der Unternehmer kann einen oder mehrere Ansprüche nebeneinander geltend machen, erhält aber eine Einbusse nie mehr als einmal ersetzt. Die Kompensation einer Einbusse unter dem Titel des einen Anspruchs reduziert die übrigen (kongruenten) Ansprüche in diesem Umfang (Rz 1410 ff.).
- 1602 Soweit die Parteien für den Fall des Mitwirkungsversäumnisses *eine besondere Entschädigungsregel* oder die *Limitierung* der Kompensationsansprüche vereinbart haben (Rz 1420 ff.), ist zu prüfen, ob und auf welche Kompensationsansprüche diese Abrede durchschlägt. Deren Wirkung kann namentlich dahingehen, dass ein oder mehrere Kompensationsansprüche eingeschränkt, ausgeweitet oder verdrängt werden, oder gar nicht erst entstehen. Auf diese Weise mag Anspruchskonkurrenz entfallen, wo sie in Ermangelung einer solchen Abrede bestanden hätte, bzw. mag Anspruchskonkurrenz entstehen, wo sie in Ermangelung der Abrede nicht vorgelegen hätte.

## 17. Wie die Kompensationsansprüche zu Ansprüchen aus vorzeitiger Vertragsbeendigung stehen

- 1603 In den Fällen von *OR 376 I/III, 377 oder 378 I/II* erwirbt der Unternehmer mit dem Teilvergütungs- und (gegebenenfalls) mit dem Schadenersatzanspruch keinerlei Forderungen, die mit den im Vorfeld der Vertragsbeendi-

gung erlangten Kompensationsansprüchen kongruieren bzw. konkurrieren (Rz 1431 ff., 1440 ff.).

*Tritt der Bauherr vom Vertrag zurück*, weil sich der Unternehmer 1604 pflichtwidrig verspätet (Rz 1446 ff.), oder *tritt der Unternehmer vom Vertrag zurück*, weil der Bauherr in Gläubiger- (Rz 1455) oder in Schuldnerverzug (Rz 1462) geraten ist, konkurrieren die verbleibenden Kompensationsansprüche des Unternehmers (vgl. Rz 1446) möglicherweise mit Ansprüchen auf Wertersatz für nicht real restituierbare Arbeitsleistungen, soweit deren Wert nicht schon im begonnenen Bauwerk verkörpert ist (das nun dem Unternehmer zufällt).

Ist es der Unternehmer, der vom Vertrag *zurücktritt*, und trifft den 1605 Bauherrn am Schuldnerverzug ein *Verschulden*, so konkurrieren die verbleibenden Kompensationsansprüche des Unternehmers überdies mit seinem Anspruch auf das negative Vertragsinteresse (Rz 1463 f.). Infolge des Rücktritts nach OR 95 dagegen erlangt der Unternehmer nach hier vertretener Auffassung keinen Schadenersatzanspruch (Rz 1457 f.), womit Anspruchskonkurrenz ausser Betracht fällt.

*Kündigt der Bauherr den Vertrag*, weil der Unternehmer sich 1606 pflichtwidrig verspätet (Rz 1445, 1450 f.), oder *kündigt der Unternehmer den Vertrag*, weil der Bauherr im Gläubiger- oder Schuldnerverzug steht (Rz 1454, 1456, 1460, 1462), so gilt hinsichtlich des Anspruchs auf Teilvergütung dasselbe wie unter OR 376 I, 377 und 378 I (siehe Rz 1603).

Ist es der Unternehmer, der den Vertrag *kündigt*, und trifft den Bau- 1607 herrn am Schuldnerverzug ein *Verschulden*, entsteht dem Unternehmer zwar ein Schadenersatzanspruch, doch konkurriert dieser seinem Inhalt nach nicht mit den Kompensationsansprüchen (Rz 1465). Kündigt der Unternehmer dagegen, weil der Bauherr – auch verschuldet – in Gläubigerverzug geraten ist, entsteht dem Unternehmer kein Schadenersatzanspruch (Rz 1459), womit sich Konkurrenzfragen erübrigen.

## 18. Welchen Regeln die Kompensationsansprüche überdies unterstehen

*Fällig* werden die Ersatzansprüche aus Haftungs- und Gläubigerverzugsrecht 1608 in dem Zeitpunkt, da dem Unternehmer die ersatzfähige Einbusse entsteht. Die Mehrvergütung demgegenüber wird mit der Ablieferung des Bauwerks bzw. des Werkteils fällig oder gegebenenfalls entlang eines sinngemäss anwendbaren, vertraglichen Zahlungsplans (Rz 1468 ff.).

- 1609 Für den Mehrvergütungsanspruch und den Aufwendungsersatzanspruch fallen *Verzugszinse* an, wenn der Bauherr mit deren Bezahlung in Schuldnerverzug gerät. Für Schadenersatzansprüche fällt ab dem Zeitpunkt der Schädigung zudem *Schadenszins* an, der freilich mit dem Verzugszins nicht kumuliert werden darf. Sowohl beim Verzugs- als auch beim Schadenszins steht dem Unternehmer der Nachweis eines allfälligen zinsüberschliessenden Schadens offen (Rz 1478 ff.).
- 1610 Bei fortgesetztem Zahlungsverzug vonseiten des Bauherrn ist der Unternehmer berechtigt, *die weitere Werkausführung zu sistieren*, wenn ein fälliger Mehrvergütungsbetrag aussteht. Steht fälliger Mehraufwendungs- oder Schadenersatz aus, so greift sein «Retentionsrecht» nicht vor der Fälligkeit der Vergütung bzw. einer allfälligen Mehrvergütung (Rz 1535 ff.).
- 1611 Dem Unternehmer steht es unter allen drei Forderungstypen offen, in der Höhe des vom jeweiligen Anspruch gedeckten Mehraufwands (nicht aber der übrigen Vermögenseinbussen) ein *Bauhandwerkerpfandrecht* zulasten des Baugrundstücks im Grundbuch eintragen zu lassen (Rz 1546 ff.).
- 1612 Die Kompensationsansprüche *verjähren* grundsätzlich nach zehn Jahren, wobei ausnahmsweise kürzere oder längere Fristen gelten (Rz 1482 ff.). Die Verjährungsfrist beginnt mit der Fälligkeit der Forderung (Rz 1468 ff.) zu laufen. Bei der Verletzung einer Mitwirkungspflicht dagegen stellt der Unternehmer sicherheitshalber auf den Zeitpunkt ab, in dem die Mitwirkung fällig geworden ist, und bei der Verletzung einer Treuepflicht auf den Zeitpunkt der Pflichtverletzung (Rz 1488 ff.).
- 1613 Ein allfälliges *Mitverschulden des Unternehmers* befreit den Bauherrn ganz oder teilweise von seiner Kompensationspflicht (Rz 1493 ff.). Namentlich trifft den Unternehmer unter allen drei Anspruchstypen eine Schadenminderungs- (Rz 1510 m.V.) bzw. eine Kostenminderungsobliegenheit (Rz 1516, 1518). Ob eine Minderungs- bzw. Abwendungsmassnahme dem Unternehmer im Einzelfall zumutbar ist, beurteilt sich anhand deren betriebswirtschaftlichen Sinnfälligkeit aus der Sicht des Unternehmers (Rz 1520 ff.).



# Sachregister

Die nachfolgenden Verweise beziehen sich auf die Randziffern in dieser Arbeit. Wo sich die Verweise ausnahmsweise auf Fussnoten beziehen, ist dies mit «Fn» gekennzeichnet. Mit *☞* werden andere (fettgedruckte) Stichworte referenziert. Mit = wird auf synonyme oder verwandte Unterstichworte innerhalb desselben (fettgedruckten) Stichworts verwiesen.

## A

**ABGB-Bauwerkvertrag** 382,  
615 ff., 1096, 1177 ff., 1182,  
1184 ff., 1198 f.

### **Ablieferungspflicht**

- allgemein 382, 384
- *☞* Annahme
- Begriff der Ablieferung 403
- *☞* Erfüllbarkeit 505 f., 515
- *☞* Fälligkeit 505, 520
- *☞* gewillkürte Erfüllungsvoraussetzungen 405, 467, 471 f.
- Prozessbezogenheit 385, 390, 858
- und OR 379 II 45, 583

### **Abruf**

- der *☞* Leistung 108, 462, 527
- der Werkleistung 462, 527
- laufendes Abrufsrecht *☞* *Just-in-Time*-Mitwirkung
- *☞* Mitwirkungsleistung
- *☞* Substituierung der Mitwirkung 489, 527

**Abschreibungen** *☞* Wertverzehr

**Absicht** *☞* Verschulden

### **Agenturvertrag**

- Mitwirkungspflichten des Auftraggebers 46, 198, 1201
- sozialpolitisches Normierungsmo-

tiv 593

- Treuepflichten 595 f.
- Wertungsabgleich 586 ff.
- wirtschaftliche Abhängigkeit 594

**Alarmanlage** 404

### **Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB)**

- *☞* Bauwerkvertrag 382, 644
- *☞* ÖNORM-Bauwerkvertrag  
*Fn* 565
- *☞* SIA-Bauwerkvertrag 1082 f.
- *☞* Verjährung 1492
- *☞* Vertragsauslegung
- *☞* VOB/B-Bauwerkvertrag

*Fn* 564

### **Allgemeine Geschäftskosten (AGK)**

- Begriff 770, 827 ff.
- «Bereitschaftskosten» 780, 827, 832, 1042
- Ersatzfähigkeit 780, 833
- *☞* Finanzierungsaufwand
- *☞* Führungsaufwand
- Gerätegemeinkosten 773, 779, 810
- inventarbezogene 778 ff.
- Kalkulation 828
- *☞* Kausalzusammenhang 828
- Lohnkosten 801, 832

- ☞ Reparatur- und Instandhaltungskosten
- ☞ werkfremder Aufwand 1042
- ☞ Wertverzehr 776
- ☞ Zuschläge
- Anlaufphase** ☞ Einarbeitungseffekte
- Annahme**
  - ☞ Ablieferungspflicht 402 ff., 538
  - allgemein 66 f., 69
  - bei Dienstleistungsschulden? 70 ff.
  - ☞ BGB-Bauwerkvertrag 611, 614
  - ☞ Herstellungspflicht 394 ff., 401, 539
  - Ort 130
  - und OR 379 II 45, 583
- Annahmeverzug** ☞ Gläubigerverzug
- Anpassungssituationen** 661, 718
- Anspruchskonkurrenz** ☞ Verhältnis der Kompensationsansprüche
- antizipierte Mitwirkungsverweigerung** 20, 110, 127, 513, 1258
- Anzeigepflichten** ☞ Treuepflichten
- Anzeigesäumnis des Gläubigers/Bauherrn** ☞ Treuepflichten
- Arbeitskalkulation** 924 ☞ Vorkalkulation ☞ Nachkalkulation
- Arbeitssicherheit** 683, 687, 696 f., 706, 712 ff., 728, 730
- Arbeitsvertrag**
  - Arbeitsbewilligung 335 f., 379
  - Ausrüstungsobliegenheit des Arbeitgebers 43
  - Durchführungsinteresse des Arbeitnehmers 314

- Fürsorgepflicht des Arbeitgebers 314, 341, 697, 705
- Informationspflicht des Arbeitgebers 58, 201
- Kündigungsrecht 193
- Lohnschuld 766
- Arbeitsvorgang** 895
- As-Planned vs. As-Built** 868
- Aufschub**
  - ☞ Arbeitsvorgang
    - allgemein 844
    - Schadenminderungsmassnahme 1526
  - ☞ Mahngeschäft/Erfüllbarkeit
- Aufsicht** ☞ Führungsaufwand
- Auftragsrecht**
  - ☞ Aufwendungsersatz 1162
  - Kündigung/Widerruf 193, 562
- Aufwand**
  - Angemessenheit ☞ Mehrvergütung
  - Aufwendungen (Rechnungslegung) 755
  - Begriff 753 ff.
  - direkter 819
  - Einsatz 753 f.
  - Faktorkosten 591, 755, 758, 1281; *Fn 1041*
  - indirekter 819
  - Kosten (Rechnungslegung) 755
  - ☞ Mehraufwand
  - Mitteleinsatz = Einsatz
  - Produktionsfaktor 751; *Fn 1031*
  - projektbezogener 757 f., 791, 194, 1041, 1048, 1449
  - projektfremder = werkfremder
  - Selbstkosten 754 ff.
  - Sorgfalt ☞ Mehrvergütung
  - umgangssprachlicher = Einsatz

- Vorhalten von Produktionsfaktoren 755, 760, 774, 776, 778, 786, 810, 816, 825, 975, 999, 1185, 1294
- werkbezogener = projektbezogener
- werkfremder 757, 794, 817, 834, 838, 840 f., 843, 1001, 1041 ff., 1196, 1433

### **Aufwandvergütung**

- ☞ Mehrvergütung
- ☞ Teilvergütung
- ☞ Vergütung

### **Aufwendungsersatz**

- allgemein 192, 1156, 1183
- ☞ Auftragsrecht 1162; *Fn* 1501, 1512
- aus ☞ Mitwirkungsversäumnis
  - ☞ Mehraufwendungsersatz
- bei Erlöshinterlegung (OR 93) 107, 162, 308 ff., 1133
- bei Sachhinterlegung (OR 92) 162, 170, 308 ff.
- Gesetzeslücke(n) 185, 1132 ff.
- ☞ Gläubigerverzug

### **Ausführungspläne** ☞ Mitwirkungsleistung

### **Auslagenersatz** ☞ Aufwendungsersatz

### **Auslagerungsvereinbarung**

- ☞ Mitwirkungsabrede

### **Auslegung** ☞ Vertragsauslegung

### **Auslastung des Unternehmers**

- 630, 632, 638 f., 789; *Fn* 1625

### **Auslaufphase** ☞ Einarbeitungseffekte

### **Ausmass** ☞ SIA-Bauwerkvertrag

### **ausserordentliche Erfüllungshandlungen**

- Abgrenzungen 783
- Begriff 782 ff.
- Demobilisierung 791
- Feststellungsmassnahmen 795 ff., 887
- Fremdleistungen 787, 800
- Kostenminderungsobliegenheit = Schadenminderungsobliegenheit
- Lohnkosten 785
- ☞ Mehraufwendungsersatz
- ☞ Mehrvergütung
- Mietkosten 786
- ☞ Ohnehin-Aufwand
- Remobilisierung 792
- Rückgängigmachen 788, 1168 f., 1507
- ☞ Schaden
- ☞ Schadenminderungsobliegenheit 794, 1046
- ☞ Schutzmassnahmen 784 ff.
- ☞ Teuerungseffekte 802
- Transitionsmassnahmen 703, 765, 789 ff., 801, 823 f., 829, 848, 1046, 1071, 1169, 1211, 1393, 1447, 1523 f., 1553
- Transporte 786, 791
- und granulare ☞ Festpreise 1127
- und ☞ übrige Vermögenseinbussen 791
- Verwaltung 801
- ☞ Wertverzehr 786

### **ausservertragliche** ☞ Haftung

### **Ausübungsgehilfe** ☞ Hilfspersonen

## B

### **Balkendiagramm** 521

#### **Bauablauf**

- Arbeitsplanung des Unternehmers 924 ff.
- Autonomie des Unternehmers
  - ☞ Herstellungspflicht
- bauablaufbezogene Darstellung 858
- ergänzter 937 ff.
- geplanter 761, 924 ff.
- ☞ Ist-Ablauf
- objektiver 505, 509, 526 f., 898, 937 f., 953, 1251
- ☞ Soll-Ablauf
- vereinbarter 931 ff.

