

48. Urteil vom 20. Mai 1899 in Sachen  
Rutishauser gegen Kläusli.

*Werkvertrag. Rücktritt des Unternehmers wegen Verzuges des Bestellers. Art der Bemessung der Entschädigung. Art. 122 und 124 O.-R., Art. 370 eod.*

A. Durch Urteil vom 14. Januar 1899 hat die Appellationskammer des Obergerichts des Kantons Zürich erkannt:

1. Der Beklagte und Widerkläger ist verpflichtet, dem Kläger und Widerbeklagten weitere 37,784 Fr. 75 Cts. nebst 5% Zins vom 15. Februar 1897 an zu bezahlen. Die Mehrforderung des Klägers wird abgewiesen.

2. Die Widerklage wird abgewiesen.

3. Der Kläger und Widerbeklagte ist verpflichtet, den vom Beklagten und Widerkläger am 25. Juli 1896 zu seinen Gunsten errichteten Kreditversicherungsbrief von 100,000 Fr. bei der Zahlung der dem Kläger zugesprochenen Summe löschen zu lassen.

4. Dem Kläger und Widerbeklagten wird ein Rückforderungsrecht bezüglich der Architekturforderungen Thomas gegenüber dem Beklagten im Sinne der Ausführungen unter Ziff. 4 litt. c der Erwägungen eingeräumt.

B. Gegen dieses Urteil hat der Beklagte und Widerkläger die Berufung an das Bundesgericht erklärt, und folgende Abänderungsanträge gestellt:

1. Dispositiv 1 des Urteils sei aufzuheben;

2. Es habe die Berechnung des klägerischen Guthabens auf Grundlage des Vertrages vom 16. Mai 1896 zu erfolgen;

3. Der Prozeß sei an die kantonale Instanz zurückzuweisen behufs Abnahme des angetragenen Beweises dafür, daß die sub 2 verlangte Rechnungsweise thatsächlich möglich sei.

In der heutigen Hauptverhandlung vor Bundesgericht wiederholt der Anwalt des Berufungsklägers diese Berufungsanträge. Der Anwalt des Berufungsbeklagten beantragt Verwerfung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Durch Vertrag vom 16. Mai 1896 übertrug der Beklagte Rutishauser dem Kläger Kläusli die vollständige Ausführung einer Restaurations- und Saalbaute in Zollikon und verpflichtete sich, ihm dafür einen nach dem Kubikinhalt des Gebäudes zu bemessenden Werklohn im Betrag von 26 Fr. per m<sup>3</sup> zu bezahlen. Dabei war bestimmt, daß 75% der Affekuranzsumme sofort nach Vollendung des Rohbaues und Vornahme der (zur Festsetzung des Affekuranzwertes vorgeschriebenen amtlichen) Gebäudeschätzung zu leisten seien. Der Kläger nahm die Baute sofort in Angriff und führte die Arbeiten bis zum 21. Dezember 1896 fort. Nachdem am 29. Oktober 1896 die Gebäudeschätzung stattgefunden, und der Kläger den Beklagten vergeblich zur Bezahlung der auf diesen Zeitpunkt fälligen 75% der Affekuranzsumme aufgefordert hatte, ließ er am 18. Januar 1897 durch den Audienzrichter dem Beklagten eine Frist von 10 Tagen ansetzen, um die 75% der Bau summe nach Vertrag zu bezahlen, unter der Androhung, daß sonst der Kläger berechtigt wäre, vom Vertrage zurückzutreten. Nach fruchtlosem Ablauf der Frist erhob er beim Bezirksgericht Zürich Klage auf Bezahlung der von ihm geleisteten Arbeit. Das Gericht ordnete eine Expertise zur Schätzung der vom Kläger geleisteten Arbeit an. Da die Experten ihrer Berechnung nicht den Einheitspreis von 26 Fr. per Kubikmeter, sondern bestimmte Ansätze für die einzelnen Leistungen zu Grunde legten, und sich der Beklagte über diese Rechnungsweise beschwerte, so veranlaßte das Gericht die Experten, sich in einem Ergänzungsgutachten u. a. auch darüber auszusprechen, ob es nicht möglich sei, die Forderung des Klägers so zu berechnen, daß die Bau summe für die Vollendung der Baute bestimmt, und von dieser der Wert der noch auszuführenden Arbeiten und Anschaffungen abgezogen werde. Die Experten antworteten hierauf: Die Ausrechnung der Affordsumme in der Weise, wie der Bauvertrag es vorschreibe (26 Fr. per m<sup>3</sup>) wäre an sich sehr leicht gewesen; da aber die Abrechnung zu einer Zeit habe vorgenommen werden sollen, da die Arbeiten noch nicht fertig waren, so habe eine andere Abrechnungsweise gesucht werden müssen, wofür zwei Arten möglich gewesen seien. Die eine Art sei die, daß der Kubikinhalt nach dem Vertrag aus-

