

Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 3 (1884)

Artikel: Beiträge zum Rechtsverhältniss des Werkvertrags nach schweizerischem Obligationenrecht

Autor: Stockar, Egbert

DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-896718>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. [Siehe Rechtliche Hinweise.](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. [Voir Informations légales.](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. [See Legal notice.](#)

Download PDF: 17.05.2025

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

B e i t r ä g e
zum
Rechtsverhältniss des Werkvertrags
nach schweizerischem Obligationenrecht.

Von
Dr. Egbert Stockar,
Vicepräsident des Bezirksgerichts in Zürich.

Die nachfolgenden Ausführungen bezwecken eine Erörterung einzelner Bestimmungen des neuen Obligationenrechts über gewisse Seiten des Rechtsverhältnisses des Werkvertrages, welche hauptsächlich die Gerichte künftig beschäftigen dürften, weil sie zum Theil ein Ausfluss sind von modernen Rechtsanschauungen, die von den bisher geltenden kantonalen Particularrechten wesentlich abweichen. Hiebei soll vorab auf das bisherige zürcherische Privatrecht Rücksicht genommen werden, da sich dieses als notorisches Vorbild mancher ostschweizerischer privatrechtlicher Codificationen vorzugsweise zur Vergleichung mit der neuen Schöpfung des schweizerischen Gesetzes eignet und die Rechtsprechung der zürcherischen Gerichte, wie sie in mehrfachen Zeitschriften zur öffentlichen Kenntniss gebracht wurde, in vielen Puncten auch auf die Rechtsprechung der Gerichte anderer Kantone Einfluss geübt hat. Daneben soll aber auch die Besprechung solcher das genannte Rechtsinstitut beschlagender Fragen Platz finden, in welchen im bisherigen zürcherischen Recht einer- und im neuen schweizerischen Recht andererseits die für die Gestaltung des Rechtsverhältnisses massgebenden Gesichtspunkte entweder die gleichen geblieben sind oder doch keine das bisher geltende Princip umstossende Aenderung erlitten haben.

Unter den Puncten, welche ein vorzugsweises Interesse beanspruchen dürfen, steht in vorderster Reihe:

I. Die Haftpflicht des Unternehmers.

Dieselbe kann nach folgenden Richtungen hin zum Gegenstand einer eingehenderen Betrachtung gemacht werden:

A. Im Allgemeinen: Haftpflicht des Unternehmers für seine eigene Person und für dritte Personen.

B. Haftpflicht desselben mit Bezug auf das für die Erstellung des Werkes ausgewählte Material.

C. Anzeigepflicht desselben gegenüber dem Besteller.

D. Haftung desselben für die rechtzeitige Ausführung des Werkes.

E. Folgen des Vorhandenseins von thatsächlichen Mängeln des Werkes bei der Ablieferung und Rechte des Bestellers im Falle der Constatirung solcher Mängel.

A. Haftpflicht des Unternehmers im Allgemeinen.

Art. 351 des Obligationenrechts stellt die Regel auf, dass der Unternehmer das Werk persönlich auszuführen oder doch die Ausführung, wenn er dieselbe Dritten übertragen wolle, persönlich zu leiten habe. Im letztern Falle wird zunächst an die Angestellten und Arbeiter des Unternehmers gedacht, d. h. an solche Personen, welche in einem Dienstverhältniss zu ihm stehen und sich allen seinen bezüglichlichen Anordnungen zu unterziehen haben, also nicht die Stellung selbstständiger Contrahenten mit Bezug auf das in Frage stehende Werk ihm gegenüber einnehmen. Die Pflicht des Unternehmers zur persönlichen Controlirung der bezüglichlichen Thätigkeit seiner Angestellten resultirt aus dem auch in Art. 115 adoptirten allgemeinen Rechtssatz, dass der Dienstherr für alle Handlungen und Unterlassungen seiner Untergebenen einzustehen hat, insofern dieselben auf ein obligatorisches Verhältniss, an welchem er als Contrahent theilhaft

ist, einen die Vertragsrechte des andern Contrahenten schädigenden Einfluss ausüben.

Daneben wird aber in Art. 351 Abs. 2 dem Unternehmer die Ermächtigung eingeräumt, die Erstellung des Werkes einem Dritten an seiner Statt zu übertragen. Diese Befugniß soll dann Platz greifen, wenn die Natur des Geschäftes, welches den Gegenstand des Werkvertrages bildet, die Substitution eines andern Unternehmers an Stelle des ursprünglichen Mitcontrahenten zulässt, ohne dass hieraus eine Gefährdung des Vertragszweckes erwächst. Diess wird namentlich der Fall sein, wenn die zur Herstellung des Werkes erforderlichen und das Gelingen desselben verbürgenden persönlichen, ökonomischen und moralischen Eigenschaften bei dem Dritten in demselben Masse vorhanden sind, wie bei dem ursprünglichen Unternehmer.

Macht der Unternehmer von der ihm durch lemma 2 eingeräumten Befugniß Gebrauch, so haftet er für das Vorhandensein dieser Eigenschaften in der Person des von ihm mit oder ohne Zustimmung des Bestellers gewählten Substituten, welche geeignet sind, dem Besteller das Gelingen des Werkes zu verbürgen. Auch wenn der Besteller seine Zustimmung zur Substitution ertheilt hat, bleibt das Rechtsverhältniss in allen seinen einzelnen Bestandtheilen zwischen den ursprünglichen Contrahenten fortbestehen; es entstehen keine directen obligatorischen Beziehungen zwischen dem Dritten und dem Besteller. Allerdings darf sich der Besteller in den Gang der Ausführung einmischen, wenn ihm durch das Verhalten des dritten Unternehmers die Erreichung des Vertragszweckes in Frage gestellt erscheint, allein er kann sich zu diesem Behufe nicht unmittelbar an den Dritten, sondern nur an seinen Mitcontrahenten wenden, nur von diesem fordern, dass er den Dritten anhalte, wieder in die durch die vertragliche Abrede vorgeschriebene Bahn der Ausführung einzulenken und in Zukunft ein Heraustreten aus der letztern zu unterlassen. Auch durch die Nichtausübung einer persönlichen Controlle über die Thätigkeit des Dritten seitens des Bestellers wird die Haftpflicht des Unternehmers nicht auf-