#### **Bauablaufstörung** 4; *Fn* 2

#### **Bauarbeiten** 382

#### **Baubewilligung** ☞ Mitwirkungsleistung

#### **Baufortschritt** 443, 504, 506, 509 ff., 525, 549, 760, 794, 813, 948, 950 f., 1250 f., 1282, 1388, 1533

#### **Baugerüst** 444, 454, 458, 786, 1043; *Fn* 2062

#### **Bauhandwerkerpfandrecht**

- allgemein 1546 ff.
- baulicher Mehrwert 1547, 1553
- ☞ Feststellungsmassnahmen 1553
- «Forderungen» 1548 ff.
- gemischte Leistungen *Fn* 2073
- ☞ Mehraufwendungsersatz 1552
- ☞ Mehrvergütung 1549
- ☞ Produktivitätsverluste 1553
- ☞ Schadenersatz 1550 f.
- ☞ Transitionsmassnahmen 1553
- ☞ übrige Vermögenseinbus-

sen 1554

- ☞ Verjährung 1487

#### **Bauherr**

- Begriff 382
- Einmalbauherr 509, 1259, 1329
- Laienbauherr = Einmalbauherr
- professioneller 1259, 1329

#### **Bauprogramm**

- ☞ Bauzeitenplan
- ☞ SIA-Bauwerkvertrag

#### **Baustelle** 382

#### **Baustelleneinrichtung** 408, 424, 444, 454, 459, 825, 1109, 1185, 1494,

#### **Baustellengemeinkosten (BGK)**

- allgemein 819, 820 ff.
- Fremdleistungen (BGK-F)
  - Fn* 1107, 1109
- Inventar (BGK-I) *Fn* 1107, 1109
- Lohn (BGK-L) 769, 823;
  - Fn* 1107, 1109
- Material (BGK-M) 772; *Fn* 1107, 1109

#### **Baustoff** ☞ Mitwirkungsleistung

#### **Baustopp** 449, 499, 1375

#### **Bauwerk**

- Anlagen 389, 471, 628, 630, 653;
  - Fn* 678, 885, 941
- Begriff 382
- ☞ Durchführungsinteresse des Schuldners/Unternehmers
- grossvolumiges 632, 646
- ideelle Motive des Unternehmers 603, 605, 666, 668, 671 ff., 676 ff., 694
- ideelle Wertschätzung des Bauherrn 393
- Komplexität 392
- Konkretisierung ☞ Mitwirkungs-

leistung

**Bauwerkvertrag** 382

**Bauzeitabrede**

- absolute 515
- Begriff 515 ff.
- $\varphi$  Erfüllbarkeit 514 ff.
- $\varphi$  Fälligkeit der Mitwirkung 1248 ff.
- Fristen 515
- Frühestenstermine 515
- laufende 270, 358, 702, 1380 ff.
- $\varphi$  Nachweis der Vermögenseinbussen
- relative 515
- Spätestenstermine 515
- Termine 515
- Verbindlichkeit 358, 521, 536, 701, 932 ff., 1385
- Verfalltagsabrede 550 f.
- Zwischentermine 515

**Bauzeitenplan**

- allgemein 521, 536, 701, 925 ff., 1385 ff.; *Fn 701*
- Pflicht zur  $\varphi$  Säumnisanzeige 357, 701
- Verbindlichkeit 521, 536

**Bauzeitverlängerung**

- allgemein 845, 849, 851 ff.
- $\varphi$  Einbussen 850, 851 ff.
- entgangener  $\varphi$  Gewinn 840
- Kontrollmass 855, 889, 958

**Bedingungsmanipulation** 369 ff.

**Befreiungsinteresse**  $\varphi$  Interessen des Schuldners/Unternehmers

**Begleithandlungen** 17, 35, 69

**Bereitschaftsanzeige**  $\varphi$  Mahngeschäft

**Beschleunigungsmassnahmen**

$\varphi$  ordentliche Erfüllungshand-

lungen, Mehrkosten von

**«Beschlüsse» der Vertragsparteien** 606

**Bestellungsänderung**

- Analogie zum  $\varphi$  Mitwirkungsver-säumnis? 732 f., 1100, 1079, 1118
- Ausführungsoption (Eventualpo-sition) 436, 464
- Auswirkungen auf  $\varphi$  Mitwir-kungspensum 14, 74, 268, 286, 433 ff.
- Bauverfahren 443
- einseitige 433 ff., 441 ff., 473, 732 ff., 1100
- Hilfsmittel 443
- infolge  $\varphi$  Substituierung 500
- $\varphi$  Lieferant 442
- $\varphi$  Mitwirkungsleistung
- $\varphi$  Subunternehmer 442
- und  $\varphi$  Preisfortschreibung 1077
- Vorräte 443

**Betriebshaftpflichtversicherung**

$\varphi$  Versicherungsvertrag

**Beweis der Vermögenseinbussen**

$\varphi$  Nachweis der Vermögenseinbussen

**Beweisführungsobliegenheit** 978, 1057, 1226

**Beweislast**

- allgemein 858, 960
- $\varphi$  Begleithandlungen 35
- $\varphi$  Mehraufwendungsersatz 1225 ff.
- $\varphi$  Mehrvergütung 1056 ff.
- $\varphi$  Schadenersatz 1364, 1408
- $\varphi$  Verschulden 1320, 1408

**Beweismass**

- allgemein 960 ff.

- analoge Anwendung von OR 42 II 966
- Anzeige des Unternehmers 971
- Betriebsstoffe 1271
- ☞ Controlling 978
- Einkauf von Leistungen 973
- ☞ Einsatz 974
- erleichtertes = reduziertes
- ☞ Feststellungsmassnahmen 978
- interne Arbeitsergebnisse 976
- ☞ Ist-Ablauf 972
- ☞ Kausalzusammenhang 982 ff., 991
- ☞ Leistungsbereitschaft 969, 1225; *Fn 1251, 1625*
- ☞ Mahngeschäft 969
- ☞ Mehraufwand 992 ff.
- ☞ Mehraufwendungsersatz 1226
- ☞ Mehrvergütung 1058
- ☞ Mitwirkungsversäumnis 970
- ☞ Ohnehin-Aufwand 992 ff.
- Quantifizierung des Einsatzes 975
- Quantitäten 966, 991
- reduziertes 961, 980 ff.
- ☞ Reparatur- und Instandhaltung 1000, 1272
- ☞ Schadenersatz 1365, 1409
- Soll-Ablauf = Kausalzusammenhang
- striktes 960, 968 ff.
- typische Beweisnot 961 ff., 977, 979, 1267
- ☞ übrige Vermögenseinbussen 1001
- Unmöglichkeit des Beweises = typische Beweisnot
- Unterlassungen 981, 1398, 1408
- Unzumutbarkeit des Beweises = typische Beweisnot

- ☞ Vermögenseinbussen 991 ff.
- ☞ Vorteile 990
- ☞ Wertverzehr 999, 1268 ff.
- ☞ Zumutbarkeit 978
- BGB-Bauwerkvertrag** 382, 610 ff., 1096, 1174 ff., 1181, 1184 ff., 1197, 1199
- Building Information Modeling (BIM)** 440
- Bürgschaftsvertrag**
  - Erhaltungspflicht 63, 201
  - Herausgabepflicht 64, 201
  - Informationspflicht des Gläubigers 58, 201
  - ☞ Rechtsvorenthalt/-verlust 150, 152
  - Verminderungsverbot 63

## C

**Caps** ☞ Freizeichnung

**clausula rebus sic stantibus** 83, 368, 718; *Fn 1004*

**Cloud-Lösung** 428

**computergestützt** 799, 874, 1002 ff.

**Concurrent Delay** *Fn 1196*

**Controlling** 776, 796, 799, 978

**Cost plus Fee** 1017 f., 1041, 1042, 1043, 1044, 1110, 1303, 1305, 1433

**Critical Path Method (CPM)** 1002

**Culpa-Theorienstreit** 171, 177

## D

**Darlehen** ☞ Finanzierungsaufwand

**Dauerschuld**

- ☞ Agenturvertrag 590
- allgemein 129
- ☞ Bauwerkvertrag 391, 590, 858

– ☞ Langzeitcharakter

**Differenzhypothese** ☞ Nachweis  
der Vermögenseinbussen  
☞ Schaden

**Doppelmäkelei** 150, 152

**Doppelrolle des Bauherrn** 652 f.,  
658, 660

**Drittaufträge** 1, 567, 791 f., 794,  
817, 835, 837 ff., 840 f., 860,  
902, 920, 956, 1001, 1044 ff.,  
1172, 1195, 1211, 1302, 1307,  
1391, 1395, 1465, 1495, 1506,  
1509, 1524 f., 1533 f., 1588;  
*Fn 1327, 1896*

**Durchführungsinteresse** ☞ Inte-  
ressen des Schuld-  
ners/Unternehmers

## E

**EDV-Einsatz** ☞ computergestützt

**Eigenverschulden des Unterneh-  
mers** ☞ Mitverschulden des Un-  
ternehmers

**Einarbeitungseffekte**

- allgemein 765, 792 f., 809,  
846 ff., 957, 1507; *Fn 1140,*  
*1212*
- Anlaufphase 846 f., 957; *Fn 1137*
- Auslaufphase 846, 951, 957
- Einlaufphase = Anlaufphase
- Hauptphase 846, 951, 957

**Einbussen** ☞ Vermögenseinbussen  
**einfache Gesellschaft**

- Austauschvertrag 599 f.
- Beitragspflicht 598
- ☞ Vertragszweck (Gesellschafts-  
zweck) 598 ff.
- Wertungsabgleich 598 ff.

**Einlaufphase** ☞ Einarbeitungsef-

fekte

**Einrede**

- des nicht erfüllten Vertrags  
(OR 82) 185, 248, 1141, 1160,  
1536 ff.
- ☞ Gläubigerverzug 1262
- ☞ Retentionsrecht des Unterneh-  
mers
- Zahlungsunfähigkeit der Gegen-  
partei (OR 83) 185

**Einsatz** ☞ Aufwand

**Entgeltlichkeit** 743, 800, 817,  
1005, 1031, 1057, 1549;  
*Fn 1293*

**Erfolgsbezogenheit**

- Agenturleistung 589
- Werkleistung 390, 394, 563, 589;  
*Fn 1012*

**Erfüllbarkeit**

- ☞ Ablieferungspflicht 505 f.
- ☞ Abruf
- allgemein 105 ff., 502 ff.
- der Leistungspflicht 106 ff.
- gespaltene = partielle
- ☞ Gläubigerverzug 1206
- ☞ Herstellungspflicht 503 f.
- im ☞ Bauwerkvertrag 503 ff.,  
514 ff.
- ☞ *Just-in-Time*-Mitwirkung 525 f.
- ☞ Mahngeschäft
- paralleler Koordinationsbedarf  
523, 531
- partielle 109, 528 ff., 1010
- sequenzieller Koordinationsbe-  
darf 525, 531
- Wirksamkeit des ☞ Mahnge-  
schäfts 105

**Erfüllungsgehilfe** ☞ Hilfspersonen

**Erfüllungsinteresse des Gläubi-**

gers 183

**Erfüllungsrelevanz**

- Abrede 14
- absolute 15, 416, 421
- allgemein 9 f., 12, 13 ff.
- Eliminierung des *§* Mitwirkungsbedarfs
- pflichtwidriges Weiterarbeiten 477
- relative 16 ff., 416, 421, 465, 477, 714, 723
- und *§* Vertragsauslegung 229
- und *§* Vertragsergänzung 286
- *§* Weisungen 465

**Erhaltungsinteresse** *§* Interessen des Schuldners/Unternehmers

**Ersatzberechtigung** *§* Mehraufwendungsersatz

**exekutorische Behelfe des Unternehmers** 746

**Exkulpation** *§* Hilfspersonen

## F

**Fahrlässigkeit** *§* Verschulden

**Faktorkosten** *§* Aufwand

**Fälligkeit**

- Ablieferungsforderung 505
- Abreden 1252, 1472 ff.
- Forderung 107, 117 f.
- Herstellungsforderung 503
- *§ Just-in-Time*-Mitwirkung 526 f., 1251
- *§* Mehraufwendungsersatz 1470, 1477
- *§* Mehrvergütung 1469, 1474 ff., 1539
- *§* Mitwirkung(splicht) 1248 ff.
- *§* Schadenersatz 1471, 1477
- *§* Verjährung 1488

**Festpreis**

- granularer 1125
- *§* Mehrvergütung
- *§* Vergütung

**Feststellungsmassnahmen** *§* ausserordentliche Erfüllungshandlungen

**Fiktion** 117, 183, 376, 378 ff., 776, 867, 1284, 1293, 1296 f., 1532

**Finanzierungsaufwand** 822, 826, 831, 1475 f.; *Fn* 1285

**Float** *§* Puffer

**Folgaufträge** 629, 664 f., 669 f.; *Fn* 932

**Forcierung** *§* Beschleunigungsmassnahmen

**Frachtvertrag**

- Instruktionsobliegenheit des Absenders 55, 161

**Freizeichnung**

- Auslegung 1360 f., 1406
- *Caps* 1361
- für eigenes Verschulden 1356, 1358 ff.
- *§* Hilfspersonen 332, 1357
- *§* Mitwirkungspflicht 1356 ff.
- obrigkeitlich konzessioniertes Gewerbe 1362
- Pflicht zur *§* Säumnisanzeige 1406
- *§* Vertragsergänzung 1358 f.

**Fremdkapital** *§* Finanzierungskosten

**Fremdleistungen**

- *§* ausserordentliche Erfüllungshandlungen
- *§* ordentliche Erfüllungshandlungen, Mehrkosten von
- *§* Produktivitätsverluste



- $\mathcal{E}$  übrige Vermögenseinbussen 838 f.

### **Fristen**

- Erstreckungen 748, 806, 907 ff.
- Nachfrist für Abruf 108
- Nachfrist vor Substituierung 492
- vertragliche Fristen und Termine  $\mathcal{E}$  Bauzeitabreden

**Frustrationslehre** 1288 ff.

**Führungsaufwand** 785, 801, 818, 823, 997

### **Füllaufträge**

- $\mathcal{E}$  Nachweis der Vermögenseinbussen
- $\mathcal{E}$  Schadenminderungsobliegenheit

## **G**

**Gefahrensatz**  $\mathcal{E}$  Treuepflichten

### **Gefahrtragung**

- $\mathcal{E}$  Mitwirkung 84 ff.
- $\mathcal{E}$  Untergang des Werks 569 ff.

**Gegenleistungsinteresse**  $\mathcal{E}$  Interessen des Schuldners/Unternehmers

**Genehmigung der KESB** 335 f.

**Gesamtarbeitsvertrag (GAV)** 766, 849, 1090, 1109

**Gesamtwerk** 382, 445

**gesetzestreue Auslegung**  $\mathcal{E}$  Vertragsauslegung

**gewillkürte Erfüllungsvoraussetzungen** 461 ff.

### **Gewinn**

- entgangener  $\mathcal{E}$  übrige Vermögenseinbussen
- $\mathcal{E}$  Zuschläge

**gewöhnliche Geschäftszeit** 112 f., 507

**gläubigerfix**  $\mathcal{E}$  Mitwirkungsleistung

**Gläubigermitwirkung**  $\mathcal{E}$  Mitwirkung

### **Gläubigerverzug**

- $\mathcal{E}$  ABGB-Werkvertrag 617
- Arbeitgeber 150, 336, 766, 1096, 1162
- Auftraggeber 1162
- $\mathcal{E}$  Aufwendungsersatz
  - zugunsten des Dienstleistungsschuldners 158, 209, 306, 1132, 1134, 1139 ff., 1146 ff., 1153 ff.
  - zugunsten des Sachleistungsschuldners 185, 306, 1132 f., 1136 ff., 1146 ff.
  - zugunsten des Unternehmers 648, 1150 ff., 1164 ff.
- Auslegung des Gesetzeswortlauts 166 ff., 188
- $\mathcal{E}$  Bauherr 1204 ff., 1454 ff.
- $\mathcal{E}$  BGB-Werkvertrag 614
- dispositive Gesetzesregeln 26, 1095, 1162
- $\mathcal{E}$  Erfüllbarkeit 1206
- Gesetzeslücke(n) 584, 1095 f., 1132 ff.
- Gesetzessystematik 187 ff.
- Hinterlegung (OR 92/93) 157, 162, 185, 189, 190 f., 483, 1133
- hypothetischer *F<sub>n</sub>* 1196
- $\mathcal{E}$  Leistungsbereitschaft
- Rücktritt (OR 95) 159, 189, 209, 483, 721, 1132, 1134, 1139 ff., 1142
- Schadenersatzansprüche 170 ff., 194
- teilweiser Kostenersatz 1137,

1154 ff.

– Teleologie 180 ff., 304 ff., 483, 1135 ff., 1147, 1159

– und *§* Anzeigepflicht des Unternehmers 465 f., 474 ff.

– und *§* Mehrvergütung 1009

– und *§* Verhandlungsabreden 719 ff.

– Voraussetzungen 1204 ff.