gerechnet und mit 26 multipliziert, und von der sich ergebenden Summe der Wert der noch nicht geleisteten Arbeit abgezogen werde. Die andere bestehe darin, daß durch Ausmessung der bis zum 19. Mai 1897 (Datum der Augenscheinsverhandlung und Experteninstruktion) geleisteten Arbeiten und Berechnung derselben zu den damals üblichen Einheitspreisen, unter Berücksichtigung des Allfordpreises von 26 Fr. per m<sup>3</sup> der Wert der ausgeführten Arbeiten bestimmt werde. Die Experten haben die letztere Art der Berechnung gewählt, weil es wegen der äußerst mangelhaften und unklaren Baubeschreibungen fast nicht möglich und ganz unsicher gewesen wäre, die noch fehlenden Arbeiten zu berechnen und abzugiehen. Denn während eine richtige Baubeschreibung für die fraglichen Bauten mindestens 30 Seiten erfordert hätte, liege für den Restaurationsbau nur eine Beschreibung von 1<sup>1</sup>/<sub>4</sub> Seiten, und für den Saalbau eine solche von <sup>3</sup>/<sub>4</sub> Seiten vor. Die erste Instanz hat die Forderung des Klägers für die von ihm geleisteten Arbeiten gestützt auf die Berechnung der Experten festgestellt, und darnach den Beklagten nach Abrechnung einer von ihm geleisteten Zahlung von 61,000 Fr. verpflichtet, dem Kläger weitere 37,784 Fr. 75 Cts. nebst Verzugszinsen zu bezahlen. Die Appellationskammer stellt in ihrem eingangs angeführten Urteil zunächst fest, daß der Kläger berechtigt gewesen sei, vom Vertrag zurückzutreten, da sich der Beklagte mit der Bezahlung von 75 % der Asssekuranzsumme im Verzuge befunden habe, und führt sodann mit Bezug auf die Folgen des Rücktritts aus: Gemäß Art. 122 O.-R. bewirke der Rücktritt vom Vertrage, daß dieser als von Anfang an aufgehoben zu betrachten sei. Da nun aber der Kläger seine Leistung in natura nicht zurückverlangen könne, so müsse ihm in Analogie zu den Bestimmungen des Art. 358 und insbesondere 370 O.-R. das Recht zur Geltendmachung des Wertes seiner Leistung eingeräumt werden. Und zwar könne für die Bestimmung dieses Wertes nicht der Inhalt des Vertrages maßgebend sein, sondern die Höhe der Entschädigung sei, wie es die Experten gethan haben, nach allgemeinen Grundsätzen festzusetzen. Infolgedessen sei es nicht notwendig, auf die vom Beklagten dem Gerichte vorgelegten Berechnungen auf anderer Grundlage einzutreten.

2. Nach den vom Beklagten gestellten Berufungsanträgen herrscht darüber kein Streit, daß der Beklagte sich mit der Bezahlung eines vor Ablauf der Ablieferungsfrist fälligen Teils des Werklohnes im Verzuge befunden hat, und der Kläger deshalb berechtigt war, vom Vertrage zurückzutreten. Es ist auch nicht bestritten, daß grundsätzlich dem Kläger ein Anspruch auf Vergütung des von seiner Seite Geleisteten zustehe, sondern lediglich die Frage zur Entscheidung des Bundesgerichts gebracht, auf welche Weise diese Vergütung zu berechnen sei. Da das eidgenössische Oblig.-Recht in dem Abschnitt über den Werkvertrag den Rücktritt des Unternehmers wegen Verzugs des Bestellers nicht besonders regelt, so bleiben hiefür die in Art. 122 ff. enthaltenen allgemeinen Normen maßgebend. Darnach unterliegt keinem Zweifel, daß, wo es sich nicht um eine auf beiden Seiten teilbare Obligation handelt, der Vertrag durch den Rücktritt von Anfang an aufgehoben wird, der vom Vertrag Zurücktretende demnach für das von ihm bereits Geleistete nicht mit der Vertragsklage Vergütung fordern kann, sondern auf die in Art. 124 O.-R. gewährte *condictio sine causa*, unter Umständen verbunden mit einer Schadenersatzklage, beschränkt ist. Nun ist in casu die Rückerstattung des vom Kläger bereits Geleisteten in natura nicht möglich, da es sich um ein auf dem Grund und Boden des Bestellers errichtetes Werk handelt. Es ist klar, daß das Gesetz den Unternehmer in diesem Falle nicht schlechter gestellt wissen will, als wenn die Rückerstattung in natura möglich ist; allein das Gesetz spricht sich darüber, worin der Ersatz für den undurchführbaren Rückerstattungsanspruch bestehen soll, nicht ausdrücklich aus. Die Frage muß daher nach allgemeinen Rechtsregeln, und unter Berücksichtigung der Rechtsstellung, welche das Obligationenrecht dem Unternehmer in andern Fällen, wo die Vollenbung des Werkes verunmöglicht wird, einräumt, gelöst werden. Ihre Lösung ergibt sich unmittelbar aus Art. 124 selbst, wenn den Besteller ein Verschulden trifft. Denn beim Nachweis eines Verschuldens des Bestellers giebt Art. 124 O.-R. dem Unternehmer das Recht, für die Vermögensseinbuße, die er infolge der Aufhebung des Vertrages erleidet, Ersatz zu verlangen; der Unternehmer kann also, soweit ihm der Wert des von seiner Seite Geleisteten durch Rückgabe in natura nicht ver-