gehoben. Der Besteller ist nämlich in Folge der Substitution befugt, von seinem Mitcontrahenten zu erwarten, dass er die Ausführung des Werkes durch den Dritten überwache und hiebei die nämliche Diligenz beobachte, welche er zu beobachten verpflichtet wäre, wenn das Werk durch seine eigene persönliche Thätigkeit hergestellt würde. Es soll durch die Substitution keine Aenderung und Abschwächung in den Vertragspflichten des Unternehmers eintreten. Der Besteller wird durch einen selbstständigen Vertrag zwischen dem Unternehmer und dem Dritten nicht gebunden, er kann von seinem Mitcontrahenten unverkürzte Vollziehung des Vertrages fordern, selbst wenn dieser durch Gewährung weniger strenger Ausführungsbedingungen zu Gunsten des Substituten sich ausser Stande gesetzt hat, von dem letztern vertraglich die Prästation der von ihm selbst übernommenen Leistungen verlangen zu können. Die gesetzliche Ermächtigung zur Substitution gibt dem dritten Unternehmer selbstverständlich auch die Befugniss, sich bei der Ausführung der Beihülfe von Arbeitern oder Angestellten zu bedienen. Diese Befugniss ergiebt sich schon aus lemma 1; denn der Unteraccordant tritt zum ersten Accordanten in das nämliche Rechtsverhältniss ein, wie der erste Accordant zum Besteller. Prof. Schneider nimmt hier in seinem Commentar an, es entstehe in einem solchen Falle auch eine directe Haftpflicht der Arbeiter des Unteraccordanten und zwar neben derjenigen des Principals selbst. Eine derartige Ausdehnung der Haftpflicht folgt indessen aus dem Wortlaut des Artikels nicht. Durch die Uebertragung der Erstellung an die Arbeiter des Unternehmers wird nicht neben der durch die Auswahl untauglicher Leute begründeten Haftpflicht des Uebernehmers noch eine selbstständige solidarische Haft der letztern selbst erzeugt, da in Folge der Uebertragung nicht ein unmittelbares Vertragsverhältniss zwischen dem Besteller und den Arbeitern des Unternehmers entsteht. Eine solche cumulative Verantwortlichkeit könnte höchstens dann eintreten, wenn der Unternehmer beim Besteller um die Genehmigung der Substituierung eines andern Unternehmers nachgesucht, dieser sie ertheilt und daraufhin der

letztere in einem besondern Vertrag mit dem Besteller sich selbstständig verpflichtet hätte, neben und mit dem ursprünglichen Unternehmer für die Fertigstellung des Werkes haften zu wollen.

Der § 1573 des zürcherischen privatrechtlichen Gesetzbuchs unterscheidet ähnlich dem Art. 351 zwei Fälle. Im ersten soll der Unternehmer, wenn nicht eine ausdrückliche gegentheilige Zustimmungserklärung des Bestellers vorliegt, das Werk entweder persönlich ausführen, oder die Ausführung durch seine Arbeiter persönlich leiten. Diese Verpflichtung liegt ihm dann ob, wenn die Natur des, den Gegenstand des Werkvertrages bildenden Geschäftes die persönliche Ausführung durch ihn oder seine Arbeiter erheischt, und er darf nicht ohne ausdrückliche Ermächtigung seitens des Bestellers von der Erfüllung dieser Pflicht abweichen. Im zweiten Falle dagegen, wo der Abschluss des Contractes nicht im ausgesprochenen, dritte Unternehmer ausschliessenden Hinblick auf die persönliche Befähigung oder die individuellen Eigenschaften des Unternehmers erfolgt ist, weil keine Besonderheit des in Frage stehenden Geschäftes diess nothwendig machte, bedarf es, um einen dritten Unternehmer zu substituiren, für den Unternehmer nicht der Einholung einer ausdrücklichen Zustimmungserklärung seitens des Bestellers.

B. und C. Haftpflicht des Unternehmers mit Bezug auf das für die Erstellung des Werkes ausgewählte Material, und Anzeigepflicht gegenüber dem Besteller.

Ueber diese Materie verbreiten sich die Art. 352 und 356.

Lemma 1 des erstgenannten Artikels behandelt den Fall, wo der Unternehmer sich zur Lieferung des Stoffes, aus welchem das Werk gefertigt werden soll, anheischig gemacht hat, und bestimmt, dass derselbe für die Güte, d. h. für die Tauglichkeit und Brauchbarkeit desselben zum Zwecke der Hervorbringung des Werkes einzustehen habe. Man kann hier zweierlei Fälle unterscheiden, in denen die Haftpflicht des Unternehmers in Wirksamkeit tritt. Entweder

bleibt die Fehlerhaftigkeit des gelieferten Stoffes vor der Hand noch verborgen, die Ausführung des Werkes mittelst desselben ist möglich und erst nachträglich tritt die Fehlerhaftigkeit des Stoffes zu Tage und bewirkt den Untergang der aus demselben gefertigten Sache. Oder das gelieferte Material erweist sich von vornherein als unbrauchbar für die Hervorbringung des Werkes und hiedurch wird die Erstellung des letztern verunmöglicht. In beiden Fällen bleibt der Anspruch des Bestellers auf die Lieferung des verabredeten Werkes fortbestehen. Der Unternehmer hat neuen brauchbaren Stoff unentgeltlich nachzuliefern und verliert ausserdem seinen Anspruch auf die vereinbarte Vergütung für den Werth des ursprünglich verwendeten, resp. unbrauchbaren Stoffes. Neben dieser Haft führt aber Lemma 1 noch eine weitergehende Haftpflicht ein, welche nach Analogie der für die Eviction wegen rechtlicher Mängel der Kaufsache geltenden Rechtssätze (Art. 235—242) zu beurtheilen ist. Wenn also das Recht des Unternehmers, über den von ihm zur Erzeugung des Werkes gelieferten Stoff zu verfügen, an einem in seiner oder in der Person des Verkäufers liegenden rechtlichen Mangel leidet (wohin z. B. der Fall zu rechnen ist, wo ein Angestellter des Eigenthümers den Stoff dem letztern entwendet und vor Ablauf von 5 Jahren seit der Entwendung dem Unternehmer verkauft hat, oder wo ein Angestellter des Eigenthümers den ihm von letzterm zur Verarbeitung übergebenen Stoff dem Unternehmer gegen Nachlass einer Schuld überlassen und der Unternehmer, wohl wissend, dass dem Angestellten kein Recht zur Verfügung über den Stoff zustehe, oder wenigstens in die Befugniss desselben hiezu Zweifel setzend, auf diese Offerte eingetreten ist und den Stoff in Empfang genommen hat, Art. 206 und 207) und in Folge dieses Mangels ein Evictionsfall eintritt, so werden alle an die stattgefundene Eviction sich anknüpfenden gesetzlichen Folgen auch in dem Verhältnisse zwischen dem Unternehmer und dem Besteller wirksam. Es hat demnach der Unternehmer dem Besteller alle diejenigen Nachtheile zu ersetzen, welche für diesen durch die Entziehung des Stoffes

und das dadurch verunmöglichte Behalten des fertigen Werkes entstehen, und demselben alle diejenigen Auslagen und Verwendungen zurückzuerstatten, welche ihm erwachsen sind, resp. welche er auf den Stoff gemacht hat, in dem irrthümlichen Glauben, er habe ein vor jeder wirksamen Anfechtung durch einen Dritten geschütztes Recht der freien Verfügung über die Sache erworben, welche ihm also erspart geblieben wären, wenn er die Wirksamkeit der seitens des Dritten drohenden Eviction gekannt und deshalb seine Zustimmung zur Verwendung des von dem Unternehmer anerbottenen Stoffes verweigert hätte.

Lemma 2 macht dem Uebernehmer zur Pflicht, den laut Abrede vom Besteller gelieferten Stoff mit der zur Erhaltung der Tauglichkeit desselben erforderlichen Sorgfalt zu behandeln. Diese Diligenz wird durch die Zweckbestimmung des Stoffes, wonach derselbe das Substrat, das Mittel zur Hervorbringung des vereinbarten Werkes bildet, geboten.