– Wahlrecht des zurücktretenden Dienstleistungsschuldners 209

– Wegfall

– *§* Leistungsbereitschaft 1211

– Reaktion des *§* Bauherrn 480

– *§* Substituierung 496, 527

– *§* Weisungen 466, 480

**Grossprojekte** 607, 628, 630, 632, 664

**günstigeres Auslegungsergebnis**

*§* Vertragsauslegung

**Gutachten** 526, 937, 953

## H

### Haftung

– ausservertragliche 18, 341, 343

– Billigkeitshaftung 145, 310, 1158

– *§* Freizeichnung

– *§* Hilfspersonen

– *§* Kausalzusammenhang

– *§* Mitwirkungspflicht

– *§* Pflichtwidrigkeit

– *§* Schadenersatz

– *§* übrige Vermögenseinbussen

– *§* Verschulden

– Vertrauenshaftung 344; *Fn* 954

– Zufall (Mitwirkungspflicht) 1366 ff.

**Hauptphase** *§* Einarbeitungseffekte

**Hebwerkzeug** 422, 444, 454, 786, 825, 1229; *Fn* 1217, 1301

### Herstellungspflicht

– allgemein 384

– *§* Annahme 395 ff., 401

– Autonomie des Unternehmers 430, 432, 445, 658

– *§* Erfüllbarkeit 503 f.

– *§* Fälligkeit 503

– *§* gewillkürte Erfüllungsvoraussetzungen 467 ff.

– persönliche 442

– Prozessbezogenheit 385, 390, 509, 858

– *§* Vorbereitungshandlungen 394 ff.

### Hilfspersonen

– *§* Auslagerungsvereinbarung

– Ausübungsgehilfe 325 ff., 1339

– des Bauherrn 1343 ff.

– des Gläubigers 30, 329 ff.

– Erfüllungsgehilfe 325, 327 f., 1235, 1242, 1316, 1335 ff., 1339, 1405; *Fn* 1633

– Exkulpation 1340 ff.

– *§* Freizeichnung

– Haftungsvoraussetzungen 1336 f.

– hypothetische Vorwerfbarkeit 1338 ff.

– Lieferanten 1349 ff.

– *§* Nebenunternehmer 1352 ff.

– Pflicht zur *§* Säumnisanzeige 1405

– Planer 1346 ff.

– SIA-118 58 II 1103

– «Vorrangstellung» einer Hilfsperson 1345, 1348, 1351, 1355

– Wissenszurechnung 323, 1405; *Fn* 733

**Hinterlegung**

- allgemein 162, 190 f.
- ⚡ Gläubigerverzug

**Hinterlegungsvertrag**

- Kündigungsrecht 193
- Rüge des Gasts 62

**hypothetischer Parteiwille** ⚡ Vertragsergänzung**I****ideelle Motive** ⚡ Bauwerk ⚡ Interessen des Schuldners/Unternehmers**Impacted As-Planned** 867, 872**Imperative** ⚡ Vertragsauslegung  
**in dubio mitius** ⚡ günstigeres Auslegungsergebnis**Informationspflicht des Unternehmers** ⚡ Treuepflichten**Instruktionsaufwand** ⚡ Führungsaufwand**Integritätsinteresse** ⚡ Interessen des Schuldners/Unternehmers**Interessen des Schuldners/Unternehmers**

- Befreiungsinteresse 180 ff., 184, 308 ff., 311, 317, 479
- Durchführunginteresse 311 ff., 318, 656, 660, 663 ff., 671 ff.
- Durchführunginteresse des Arbeitnehmers im ⚡ Arbeitsvertrag
- Erhaltungsinteresse = Integritätsinteresse
- Gegenleistungsinteresse = Vergütungsinteresse
- Integritätsinteresse 18, 89, 341, 665, 669, 705
- Kostenminimierungs- und Kom-

pensationsinteresse 302 ff., 307, 318, 353, 626 ff., 656, 660

- Vergütungsinteresse 145, 307, 319, 567, 577, 582, 1438, 1442
- ⚡ Vertragsauslegung 249
- ⚡ Vertragsergänzung 301 ff.

**Inventar (Begriff)** 773**Ist-Ablauf** ⚡ Nachweis der Vermögenseinbußen**J****Jahreszeit** 804**Just-in-Time-Mitwirkung** 526 f., 1206, 1251**K****Kapazitäten des Unternehmers**

628, 631 f., 638, 665, 700, 755, 757, 848, 850 f., 933

**Kaufvertrag**

- Annahme der Kaufsache 40
- Obhutspflicht des Käufers 39, 195, 335
- Rüge des Käufers 53, 161

**Kausalzusammenhang**

- adäquater 1312, 1314, 1400 f.
- ⚡ Erfüllungsgehilfe 1316
- Gegenbeweis 1399
- ⚡ Mehraufwendungsersatz 1221
- ⚡ Mehrvergütung 1047 ff.
- natürlicher 1312 f., 1398 f.
- Pflichtwidrigkeitszusammenhang 1314
- ⚡ Schadenersatzanspruch 1312 ff., 1397 ff.

**klagbare Mitwirkungspflicht**

⚡ Mitwirkungspflicht

**Knebelungsvertrag** 1031**Kolonnenzusammensetzung** 848

**Kommissionsvertrag**

- Informationspflicht des Kommissionärs 61, 201
- *§* Rechtsvorenthalt/-verlust 150, 152

**Kompensation des Unternehmers**

- allgemein 2, 742 ff.
- *§* Mehraufwendungsersatz
- *§* Mehrvergütung
- *§* Schadenersatz

**kompensatorische Mitwirkungspflicht** *§* Mitwirkungspflicht

**Kongruenz** 1415

**Konjunktur** 665, 670, 675

**Kontaktrechtsgüter** 341, 343

**Konventionalstrafe** 839, 1525;  
*Fn* 872

**Kooperationspflicht** *§* Mitwirkungspflicht

**Koordination**

- allgemein 444 ff.
- *§* Auslagerungsvereinbarung 332, 446
- Leistungerschwerung 763
- *§* Mitwirkungsleistung
- *§* Nebenunternehmer 445, 702, 706
- *§* Planer 445
- parallele 523 f.
- sequenzielle 525
- *§* Subunternehmer 445

**Kosten der Werkausführung**  
*§* Aufwand

**Kostengrundlage** *§* SIA-Bauwerkvertrag

**Kostenminderungsobliegenheit**  
*§* Schadenminderungsobliegenheit

**Kostenminimierungs- und Kom-**

**pensationsinteresse** *§* Interessen des Schuldners/Unternehmers

**Kostensteigerungen** *§* ordentliche Erfüllungshandlungen, Mehrkosten von

**Kran** *§* Hebewerkzeug

**Kredit** *§* Finanzierungskosten

**Kündigung** *§* vorzeitige Vertragsbeendigung

**L**

**Langzeitcharakter** 358, 391, 650, 654 f., 658; *Fn* 806, 885 *§* Dauerschuld

**Leistung**

- *§* Aufwand 302, 353, 626, 751
- Inhalt 22, 385, 398
- Modifikation 80, 228, 285 f., 434, 473, 481
- Ort 129, 397, 420
- persönliche 442

**Leistungsbereitschaft**

- Agent 591
- Erkennbarkeit 121 ff., 323f
- Erkundigungsobliegenheit des Gläubigers 123
- Schuldner 95, 99, 120, 128
- Unternehmer 504, 506, 591, 1207, 1250

**leistungsbezogene** *§* Nebenpflichten

**Leistungserschwerung** *§* Produktivitätsverluste

**Leistungsinteresse des Gläubigers** 183

**Leistungsverweigerungsrecht des Unternehmers** *§* Einrede *§* Retentionsrecht

**Lieferant** ☞ Hilfspersonen

**Limitierungsabrede** 743, 1032 f.,  
1222, 1360, 1420 ff., 1533;  
*Fn 1878*

- ☞ Mehraufwendungsersatz
- ☞ Mehrvergütung
- ☞ Schadenersatz

## M

### Mahnung

- Mahnäquivalent 1256 f.
- ☞ Mitwirkungsleistung 1253 ff.
- unmissverständliche Aufforderung 99, 122, 1253
- vorzeitige 1257

### Mahngeschäft

- allgemein 94 ff.,
- antizipierte Mitwirkungsverweigerung? 110
- Anzeigepflicht des Unternehmers  
☞ Treuepflichten
- ☞ Bauwerkvertrag 502 ff.,  
1212 ff.
- bei Dienstleistungsschuld 71 f.
- Bereitschaftsanzeige = Verbaloblation
- Empfangsbedürftigkeit 100 ff.
- ☞ Erfüllungbarkeit
  - Aufschub 514 ff., 522 ff.
  - Eintritt 503
  - fehlende 513
  - gespaltene 109, 528 ff.
  - partielle = gespaltene
  - sofortige 503 ff.
- Erkundigungsobliegenheit des Gläubigers 123
- Form 95, 96 ff., 1253
- Inhalt 95, 96 ff.
- ☞ *Just-in-Time*-Mitwirkung 525 f.

- ☞ Koordination 522 ff.
- Natur 100 ff.
- Ort 541
- Qualität 537 ff.
- Realakt? 100
- Realoblation 96 ff., 395, 537
- ☞ Stellvertreter 323
- überraschendes 112, 508 ff.,  
533 ff.
- unmissverständliche Aufforderung 101 f., 540, 1253
- Unmöglichkeit (OR 96) 36,  
124 ff., 168, 554
- Unwirksamkeit trotz Erfüllungbarkeit  
111 ff., 507 ff.
- unzeitiges 111 ff., 507 ff., 532 ff.
- Verbaloblation 96, 98, 100, 129,  
537, 1213, 1254; *Fn 113 169*,  
584
- vorzeitiges 105, 553 f.
- Wegfall des Mahnerfordernisses  
120 ff., 359, 512, 547, 549 ff.
- Zeitpunkt 104 ff.

«*management attention*» 801

**Mängelhaftung** 146, 438, 466,  
475 ff., 500, 557 f., 559, 725,  
728, 730, 1043, 1071, 1148,  
1293, 1306

**Mängelrüge** ☞ Mitwirkungsleistung

**Massnahmenfall** ☞ Treuepflichten

### Mehraufwand

- ☞ Allgemeine Geschäftskosten  
(AGK)
- Angemessenheit ☞ Mehrvergütung
- ☞ Aufwand
- ☞ ausserordentliche Erfüllungshandlungen

- ☞ Baustellengemeinkosten
- ☞ Bauzeitverlängerung
- Begriff 751 ff., 758
- direkter 819
- indirekter 819 ff.
- ☞ Mehrvergütung 1034 ff.
- ☞ ordentliche Erfüllungshandlungen, Mehrkosten von
- positiver 760, 1299 f., 1301
- primärer 765
- ☞ Produktivitätsverluste
- projektbezogener 757 f., 791, 194, 1041, 1048
- projektfremder = werkfremder
- sekundärer 765
- Sorgfalt ☞ Mehrvergütung
- werkbezogener = projektbezogener
- werkfremder 757, 794, 817, 834, 838, 840 f., 843, 1001, 1041 ff., 1196, 1433

### **Mehraufwendungsersatz**

- Abrede 1223
- allgemein 1130 ff.
- ☞ Allgemeine Geschäftskosten (AGK) 1158
- Analogie zur GoA 1156, 1158
- ☞ Anzeigepflicht des Unternehmers 1224
- Ausschluss 1222
- ☞ ausserordentliche Erfüllungshandlungen 1168 ff., 1187 f., 1219
- ☞ Bauhandwerkerpfandreht 1552
- Bemessung 1155, 1157, 1200 ff., 1219
- ☞ Beweislast 1225 ff.
- ☞ Beweismass 1226

- dispositiver Anspruch 1162
- ☞ Erfüllbarkeit 1206
- Ersatzberechtigung 1156, 1165, 1221 ff., 1517 f.
- ☞ Fälligkeit
- Gegenleistung 1131
- Gesetzeslücke 1132 ff.
- ☞ Gläubigerverzug 1204 ff.
- Grundlage 1153 ff.
- Honorar 1158
- ☞ Kausalzusammenhang = Ersatzberechtigung
- ☞ Leistungsbereitschaft 1207 ff.
- ☞ Limitierungsabrede 1420 ff.
- Lückenausfüllung 1153 ff.
- ☞ Mahngeschäft 1212 ff.
- Mehraufwendungen 1219 f.
- ☞ Mitverschulden des Unternehmers 1224, 1517 ff.
- ☞ Mitwirkungsversäumnis 1217
- Modifikation 1223
- ☞ Nachweis der Vermögenseinbussen
- Natur 1130, 1158, 1183
- Notwendigkeit = Ersatzberechtigung
- Nützlichkeit und Angemessenheit = Ersatzberechtigung
- ☞ ordentliche Erfüllungshandlungen, Mehrkosten von 1171, 1189 f., 1219
- ☞ Pflichtwidrigkeit
- ☞ primäre Einbussen 1155, 1165, 1219
- ☞ Produktivitätsverluste 1166 f., 1185 f.
- ☞ Schadenersatz 1158
- ☞ sekundäre Einbussen 1155
- ☞ Selbstkosten 1157, 1165,

1197 ff.

- teilweiser Kostenersatz 1137, 1154 ff.
- ☞ übrige Vermögenseinbussen 1172, 1195 f., 1220
- Vergleich mit ausländischen Regeln 1173 ff.
- ☞ Verhältnis zu anderen Ansprüchen 1414, 1427, 1430 ff.
- ☞ Verjährung 1482 ff.
- ☞ Verschulden 1159 ff.
- ☞ Vorteile 1202, 1219
- ☞ Zins
- ☞ Zuschläge 1220

### **Mehrvergütung**

- Abrede 1006, 1015, 1028, 1061, 1081
- allgemein 1005 ff.
- Angemessenheit = Vergütungsbe-  
rechtigung
- ☞ Anzeigepflicht des Unterneh-  
mers 1054
- ☞ Arbeitsvertrag 1096
- Aufwandpositionen 1025
- ☞ Aufwandvergütung
  - allgemein 757, 1006, 1007 ff., 1012 ff., 1035 f., 1067 ff.
  - Kostenansätze 1022 ff., 1036
  - reine Aufwandvergütung 1012 ff., 1035
  - Selbstkostenvergütung 1019
  - Übung 1029
- Auslegung der Festpreisabrede 1063 ff.
- Ausschluss 1030 ff., 1055
- ☞ ausserordentliche Erfüllungshandlungen 1034 ff., 1067, 1074, 1124, 1127
- ausserordentliche Umstände

(OR 373 II) 1072 ff.