gütet wird, vom Besteller dafür Schadenersatz verlangen, daß er diese Vergütung nicht auf dem Weg der Vertragsklage, welche durch Aufhebung des Vertrages dahingefallen ist, beanspruchen kann. Im vorliegenden Falle besteht nun kein Zweifel, daß den Besteller ein Verschulden trifft, da nichts dafür vorliegt, daß sein Verzug auf einer von ihm nicht zu vertretenden Ursache beruhe. Der Beklagte ist demnach dem Kläger schadenersatzpflichtig für die Folgen des Rücktrittes, und hat daher denselben auch für das Interesse an der untergegangenen Forderung auf Vergütung der geleisteten Arbeit gemäß dem Vertrage schadlos zu halten. Hieraus ergibt sich aber ohne weiteres, daß die Höhe der Forderung, die dem Kläger an Stelle der Rückerstattung des Geleisteten in natura zusteht, nach dem im Vertrage bestimmten Lohne bemessen werden muß. Denn das Interesse, das ihm der Beklagte zu vergüten hat, reicht gerade so weit, als der Anspruch, den derselbe mit der Vertragsklage hätte geltend machen können.

Das gleiche Resultat würde sich übrigens auch dann ergeben, wenn die in Art. 124 D.-R. bezeichnete Schadenersatzklage nicht Platz greifen würde. In diesem Falle müßte Art. 370 D.-R. analoge Anwendung finden, wonach der Unternehmer, wenn die Vollendung des Werkes durch einen beim Besteller eingetretenen Zufall unmöglich wird, Anspruch auf Vergütung der geleisteten Arbeit und der im Lohn nicht inbegriffenen Auslagen hat. Denn es ist kein hinreichender Grund ersichtlich, warum der Gesetzgeber dem Unternehmer nicht die gleichen Rechte auch dann hätte einräumen wollen, wenn die Vollendung des Werkes dadurch verunmöglicht wird, daß der Unternehmer wegen Verzuges des Bestellers zum Rücktritt vom Vertrag genötigt ist und den Wert der bereits geleisteten Arbeit nicht zurückfordern kann, weil die Rückgabe in natura sich als unmöglich erweist. Daß aber nach Art. 370 D.-R. die dem Unternehmer zustehende Forderung auf Vergütung der geleisteten Arbeit nach Maßgabe des vereinbarten Lohnes bemessen werden muß, ergibt sich schon daraus, daß hier der Vertrag lediglich bezüglich des noch nicht Geleisteten, also *ex nunc* und nicht *ex tunc*, aufgehoben wird (vgl. Hafner, Comment. zu Art. 370, Anm. 3).

Der Auffassung der Vorinstanz, wonach die Höhe der Klägeri-

schen Forderung nicht nach Maßgabe des in dem Vertrage vereinbarten Werklohnes, sondern nach allgemeinen Grundsätzen zu bestimmen wäre, kann demnach nicht beigetreten werden. Allein gleichwohl ist die Berufung als unbegründet abzuweisen. Denn die Summe, welche nach dem Urteil der Vorinstanz der Beklagte dem Kläger für die geleistete Arbeit zu bezahlen hat, beläuft sich, unter Abrechnung einer bereits geleisteten Zahlung und eines hier nicht weiter zu erörternden Abzuges wegen Fehler, gerade auf den Betrag, welchen die Experten als den Wert jener Arbeit berechnet haben. Nun haben aber die Experten, wie aus ihrem Ergänzungsgutachten unzweideutig hervorgeht, ihrer Berechnung den im Werkvertrag bezeichneten Einheitspreis von 26 Fr. per m<sup>3</sup> zu Grunde gelegt; allerdings nicht in der Weise, daß sie den Werklohn für das ganze Werk nach dem Kubikinhalt berechneten und daran den Wert der noch fehlenden Arbeit abzogen. Der Grund, warum die Experten nicht in dieser Weise vorgingen, bestand jedoch lediglich darin, daß es nach ihrer Ansicht fast unmöglich und ganz unsicher gewesen wäre, die noch fehlenden Arbeiten zu berechnen und abzuziehen. Deshalb sahen sich die Experten genötigt, von der im Vertrag vorgeschriebenen Methode abzugehen und den Wert der geleisteten Arbeit nach den damals üblichen Einheitspreisen zu berechnen; allein dies geschah, wie die Experten ausdrücklich erklären, immerhin unter Berücksichtigung des Aufordpreises von 26 Fr. per m<sup>3</sup>, so daß also der Wert der geleisteten Arbeit, soweit es überhaupt möglich war, in der That auf Grund des im Vertrage vorgesehenen Werklohnes bestimmt worden ist.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Berufung des Beklagten wird als unbegründet abgewiesen, und das Urteil der Appellationskammer des Obergerichts des Kantons Zürich in allen Teilen bestätigt.