Geht durch die unzweckmässige Behandlung oder Aufbewahrung der Stoff unter oder erleidet er bei dem Unternehmer eine die Qualität des Werkes selbst beeinträchtigende Verschlechterung, so treffen die Folgen den dieser ihm von Gesetzes wegen auferlegten Verpflichtung entgegenhandelnden Unternehmer. Es ist diess zwar in lemma 2 nicht ausdrücklich gesagt, versteht sich indessen nach den für die Folgen des Verschuldens eines Contrahenten geltenden allgemeinen Rechtsgrundsätzen von selbst. Worin diese Folgen bestehen sollen, ist ebenfalls nicht angegeben. Sie werden sich in einer zwiefachen Weise äussern. Im Falle des in Folge mangelnder Diligenz des Unternehmers eintretenden gänzlichen Untergangs des Stoffes wird der Unternehmer gehalten sein, dem Besteller die Kosten der Neuanschaffung des zum Ersatz des untergegangenen bestimmten Stoffes zurückzuerstatten. Dagegen wird durch den seitens des Unternehmers verschuldeten Untergang an der zwischen den Contrahenten getroffenen Abrede, wonach die Beschaffung des Stoffes dem Besteller zufällt, Nichts geändert; der Besteller hat auch den neuen Stoff dem Unternehmer zur Verfügung zu stellen, in-

dessen verwandelt sich die vertraglich verabredete Unentgeltlichkeit der Beschaffung des Stoffes in einen Anspruch des Bestellers auf Rückerstattung der Kosten der Neuanschaffung.

Schwieriger gestaltet sich die Frage betr. den Umfang der Haftpflicht des Unternehmers im zweiten Falle, wo die unzweckmässige Behandlung des Stoffes durch den Unternehmer nicht den Untergang desselben, sondern lediglich einen Minderwerth des aus demselben gefertigten Werkes zur Folge hat. Soll hier dem Besteller lediglich die Befugniss zustehen, einen entsprechenden Abzug an der stipulirten Accordsumme mit Rücksicht auf den vorhandenen Minderwerth des Werkes zu machen, oder muss demselben das Recht eingeräumt werden, gänzliche Neuerstellung des Werkes zu verlangen? Ich würde mich eher dahin neigen, die Frage in letzterm Sinne zu bejahen, also eine weitergehende Haftpflicht des Unternehmers zu statuiren, und zwar leiten mich hiebei folgende Erwägungen: Der Besteller ist berechtigt, vertragsgemässe Lieferung des Werkes zu fordern, und es kann ihm nicht zugemuthet werden, sich mit einem gegenüber der vertraglichen Abrede qualitativ geringeren Werke zu begnügen. Der Unternehmer haftet für jedes ihn treffende Verschulden, welches zur Folge hat, dass sich das Ergebniss seiner auf die Hervorbringung des Werkes gerichteten Thätigkeit mit dem Inhalt der Abrede nicht vollständig deckt, mit Bezug auf seinen ökonomischen Werth für den Besteller hinter der Abrede zurückbleibt. So lange sich in der Art der Ausführung den Werth des Werkes reduzierende Abweichungen vom Inhalte der Vereinbarung zeigen, welche auf eine unzweckmässige Verwendung und Behandlung des vom Besteller gelieferten Stoffes als auf ihre Ursache zurückzuführen sind, ist die vertragliche Pflicht des Unternehmers nicht erfüllt und dauert dessen Obligation fort. —

Im Fernern hat nach lemma 2 der Unternehmer dafür zu sorgen, dass das ihm übergebene Material ausschliesslich seine durch den Willen des Bestellers gegebene bestimmungsgemässe Verwendung finde. Der Besteller bleibt Eigenthümer

des von ihm gelieferten Stoffes, der Unternehmer ist nicht Käufer desselben, darf ihn also nicht seiner Zweckbestimmung entfremden. Kann er sich über die Vergütung für einen allfälligen Rest, den er behalten will, mit dem Besteller nicht verständigen, so ist der Rest einfach zurückzugeben und für Mangelndes Ersatz zu leisten, weil der Unternehmer zur Ausübung der custodia hinsichtlich des nicht verwendeten Materials verpflichtet war.

Der Art. 356 entspricht im Wesentlichen dem § 1585 des zürcherischen privatrechtlichen Gesetzbuches und präcisirt die in dem letztern niedergelegten Grundsätze lediglich zum Theil etwas schärfer. So bestimmt er, dass die dem Unternehmer auferlegte Anzeigepflicht auch dann in Wirksamkeit trete, wenn der Besteller den Stoff geliefert habe. Der Letztere hat also nicht für die Güte und Brauchbarkeit des von ihm gelieferten Stoffes einzustehen, sondern es wird umgekehrt dem Unternehmer die Pflicht auferlegt, den ihm gelieferten Stoff zu prüfen und im Falle der Untauglichkeit zurückzuweisen, sowie den Besteller von sich aus mit den Gefahren bekannt zu machen, welche die Verwendung dieses unzweckmässigen Stoffes für die künftige Existenz des Werkes nach sich ziehen könnte. Diese Pflicht hat ihren sehr natürlichen Grund darin, dass dem nicht selbst sachverständigen Besteller nicht kann zugemuthet werden, allfällige verborgene Fehler des Baumaterials oder Mängel der zu dem Werke nöthigen Eigenschaften zu erkennen und nach der Beschaffenheit dieser Fehler zu beurtheilen, was für einen Einfluss dieselben auf den Fortgang und die Erstellung, sowie auf den künftigen Bestand des Werkes ausüben können. Dagegen ist der Unternehmer, der die Brauchbarkeit der zu verwendenden Materialien einer genauen Controllirung zu unterwerfen hat, vollkommen in der Lage, den Einfluss der Verarbeitung von fehlerhaftem Material richtig zu würdigen.

Eine fernere Neuerung führt Art. 356 insofern ein, als er dem Unternehmer eine vorherige Untersuchung des ihm angewiesenen Baugrundes vorschreibt. Schneider glaubt zwar in seinem Commentar: diese Worte „an dem angewie-

„enen Baugrund“ seien nicht in diesem Sinn zu verstehen, weil ein von der ständeräthlichen Commission in diesem Sinne gestellter Zusatzantrag bekämpft und in Folge hievon wieder fallen gelassen worden sei. Nun ist aber in der That nicht einzusehen, wie die dem Unternehmer auferlegte Pflicht, den Besteller auf allfällige Mängel des angewiesenen Baugrundes aufmerksam zu machen, anders erfüllt werden kann als dadurch, dass er die Beschaffenheit des Terrains, auf welches die Baute zu stehen kommen soll, einer genauen Prüfung unterzieht und, wenn das Ergebniss dieser Prüfung die Gefahr eines künftigen früher oder später eintretenden Zusammensturzes in sichere Aussicht stellt, von der Ausführung der Baute abräth. Wenn, desshalb auch die von der ständeräthlichen Commission beliebte Fassung als zu weitgehend fallen gelassen wurde und man sich auf die vorliegende Fassung einigte, so hat hiedurch die Haftpflicht des Unternehmers keine Einschränkung erfahren.

Die „nachtheiligen Folgen“, welche den Unternehmer bei einer Versäumung der rechtzeitigen Anzeige der entdeckten Mängel treffen sollen, bestimmen sich selbstverständlich nach den Grundsätzen betreffend das contractliche und das aus Delicten oder delictartigen Handlungen oder Unterlassungen entspringende Verschulden.