- Bagatellklausel 1032
- ☞ Bauhandwerkerpfand-  
recht 1549
- Bemessung 1017 ff., 1026 ff., 1067 ff., 1072 ff., 1075 ff.
- ☞ Beschleunigungsmassnahmen 1016, 1039
- ☞ Beweismass 1058
- ☞ Beweislast 1056 f.
- Circa-Preis 1033
- Einheitspreisvertrag = SIA-  
Bauwerkvertrag
- ☞ Einsatz 1011, 1026
- ☞ Erfüllbarkeit 1010
- ☞ Fälligkeit
- ☞ Festpreis 1006, 1013 f., 1025, 1029, 1060 ff.
- ☞ Gläubigerverzug 1009
- Globalpreisvertrag = ☞ SIA-  
Bauwerkvertrag
- granulare ☞ Festpreise 1006, 1115, 1125 ff.
- ☞ Kausalzusammenhang = Ver-  
gütungsberechtigung
- Kostenansätze 1015, 1026, 1027 ff.
- ☞ Limitierungsabrede 1420 ff.
- Lückenausfüllung
  - mit OR 373 II 1072 ff.
  - mit OR 374 1067 ff.
- ☞ Mehraufwand 1034 ff.
- Mehreinheiten 1126 ff.
- ☞ Mehrwertsteuer
- ☞ Mitverschulden des Unterneh-  
mers 1053, 1511 ff.
- ☞ Nachweis der Vermögensein-  
bussen
- Natur 1005

- $\mathcal{C}$  ordentliche Erfüllungshandlungen, Mehrkosten von 1034 ff.
- Pauschalpreisvertrag =  $\mathcal{C}$  SIA-Bauwerkvertrag
- $\mathcal{C}$  Preisfortschreibung
- Primäranspruch 1005
- $\mathcal{C}$  Produktivitätsverluste 1037 f.
- Rechtfertigungsgrund 1059
- Regiepreise = Kostenansätze
- reiner Höchstpreis 1033
- Selbstbeteiligungsklausel 1032
- $\mathcal{C}$  SIA-Bauwerkvertrag (SIA-118 58 II)
  - allgemeine Marktpreise 1028, 1078, 1108 f., 1111, 1122, 1124 1426
  - $\mathcal{C}$  Auslegung 1083 ff.
  - Bemessung 682, 1075, 1104 ff., 1197
  - besondere Verhältnisse 758, 1006, 1008, 1015, 1028, 1061, 1078, 1081 ff., 1101, 1425 ff.
  - Einheitspreisvertrag 1115 ff.
  - Gegenmeinungen 1094 ff.
  - Globalpreisvertrag 1113 ff.
  - Pauschalpreisvertrag 1105 ff.
  - Rechtsprechung 1099 ff., 1108
  - Teuerungsausgleich 1112, 1114, 1123
  - Vergütungsstypen 682
  - $\mathcal{C}$  Verhandlungsabreden 1107,
  - Vertragslücke 1107 ff., 1113, 1116
  - $\mathcal{C}$  Zuschläge
- Sorgfalt = Vergütungsberechtigung
- Synallagma 1005
- $\mathcal{C}$  übrige Vermögenseinbus-

- sen 1044
- Vergütungsberechtigung 1047 ff., 1511 ff., 1518
- $\mathcal{C}$  Verhältnis zu anderen Ansprüchen 1413, 1426, 1430 ff.
- $\mathcal{C}$  Verjährung
- $\mathcal{C}$  Verschulden 1008
- $\mathcal{C}$  Vorteile 1040
- $\mathcal{C}$  werkfremder Aufwand 1041 ff.
- $\mathcal{C}$  Zins
- $\mathcal{C}$  Zuschläge
- Mehrwertsteuer** 1021, 1193 f., 1308
- Mietvertrag**
  - Duldungspflicht 42, 197
  - Einsicht und Bekanntgabe 58, 201
  - Kündigungsrecht 193
  - Mängelanzeige des Mieters 41, 161, 196, 335
  - Mängelanzeige des Vermieters 59
- mittlere Qualität** 429
- Mitverschulden des Unternehmers**
  - allgemein 1493 ff.
  - gläubigerverzugsrechtliches 1517 ff.
  - haftungsrechtliches 1496 ff.
  - $\mathcal{C}$  Kausalzusammenhang 1494, 1497 ff., 1512 f., 1518
  - $\mathcal{C}$  Kostenminderungsobliegenheit 1516, 1518
  - $\mathcal{C}$  Mehraufwendungsersatz 1224
  - $\mathcal{C}$  Mehrvergütung 1053
  - $\mathcal{C}$  Rechtfertigungsgrund 1519
  - $\mathcal{C}$  Schadenersatz 1315, 1407
  - $\mathcal{C}$  Schadenminderungsobliegenheit 1510, 1515
  - Symptomatik 1494 f.
  - vergütungsrechtliches 1053,



- 1511 ff.
- «Verschulden» 1503 ff., 1514 ff., 1518
- Mitwirkung**
  - absolute Rechte 137
  - Ausgrenzung aus Schuldpflicht 9, 11 f., 21 ff., 229
  - $\mathcal{P}$  Bauherr 381 ff.
  - Begriff 9 ff.
  - $\mathcal{P}$  Erfüllungsrelevanz
  - $\mathcal{P}$  Gefahrtragung 84 ff.
  - Gestaltungsrecht 80, 137, 433 ff.
  - Grundzüge 7 ff.
  - Mitwirkungsgefahr = Gefahrtragung
  - Nebenrechte 137
  - «Nutzen und Gefahr» 86 ff.
  - Obligation 10, 90, 135
  - Ort 129 ff., 541
  - persönliche 321
  - Recht 134 ff., 555
  - Recht und Pflicht 138
  - und  $\mathcal{P}$  Arbeitssicherheit 706, 712 ff., 728
  - und Beantwortung von Aufforderungen 54, 725
  - und  $\mathcal{P}$  Beststellungsänderung 732 f.
  - und Ersatzvornahmerechte 726 f.
  - und Überwachungsrechte 60, 728 ff.
  - und  $\mathcal{P}$  Verhandlungspflichten 719 ff.
  - und Zahlungspflichten 734 ff.
  - und mitwirkungsähnliche Normen im  $\mathcal{P}$  SIA-Bauwerkvertrag 737 ff.
  - Verbindlichkeitsgrad
    - Bauherrenmitwirkung 620 ff.
    - Bestellermitwirkung 555 ff.

- Gläubigermitwirkung 22, 33, 133 ff.
- Zeitpunkt 93 ff.
- Zeitraum 90 ff.
- Mitwirkungsabrede**
  - Auslagerungsvereinbarung 28, 329 ff., 446
  - $\mathcal{P}$  Auslegung 23 ff.
  - «Entziehen» von Mitwirkung 23
  - $\mathcal{P}$  Erfüllungsrelevanz 14
  - $\mathcal{P}$  Fälligkeit der Mitwirkung 1252
  - Inhalt 23, 27, 263 ff., 300
  - $\mathcal{P}$  Koordination 445
  - $\mathcal{P}$  Mitwirkungsverhalten 27
  - $\mathcal{P}$  Reaktionsfrist 548
  - rollende Planung 432
  - Verfalltagsabreden 123, 552
  - Vertrag zugunsten Dritter 331
  - «Verweigerung» von Mitwirkungsleistungen 28
  - vorbestehende Mitwirkungsregel
    - $\mathcal{P}$  Vertragsergänzung
  - «Wegbedingung» von Mitwirkung 24 ff., 329
  - Zeitpunkt 269 ff., 300, 520, 701, 1380 ff., 1385 ff.
  - «Zuweisen» von Mitwirkung 23, 29
- Mitwirkungsbedarf**
  - allgemein 9 ff., 85
  - Eliminierung
    - Abrede 469 f., 471
    - allgemein 473 ff.
    - gesetzliche Haftungsreduktion 474 ff.
    - $\mathcal{P}$  Substituierung
  - erhöhter 383
  - Erkennbarkeit 121 ff., 359
  - Herstellungsphase 394 ff.

– im *§* Bauwerkvertrag 383 ff.

– Leistungsinhalt 385

– Scheinursachen 390 ff.

– Verschränkung

– intellektuelle 388

– physische 387

– rechtliche 389

– Zeitraum 90 ff.

**mitwirkungsbedingte Vermögenseinbussen** *§* Vermögens-einbussen

**Mitwirkungsgefahr** *§* Gefahrtragung

**Mitwirkungslast** *§* Mitwirkungsbedarf *§* Mitwirkungspensum

**Mitwirkungsleistung**

– Abnahme des Werks 45,

– *§* Abruf der Leistung 108, 462, 527

– Abruf der Werkleistung 389, 462, 489, 526 f.

– Ausführungspläne = Pläne

– Ausführungsvarianten 437

– *§* Ausmass 469 f., 740

– Baubewilligung 19, 379, 389, 424, 426, 448 ff.

– Baugesuch 426, 450

– Baugrund 387, 408 ff.

– Baustoff 387, 417 ff.

– Beantwortung von Aufforderungen 54, 725

– Begriff 73 ff., 265

– *§* Beststellungsänderung 435, 723, 733

– Betriebsstoffe 422 ff.

– Bewilligungen 424

– Einwilligungen 19, 379, 389, 424, 454 ff.

– Energie/Elektrizität 387, 422 ff.,

488

– Erfolg 84 ff., 414 ff., 419 ff., 428, 439 f., 447, 453, 460, 1347,

– faktische 18, 75 f., 78 f., 321, 377 f., 458, 461

– *§* Fälligkeit 1248 ff.

– *§* gewillkürte Erfüllungsvoraussetzungen 389, 461 ff.

– gläubigerfixe 23, 29, 74, 321, 389 451, 453, 457 f., 483, 1217

– Information 429 ff.

– Informationsträger 426 ff., 454

– Konkretisierung des *§* Bauwerks 71, 388, 431 ff., 488, 530, 732

– *§* Koordination 388, 444 ff.

– *§* Mängelrüge 53, 149, 161, 558

– Pläne 426 ff., 431 ff., 530 f.

– Prüfung des Werks 53, 471, 558, 728, 741; *Fn* 50

– *§* Reaktionsfrist 544, 1261

– Realakt 472

– Rechte 448 ff.

– rechtliche 19, 75, 77 f., 79, 321, 379, 458, 461, 835

– *§* Substituierung durch den Unternehmer 481 ff.

– Tathandlungen 467 ff.

– teilweise 412, 418

– Traditionsprinzip 88, 427

– und *§* Reaktionsfrist 119

– *§* Unmöglichkeit 85, 1247

– *§* Untergang des Werks 573

– Vermessung, erste 415

– Vertragsverhandlungen 723 f.

– Wasser 387, 422 ff., 488

– *§* Weisungen 54, 429, 464 ff., 475 ff., 559

– Werkstoff 44, 417, 557, 569

– zeitliche Ausführungsmodalitäten

- 441 ff.
- Zugangsprinzip 87
- Zustimmungen des Bauherrn 463
- mitwirkungsnahe Gesetzesnormen** 56 ff.
- Mitwirkungsnormen**
  - allgemein 31 ff.
  - des OR AT 34 ff.
  - des OR BT 38 ff.
  - des VVG 47 ff.
  - mit  $\S$  Rechtsverlust/-vorenthalt 51 ff.
  - $\S$  SIA-Bauwerkvertrag 681 ff.
- Mitwirkungsobliegenheit**
  - Aktualisierung 94, 103, 465, 504, 506, 525
  - allgemein 155 ff.
  - «echte» 51 ff., 161, 164, 289
  - $\S$  Hilfspersonen (Ausübungshilfe) 326
  - im herkömmlichen Sinne 162, 164
  - Kritik 160, 183, 288
  - $\S$  Obliegenheit
- Mitwirkungspensum**
  - Abrede 264
  - Begriff 9, 14, 74
  - Veränderung 14, 80
- Mitwirkungspflicht**
  - Abrede 163, 203 ff., 295 ff., 702, 1231
  - $\S$  Agenturvertrag 586 ff.
  - aus OR 376 III? 574 ff., 627
  - aus OR 378 II? 579 ff., 627
  - Beitragspflicht in der  $\S$  einfachen Gesellschaft 603 ff.
  - des  $\S$  Bauherrn? 620 ff., 1229 ff.
  - des Bestellers? 555 ff.
  - des Gläubigers? 165 ff.

- Erforderlichkeit der  $\S$  Mitwirkung 239 ff., 294, 657
- Gefährdung des  $\S$  Vertragszwecks 206 ff., 657
- gesetzliche 38 ff., 163, 165 ff., 178, 194 ff., 202 ff., 290, 647
- Gesetzesergänzung 202, 284, 584 ff., 624, 645 ff., 662, 678
- gesetzliche Mitwirkungs- und Verschaffungspflichten  $\S$  Nebenpflichten
- $\S$  Haftung 1244 ff.
- Inhalt 1229 ff.
- $\S$  Interessen des Schuldners/Unternehmers
- klagbare 320, 563, 746, 1231, 1238
- kompensatorische 320, 564, 743, 746, 1231, 1244
- Kooperationspflicht
  - allgemein 649 ff.
  - $\S$  SIA-Bauwerkvertrag 653, 679 f., 689 ff., 692
- Mitwirkungsversprechen 203
- $\S$  Nebenpflichten 1232 ff.
- Rechnungstellung 309 f.
- $\S$  Rücktritt des Dienstleistungsschuldners (OR 95) 209
- Schutzzweck = Inhalt
- $\S$  SIA-Bauwerkvertrag 644, 679 ff.
- Spezifikation 309 f.
- $\S$  Substituierung 498 ff.
- und  $\S$  Obliegenheit 163
- und OR 377 159, 561 ff., 583
- und Recht 138, 291, 328
- und  $\S$  Substituierung 498 ff.
- und  $\S$  Treuepflichten 352, 1370, 1391

- Verletzung 1244 ff.
- ⚖ Verschulden 1317 ff.
- ⚖ Vertragsauslegung 25, 211 ff., 230 ff., 622, 634 ff., 655 ff., 674 ff.
- ⚖ Vertragsergänzung 281 ff., 292 ff., 623, 641 ff., 659 ff., 677, 1231
- Vertragswert 248
- vorbestehende Mitwirkungsregel
  - ⚖ Vertragsergänzung
- ⚖ Wahlrechtsübergang 309 f.
- Mitwirkungsverhalten** 27, 74, 81 ff., 265 ff.
- Mitwirkungsversäumnis**
  - Analogie zur ⚖ Bestellungsänderung? 732 f., 1100, 1079, 1118
  - ⚖ Arbeitsvertrag 161, 336, 1130, 1136, 1162, 1182, 1202
  - gesetzliche Bewertung 202 ff.
  - graduelles 89, 447
  - ⚖ Mehraufwendungsersatz 1217
  - ⚖ Mehrvergütung 1048 f.
  - Nichtausübung eines Rechts 134, 351, 363
  - ⚖ Preisfortschreibung 1079
  - Rechtfertigungsgrund 114, 183, 1059, 1218, 1262, 1519
  - Rechtsausübung 134, 351, 363, 371
  - rechtsmissbräuchliches 207, 363 ff., 427
  - Sanktionensystem 189 ff., 200, 287 ff., 304, 585, 647
  - ⚖ Schadenersatz 1244 ff.
  - Schikaneverbot 363, 367, 484
  - ⚖ schonende Rechtsausübung 363, 366
  - ⚖ SIA-Bauwerkvertrag 683

- treuwidriges 203, 205, 207 f., 483
- trotz ⚖ Auslagerungsvereinbarung 332
- Verhältnis zur Mahnunmöglichkeit (OR 96) 178
- Verletzung von ⚖ Treuepflichten 704 ff.
- ⚖ Verschulden 1317 ff.
- Verweigerungswille 167 f.
- ⚖ Schadenersatz 1260 ff., 1371 f.
- ⚖ widersprüchliches Verhalten 203, 205, 207 f., 363, 365
- Mitwirkungsverzug** ⚖ Gläubigerverzug
- Modalverben** ⚖ Vertragsauslegung
- Multikausalität** ⚖ Ursachenvermutungen

## N

- Nachbar** 146, 379, 389, 423 f., 454, 459 f., 700; *Fn* 85, 1130
- Nachbesserung** 91, 1043
- Nachkalkulation** 819, 976, 999
  - ⚖ Arbeitskalkulation ⚖ Vorkalkulation
- Nacharbeit** 768, 809, 814
- Nachteile** ⚖ Vermögenseinbussen
- Nachunternehmer** 382
- Nachunternehmerwerk** 382, 387, 525 ⚖ Nebenunternehmerwerk ⚖ Vorunternehmerwerk
- Nachweis der Vermögenseinbussen**
  - Allgemeines 857 ff.
  - andere Störungen 886, 893
  - Anordnungsbeziehungen 895
  - Arbeitsplanung des Unternehmers 924 ff.
  - Arbeitsvorgang 895

- *As-Planned vs. As-Built* 868
- Aufdatieren des Soll-Ablaufs 872, 873 f., 881 f., 910, 940 f.
- Auskömmlichkeit 867, 871 f.
- bauablaufbezogene Darstellung 858
- ⌚ Bauzeitabrede 925 ff., 931 ff.
- ⌚ Beweislast
- ⌚ Beweismass
- *Collapsed-Methoden* 875 f.; *Fn 1153*
- ⌚ computergestützt
- ⌚ *Concurrent Delay* = Ursachenvermischungen
- Differenzhypothese 858 ff.
- ⌚ Einarbeitungseffekte
- Ergänzung des Soll-Ablaufs 937 ff.
- Fenster-Methode 873 f., 883, 887; *Fn 1149, 1175*
- *Float* = Puffer
- ⌚ Fristen/Erstreckungen
- ⌚ Füllaufträge 920
- Grenzen 959 ff.
- *Impacted As-Planned* 867, 872
- Ist-Ablauf 861
- Ist'-Methode 875 f.
- Konkretheit 878 ff., 919
- Korrektur des Soll-Ablaufs 939 ff., 946 ff.
- kritischer Weg 901 ff.
- Methoden 864 ff., 869
- Nullpunkt 922
- Plausibilisierung des Soll-Ablaufs 946 ff., 952 ff.
- Produktivität
  - Aufwandswert 759; *Fn 1053*
  - Begriff 759; *Fn 1053*
  - ⌚ Beschleunigungsmassnahmen 805
- effektive = tatsächliche
- hypothetische 761, 925 ff., 952 ff.
- Leistungswert 759, 763 f.; *Fn 1053*
- mittlere Tagesproduktivität 953
- Normalwert 761, 763, 797, 846, 855, 892, 954
- Streubereich 761
- tatsächliche 946 ff.
- theoretische = hypothetische
- ⌚ Puffer 896 ff., 913
- qualitative Darstellung 888 ff., 919 f.
- Retrospektive 883 ff.
- ⌚ SIA-Bauwerkvertrag 1124
- *Snapshot Analysis* = Fenster-Methode
- Soll-Ablauf 761, 861, 921 ff.
- Soll'-Methode 871 f.
- störungsmodifiziert 871, 875
- *Time Impact Analysis* 866, 873 f.
- *Time Slice Analysis* 873 f.
- Ursachenvermischungen 905 f.
- Verbindlichkeit von ⌚ Bauzeitabreden 932 ff.
- Vergleichbarkeit 893 ff.
- ⌚ Vorteile 894, 914 ff., 930, 959, 990
- *Windows Analysis* = Fenster-Methode
- Zeitraum 894
- Zeitreserve = Puffer
- nachwirkende Vertragspflichten** 91
- Nebenpflichten**
- Abrede 1241

- des Gläubigers 335
- *☞* Erfüllungsrelevanz 18
- gesetzliche Mitwirkungs- und Verschaffungspflichten 335 ff.
- leistungsbezogene 334 ff., 1234
- mitwirkungsbedürftige 91
- Sekundäransprüche 1237
- *☞* Treuepflichten 341 ff., 1233, 1241
- unselbständige 142, 203, 574, 579
- Verhältnis zur *☞* Mitwirkung 333 ff.
- vertragliche Natur 334, 341
- Nebenunternehmer** 382, 444 f., 523
- Nebenunternehmerwerk** 387, 523 ff., 1354 f.; *Fn 1825*  
*☞* Nachunternehmerwerk  
*☞* Vorunternehmerwerk
- Netzplantechnik** 799, 1002;  
*Fn 1185, 1187, 1192*
- Nichtigkeit (OR 20)** 23, 81, 228, 1031
- Notdach** 784 ff.

