

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: 51 (1932)

Artikel: Rücktritt vom Sukzessivwerklieferungsvertrag

Autor: Reichel, Hans

DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-896434>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. 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. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

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. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

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. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 27.12.2025

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

Rücktritt vom Sukzessivwerklieferungsvertrag.

Nach einem Rechtsgutachten
von Prof. Dr. Hans Reichel, Hamburg.

Die Schweizer. Naturforschende Gesellschaft (Klägerin) beschloss die Veranstaltung einer auf viele Bände berechneten lieferungsweise erscheinenden Neuausgabe der Werke Eulers. In Ausführung dieses weittragenden Beschlusses schloss sie im Jahre 1910 — also zur Geltungszeit des alten OR — mit dem Leipziger Verlagshause X. (der Beklagten) einen Kommissionsverlagsvertrag auf lange Sicht ab. Als Erfüllungsort wurde eine Schweizerstadt bestimmt. Die Vergütung der einzelnen Lieferungen wurde vom jeweiligen deutschen Lohntarif abhängig gemacht. Eine Anzahl von Bänden erschien vor dem Weltkriege. Infolge der Kriegs- und Nachkriegsverhältnisse erhöhte sich nun aber der Lohntarif und damit die Vergütung für die nunmehrigen Lieferungen um etwa 100%. Klägerin empfand diese Preissteigerung als untragbar und erklärte daher 1926 — gestützt auf ein Gutachten des Herrn Prof. Mutzner in Zürich — den Rücktritt vom Vertrage, den die Beklagte nicht gelten liess. Nunmehr verwies Klägerin darauf, dass das von der Beklagten verwendete Material seit Jahren der vertraglichen Zusicherung nicht entsprochen habe, setzte ihr daher Nachfrist zur Beseitigung dieses Mangels und wiederholte nach fruchtlosem Fristablauf ihre Rücktrittserklärung. Da Beklagte die Rechtswirksamkeit des Rücktritts nach wie vor bestritt, so klagte Klägerin beim LG Leipzig (Akten 12 Cg. 215/30) auf Feststellung, dass der Vertrag durch ihre Rücktrittserklärung aufgehoben sei. Das LG hielt schweizerisches Recht für anwendbar und forderte mein Gutachten, das im Auszuge hier folgt, worauf Parteien sich verglichen.

I. Allgemeines.

1. Die örtliche Anwendbarkeit des schweizerischen Rechts wird aufgabegemäss unterstellt. Ich halte sie übrigens nicht für zweifelsfrei¹⁾. Für eine Anwendung der Vorbehaltsklausel Art. 30 EGBGB wird sich nirgends ein Anlass ergeben. Schweizerisches und reichsdeutsches Rechtsbewusstsein stimmt in diesen Fragen in allem Wesentlichen überein.

2. Da der hier streitige Vertrag vor dem 1. Januar 1912 geschlossen ist, so ist für ihn grundsätzlich das alte, nicht das neue OR massgebend (Schlusstitel zum ZGB Art. 1 Abs. 2; Mutzner, 62 ff. zu Art. 1 Schlusstitel; Becker, 4 vor OR 97—109; vgl. EBGB Art. 170). Dies festzustellen, ist wichtig, da gerade einige der Bestimmungen des neuen OR, auf die in den Akten Bezug genommen ist, sich im alten OR nicht oder doch nicht in diesem Wortlaut fanden. Immerhin darf man den Unterschied nicht zu scharf betonen. Denn einmal stellt sich das neue OR im wesentlichen nur als die schriftliche Fixierung des seit 1881 im Laufe der Jahre fortentwickelten gemeinschweizerischen Rechtsbewusstseins dar, zum zweiten aber bestimmt Schlusstitel Art. 2, dass die Bestimmungen des neuen Gesetzes, die um der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit willen aufgestellt sind, seit dessen Inkrafttreten auch auf altrechtliche Verhältnisse Anwendung finden. Dies gilt in allererster Linie von der generellen Norm ZGB 2, wonach jedermann in Ausübung seiner Rechte und Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln hat, der offenbare Missbrauch eines Rechts aber keinen Rechtsschutz findet (vgl. BGB 157, 242, 226). Vgl. hierzu Reichel, Einleitungsartikel des schweizer. ZGB, 1926, S. 37 ff. 7 ff.