Die Anzeigepflicht des Unternehmers soll indessen nicht auf die Mängel des vom Besteller gelieferten Stoffes oder des angewiesenen Baugrundes beschränkt bleiben, sondern noch im Weitern auch auf solche Umstände Anwendung finden, welche im Verlaufe der Ausführung zu Tage treten, also nicht vorauszusehen waren, und welche eine die rechtzeitige oder gehörige Ausführung des Werkes gefährdende Wirkung ausüben. Unter diesen „Verhältnissen“ sind wohl solche zu verstehen, die eintreten in Folge von unvorhergesehenen Complicationen in den Faktoren, auf deren günstige Gestaltung für das Gelingen des Werkes vom Unternehmer gerechnet wurde und nach der Lage der Umstände im Moment des Vertragsabschlusses auch mit Recht gerechnet werden durfte. Es sind diess also nicht Verhältnisse, welche

als schädliche, die Existenz des Werkes gefährdende Momente dem Stoff inhäreren, sondern es sind Umstände, welche von aussen her störend und hemmend in den Gang der Ausführung eingreifen.

D. Haft des Unternehmers für die rechtzeitige Ausführung des Werkes.

Art. 354 handelt von den Folgen des vertragswidrigen Verhaltens des Unternehmers und bezweckt; dem Besteller Schutz zu gewähren gegen nachtheilige Folgen, die für ihn aus einem solchen vertragswidrigen Verhalten seines Mitcontrahenten entstehen können. Derselbe setzt für seine Anwendbarkeit 3 Fälle voraus:

- 1) der Unternehmer hält den Anfangstermin nicht inne, verzögert also den Beginn;
- 2) derselbe erweist sich säumig mit Bezug auf die Einhaltung der für die Fertigstellung der einzelnen Theile des Werkes stipulirten Termine;
- 3) sein ganzes Verhalten lässt mit Sicherheit darauf schliessen; dass die Vollendung und Ablieferung des Gesamtwerkes auf den verabredeten Termin der Natur der Verhältnisse nach objectiv unmöglich ist.

In allen diesen 3 Fällen darf aber mit dem vertragswidrigen Verhalten des Unternehmers kein demselben parallel gehendes Verschulden des Bestellers concurriren. Hat derselbe nach dem Inhalt des Vertrages durch von ihm zu übernehmende Leistungen den Beginn der Arbeiten, sowie die ungehinderte Fortführung und Vollendung derselben während der Dauer des Vertragsverhältnisses dem Unternehmer zu ermöglichen und unterlässt er es in schuldhafter Weise, ihm diese Möglichkeit zu gewähren, so darf der Besteller das ihm durch Art. 354 eingeräumte Recht nicht ausüben. Die Geltendmachung dieses Rechtes kann ihm aber unzweifelhaft auch dann nicht zugestanden werden, wenn er ohne sein Verschulden in die Unmöglichkeit versetzt wird, rechtzeitig die ihm obliegenden präparatorischen Leistungen zu erfüllen, denn

den Unternehmer trifft ja auch dann nicht der Vorwurf von Vertragsbruch.

In allen übrigen Fällen, in denen die Nichthaltung des Vertrages seitens des Unternehmers mit keinem Verschulden des Bestellers in ursächlichem Zusammenhang steht, darf der Besteller, falls im Uebrigen die in Art. 354 normirten Voraussetzungen zutreffen, von dem ihm in diesem Artikel zugesicherten Rechte Gebrauch machen. Dieses Recht besteht darin, dass der Besteller nicht gehalten ist, zunächst den Ablieferungstermin abzuwarten, um dadurch den Verzug des Unternehmers in der Erfüllung zu constatiren, sondern dass ihm die Befugniss zusteht, dem Unternehmer noch vor Eintritt des Ablieferungstermins einen zweiten Vollendungstermin anzusetzen oder durch die zuständige Behörde ansetzen zu lassen.

Dieses dem Besteller eingeräumte Recht weicht wesentlich von dem durch § 1590 des zürcher. priv. Gesetzbuches zu Gunsten des Bestellers statuirten Rechte ab. Nach diesem letztern muss nämlich der Besteller den Eintritt des Vollendungstermins abwarten und erst, wenn an diesem der Verzug des Unternehmers in der Ablieferung constatirt ist, darf er einseitig dem Unternehmer eine neue Vollendungsfrist ansetzen lassen, welche der letztere ohne Widerrede einzuhalten verpflichtet ist, ansonst dem Besteller das Recht erwächst, durch Abbestellung des nicht samnthaft gelieferten Werkes vom Vertrage zurückzutreten. Dagegen stimmen Art. 354, resp. 122, 123 und 124 des Obligationenrechts und § 1590 des privatrechtlichen Gesetzbuches wieder darin überein, dass sie dem Besteller das Recht zuerkennen, nicht nur dem Unternehmer die Entrichtung der stipulirten Vergütung für die bereits fertigen Arbeiten zu verweigern, resp. das hierfür bereits Geleistete, also die verfallenen und bezahlten Accordpreise zurückzufordern, sondern auch Ersatz des Interesses an der rechtzeitigen Erfüllung zu verlangen. Die That- sache, welche den säumigen Contrahenten zur Leistung des Interesses verpflichtet, ist hier also eine Rechtsvorschrift. Die Wirkung des vertragswidrigen Verhaltens des Unterneh-

mers äussert sich in doppelter Weise. Einerseits verliert der Vertrag für den Besteller seine Verbindlichkeit und, soweit der letztere seinen Verbindlichkeiten aus dem Vertrage bereits ein Genüge geleistet hat, soll seine Vermögenslage wieder in integrum restituirt werden, wie wenn überhaupt ein Vertragsverhältniss nie bestanden hätte. Andererseits tritt zu der Aufhebung der bereits thatsächlich verwirklichten Folgen des Vertragsabschlusses die Pflicht des Unternehmers hinzu, dem Besteller das Interesse zu ersetzen, das er an der gehörigen und rechtzeitigen Erfüllung des Vertrages seitens des Unternehmers gehabt hätte. Worin dieses Interesse, das Gegenstand der Ersatzpflicht bildet, bestehen soll, wird nicht gesagt. Der Kreis desselben wird, da eine Einschränkung nicht beigelegt ist, sowohl die Fälle des *damnum emergens* als diejenigen des *lucrum cessans* umfassen, also auch den Schaden in sich begreifen, welcher nur in einem mittelbaren Zusammenhange mit dem Vertragsbruch des Unternehmers für den Besteller eingetreten ist. Neben der bereits hervorgehobenen Uebereinstimmung des Art. 354 des Obligationenrechts und des § 1590 des privatrechtlichen Gesetzbuchs tritt aber hinwiederum eine Verschiedenheit in diesen beiden Gesetzesbestimmungen hervor. Während nämlich nach Art. 123 und 124 der Besteller, wenn gemäss der Intention der Parteien die Einhaltung eines bestimmten Lieferungstages oder eines bestimmten Vollendungstermins ein bestimmendes Motiv für den Vertragsabschluss gebildet hat und dieser Wille aus dem Gesamtinhalte des Vertrages deutlich zu erkennen ist, nicht zuerst das in Art. 122 vorgeschriebene Verfahren einzuschlagen hat, um die Auflösung des Vertrages herbeizuführen, sondern mit der constatirten Nichteinhaltung des Lieferungstages oder des Vollendungstermins sofort zum Rücktritt vom Vertrage berechtigt wird, spricht § 1590 dem Besteller dieses Recht erst mit dem Ablauf des nachträglich angesetzten neuen Vollendungstermins zu und gesteht ihm nur das Recht zu, um der Nichteinhaltung des ursprünglichen Ablieferungstermins willen Schadensersatz zu verlangen. Der Art. 124 überbindet sodann dem Besteller den Beweis für

das von ihm behauptete Verschulden des Unternehmers an dem eingetretenen Schaden, während § 1590 keine die Beweislast betreffende Norm aufstellt.