## O

- Obhutspflicht** *☞* Treuepflichten
- Obliegenheit**
  - Begriff 140 ff.
  - Interesse des Obliegenheitsbegünstigten 143 ff.
  - Rechtsnachteil 141 f.
  - Rechtsverlust 150
  - Rechtsvorenthalt 149
  - typische Sanktion 148 ff., 152, 647
  - und *☞* Mitwirkung 155 ff.
- obligation de moyens* 73, 562
- obligation de résultat* 73, 390, 563

- Ohnehin-Aufwand** 791, 793 f., 796, 800, 802 f., 808, 812, 814 f., 818, 855, 894, 1038;  
*Fn 1266, 1341*
- ONÖRM-Bauwerkvertrag** 382, 1075
- OR-Bauwerkvertrag** 382
- ordentliche Erfüllungshandlungen, Mehrkosten von**
  - *☞* Bauzeitverlängerung 853, 855
  - Begriff 803
  - *☞* Beschleunigungsmassnahmen 805 ff., 892, 1039, 1189
  - *☞* Fremdleistungen 812, 817
  - Herstellungsverfahren 813
  - Inventar 810
  - Kostensteigerungen
    - endogene 783, 804, 805, 818, 829, 848, 995, 1150, 1171, 1189 f., 1301, 1501
    - exogene 816, 849
  - Lohnkosten 809
  - *☞* Mehraufwendungsersatz
  - *☞* Mehrvergütung
  - *☞* Ohnehin-Aufwand
  - *☞* Schaden
  - Transporte 811
  - und granulare *☞* Festpreise 1128
  - Verwaltung 818
  - zeitliche Versetzung 849

## P

- Personalverleih** 766, 1528;  
*Fn 1885*
- Personenschaden** *☞* Schaden
- Pflichtwidrigkeit**
  - *☞* Anzeigesäumnis des Bauherrn 1370 ff., 1379
  - *☞* Bürgschaftsvertrag 152

- *☞* Doppelmäkelei 152
- *☞* Kommissionsvertrag 152
- *☞* Limitierungsabrede 1423
- *☞* Mehraufwendungsersatz 1131, 1159
- *☞* Mitwirkungspflicht
- *☞* Mitwirkungsversäumnis des Bauherrn 1260 ff.
- *☞* Mitwirkungsversäumnis des Bestellers 555
- Pflicht zur *☞* Säumnisanzeige 1239, 1370
- und *☞* Verschulden 1403 f.
- *☞* Unmöglichkeit der Werkausführung 581 f.
- *☞* Untergang des Werks 577
- Pilotprojekt** 665, 669, 670, 675
  - ☞* Prestigeobjekt *☞* Referenzobjekt
- Pläne** *☞* Mitwirkungsleistung
- Planer** *☞* Hilfspersonen
- Planlieferung** 520, 530, 701, 1252
- Planungsaufwand** *☞* Führungsaufwand
- Potestativbedingung** 371 f., 376
- Prätendentenstreit** 185, 190, 192
- Preisempfehlungen** 1026, 1029, 1281; *Fn* 1292
- Preisfortschreibung**
  - einseitige *☞* Bestellungenänderung 1077
  - *☞* Mehraufwendungsersatz 1152
  - *☞* Mehrvergütung 1075 ff.
  - *☞* SIA-Bauwerkvertrag 1075, 1078, 1116 ff.
- Prestigeobjekt** 664, 670 *☞* Pilotprojekt *☞* Referenzobjekt
- primäre Einbussen** *☞* Vermögens-einbussen

- Produktionsfaktor** *☞* Aufwand
- Produktivität** *☞* Nachweis der Vermögenseinbussen
- Produktivitätsverluste**
  - Aktivitätsgrad des Unternehmers 762
  - Begriff 759 ff.
  - *☞* Differenzhypothese 1275 ff.
  - entgangener Nutzen 760
  - *☞* Fremdleistungen 781
  - infolge *☞* Bauzeitverlängerung 853 f.
  - Inventar 773 ff.
  - Lagerkosten 772
  - Leistungserschwerung 763
  - Lohnkosten 766 ff.
  - Lohnnebenkosten 769
  - Materialkosten 771 f.
  - *☞* Mehraufwendungsersatz
  - *☞* Mehrvergütung
  - Mittellohn 768
  - *☞* primäre 763, 765
  - *☞* Schaden
  - *☞* Schadenersatz
  - *☞* sekundäre 764 f., 847 f.
  - Stehzeit 764
  - Symptome 762 ff.
  - Transporte 769
  - und *☞* Reparatur- und Instandhaltungskosten 777
  - *☞* Wertverzehr 774 ff.
- projektfremder Aufwand** *☞* Aufwand
- Projektmanagement** 757, 799, 831; *Fn* 1043 f.
- Prüfung des Werks** *☞* Mitwirkungsleistungen *☞* SIA-Bauwerkvertrag
- Puffer** *☞* Nachweis der Vermö-

genseinbussen

## R

**Reaktionsfrist** 115 ff., 479, 542 ff., 1261

**Realoblation** ☞ Mahngeschäft

**Rechtfertigungsgrund** ☞ Mitwirkungsversäumnis

**Rechtsmissbrauch**

- ☞ Mitwirkungsversäumnis
- Nachfristansetzung 1142
- Rechtsbehelfe 368
- ☞ Retentionsrecht des Unternehmers 1543

**Rechtsverlust** ☞ Obliegenheit

**Rechtsvorenthalt** ☞ Obliegenheit

**Referenzobjekt** 664, 669 f., 675  
☞ Pilotprojekt ☞ Prestigeobjekt

**Regeln der Baukunde** ☞ Regeln der Technik

**Regeln der Technik** ☞ Verschulden

**Rentabilitätsvermutung** ☞ Schaden ☞ Verkehrsüblichkeit

**Reparatur- und Instandhaltungskosten** 770, 774, 777, 779, 824 f., 1000, 1272; *Fn* 1084, 1116

**Retardierungsrecht** 441

**Retentionsrecht des Unternehmers**

- allgemein 1535
- aus OR 82 1536 ff.
- bei ☞ Mehraufwendungsersatz 1537, 1541
- bei ☞ Mehrvergütung 1539, 1541
- bei ☞ Schadenersatz 1538, 1541
- ☞ hypothetischer Parteiwille 1542
- obligatorisches Retentionsrecht

1540 ff.

- Unzumutbarkeit der Ausführung 465, 477

**Risikozuschlag** ☞ Zuschläge

**rollende Planung** 431 ff., 526, 531

**Rücktritt** ☞ vorzeitige Vertragsbeendigung

## S

**Sachschaden** ☞ Schaden

**Säumnisanzeige des Gläubigers/Bauherrn** ☞ Treuepflichten

**Schaden**

- abstrakter 1267 ff.
- ☞ Allgemeine Geschäftskosten (AGK) 1272, 1303 f.
- ☞ ausserordentliche Erfüllungshandlungen 1298 ff., 1393
- Begriff 1265, 1389
- *damnum emergens* 1266
- ☞ Differenzhypothese 860, 1266, 1275 ff., 1283, 1390
- entgangener ☞ Gewinn 840, 1265 f., 1295, 1302
- Freiwilligkeit 1265
- Frustrationslehre 1288 ff.
- Haftungsvoraussetzung 1263 ff., 1389 ff.
- immaterieller 1288; *Fn* 1707
- konkreter 1267, 1390
- *lucrum cessans* = entgangener Gewinn
- ☞ Nachweis der Vermögenseinbussen
- normativer 1284, 1294, 1304, 1306; *Fn* 1698, 1700
- Nutzensausfall 1282 f., 1284, 1287, 1298



- nutzlose Aufwendungen 1285 ff.
- $\mathcal{F}$  ordentliche Erfüllungshandlungen, Mehrkosten von 1301, 1393
- $\mathcal{F}$  Personenschaden 842 f., 1172, 1356, 1491, 1521
- $\mathcal{F}$  Produktivitätsverluste 1274 ff., 1391 f.
- $\mathcal{F}$  Rentabilitätsvermutung 1280, 1292 ff., 1391
- $\mathcal{F}$  Sachschaden 842 f., 1172, 1273
- $\mathcal{F}$  Schadenersatz
- $\mathcal{F}$  übrige Vermögenseinbussen 1302, 1395
- und  $\mathcal{F}$  Mitverschulden des Unternehmers 1497 ff., 1510
- Unrentabilität, hypothetische 1297
- vermeidbare Einbussen 703, 1390 ff.
- Vermögensschaden 341, 1273, 1389
- $\mathcal{F}$  Verspätungsschaden 1235, 1263 ff.
- $\mathcal{F}$  Vorteile 1309 ff., 1396
- Zeitpunkt der Schadensberechnung 1283

### **Schadenersatz**

- $\mathcal{F}$  Anzeigepflicht des Unternehmers 1363, 1407
- $\mathcal{F}$  Anzeigesäumnis des Bauherrn 1369 ff.
- Ausschluss = Freizeichnung
- $\mathcal{F}$  Bauhandwerkerpfandreht 1550 f.
- Bemessung 1318, 1503 ff., 1510
- $\mathcal{F}$  Beweislast 1364, 1408
- $\mathcal{F}$  Beweismass 1365, 1409
- $\mathcal{F}$  Bürgschaftsvertrag 152

- $\mathcal{F}$  Doppelmäkelei 152
- Erfüllungsinteresse = positives Vertragsinteresse
- erlaubtes Verhalten 145 f., 153
- $\mathcal{F}$  Fälligkeit
- $\mathcal{F}$  Freizeichnung 1363, 1406
- $\mathcal{F}$  Hilfspersonen 1235, 1242, 1245, 1316, 1335 ff.; *Fn* 1633
- $\mathcal{F}$  Kausalzusammenhang 1312 ff., 1397 ff.
- $\mathcal{F}$  Kommissionsvertrag 152
- $\mathcal{F}$  Limitierungsabrede 1363, 1420 ff.
- $\mathcal{F}$  Mehrwertsteuer
- $\mathcal{F}$  Mitverschulden des Unternehmers 1315, 1363, 1402, 1407
- $\mathcal{F}$  Nachweis der Vermögenseinbussen
- Natur 1237 f., 1243
- negatives Vertragsinteresse
- positives Vertragsinteresse 1236, 1242, 1389
- $\mathcal{F}$  Produktivitätsverluste 1274 ff., 1391 f.
- $\mathcal{F}$  Schaden
- Schadloshaltung (OR 377) = vorzeitige Vertragsbeendigung
- Schuldnerverzug 1235 f.
- Treuepflichtverletzung = Anzeigesäumnis des Bauherrn
- Unmöglichkeit der Werkausführung (OR 378) = vorzeitige Vertragsbeendigung
- Untergang des Werks (OR 376) = vorzeitige Vertragsbeendigung
- Verbeiständeter 336
- $\mathcal{F}$  Verhältnis zu anderen Ansprüchen 1411 f., 1428, 1430 ff.
- $\mathcal{F}$  Verjährung

- Verletzung der Pflicht zur Säumnisanzeige = Anzeigesäumnis des Bauherrn
- Verletzung einer  $\S$ Mitwirkungsobliegenheit 1149
- Verletzung einer  $\S$ Mitwirkungspflicht 1244 ff.
- $\S$ Verspätungsschaden 1134, 1149, 1235 f., 1244 ff., 1264 ff.
- Voraussetzungen 1244, 1369
- $\S$ Vorteile 1309/1311, 1396
- $\S$ vorzeitige Vertragsbeendigung
  - Kündigung des Bestellers/Bauherrn 145, 567, 1443, 1452
  - Kündigung des Dienstleistungsschuldners/Unternehmers 1459, 1465 f.
  - Rücktritt des Dienstleistungsschuldners/Unternehmers 209, 1134, 1160, 1458, 1464
  - $\S$ Unmöglichkeit der Werk Ausführung (OR 378) 582, 1438
  - $\S$ Untergang des Werks (OR 376) 577, 1439
- $\S$ Wertverzehr 1268 ff.
- Zeitinteresse = Verspätungsschaden
- $\S$ Zins
- $\S$ Zuschläge

#### **Schadenminderungsobliegenheit**

- allgemein 57, 1503 ff., 1510
- $\S$ Füllaufträge 920, 1508; *Fn 1691*
- gläubigerverzugsrechtliche 1518
- haftungsrechtliche 1503 ff.
- Kostenminderungsobliegenheit 1, 801, 902, 920, 1046, 1073, 1202, 1224, 1315, 1518, 1520

- $\S$ Mehrvergütung
- Massnahmen 1522 ff.
- $\S$ Obliegenheit 57, 1510
- $\S$ Rechtsverlust 150
- $\S$ Transitionsmassnahmen 794
- $\S$ Treuepflichten 347
- vergütungsrechtliche 1514 ff.
- $\S$ Vorteile 1311, 1510
- Vorteilserlangungsobliegenheit 1309 ff., 1508 f.
- werkfremder  $\S$ Mehraufwand 1046
- Wirtschaftlichkeit 1530 ff.
- $\S$ Zumutbarkeit 1520 ff.

**Schadensanrechnung** 1097, 1134, 1148, 1151

**Schikaneverbot**  $\S$ Mitwirkungsversäumnis

**Schlechtmitwirkung** 2, 89, 352, 416, 476, 575, 559, 708 ff., 1240

**Schlüssel** 377, 387, 404, 414, 471, 544, 1164, 1214

#### **schonende Rechtsausübung**

- $\S$ Mitwirkungsversäumnis
- $\S$ Mitverschulden des Unternehmers 1515
- $\S$ Retentionsrecht des Unternehmers 1543
- $\S$ Substituierung 495

#### **Schuldnerverzug**

- $\S$ Bauherr 1246 ff., 1460 ff.
- $\S$ Fälligkeit der  $\S$ Mitwirkung 1248 ff.
- $\S$ Mitwirkungsversäumnis 1232 ff., 1246 ff.
- nutzlose Aufwendungen 1285 ff.
- objektive Pflichtwidrigkeit 1260 ff.