Analog dem Art. 354 ist Art. 355. Wenn der Unternehmer fehlerhaftes Material zur Ausführung des Werkes liefert und diese den künftigen Bestand des Werkes bedrohenden Fehler schon während der Ausführung sichtbar zu Tage treten, oder wenn er ungeübte Arbeiter anstellt und die nöthige Aufsicht über dieselben weder selbst ausübt noch durch die denselben Vorgesetzten ausüben lässt und in Folge hiervon das an sich fehlerfreie Material nicht zu zweckmässiger Verwendung gelangt, so dass die vertragsgemässe Ablieferung des Werkes und die Brauchbarkeit desselben in Frage gestellt erscheint, so darf er ebenfalls das durch Art. 354 in sein Ermessen gestellte Verfahren einschlagen. Dieser Artikel ist eine praktische Consequenz des Art. 351. Die mit der Fristansetzung zu verknüpfende Androhung ist durch Art. 351 genau fixirt. Dieser Artikel enthält für den Besteller insofern *jus cogens*, als derselbe keine die Haftpflicht des Unternehmers noch über diesen materiellen Inhalt hinaus erweiternde Androhung erlassen darf. Dagegen steht es ihm natürlich frei, in Form der mit der Fristansetzung verbundenen Androhung eine die Haftpflicht des Unternehmers mildernde eventuelle Disposition über die künftige Gestaltung des Vertragsverhältnisses zu treffen.

Was unter den Worten „auf Gefahr des Unternehmers“ zu verstehen ist, ist nicht recht deutlich. Es soll damit wohl gesagt sein, dass der vertragswidrig handelnde und die verlangte Abhülfe innerhalb der neuen Frist nicht leistende Unternehmer auch die Gefahr des Zufalls zu tragen habe, welcher dem die Arbeit in Regie übernehmenden neuen Unternehmer die Fortführung und Vollendung des Werks verunmöglicht. Sobald nämlich der Verzug des Unternehmers durch die Nichteinhaltung der neuen Frist festgestellt ist, wird die von demselben eingegangene Obligation nicht etwa aufgehoben und derselbe aus der Haftpflicht entlassen, sondern es wird unter unveränderter Aufrechthaltung des objectiven Bestan-

des der von demselben eingegangenen Verbindlichkeit nur die das Werk ausführende Person geändert, wobei indessen diese letztere nicht in die Stellung eines selbstständigen neuen Vertragscontrahenten eintritt, sondern lediglich als Stellvertreter des ursprünglichen Unternehmers erscheint, und es tritt als neues Moment des obligatorischen Verhältnisses die Haftung des Unternehmers für den Zufall ein. Diese Haftung des Unternehmers für den Zufall steht in Uebereinstimmung mit der gleichlautenden Vorschrift des gemeinen Rechts. Sobald der Leistungspflichtige in mora geräth, gilt bekanntermassen der Satz, dass die Obligation perpetuirt werde und der Inhalt derselben ausserdem noch insofern eine Erweiterung und Verschärfung erfahre, als eine auf culpa beschränkt gewesene Haftpflicht des Säumnigen auf casus ausgedehnt wird.

E. Folgen des Vorhandenseins von thatsächlichen Mängeln des Werkes bei der Ablieferung und Rechte des Bestellers im Falle der Constatirung solcher Mängel.

Der Unternehmer hat dem Besteller gegenüber dafür einzustehen, dass das abzuliefernde Werk, soweit es Ergebniss seiner Thätigkeit ist, fehlerfrei beschaffen sei, d. h. nicht solche Mängel an sich trage, welche entweder die Zweckbestimmung des Werkes gefährden oder dessen Brauchbarkeit geradezu aufheben. Dem Rechte, welches dem Besteller im Falle der Constatirung solcher Mängel erwächst, geht indessen auf Seite desselben die Pflicht parallel, den Unternehmer von dem Vorhandensein derselben beförderlich in Kenntniss zu setzen und demselben anzukündigen, dass er, der Besteller, gewillt sei, von den ihm durch das Gesetz für derartige Fälle zugestandenen Befugnissen Gebrauch zu machen. An die Unterlassung der Mängelanzeige knüpfen sich bestimmte gesetzlich normierte Rechtsnachtheile für den Besteller. Von der Untersuchungspflicht des Bestellers und den an die Unterlassung der Untersuchung sich anknüpfenden rechtlichen Folgen handeln die Artikel 357, 360 und 361. Die Artikel 358 und 359 dagegen enthalten Bestimmungen betreffend

die Rechte, welche dem Besteller aus der Existenz solcher Mängel des Werkes erwachsen.

Mit Artikel 357 sind zu vergleichen die §§ 1576 und 1577 des zürcherischen privatrechtlichen Gesetzbuchs.

Die dem Besteller obliegende Prüfung soll nicht sofort, dagegen allerdings in einer der Verkehrsübung angemessenen Frist erfolgen. Der Besteller soll nicht gedrängt werden, eine sofortige unter den obwaltenden Verhältnissen vielleicht oberflächliche und ihn deshalb der Gefahr einer allfälligen Verwirkung späterer Reklamationen aussetzende Prüfung vorzunehmen; umgekehrt darf dagegen der Unternehmer verlangen, dass die für die Untersuchung gleichartiger Werke und unter Voraussetzung eigener fachmännischer Kenntnisse des Bestellers übliche Frist nicht ungebührlich überschritten werde, wobei natürlich der unvorhergesehene Eintritt aussergewöhnlicher, die rasche Vornahme der Untersuchung erschwerender Umstände ausgeschlossen bleiben muss. Der Nachweis solcher Umstände, wenn dieselben nach der Behauptung des Bestellers eine aussergewöhnliche Ueberschreitung der übungsgemässen Frist zur Folge gehabt haben, läge dem Besteller ob. Die Regel ist nämlich, dass die Geltendmachung thatsächlicher Mängel im Klagewege nach Ablauf einer gewissen Frist nicht mehr zugelassen wird, und derjenige, welcher die Geltung dieser Regel für einen bestimmten Fall bestreitet, hat demnach die Existenz von Umständen darzuthun, welche geeignet sind, die Anwendung dieser Regel auf den zur Beurtheilung stehenden Fall auszuschliessen.