- Rechtfertigungsgründe 1262
- Unternehmer 1209, 1444 ff.
- ⌘ Verschulden 173, 1246

### **Schutzmassnahmen**

- ⌘ ausserordentliche Erfüllungshandlungen
- ⌘ Treuepflichten

### **Schutzpflichten** ⌘ Treuepflichten

### **Schweigen** 472, 480, 634

### **sekundäre Einbussen** ⌘ Vermögenseinbussen

### **Selbstkosten** 754 ff.

### **Selbstverschulden des Unternehmers** ⌘ Mitverschulden des Unternehmers

### **SIA-Bauwerkvertrag**

- Ablieferung 471, 741, 1469
- Absteckung 688
- ⌘ Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) 1082 f.
- ⌘ Anzeigepflicht des Unternehmers 510
- ⌘ Arbeitssicherheit
- Ausführungsunterlagen und Baustofflisten 683, 688
- Ausmass 469 f., 740, 1115, 1125, 1435
- ausserordentliche Umstände 1086, 1088
- ⌘ Baugerüst 458
- Baugrund = Grundstücke
- ⌘ Bauprogramm 511, 521, 536, 931, 935, 1385
- Baustoff 417
- Begriff 382
- ⌘ Beststellungsänderung 441, 1078, 1090, 1100 f., 1426
- Einsicht 739
- Energie/Elektrizität 423, 688

- Ersatzvornahmerecht 726
- Fristerstreckungen 907 ff.
- Fristüberschreitungen 685, 692
- Geheimhaltung und Urheberrecht 687
- ⌘ Gläubigerverzug 683, 721, 1031, 1094, 1103, 1164, 1427
- Grundstücke 683, 688
- ⌘ Kooperationspflicht
- ⌘ Koordination 688
- Kostengrundlage 1109, 1114, 1116, 1121, 1123,
- ⌘ Kündigung des Unternehmers 1454 ff.
- ⌘ Mehrvergütung (SIA-118 58 II) 682, 1081 ff.
- ⌘ Mitwirkungsnormen 681 ff.
- ⌘ Mitwirkungspflicht
- ⌘ Mehrvergütung aus SIA-118 58 II
- Preisanalysen 1078
- ⌘ Preisfortschreibung
- ⌘ Prüfung des Werks 471, 741
- Rechte 683, 688
- Regiepreis 1041
- Regierapporte 738
- ⌘ Retentionsrecht des Unternehmers 1539
- ⌘ Schadenersatz 685, 692, 1428
- Schlussabrechnung 1055
- Stilllegung 1088
- ⌘ Subunternehmer 817
- ⌘ Treuepflichten 687
- Vergütungsmodi 1041, 1082
- ⌘ Verhandlungspflichten 691, 718 f., 721, 908, 1116
- Vertragskoordination 688
- Vollständigkeitsvermutung 1055, 1222, 1424

- Vorschusszahlungen 736
- Wasser 688
- ⌚ Weisungen 688
- ⌚ Witterung 1088
- ⌚ Zuschläge
- Sistierungsrecht des Unternehmers** ⌚ Einrede
- Snapshot Analysis** ⌚ Nachweis der Vermögenseinbussen
- Soll-Ablauf** ⌚ Nachweis der Vermögenseinbussen
- Sorgfaltsmassstab** ⌚ Verschulden
- Sorgfaltspflichten** ⌚ Treuepflichten
- Spezifikationsrechtsübergang**  
482 f. ⌚ Wahlrechtsübergang
- Stehzeit** ⌚ Produktivitätsverluste
- Stellvertreter** 87, 126, 323 f., 446
- Steuerungsgrremium** 607
- strafrechtliche Verfolgung** 18, 449, 455
- Substituierung der Mitwirkung**
  - allgemein 72, 481 ff., 747
  - Analogie zur ⌚ Bedingungsmanipulation 376 ff., 484
  - Beendigung des ⌚ Gläubigerverzugs 496
  - bei treuwidrigem ⌚ Mitwirkungsver säumnis 484
  - Eignung 376 ff., 438, 487 ff.
  - Gesetzesergänzung 485
  - Kompensationsfolgen 497
  - Optionen 490, 494
  - Risiken 380, 491 ff.
  - Schadenminderungsmassnahme 1529
  - Tatsachen 488
  - ⌚ Treuepflichten 491 ff.
  - ⌚ Vertragsergänzung 485

## **Subunternehmer**

- ⌚ Beststellungsänderung
- ⌚ Fremdleistungen
- ⌚ Koordination
- ⌚ SIA-Bauwerkvertrag
- ⌚ übrige Vermögenseinbussen

## **T**

**Teil-Werk** 382, 445, 1333, 1352 f.;  
*Fn 1824*

### **Teilvergütung**

- ⌚ Aufwandvergütung 1433 f.
- ⌚ Festpreis 1434
- im Preis nicht inbegriffene Auslagen 1431 ff.
- ⌚ Kündigung des Bestellers/Bauherrn 566, 1442, 1450 f.
- ⌚ Kündigung des Unternehmers 1456, 1462, 1467
- ⌚ Unmöglichkeit der Werkausführung (OR 378) 581, 1432 ff.
- ⌚ Untergang des Werks (OR 376) 571, 576, 1439

**Termine** ⌚ Bauzeitabreden

**Testlauf** 389, 393, 471

**Teuerungsausgleich** ⌚ Mehrvergütung/SIA-Bauwerkvertrag

**Teuerungseffekte** ⌚ Kostensteigerungen ⌚ ausserordentliche Erfüllungshandlungen

**Time Impact Analysis** ⌚ Nachweis der Vermögenseinbussen

**Transitionsmassnahmen** ⌚ ausserordentliche Erfüllungshandlungen

### **Treuepflichten**

- Abrede 696
- ⌚ Agenturvertrag 595 f.
- anlässlich der ⌚ Mitwirkung

- 708 ff., 1230
- Anzeigepflichten
  - des Bauherrn
    - entdeckte Mängel 730
    - Säumnisanzeige 351 ff., 366, 698, 1239 ff., 1369 ff.
  - des Unternehmers
    - Gefährdung der Ausführung 465, 475 f., 725, 1054, 1407
    - Mitwirkungsbedarf 510 f., 534 f., 546, 553, 701, 1259
- Anzeigesäumnis des Gläubigers/Bauherrn 1239 ff., 1369 ff.
- *Arbeits*sicherheit
- Begriff 341 ff.
- *culpa in contrahendo* 344, 716
- *Erfüllungs*gehilfe 327, 1405
- erhöhte 650, 661, 689
- Erkennbarkeit der Gefahr 271, 347, 355 ff., 699 ff., 1380 ff., 1385 ff., 1373 ff.
- «Fälligkeit» 1242
- Falschausekunt 344, 354
- «Fürsorgepflicht» 697, 705 *Arbeits*vertrag
- Gefahrensatz 343
- Geheimhaltung 690, 711, 728
- infolge *Mitwirkungs*versäumnis 205, 351 ff., 697 ff., 1239 f., 1369 ff.
- Informationspflichten = Anzeigepflichten
- Massnahmenfall 345, 348 f., 703
- mitwirkungs fremde 711 ff.
- Natur 1243
- Nebenpflicht 1242
- Obhutspflicht 335, 715, 730, 1233
- rechtswidriges Bauen 449
- Säumnisanzeige des Gläubigers/Bauherrn = Anzeigepflichten
- *Schlecht*mitwirkung 1240
- *Schutz*massnahmen 345, 354, 361
- Schutzpflicht = Fürsorgepflicht
- *SIA*-Bauwerkvertrag 687, 689 ff.
- Status quo der Rechtsgüter 341, 346, 842, 1230, 1370
- *Substituierung* der Mitwirkung 380, 491 ff.
- Treu und Glauben 341, 346, 351, 661, 696, 1241
- Überwachung durch Besteller/Bauherrn 60, 728 ff.
- und *Mitwirkungs*pflicht 1370, 1391
- nachträglichen Erfüllung 1233, 1242 f.
- Vermeidbarkeit = Erkennbarkeit der Gefahr
- *Verschulden*
- vorvertragliche 90, 716 f.
- Warnpflicht = Fürsorgepflicht
- *willkürliche* Interferenz 20
- Zeitpunkt 349, 360
- *Zumutbarkeit* 348, 361, 703, 1404
- treuwidriges Verhalten**
  - *Bedingungs*manipulation 373 ff. 484
  - *Mitwirkungs*versäumnis
  - *Retentions*recht des Unternehmers 1543
  - *venire contra factum proprium* Fn 327
  - widersprüchliches Verhalten =

*venire contra factum proprium*

- *☞* willkürliche Interferenz

## U

**übermäßige Bindung** 26, 1031

**Übermittlungsrisiko** 87

**Überstunden** 809, 814, 1527

**Überwachung durch Besteller/Bauherrn** *☞* Treuepflichten

**Überwachungsaufwand** *☞* Führungsaufwand

**übrige Vermögenseinbussen**

- Begriff 834
- entgangener *☞* Gewinn 840 f., 850, 852, 894, 1001, 1044, 1143, 1147, 1151, 1172, 1195, 1280, 1295, 1395, 1468,
- *☞* Fremdleistungen 838 f.
- Haftungsschulden 835 f., 850, 852
- infolge *☞* Bauzeitverlängerung 852
- Mehraufwand in *☞* Drittaufträgen 837 ff., 850, 852
- *☞* Ohnehin-Aufwand
- sonstige Einbussen 841 ff.
- *☞* Subunternehmer in Drittaufträgen 838
- *☞* werkfremder Aufwand 836, 839, 840, 841, 1044

**Übung** *☞* Verkehrsüblichkeit  
**umgangssprachlicher Aufwand**  
*☞* Aufwand

**Umlagekalkulation** 820

**Umsatzsteuer** *☞* Mehrwertsteuer

**Umstellung** 845

**ungefährer Kostenansatz** 193, 1453

**Ungewissheit über den Gläubiger**

**(OR 168) 185**

**Ungewöhnlichkeitsregel** 227, 259

**Unklarheitenregel** *☞* Vertragsauslegung

**Unmöglichkeit**

- der Erfüllung 83, 85, 185, 187, 578, 1247
- des *☞* Mahngeschäfts
- der *☞* Mitwirkung 85, 1247
- der Werkausführung (OR 378)

578 ff., 1247 *☞* Schadenersatz

**Untergang des Werks (OR 376)**

569 ff., 572 ff., 715 *☞* Schadenersatz

**Unterzeichnung durch den Bauherrn** 389, 451, 468, 738, 1578;  
*Fn 31*

**unzeitiges** *☞* Mahngeschäft

**Upload** 428

**Urheberrecht** 454, 458; *Fn 22*, 659, 684

**Ursachenvermischungen**

*☞* Nachweis der Vermögenseinbussen

**Usanz** *☞* Verkehrsüblichkeit

**USB-Stick** 426, 710

## V

*venire contra factum proprium*

*☞* treuwidriges Verhalten

**Verbaloblation** *☞* Mahngeschäft

**Verbindlichkeitsgrad** *☞* Mitwirkung  
*☞* Vertragsauslegung

**Verfalltagsabrede**

- betreffend die Leistungspflicht 121
- betreffend die *☞* Mitwirkung 122, 549 ff.

**Vergütung**

- ☞ Aufwandvergütung 1017 f., 1022
- ☞ Festpreis 1060 ff.
- ☞ Mehrvergütung
- ☞ Teilvergütung

**Vergütungsinteresse** ☞ Interessen des Schuldners/Unternehmers

**Verhaltenspflichten** ☞ Treuepflichten

**Verhältnis der Kompensationsansprüche**

- Anspruchskonkurrenz
  - allgemein 1417 ff.
  - Alternativität 1418
  - Kumulativität 1419
- infolge Entschädigungsabreden 1425 ff.
- infolge ☞ Limitierungsabreden
  - allgemein 1420 ff.
  - betreffend Anspruchstyp 1422 f.
  - betreffend Entschädigungsfolgen 1424
- Kongruenz 1415
- Umfang der Ansprüche 1410 ff.
  - ☞ Mehraufwendungssatz 1414
  - ☞ Mehrvergütung 1413
  - ☞ Schadenersatz 1411 f.
- Verhältnis untereinander 743, 1410 ff.
- Verhältnis zu Ansprüchen aus ☞ vorzeitiger Vertragsbeendigung
  - Kündigung des Bestellers/Bauherrn
    - aus OR 375 1453
    - aus OR 377 1442 f.

- im Schuldnerverzug des Unternehmers 1450 f.
- Kündigung des Unternehmers
  - aus OR 95 1454, 1456, 1457, 1459
  - im Schuldnerverzug des Bestellers/Bauherrn 1460, 1462, 1465 f.
  - aus wichtigem Grund 1467
- Rücktritt des Bestellers/Bauherrn 1446 ff.
- Rücktritt des Unternehmers
  - aus OR 95 1454 f., 1457 f.
  - im Schuldnerverzug des Bestellers/Bauherrn 1462, 1464
- ☞ Unmöglichkeit der Werk- ausführung (OR 378) 1432 ff.
- ☞ Untergang des Werks (OR 376) 1439

**Verhandlungsabrede** 718

**Verhandlungspflichten** 691, 718 ff. ☞ SIA-Bauwerkvertrag

**Verjährung**

- ☞ Bauhandwerkerpfandrecht 1487
- Fristbeginn
  - Grundsatz 1488
  - Personenschaden 1491
  - Schadenersatzansprüche 1489 f.
- Fristen 1482 ff.
- Handwerksarbeiten 1484
- mitwirkungsbedürftige Forderung 92
- Obliegenheit 150
- Personenschaden 1485, 1491
- Unterbrechung 1492
- Verlustschein 1486

### **Verkehrsüblichkeit**

- Abschreibungssätze 775, 824, 999
- Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) 382, 644
- Bagatellklauseln 1032
- Bankdiskonto 1479
- Bauleitungstätigkeit 446
- *Capas*
- *Controlling* 796, 798, 978
- Einsatz von *Produktionsfaktoren* 505, 1251, 1294
- *gewillkürte Erfüllungsvoraussetzungen* 461
- granulare *Festpreise* 1125
- Innominatvertrag 284
- *Leistungsbereitschaft* 103, 1207
- Lohnansätze 768, 1109, 1157
- *Prüfung und Mängelrüge* 558
- *Regeln der Technik*
- *Rentabilitätsvermutung* 1281
- *Reparatur- und Instandhaltungskosten* 824, 1000
- Risikotragung 1090
- rollende Planung 432
- Selbstbeteiligungsklauseln 1032
- Sorgfaltsmassstab *Verschulden*
- *Vergütung* 1009, 1029, 1549
- *Vertragsauslegung* 207, 256 f.
- Zuschläge 1020, 1045, 1065, 1113, 1157

### **Vermögenseinbussen**

- allgemein 1 f.
- Ersatzfähigkeit 743, 752
- *Mehraufwand*
- *Nachweis der Vermögenseinbussen* 857 ff.
- primäre 750, 765
- sekundäre 750, 765
- *übrige Vermögenseinbussen*

### **Verschulden**

- Absicht = Vorsatz
- *Bedingungsmanipulation* 374
- *Beweislast* 1320, 1408
- Eventualvorsatz 1332 ff.
- *Fahrlässigkeit* 1317, 1321 ff., 1356, 1402
- *Gläubigerverzug* 167, 1131
- *Hilfspersonen* 1335 ff., 1357
- hypothetische Vorwerfbarkeit 1338 ff.
- *Mehraufwendungsersatz* 1131, 1159 ff., 1203
- *Mehrvergütung* 1008
- *Mitverschulden des Unternehmers*
- *Mitwirkungsversäumnis* 1317 ff.
- *Regeln der Technik* 429, 934, 1052, 1331
- *Schadenersatz* 1317 ff., 1402 ff.
- *Schadenersatzbemessung* 1318
- *Schuldnerverzug* 173, 1246
- Sorgfaltsmassstab 346, 1328 ff., 1402
- *Treuepflichten* 350, 361, 1402 ff.
- *Übernahmeverschulden* 1326 f.
- und erlaubtes Verhalten 146
- und *Pflichtwidrigkeit* 350, 1403 f.
- *Unmöglichkeit der Werkausführung* 582, 1161
- *Untergang des Werks* 576 f., 1161
- *Vorsatz* 127, 1317, 1332 ff., 1402
- weiterer Verspätungsschaden 1481



**Versicherungsvertrag**

- Anzeigepflicht des Versicherungsnehmers 48, 161
- Betriebshaftpflichtversicherung 769, 830, 1136; *Fn 1107, 1125 f.*
- Gefahrserhöhung 65
- ☞ Schadenminderungsobliegenheit 57
- und ☞ Gläubigerverzug 50
- Veränderungsverbot 49, 199

**Verspätungsschaden** ☞ Schaden  
☞ Schadenersatz**Vertrag zugunsten Dritter** 331**Vertragsauslegung**

- Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) 227, 259
- Auslegungsmittel 214 ff.
- Auslegungsregeln 221 ff.
- Auslegungsergebnis 279 ff., 285
- *Best Efforts*-Klausel 256
- Formalismus 224
- *Gentlemen's Agreement* 256
- gesetzestreue Auslegung 270, 273, 320, 640
- günstigeres Auslegungsergebnis 274, 276 ff., 640
- Imperative 254, 268, 558, 683, 688, 691
- Interessen
  - der Parteien 249, 301 ff.
  - ☞ Vertragsergänzung
  - des Schuldners ☞ Interessen des Schuldners/Unternehmers
- Methode 211 ff.
- ☞ Mitwirkungspflicht
- Modalverben 252 ff., 682
- nichtsprachliches Erklärungsverhalten 260 ff., 634

- objektivierte 204, 208, 213, 285
- Rationalitätsvermutung 213
- sprachliches Erklärungsverhalten 223 f., 250 ff.,
- Streitgegenstand 22, 228 ff.
- subjektive 212
- Unklarheitenregel 227, 259, 275 ff.
- Verbindlichkeitsgrad 230 ff.
- Vertragssystematik 225
- ☞ Vertragszweck 237 ff.
- Vertrauensprinzip 213, 223
- zeitpunktgerechte 222, 231 ff.
- Zweifelsfälle 226, 272 ff., 411, 640

**Vertragsergänzung**

- Bauzeitregel 522 ff.
- dispositives Gesetzesrecht 282, 287 ff.
- Ergebnis 315 ff.,
- gesetzestreue 320
- hypothetischer Parteiwille 131, 283, 292, 305, 334, 420, 522, 807, 1013, 1015, 1024, 1032, 1059, 1070, 1075, 1079, 1096, 1109, 1129, 1150, 1162, 1201, 1477, 1476, 1479, 1542
- Interessen = Vertragszweck
- ☞ Interessen des Schuldners/Unternehmers
- Lücke 281
- Methode 281 ff.
- ☞ Mitwirkungspflicht
- ☞ Soll-Ablauf 937 ff.
- Streitgegenstand 22, 229, 285 f.
- ☞ Substituierungsrecht 485
- typische Lücke 284, 624
- ☞ Vertragszweck 293 ff.
  - Vertragsinhalt 294 ff.