Wie man den Worten des Artikels 357 „sobald es nach dem üblichen Geschäftsgang thunlich ist“ entnimmt, wird dieser Artikel durchaus vom kaufmännischen Standpunkt, von den für die Untersuchungspflicht und die Mängelanzeige beim Kaufvertrage geltenden Regeln beherrscht. Diese mehr kaufmännischen Gesichtspunkte werden natürlich da zurücktreten müssen, wo der Werkvertrag nicht zwischen handeltreibenden Personen, sondern zwischen einem Privaten einer- und einem Handwerker anderseits abgeschlossen worden ist, und es werden hiebei die im Verkehr zwischen derartigen Per-

sonen geltenden, eine Modification des rein kaufmännischen Verkehrsprincips bedingenden Grundsätze zur Anwendung kommen.

Art. 360 handelt von den Folgen der ausdrücklichen oder stillschweigenden Genehmigung des abgelieferten Werkes durch den Besteller.

Auch hier wird die Frage, auf Grund welcher Mängel der Besteller von den ihm durch Art. 358 gegebenen Rechten Gebrauch machen dürfe, in Uebereinstimmung mit den für den Kaufvertrag getroffenen Bestimmungen (Art. 246, Absatz 2) entschieden. Die ausdrückliche oder stillschweigende Genehmigung des Werkes soll dem Besteller dann das Recht zu nachträglicher Annahmeverweigerung und Dispositionsstellung nicht entziehen, wenn die Mängel bei der Abnahme verborgen und selbst bei sachgemässer Prüfung nicht sofort zu entdecken waren oder wenn der Uebernehmer vor der Ablieferung Anstalten zu dem Zwecke getroffen hat, um die sofortige Entdeckung der Fehler dem Empfänger zu verunmöglichen. Im letztern Falle fällt ihm ein doloses Verfahren zur Last, das ihn des Rechtes beraubt, sich auf die ausdrücklich abgegebene oder in der vorbehaltlosen Zahlung des Bestellers liegende Genehmigung des Bestellers zu berufen, da eben eine nicht vertragsgemässe Erfüllung vorliegt und seine Haftpflicht bis zur Entdeckung der Fehler fort-dauert.

Ob die Fahrlässigkeit des Uebernehmers betreffend die Entstehung der zur Zeit der Ablieferung verborgenen Mängel in Betracht komme und ob, wenn demselben eine Fahrlässigkeit und demgemäss ein Verschulden hinsichtlich der zu Tage getretenen Fehler nicht zur Last gelegt werden kann, er für diese letztern auch nicht zu haften habe, wird in Artikel 360 nicht gesagt. Es wird hier die Bestimmung des lemma 1 des Artikels 352 zur Anwendung kommen, d. h. der Unternehmer wird auch für solche Mängel einzustehen haben, welche der durch ihn von dritter Seite her bezogene Stoff an sich trägt, selbst wenn er bei Prüfung dieses Stoffes alle ihm obliegende Sorgfalt an den Tag gelegt hat und die

Entdeckung der Fehler nur durch das arglistige Verfahren seines Lieferanten verhindert worden ist. Dagegen kann er von diesem letztern die nachträgliche Vertragserfüllung, d. h. die Beschaffung brauchbaren Stoffes verlangen, es bleiben also seine diessfälligen Ansprüche vorbehalten.

Art. 361 statuirt ein Beispiel eines bestimmten Falls, in welchem eine Genehmigung anzunehmen ist, indem er mit der Unterlassung der in Artikel 357, Absatz 1, vorgeschriebenen Prüfung und Anzeige die Wirkung verknüpft, dass nunmehr die Ausführung als genehmigt zu gelten habe. Auch bei Anwendung dieses Artikels werden wiederum die oben zu Artikel 357 dargelegten Erörterungen massgebend sein und wird dem Richter ein nach den Umständen des einzelnen Falls sich bemessender Spielraum offen gelassen werden müssen. Bei Prüfung der Frage, ob die Frist für die Untersuchung und den Erlass der Mängelanzeige überschritten oder innegehalten sei, ist natürlich nicht die einseitige Willensmeinung des einen oder andern Contrahenten, die er dem Mitcontrahenten von vorneherein, also mit der Ablieferung des Werkes, kundgiebt, entscheidend, vielmehr kann ihr diese bindende Wirkung nur dann zuerkannt werden, wenn sie entweder mit einer constanten Verkehrsübung im Einklang steht oder der Besteller durch concludentes Unterlassen einer gegentheiligen Willensäusserung oder ausdrückliche Zustimmung sie zu der seinigen gemacht hat. —

Wenden wir uns nun der Betrachtung der Rechte zu, welche dem Besteller in Folge unpünktlicher Erfüllung seitens des Unternehmers zustehen, so werden in Artikel 358 zwei Fälle unterschieden, nämlich 1) derjenige, wo die vorhandenen Mängel das Werk gänzlich unbrauchbar machen, 2) derjenige, wo die Brauchbarkeit durch die Mängel nicht gänzlich aufgehoben, sondern nur etwelcher Massen vermindert wird. Dieser Artikel entspricht im Wesentlichen den §§ 1579—82 des zürcherischen privatrechtlichen Gesetzbuches.

Absatz 1 bestimmt zunächst nur, dass unter den aufgeführten Voraussetzungen der Besteller berechtigt sei, die Annahme zu verweigern. Wenn nun auch dem Besteller

nicht ausdrücklich das Recht eingeräumt wird, vom Unternehmer die Erstellung eines neuen vertragsgemässen Werkes zu fordern, so kann doch darüber kein Zweifel obwalten, dass diese Befugniss dem Rechte der Annahmeverweigerung parallel geht, da die Obligation des Unternehmers durch die erfolgte Annahmeverweigerung nicht aufgehoben wird und desshalb der Besteller berechtigt ist, die nachträgliche vertragsgemässe Leistung zu fordern. Dieses Recht fällt nur dann weg, wenn der Besteller ihn, sei es ausdrücklich oder durch concludente Handlungen, wie durch Vergebung der streitigen Arbeit an einen Dritten, von der nachträglichen Erfüllung entbindet. Hiebei erhebt sich allerdings die Frage, ob der Besteller überhaupt befugt ist, dem Uebernehmer das Vertragsverhältniss zu kündigen und die Erstellung des Werkes einem Dritten zu übertragen, oder ob umgekehrt der Unternehmer berechtigt ist, von dem Besteller zu verlangen, dass dieser die nachträgliche vertragsgemäss beschaffene Leistung annehme. Ich würde diese Frage dahin entscheiden, dass ein sofortiger Rücktritt vom Verträge im Falle nicht erfolgter Vertragserfüllung seitens des Unternehmers dem Besteller allerdings nicht gestattet ist, da der Werkvertrag ein zweiseitiges Rechtsgeschäft ist, daher nicht nur der Besteller befugt ist, die vertragsgemässe Erstellung des Werkes vom Uebernehmer zu verlangen, sondern umgekehrt auch der Uebernehmer, vom Besteller die Annahme des vertragsgemässen Werkes und Bezahlung des dafür versprochenen Accordpreises zu fordern, und dieses Recht des Uebernehmers ebenso wenig wie seine entsprechende Verpflichtung durch die erstmalige vertragswidrige Lieferung ohne Weiteres aufgehoben wird. Dagegen wird allerdings dem Besteller zu gestatten sein, in analoger Anwendung des Art. 355 dem Unternehmer eine angemessene Frist zur vertragsgemässen Lieferung ansetzen zu lassen, ansonst ihm das Recht erwachsen würde, die Ausführung des Werkes auf Gefahr und Kosten des Unternehmers einem Dritten zu übertragen. Daneben wird auch der Uebernehmer verpflichtet sein, mit Rücksicht auf die durch seine Schuld verzögerte Erstellung Schadenersatz zu leisten, falls