- Interessen 301 ff.
- vorbestehende Mitwirkungsregel 295 ff., 305, 316, 643
- Zurückhaltung 320
- Vertragszweck**
  - *Vertragsauslegung*
  - *Vertragsergänzung*
  - *einfache Gesellschaft*
- Vertrauenshaftung** *Haftung*
- Verwaltungszwang** 449
- Verwendungsersatz** *Aufwendungsersatz*
- VOB/B-Bauwerkvertrag** 382, 692, 1075
- Vollendungsanzeige** 403, 471, 1214, 1469; *Fn 584*
- Vorbereitungsarbeiten des Schuldners/Unternehmers** 109, 417, 529 ff., 541, 652, 1347, 1584
- Vorbereitungshandlungen des Gläubigers/Bauherrn**
  - allgemein 66, 68 f.
  - *Befreiungsinteresse* 309
  - bei Dienstleistungsschulden 70 ff., 131, 394 ff.
  - Ort 131
- Vorbereitungsleistung** *Vorbereitungshandlungen des Gläubigers*
- vorbestehende Mitwirkungsregel** *Vertragsergänzung*
- Vorkalkulation** 768 f., 772, 775 ff., 779, 819 ff., 823, 825, 828, 832, 924, 953, 999, 1018, 1020 *Arbeitskalkulation* *Nachkalkulation*
- Vorleistungspflicht des Schuldners** 206, 248, 307, 1160, 1141

- Vorsatz** *Verschulden*
- Vorteile**
  - *Mehraufwendungsersatz* 1202, 1219
  - *Mehrvergütung* 1040
  - *Nachweis der Vermögenseinbussen*
  - *Schadenersatz* 1309 ff., 1396
- Vorteilerlangungsobliegenheit** *Schadenminderungsobliegenheit*
- Vorunternehmer** 382
- Vorunternehmerwerk** 382, 525, 1354; *Fn 684* *Nebenunternehmerwerk* *Nachunternehmerwerk*
- vorvertragliche Sorgfaltspflichten** *Treuepflichten*
- vorzeitige Erfüllung (OR 81)** 107, 118, 503, 505, 508 f., 519, 522, 526, 806, 913
- vorzeitiges Mahngeschäft**
- vorzeitige Mahnung**
- vorzeitige Vertragsbeendigung**
  - Ansprüche
    - *Teilvergütung*
    - *Schadenersatz*
    - *Verhältnis der Kompensationsansprüche*
  - Kündigung
    - des Auftraggebers (OR 404) 562
    - des Auftragnehmers (OR 404) 562
    - des Bestellers/Bauherrn 145, 153, 193, 560 ff., 571, 577, 582 f., 594, 1438, 1440 ff., 1444 f., 1450 ff., 1453
    - des Unternehmers 1454,

- 1456 f., 1459, 1460, 1465, 1467
- Rücktritt
  - des Bestellers/Bauherrn 1444 ff., 1452
  - des Dienstleistungsschuldners (OR 95) 159, 182, 193, 209, 1134, 1142 f., 1160
  - des Unternehmers 1454 f., 1457 f., 1460, 1462, 1463 f.
- $\varphi$  Unmöglichkeit der Werkausführung (OR 378) 580, 1161
- $\varphi$  Untergang des Werks (OR 376) 570, 575, 1161
- Verhältnis zur vertraglichen  $\varphi$  Mitwirkungspflicht 159, 561 ff.
- Vorziehen** 845

## W

- Wagniszuschlag**  $\varphi$  Risikozuschlag
- Wahlrechtsübergang** 308 ff., 378, 482 f.  $\varphi$  Spezifikationsrechtsübergang
- Wartungsaufwand**  $\varphi$  Reparatur- und Instandhaltungskosten
- Wegbedingungsvereinbarung**  $\varphi$  Mitwirkungsabreden
- Weisungen**  $\varphi$  Erfüllungsrelevanz  $\varphi$  Gläubigerverzug  $\varphi$  Mitwirkungsleistung
- Werbung**  $\varphi$  Referenzobjekt  $\varphi$  Prestigeobjekt
- Werklieferungsvertrag** 382, 417, 620
- werkfremder Aufwand**  $\varphi$  Aufwand  $\varphi$  übrige Vermögenseinbussen
- Werkstoff**  $\varphi$  Baustoff  $\varphi$  Mitwirkungsleistung

- Wertverzehr** 774 ff., 777, 779, 827, 999, 1000, 1020, 1268 f., 1270; *Fn* 1322

- $\varphi$  Allgemeine Geschäftskosten (AGK)
- $\varphi$  Beweismass
- $\varphi$  Produktivitätsverluste
- $\varphi$  Schadenersatz

### widersprüchliches Verhalten

- $\varphi$  treuwidriges Verhalten

- willkürliche Interferenz** 20, 127, 499, 554, 1258

- Winterbaumassnahmen** 784, 849, 1187

- Witterung** 774 f., 784 f., 798, 808, 849 f., 853, 872, 881, 891 f., 905, 917, 919, 922, 951, 1088, 1127, 1168, 1306, 1494; *Fn* 1134, 1180 f., 1286, 1329

- Wochenendarbeit** 768, 809, 814; *Fn* 652

## Z

### Zahlungsunfähigkeit der Gegenpartei (OR 83) $\varphi$ Einrede Zeitreserven

- *Just-in-Time*-Mitwirkung 526
- $\varphi$  Puffer

### Zession

- Informationsobliegenheit des Zessionars 37, 52 150, 161

### Zins

- $\varphi$  Mehraufwendungsersatz 1479
- $\varphi$  Mehrvergütung 1479
- $\varphi$  Schaden 1479, 1481
- $\varphi$  Schadenersatz 1480
- Schadenszins 1478, 1480
- $\varphi$  Verschulden 1479, 1481
- Verzugszins 1478 f.

– weiterer ⚡Verspätungsschaden  
1481

– Zinssatz 1479 f.

**Zinsaufwand** ⚡Finanzierungsauf-  
wand

**Zumutbarkeit**

– der Erfüllung ⚡Erfüllungsrele-  
vanz/relative

– von Schutzmassnahmen ⚡Treue-  
pflichten

– ⚡Schadenminderungsobliegen-  
heit

**Zurückbehaltungsrecht des Un-  
ternehmers** ⚡Einrede ⚡Re-  
tentionsrecht des Unternehmers

**Zuschläge**

– für ⚡Allgemeine Geschäftskos-  
ten (AGK)

– allgemein 770

– ⚡Mehraufwendungsersatz  
1158, 1191 f., 1220

– ⚡Mehrvergütung 1018, 1020,  
1042 f., 1068, 1110

– ⚡Schadenersatz 1303 f., 1394

– für ⚡Gewinn

– allgemein 770

– ⚡Mehraufwendungsersatz  
1158, 1191 f., 1220

– ⚡Mehrvergütung 1018, 1020,  
1041, 1043, 1069 f., 1110

– ⚡Schadenersatz 1307, 1394

– für ⚡Reparatur- und Instandhal-  
tungskosten 777

– für Risiko

– allgemein 770

– ⚡Mehraufwendungsersatz  
1158, 1191 f., 1220

– ⚡Mehrvergütung 1018, 1020,  
1071, 1110

– ⚡Schadenersatz 1305 f., 1394

– ⚡werkfremder Aufwand 1043

– ⚡SIA-Bauwerkvertrag 1041,  
1110 f., 1113, 1122

**Zuschlagskalkulation** 820

**Zustimmung des Bauherrn**

⚡Mitwirkungsleistungen

*In der gleichen Reihe  
sind in den letzten Jahren erschienen:*

*Publiés ces dernières années  
dans la même collection:*

250. *Adrian Schneider*: Der angemessene Ausgleich für erhebliche Planungsvorteile nach Art. 5 Abs. 1 RPG. XXXV–283 S. (2006)
251. *Franca Contratto*: Konzeptionelle Ansätze zur Regulierung von Derivaten im schweizerischen Recht – Analyse de lege lata und Vorschläge de lege ferenda unter besonderer Berücksichtigung der Anlegerinformation bei Warrants und strukturierten Produkten. LVIII–458 S. (2006)
252. *Daniela Ivanov*: Die Harmonisierung des Baupolizeirechts unter Einbezug der übrigen Baugesetzgebung – Aktuelle Rechtslage und Lösungsansätze. LIV–550 S. (2006)
253. *Omblin de Poret*: Le statut de l'animal en droit civil. LVI–355 pp. (2006)
254. *Sarah Theuerkauf*: Parteiverbot und die Europäische Menschenrechtskonvention – Analyse der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte unter Berücksichtigung der Rolle politischer Parteien in Europa. XXXIX–284 S. (2006)
255. *Dominique Gross*: Das gemeinschaftsrechtliche Genehmigungsverfahren bei der Freisetzung und dem Inverkehrbringen gentechnisch veränderter Organismen. LXIV–440 S. (2006)
256. *Andreas Felder*: Die Beihilfe im Recht der völkerrechtlichen Staatenverantwortlichkeit. XLV–317 S. (2007)
257. *Benoît Chappuis*: Le moment du dommage – Analyse du rôle du temps dans la détermination et la réparation du dommage. XLVIII–443 pp. (2007)
258. *Pierre-André Morand*: Le Contrat de Maintenance en droit suisse. XX–386 pp. (2007)
259. *Stéphane Bondallaz*: La protection des personnes et de leurs données dans les télécommunications. XLV–584 pp. (2007)
260. *Nicolas Kuonen*: La responsabilité précontractuelle. XCVI–622 pp. (2007)
261. *Ghislaine Frésard*: Le recours subrogatoire de l'assurance-accidents sociale contre le tiers responsable ou son assureur. LXXXV–688 pp. (2007)
262. *Annekathrin Meier*: Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union. XLIII–372 S. (2007)
263. *Tetiana Bersheda Vucurovic*: Civil Liability of Company Directors and Creditor Protection in the vicinity of Insolvency. LXVII–367 pp. (2007)

264. *Marie-Noëlle Venturi-Zen-Ruffinen*: La résiliation pour justes motifs des contrats de durée. LVI–464 pp. (2007)
265. *Maryse Pradervand-Kernen*: La valeur des servitudes foncières et du droit de superficie. LIII–338 pp. (2007)
266. *Clémence Grisel*: L'obligation de collaborer des parties en procédure administrative. XXXIV–320 pp. (2008)
267. *Basile Cardinaux*: Das Personenfreizügigkeitsabkommen und die schweizerische berufliche Vorsorge – Grundlagen und ausgewählte Aspekte. XCVI–907 S. (2008)
268. *Xavier Oulevey*: L'institution de la décharge en droit de la société anonyme. LI–401 pp. (2008)
269. *Nadine Mayhall*: Aufsicht und Staatshaftung. XL–318 S. (2008)
270. *Gaspard Couchepin*: La clause pénale – Etude générale de l'institution et de quelques applications pratiques en droit de la construction. LIV–396 pp. (2008)
271. *Hubert Stöckli*: Das Synallagma im Vertragsrecht – Begründung, Abwicklung, Störungen. XXXII–331 S. (2008)
272. *Stefan Keller*: Der flexible Altersrücktritt im Bauhauptgewerbe – Ein Beitrag zur Überwindung der Suche nach dem «richtigen» Rentenalter in der Schweiz. CXXI–819 S. (2008)
273. *Anne Berkemeier*: Das Opportunitätsprinzip – unter Berücksichtigung kantonaler Jugendstrafrechtspflegegesetze (BS, BE, FR, GE, GL, ZH), des Jugendstrafgesetzes und der künftigen eidgenössischen Jugendstraßprozessordnung. XXXV–263 S. (2008)
274. *Matthias Inderkum*: Schadenersatz, Genugtuung und Gewinnherausgabe aus Persönlichkeitsverletzung – Art. 28a Abs. 3 ZGB. XLII–227 S. (2008)
275. *Andri Mengiardi*: Die Besteuerung der Investition in derivative Anlageprodukte («strukturierte Produkte») nach Schweizer Recht. LIX–508 S. (2008)
276. *Marco Reichmuth*: Die Haftung des Arbeitgebers und seiner Organe nach Art. 52 AHVG. XLI–337 S. (2008)
277. *Marc Engler*: Die Vertretung des beschuldigten Unternehmens. XLIV–198 S. (2008)
278. *Daniel Pascal Wyss*: Social Insurance Law and Statutory Interpretation: The Practicability Argument – The Swiss Approach in a Comparative Perspective. XLVI–437 p. (2008)
279. *Tannaz Esmailzadeh Jourabchi*: Mariage permanent et Mariage temporaire. Etude comparative du mariage en droit iranien et en droit suisse. LV–330 pp. (2010)
280. *Andrea Bäder Federspiel*: Wohneigentumsförderung und Scheidung – Vorbezüge für Wohneigentum in der güterrechtlichen Auseinandersetzung und im Vorsorgeausgleich. XLVII–355 S. (2008)
281. *Annick Achdari*: Le devoir du lésé de minimiser son dommage – Etude en droit des obligations. LXVI–440 pp. (2008)