das Werk auf einen bestimmten Zeitpunkt abzuliefern war und dieser Zeitpunkt durch die Schuld des Unternehmers nicht innegehalten worden ist. Gegen die hier vertretene Ansicht von der Fortdauer des Vertrags liessen sich folgende Gesichtspunkte anführen: Wenn der Unternehmer durch die vertragswidrige Lieferung die Unfähigkeit an den Tag gelegt hat, das Werk vertragsgemäss zu erstellen, so kann dem Besteller nicht wohl zugemuthet werden, noch einmal den Versuch einer zweiten Erstellung des Werkes durch den Unternehmer zu wagen, auf die Gefahr hin, dass die Erstellung wiederum nicht der Abrede gemäss ausfalle. Mit der vertragswidrigen Erstellung muss das Vertragsverhältniss Ein für alle Male zu Ende sein und soll nicht noch während längerer oder kürzerer Zeit pendent bleiben und dadurch den Unternehmer in seiner Willensfreiheit hemmen und beschränken. Indessen sind diese Gesichtspunkte juristisch weniger haltbar und mehr Bedenken ausgesetzt als die für die hier adoptirte Ansicht aufgeführten Erwägungen.

Art. 359 lässt, wenn der Besteller durch ausdrückliche Weisungen die unrichtige Ausführung verschuldet hat, die ihm durch Art. 358 eingeräumten Rechte dahinfallen, immerhin unter der ausdrücklichen Voraussetzung, dass der Unternehmer den Besteller auf das Unzweckmässige dieser Weisungen aufmerksam gemacht und hiedurch indirect für den Fall, dass die Weisungen dennoch aufrecht erhalten werden, die Haftpflicht von sich abgelehnt hat. Diese Vorschrift steht im Einklang mit Art. 356 und findet ihre Erklärung in der ratio, dass der Unternehmer sich in den weitaus meisten Fällen eher in der Lage befindet, die Zweckmässigkeit oder Unzweckmässigkeit der einzelnen Anordnungen in ihrem gegenseitigen Verhältniss und im Hinblick auf alle in Betracht kommenden Factoren richtig prüfen zu können und hienach seine Weisungen zu ertheilen, und dass es daher zu einem Bestandtheil seiner contractlichen Pflicht gemacht werden muss, dass er eine das Zustandekommen des Werkes gefährdende Einmischung des Bestellers, die meistens in mangelnder Fachkenntniss ihren Grund hat, zurückweise. Der Nachweis, dass

er dieser Pflicht ein Genüge geleistet habe, gehört zum Fundament seines Anspruchs auf Abnahme und Vergütung des fehlerhaft beschaffenen Werkes, die Erfüllung dieser Pflicht muss demnach im Bestreitungsfall vom Unternehmer bewiesen werden.

II. Gestaltung des Rechtsverhältnisses in Folge des Eintrittes eines Zufalls.

Mit den Wirkungen des Zufalls beschäftigen sich die Art. 367 und 370. Der erstere enthält Bestimmungen darüber, wie es mit der Tragung des Zufalls gehalten werden solle und welchen Einfluss der durch den Zufall eintretende Untergang der angefertigten Sache auf den Lohnanspruch des Unternehmers ausübe. Die Vorschrift dieses Artikels statuirt eine Anwendung der in Art. 145 aufgestellten Regel, wonach im Falle der ohne Verschulden des Schuldners eingetretenen Unmöglichkeit der versprochenen Erfüllung in natura auch der Anspruch auf die Gegenleistung für den Schuldner wegfällt, die Unmöglichkeit der einen Leistung also auch die Verpflichtung zur Gegenleistung aufhebt. Diese Vorschrift enthält eine unzweifelhafte Härte für den Unternehmer. Allerdings hat der Zufall die versprochene Leistung unmöglich gemacht und in Folge dessen dem Besteller die erwartete Arbeitsleistung des Unternehmers entzogen, aber wesshalb nun um des von dem letztern nicht zu vertretenden, die Sache zerstörenden Ereignisses willen der Unternehmer auch den Anspruch auf wenigstens theilweise Vergütung seiner Leistungen verlieren soll, ist nicht einzusehen. Die Billigkeit hätte es erfordert, dass eine Ausnahme für den Fall getroffen worden wäre, wo die Uebergabe des vollendeten Werkes an den Besteller aus einem dem Unternehmer nicht als Verschulden zuzurechnenden Grunde unmöglich geworden ist, so z. B., wenn der Unternehmer nach erfolgter Fertigstellung der Sache plötzlich stirbt und die von ihm mit der Uebergabe derselben an den Besteller beauftragte Person durch unvorhergesehene Umstände verhindert ist, den Auftrag zu vollziehen. Hier könnte man doch nicht entgegenhalten, der Unternehmer sei bei Auswahl des Beauftragten fahrlässig verfahren und deshalb

sei die Ablieferung des Werkes unterblieben. Ebenso liegt eine unzweifelhafte Härte vor, wenn man in Gemässheit des Art. 367 dem Inhaber eines Confectionsmagazins das Recht, den bedungenen Lohn für einen fertigen Anzug zu fordern, abspricht, wenn der letztere in der Nacht vor dem für die Ablieferung festgesetzten Tage von einem ohne Verschulden des Unternehmers entstandenen Feuer verzehrt wird.

Nur da lässt Art. 367 eine Ausnahme von der Regel eintreten, wo der Besteller sich im Verzug der Annahme befindet, wo also dem Besteller die Ablieferung des Werkes in gehöriger Weise anboten worden ist, sei es durch die Anzeige der Bereitschaft zur Ablieferung, wenn Empfangnahme bei dem Unternehmer bedungen war, sei es durch Zustellung an den Besteller, wenn solche verabredet war, und der Besteller die Annahme grundlos unterlässt oder verweigert.

Das Requisit des „gehörigen“ Anbietens der versprochenen Leistung ist dahin zu verstehen, dass der Besteller nur dann durch die Rückweisung der offerirten Vertragserfüllung in Verzug versetzt wird, wenn der anbotene Leistungsgegenstand wirklich vertragsgemäss beschaffen war, wenn demnach die Voraussetzungen des Art. 358, lemma 1, nicht zutreffen. Liegt ein Fall der letztern Art vor, so kann von einem Verzuge überhaupt nicht gesprochen werden, wenn der Besteller die Leistung zurückweist; desshalb kann auch die Tragung der Gefahr nicht auf den zur Annahmeverweigerung berechtigten Besteller übergehen, die Leistung ist hier eben nach der erfolgten Zurückweisung des Werkes nicht objectiv unmöglich geworden, sondern immer noch möglich, und der Besteller ist befugt, die vertragsgemässe Beschaffung des Gegenstandes derselben vom Unternehmer zu fordern, falls er nicht vorzieht, vom Vertrage zurückzutreten. Hiemit fällt auch die Annahme eines Verzuges des Bestellers dahin.

Ebenso wird in den in lemma 2 des Art. 358 vorgesehenen Fällen ein Verzug des Bestellers angenommen werden müssen und demnach der Unternehmer Vergütung seiner Arbeit und des gelieferten Materials fordern dürfen; denn in

diesen Fällen darf der Besteller die Annahme der fertig erstellten Sache nicht rundweg verweigern, sondern es steht ihm nur das alternative Recht offen, entweder einen Abzug am Lohne zu machen oder unentgeltliche Verbesserung des Werkes zu fordern. Allerdings wird durch den inzwischen erfolgten Untergang des Werkes die Ausübung dieser Alternative unmöglich und dieselbe in die einzig übrig bleibende Möglichkeit umgewandelt, den verabredeten Lohn entsprechend dem durch das Vorhandensein der Mängel bewirkten Minderwerth der untergegangenen Sache zu ermässigen; indessen kann der Unternehmer für den durch den Untergang der Sache herbeigeführten Wegfall der zweiten Alternative nicht haftbar gemacht werden, sofern im Uebrigen das Werk bis zur sofortigen Uebergabe vollendet war, da das Recht des Bestellers nur auf ein weiteres Thun des Unternehmers gerichtet war, ein Verzug in der Annahme aber eintritt, wenn der Besteller das Werk nicht etwa nur zum Zwecke der Vornahme der nothwendigen Verbesserungen, sondern wegen von ihm behaupteter gänzlicher Unbrauchbarkeit zurückweist und hiedurch vom Vertrage zurücktritt. Will man dem Unternehmer die Tragung der Gefahr noch für den Zeitraum von der in unzureichender Weise anbotenen Vertragserfüllung an bis zur Verbesserung der Mängel aufbürden, so könnte diess jedenfalls nur unter der Voraussetzung geschehen, dass der Besteller sich für die Wahl der zweiten Alternative des lemma 2 des Art. 358 entschieden und diess dem Unternehmer sofort angezeigt hätte.

Es erhebt sich noch die Frage, ob dem Unternehmer obliegt, den Besteller zu einer bestimmten Erklärung darüber anzuhalten, in welchem Sinne er die ihm eingeräumte alternative Befugnis auszuüben gewillt sei, und ob, wenn er diess unterlässt, die Haft für den Zufall fort dauert. Diese Frage ist zu verneinen. Der Unternehmer könnte nur dann den Besteller durch eine derartige Aufforderung, zwischen den beiden Alternativen die Wahl zu treffen, in Verzug setzen und dadurch die Tragung der Gefahr auf ihn überwälzen, wenn der Besteller von Gesetzes wegen gehalten wäre, eine derartige Erklärung binnen einer

ihm vom Unternehmer anzusetzenden Frist abzugeben. Da nun ein solches Recht dem Unternehmer nicht eingeräumt ist, so besteht für ihn auch keine Pflicht, den Besteller durch eine an denselben zu erlassende Aufforderung zu bestimmen, einen Entschluss im einen oder andern Sinne zu treffen und ihm denselben kund zu geben, und erleidet desshalb die in Art. 367 aufgestellte Ausnahme, dass mit eingetretenem Annahmeverzug die Gefahr auf den Besteller übergehe, keine die Regel, d. h. die Haftung des Unternehmers wiederherstellende Modification.

Weist der Besteller das Werk zur unentgeltlichen Vornahme der erforderlichen Verbesserungen an den Unternehmer zurück und geht nun während der Unternehmer mit der Hebung der betreffenden werthmindernden Fehler beschäftigt ist, das Werk durch Zufall unter, so lasten die Folgen hievon auf dem Unternehmer. In diesem Falle hat nämlich derselbe sich im Erfüllungsverzuge befunden, seine Vertragspflicht noch nicht prästirt, das Werk war noch nicht zur Uebergabe an den Besteller fertig gestellt und der letztere war auch nicht gesetzlich gehalten, dasselbe in seiner gegenwärtigen Beschaffenheit anzunehmen. So lange aber die Erfüllung auf Seite des Unternehmers noch pendent und überhaupt ungewiss war, ob sie in gehöriger Weise stattfinden werde, verbleibt die Tragung der Gefahr bei ihm.

Der Art. 370 setzt fest, dass dem Unternehmer das gleiche Recht, wie es ihm in Art. 369 eingeräumt ist, mit einziger Ausnahme des Anspruchs auf Schadloshaltung zustehen solle, falls ein Zufall, der beim Besteller eingetreten ist, die Vollendung und hiemit die Ablieferung des Werkes unmöglich macht. Beispiele, worin dieser Zufall bestehen und wie er in Wirksamkeit treten kann, werden nicht aufgeführt. Es wird demgemäss darunter jede Thatsache zu verstehen sein, welche unabhängig von einem directen Verschulden des Bestellers eintritt und denselben zwingt, von der Entgegennahme der noch nicht abgelieferten Theile des in Ausführung begriffenen, in seiner Gesamtheit aber noch nicht fertigen Werkes Abstand zu nehmen, oder welche zur Folge hat, dass die Ablieferung der noch nicht vollendeten

Theile in natura unmöglich wird. Dieser Artikel setzt voraus, dass eine theilweise Ablieferung an den Besteller erfolgt ist, dass aber die noch nicht fertige, bereits im Besitze des Bestellers befindliche Sache von einem ihren Untergang herbeiführenden Zufall betroffen und hiedurch die Ablieferung und Verwendung der noch ausstehenden Theile unmöglich wird, weil die Existenz der letztern und die Erfüllung der mit ihnen verknüpften Zweckbestimmung nur bei fortdauernder Existenz der abgelieferten Partie des Werkes möglich ist. Die Folge des Eintrittes des Zufalles ist die nämliche wie im Falle des Artikel 369, sofern dem Besteller kein Verschulden an demselben zur Last fällt.

Dagegen gibt lemma 2 des Artikels dem Unternehmer das Recht, ausser der Vergütung für die bereits geleistete Arbeit noch Schadenersatz zu fordern, wenn der Zufall durch ein dem Besteller zur Last fallendes Verschulden in Wirksamkeit getreten ist, wenn demgemäss zwischen der Wirkung des Zufalls und einem dem Besteller als culpa zu imputirenden Benehmen ein directer Causalzusammenhang besteht. Fälle dieser Art sind, wenn eine dem Besteller zur Besichtigung übergebene Partie des unvollendeten Werkes von demselben unvorsichtig behandelt und dadurch zerstört wird, oder wenn dieselbe vom Besteller vorübergehend einem Dritten anvertraut wird, der nicht mit der erforderlichen Sachkenntniss mit derselben umzugehen weiss und sie dadurch dem Untergang überliefert. In allen diesen Fällen war der Besteller vertraglich gehalten, dafür zu sorgen, dass dem Unternehmer die thatsächliche Möglichkeit gewahrt bleibe, den Rest des Werkes abzuliefern und dadurch den vorausgesetzten Gewinn ziehen zu können. Wenn er demnach durch eine Handlung oder Unterlassung, deren schädlichen Einfluss auf die Möglichkeit der Beendigung des Werkes er voraussehen konnte, die Vollendung des letztern gehemmt hat, so hat er seinen Mitcontrahenten geschädigt, indem er ihm die vollständige Beschaffung der vertragsgemässen Leistung in culposer Weise unmöglich gemacht hat.