282. *Frédéric Gisler*: La coopération policière internationale de la Suisse en matière de lutte contre la criminalité organisée – Concepts, état des lieux, évaluation et perspectives. LXIX–605 pp. (2009)
283. *Alain Bieger*: Die Mängelrüge im Vertragsrecht. XXXV–184 S. (2009)
284. *Andreas Abegg*: Der Verwaltungsvertrag zwischen Staatsverwaltung und Privaten – Grundzüge einer historisch und theoretisch angeleiteten Dogmatik öffentlichrechtlicher und privatrechtlicher Verwaltungsverträge. XXXVI–219 S. (2009)
285. *Federica De Rossa Gisimundo*: Il servizio pubblico, strumento di effettività dei diritti fondamentali del cittadino. XLV–360 pp. (2009)
286. *Alexis Leuthold*: Offertverhandlungen in öffentlichen Vergabeverfahren – Privatrechtliche und vergaberechtliche Aspekte. XLIII–282 S. (2009)
287. *Ursina Weidkuhn*: Jugendstrafrecht und Kinderrecht – Betrachtung des Schweizerischen Jugendstrafrechts im Lichte der Internationalen Rechte des Kindes und im Vergleich zu Südafrika. XLII–272 S. (2009)
289. *Marco Lucchini*: I piani dei Trasporti nel diritto svizzero. L'applicazione della Pianificazione sistemica. LXXXVI–586 S. (2010)
290. *Sébastien Chaulmontet*: Verursacherhaftung im Schweizer Umweltrecht. Eine Grundlagenstudie unter besonderer Berücksichtigung von Art. 32b<sup>bis</sup> USG. LI–456 S. (2010)
291. *Mathias Boschung*: Der bodengebundene Rettungsdienst – Im Spannungsfeld zwischen Staatsaufgabe und regulierter privatwirtschaftlicher Tätigkeit. LXX–432 S. (2010)
292. *Nada Bakic*: Sprachliche Minderheiten in Serbien und in der Schweiz – Ein Vergleich im Bereich Bildung und Verwaltung. LXXX–578 S. (2010)
293. *Fabrice Robert-Tissot*: Les effets du concordat sur les obligations. Analyse en particulier des effets du concordat sur les contrats. CIX–907 pp. (2010)
294. *Gian Brändli*: Vermögensgestaltung in der eingetragenen Partnerschaft. Unter Berücksichtigung des Obligationen-, Erb- und Steuerrechts. XLII–324 S. (2010)
295. *Viviane Premand*: Les sociétés de famille dans les formes de la société anonyme et à responsabilité limitée. LIV–386 pp. (2010)
296. *Jean-Michel Brahier*: Maîtrise de l'aménagement du territoire à proximité des installations dangereuses. CXP–908 pp. (2010)
298. *Christoph Burri*: Tendenzen zur Stabilisierung des Schuldvertrags. Regeln und Entwicklungen, die das Zustandekommen, die Gültigkeit und Fortdauer des Vertrags begünstigen. XXXIV–234 S. (2010)
299. *Bernhard Stehle*: Der Versorgungsschaden. Dogmatik und Berechnung XLII–342 S. (2010)
300. *Nina Gammenthaler*: Diplomanerkennung und Freizügigkeit. Unter besonderer Berücksichtigung der Richtlinie über die Anerkennung von Berufsqualifikationen 2005/36/EG und ihrer möglichen Umsetzung in der Schweiz. LXXX–402 S. (2010)

301. *Valentin Monn*: Die Verhandlungsabrede. LXX–668 S. (2010)
302. *Juhani Kostka*: Harte Kartelle. Internationale Entwicklung und schweizerisches Recht. LXIII–634 S. (2010)
303. *Isaia D'Amelio*: Les placements collectifs en investissements alternatifs. Réglementation et surveillance des hedge funds en droit suisse et comparé. LXIV–436 pp. (2011)
304. *Andrea Beata Fäh*: Die Rechte des Verbrauchers im Arzneimittelmarkt der EU. Möglichkeiten und Grenzen des Individualrechtsschutzes im europäischen Binnenmarkt unter spezieller Berücksichtigung des Rechts auf Zugang, Sicherheit und Information. XLII–266 S. (2011)
305. *Christian R. Tappenbeck*: Das Bürgerrecht in der Schweiz und seine persönlichkeitsrechtliche Dimension. LVI–474 S. (2011)
306. *Felix Baumann*: Das Grundrecht der persönlichen Freiheit in der Bundesverfassung unter besonderer Berücksichtigung der geistigen Unversehrtheit. LII–398 S. (2011)
307. *Baptiste Allimann*: La péremption – Etude en droit privé suisse. XC–430 S. (2011)
308. *Jean-Baptiste Zufferey/Jacques Dubey/Adriano Previtali (éds)*: L'homme et son droit. Mélanges en l'honneur de Marco Borghi à l'occasion de son 65<sup>e</sup> anniversaire. XI–652 pp. (2011)
310. *Franziska Grob*: Die Behandlung von Personen mit Erwerbsunterbrüchen im Schweizerischen Sozialversicherungsrecht. LXII–304 S. (2012)
311. *Markus Kern*: Kommunikationsgrundrechte als Gefahrenvorgaben. Umgang mit kommunikationsbedingten Gefahren in den Rechtsverordnungen der USA, Deutschlands und der Schweiz. LXIV–535 S. (2012)
313. *Jacques Dubey*: Espace – Temps – Propriété. Définition et restriction de la propriété privée du sol à l'heure du développement durable et de l'aménagement du territoire. LXXXVI–518 pp. (2012)
314. *Lucie Mazenauer*: Internationale Kindesentführungen und Rückführungen – Eine Analyse im Lichte des Kindeswohls. XXXVIII–262 S. (2012)
317. *Martina Stocker*: Die Teilliquidation von Vorsorgeeinrichtungen. Unter besonderer Berücksichtigung der Härtefallproblematik bei Teilliquidationen in Unterdeckung. LII–262 S. (2012)
318. *Christophe A. Herzog*: Das Kind in den familienrechtlichen Verfahren. LXII–478 S. (2012)
319. *Andrea Ermotti*: La banque face à l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs – crédit de construction et surveillance du chantier. XLVIII–330 S. (2012)
320. *Isabelle Chabloz*: Actionnaires dans les sociétés cotées: actions légales et gouvernance. Etude comparée: Suisse, Australie, Allemagne. X–486 S. (2012)
321. *Giuseppa Ottimofiore*: Le droit de propriété, un droit fondamental entre inclusion et exclusion. LXXXVIII–695 pp. (2012)



322. *Roger König*: Die Gefährdungshaftung nach Eisenbahngesetz. Analyse und Kritik der neuen Haftungsregeln. XXXIV–226 S. (2012)
323. *Vanessa Rüegger*: Der Zugang zu Wasser als Verteilungsfrage. Das Verhältnis zwischen dem Menschenrecht auf Wasser und den Herrschafts- und Nutzungsrechten an Wasservorkommen. LXIV–228 S. (2013)
324. *Sandra Imbach*: Die vermögensrechtliche Vertretung der Ehegatten und eingetragenen Partner im Erwachsenenschutzrecht. XLVI–346 S. (2013)
325. *Cyril Galland*: Le contenu des servitudes foncières. Aspects de droits réels et obligations de faire rattachées à la servitude. LX–480 S. (2013)
326. *Géraldine Auberson*: Personnalités publiques et vie privée. Etude de droit privé suisse à la lumière du droit américain. LVI–478 S. (2013)
327. *Ambroise Katambu Bulambo*: La répression du négationnisme en droit congolais à la lumière du droit suisse. LXXX–266 S. (2013)
328. *Thomas Meier*: Verjährung und Verwirkung öffentlich-rechtlicher Forderungen. LXXIV–366 S. (2013)
329. *Raphaël Eggs*: Les « autres préjudices » de l'expropriation. L'indemnisation au-delà du modèle fondé sur la valeur vénale. XLVIII–478 S. (2013)
330. *Vera Beutler*: Für den mutmasslichen Täter gilt die Unschuldsvermutung. Die Medien und ihr Verhältnis zur Unschuldsvermutung in der Schweiz und England. CXVIII–448 S. (2013)
331. *Nadja Schwery*: Die Korrelation von Nutzen und Haftung im Vertragsrecht. LII–350 S. (2013)
332. *David Furger*: Völkerrechtliche Staatenverantwortlichkeit für internationale Waffentransfers. L–452 S. (2013)
333. *Stéphane Voisard*: L'auxiliaire dans la surveillance administrative. Du droit bancaire et financier au droit administratif général. LXXVIII–816 S. (2014)
335. *Yvonne Schleiss*: Zur Durchführung des EU-Rechts in Bundesstaaten. Ausgewählte Aspekte der Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie in Deutschland und Österreich. LXXXVIII–338 S. (2014)
336. *Raphaël Mahaim*: Le principe de durabilité et l'aménagement du territoire. Le mitage du territoire à l'épreuve du droit : utilisation mesurée du sol, urbanisation et dimensionnement des zones à bâtir. CII–644 S. (2014)
337. *James F. Reardon*: Consumer Collective Redress Mechanisms in Competition Law. Comparative Analysis of Swiss, American and European Union Laws & Proposals for Switzerland. LIV–637 S. (2014)
338. *Adrien Gabellon*: Le précontrat – Développements et perspectives. XLII–288 S. (2014)
339. *Bruno Pasquier*: Die Schätzung nach gerichtlichem Ermessen – unmittelbare und sinnngemässe Anwendung des Art. 42 Abs. 2 OR. XXVIII–158 S. (2014)

340. *Michael Duttwiler*: Der Zugang zu Medikamenten im Spannungsfeld zwischen dem internationalen Patentschutz und dem Recht auf Gesundheit. LXIII–334 S. (2014)
341. *Mirco Anderegg*: Der Ersatz von Schadenabwehrkosten. Eine Analyse zum Recht der unerlaubten Handlungen. XXXVIII–204 S. (2014)
342. *Sérvine Knuchel*: Jus Cogens: Identification and Enforcement of Peremptory Norms. LXVIII–308 pp. (2015)
343. *Matthieu Carrel*: Le régime du sous-sol en droit suisse. LX–368 S. (2015)
344. *Mehdi Tedjani*: Offres publiques d'acquisition: Application internationale du droit suisse. XLVI–384 S. (2015)
345. *Andreas Büscher*: Die einvernehmliche Aufhebung von Schuldverträgen. LXXXII–381 S. (2015)
346. *Eleonor Kleber*: La discrimination multiple. LXX–592 S. (2015)
347. *Diana Oswald*: Verfahrensrechtliche Aspekte der internationalen Amtshilfe in Steuersachen. LXXVI–466 S. (2015)
348. *Gisela Kilde*: Der Persönliche Verkehr: Eltern – Kind – Dritte. LXXVI–253 S. (2015)
349. *Christina Gaist*: La communauté héréditaire: sa composition, ses biens et ses dettes en droit suisse. XLII–278 S. (2015)
350. *Jessica Aebi-Mabillard*: La rémunération de l'architecte. LVI–432 S. (2015)
351. *R. Selva Korkmazcan Işık*: The Monitoring and Enforcement of Commitments by way of Arbitration in EU Competition Law. LXXX–407 S. (2015)
352. *Filippo Lurà*: L'impôt anticipé. Ses origines, sa genèse et sa nature – Comparaison avec d'autres systèmes de retenue à la source et de communication de renseignements LVI–505 S. (2015)
353. *Arnaud Nussbaumer*: La cession des droits de garantie. LXXIV–419 S. (2015)
354. *Valentin Piccinin*: La propriété par étages en procès. LVIII–389 S. (2015)
355. *Jun Zheng*: Judicial Review of Fines in EU Competition Law. LVIII–385 S. (2015)
356. *Aleksander Grebieniow*: Rechtsfolgen der Übervorteilung. Eine rechtsvergleichende Untersuchung der modernen Figuren der laesio enormis und ihren historischen Grundlagen. CIV–326 S. (2015)
357. *Manuela Baeriswyl*: Aktienrechtliche Verantwortlichkeit und Verschulden. XLVI–304 S. (2015)
358. *Guillaume Braidì*: L'individu en droit de la surveillance financière. Autorisation, obligations et interdiction d'exercer. LXII–533 S. (2016)
359. *Gaetan Blaser*: Les critères de durabilité environnementale de l'Union européenne. LXIV–256 S. (2016)
360. *Nathalie F. Adank*: Le contrat de planification – Utilité, admissibilité et régime du contrat d'aménagement du territoire. LXVIII–354 S. (2016)

361. *Christof Bergamin*: Unterbrechung der Verjährung durch Klage – Eine Untersuchung unter Mitberücksichtigung anderer Unterbrechungsgründe. XXXIX–283 S. (2016)
362. *Marie Cherubini*: Les droits fondamentaux des personnes âgées en EMS. LV–411 S. (2016)
363. *Roger Andres*: Die Normen der Arbeitssicherheit – System und Kritik am Beispiel des Bauens. LXXII–427 S. (2016)
364. *Ivano Ranzanici*: La riduzione dei premi dell'assicurazione malattia LXXII–649 S. (2016)
365. *Béatrice Hurni*: L'action civile en droit de la concurrence – Etude du droit suisse à la lumière du droit comparé et du droit de l'Union européenne. LVI–574 S. (2017)
366. *Roman Cincelli*: Der Common Law Trust – Grundlagen, rechtsvergleichende Entwicklung und Rezeptionsmöglichkeiten aus Sicht der Schweiz. LXIX–572 S. (2017)
367. *Nino Sievi*: Die negativen Feststellungsklagen des schweizerischen Rechts im Anwendungsbereich des Lugano-Übereinkommens. LIV–308 S. (2017)
368. *Tobias Fasnacht*: Die Einwilligung im Datenschutzrecht – Vorgaben einer völker- und verfassungsrechtlich konformen Ausgestaltung der datenschutzrechtlichen Einwilligung im schweizerischen Recht. XXXVI–290 S. (2017)
369. *Nadja Majid*: Die Geschäftsfähigkeit der urteilsfähigen minderjährigen Person im Bereich der Schönheitsoperationen – Rechtslage, Kritik und Postulat. LII–196 S. (2017)
370. *Sarah Bechaalany*: Les fondations de placement: du droit privé au droit public.
371. *Julien Francey*: La responsabilité délictuelle des fournisseurs d'hébergement et d'accès Internet. LXX–368 S. (2017)
372. *Alborz Tolou*: La forfaitisation du dommage. LXXX–518 S. (2017)
373. *Khalil Beydoun*: Beweisverwertungsverbote – Ein Vergleich zwischen der schweizerischen und der US-amerikanischen Handhabung der Beweisverwertungsverbote. XXXIV–222 S. (2017)
374. *Vincent Perritaz*: Le concours d'actions et la solidarité. XXX–220 S. (2017)
375. *Emilie M. Praz*: L'entreprise de l'un des époux en droit matrimonial. LIV–310 S. (2018)
376. *Maxence Carron*: Le mandat de durée. LII–256 S. (2018)
377. *Matthias-Christoph Henn*: Die Bauwesenversicherung. LI–388 S. (2018)
378. *Carlo Peer*: Das Leistungsverzeichnis bei Bauwerkverträgen. XLIII–302 S. (2018)
379. *Stefan Diezig*: Umweltvertriebene im flüchtlingsrechtlichen und menschenrechtlichen Kontext. LI–328 S. (2018)

380. *Daniel Oehri*: Der Sachwalter im Nachlassverfahren: Ein Diener zweier Herren. LII–296 S. (2018)
381. *Manuel Jaquier*: Le « gré à gré exceptionnel » dans les marchés publics – Etude de droit suisse et européen. LXX–598 S. (2018)
382. *Mathieu Zufferey*: La représentation indirecte – Etude d'une institution de droit suisse des obligations. LXIX–418 S. (2018)
383. *Alain Girard*: L'enquête préalable en droit de la concurrence. LXVII–406 S. (2018)
384. *Eva Maria Molinari*: Die Menschenwürde in der schweizerischen Bundesverfassung – Eine rechtsdogmatische und rechtsvergleichende Untersuchung der subjektiv-rechtlichen Grundrechtsfunktion. LVI–516 S. (2018)
385. *Joël Pahud*: Le séquestre et la protection provisoire des créances pécuniaires – Dans le contexte interne et international. XXXVIII–428 S. (2018)
386. *Milena Pirek*: L'application du droit public dans le temps: la question du changement de loi. LXXIII–474 S. (2018)
387. *Laurent Grobéty*: Le cumul objectif d'actions en procédure civile suisse. LII–350 S. (2018)
388. *Gaëlle Sauthier*: La violence des enfants envers leurs parents – Analyse juridique de droit suisse. XLX–244 S. (2018)
389. *Michel Heinzmann*: La procédure simplifiée – Une émanation du procès civil social. LXII–358 S. (2018)
390. *Shenbao Liang*: Einwilligung in medizinische Behandlungen – Eine rechtsvergleichende Analyse nach schweizerischem und chinesischem Privatrecht. XLV–200 S. (2018)
391. *Sybille Gassner*: Pflegeeltern im Dreieck zwischen Eltern, Kind und KESB – Rechtliche Rahmenbedingungen für das Gelingen eines Dauerfamilienpflegeverhältnisses. LVI–296 S. (2018)
392. *Franziska Waser*: La réduction de la zone à bâtir surdimensionnée selon l'art. 15 al. 2 LAT. LXX–347 S. (2018)
393. *Camille Joye-Yerly*: Le registre foncier – Le système, les écritures au grand livre et leurs effets. LII–326 S. (2018)
394. *Julia Henninger*: Die Pflichtteilsproblematik bei der Unternehmensnachfolge – Am Beispiel der Familienaktiengesellschaft. LXVII–389 S. (2019)
395. *Aurélien Barakat*: Les approches de la réalité économique en droit fiscal suisse. XLII–438 S. (2019)
397. *Lena Hehemann*: Die Genehmigung von Tierversuchen im Spannungsfeld von Tierschutz und Forschungsfreiheit – Ein Rechtsvergleich zwischen Deutschland, Österreich und der Schweiz. XVIII–382 S. (2019)