3. Die Begutachtung von Fragen schweizerischen Rechts — ich spreche hierbei aus 20jähriger Erfahrung —

¹⁾ Dem Erfüllungsort wird diesbezüglich in der Schweiz nicht die gleiche Bedeutung beigemessen wie im Reiche.

ist durch gewisse Umstände erschwert. Erstlich durch die gewollte Weitmaschigkeit der schweizerischen Gesetze, deren zahlreiche Lücken gemäss Art. 1 Abs. 2 ZGB vom Richter auszufüllen sind „nach der Regel, die er als Gesetzgeber aufstellen würde“ (Reichel, a. a. O. S. 52 ff.). Zweitens durch die Tatsache, dass das kleine und zudem dreisprachige Gebirgsland eine umfängliche Judikatur gleich der deutschen nicht aufzuweisen hat, und dass namentlich das Bundesgericht nur relativ selten in die Lage kommt, zu Zweifelsfragen Stellung zu nehmen. Auch die literarische Bearbeitung des schweizerischen Rechts steht hinter derjenigen des deutschen naturgemäss zurück. Dem richterlichen Ermessen ist hiernach ein viel grösserer Spielraum gewährt als im Reiche, mit der Folge, dass ein Rechtsgutachter nur selten in die Lage kommt, mit einigermaßen kategorischer Sicherheit vorauszusagen, wie im Streitfall die höchste Instanz (d. h. das Bundesgericht) entscheiden wird.

Im vorliegenden Fall tritt nun noch der Umstand hinzu, dass es sich hier auch für den deutschen Richter — und selbst wenn deutsches Recht anzuwenden wäre — letzten Endes um Ermessensfragen handelt, die man in guten Treuen verschieden beantworten kann und deren Entscheidung daher ein Gutachter nicht vorgreifen darf. Aufgabe des Gutachters kann es mithin nur sein, die formalen Richtlinien aufzuzeigen, an deren Hand die Entscheidung zu fällen sein wird.

Die Ermessensfreiheit des Richters ist als ein integrierender Bestandteil der schweizerischen Rechtsordnung anzusehen. Sie gilt daher, insoweit schweizerisches Recht anzuwenden ist, auch für den deutschen Richter. Der deutsche Richter wird somit im Sinne und im Geiste des schweizerischen Rechts handeln, wenn er die Zweifel, die das schweizerische Gesetz ungelöst lässt, nach Massgabe derjenigen ungeschriebenen Norm löst, die sich ihm als die gesetzgeberisch richtige darstellt. Von den Bestimmungen des deutschen BGB wird er hierbei soviel immer

möglich abstrahieren müssen; was aber natürlich nicht ausschliesst, dass seine Erwägungen sich im Einzelfalle mit denjenigen des deutschen Gesetzgebers im Ergebnis decken. Denn auch der deutsche Gesetzgeber war von dem Willen beseelt, das „richtige Recht“ zu finden.

4. Der streitige Vertrag (Bl. 32) charakterisiert sich rechtlich nicht als Verlagsvertrag i. S. alt OR 372 (neu OR 380), sondern als Werkvertrag i. S. alt OR 350 (neu OR 363). Vgl. Haberstich, Handbuch des OR-Rechts II (1885) 1. 144; Fick, Nr. 36 vor OR 380; ebenso Mutzner, Gutachten. Ob mit dem Werkvertrag ein (entgeltlicher) Auftrag oder ein Kommissionsvertrag verbunden ist (Fick, ebenda Nr. 37, 38), bleibt in diesem Prozess ohne Belang. Denn die Klägerin hat zwar auch die Vertriebsgebarung der Beklagten bemängelt, aus dieser Bemängelung aber im Prozess keine Folgerungen gezogen.

Dieser Werkvertrag kennzeichnet sich näher als sog. Werklieferungsvertrag i. S. alt OR 352 (vgl. BGB 561), noch genauer aber als Sukzessivwerklieferungsvertrag.

5. Klägerin ist von dem Vertrage „zurückgetreten“. Es handelt sich aber anscheinend nicht um einen Rücktritt bezüglich des gesamten Vertrages, der auch alle früher erschienenen Bände ergreifen sollte, sondern bloss um eine Vertragsaufhebung für die Zukunft, d. h. in Ansehung gewisser erst noch zu druckender Bände. Es liegt also annehmbar nur ein Teilrücktritt vor, wie solcher ja beim Sukzessivlieferungsgeschäft nicht selten und übrigens auch unbedenklich ist (vgl. v. Tuhr, OR 1925 S. 553).

6. Die psychologischen Hintergründe des Streitfalles sind juristisch belanglos. Ist ein Rücktritt mit gesetzlichem Grund erfolgt, so bleibt er grundsätzlich wirksam, auch wenn das Motiv ein sachfremdes war. Gewiss sind Gestaltungsrechte nach Treu und Glauben auszuüben (vgl. ZGB 2, neu OR 25), und es ist zuzugeben, dass es Motive gibt, die einen Verstoss gegen Treu und Glauben begründen können (Beispiel: Schikane); der Satz dagegen, jedes sachfremde Motiv rechtfertige diesen Vorwurf, ist nach OR

ebenso unhaltbar wie nach BGB. Beispiel: Vermieter V, der zwei zinssäumige Mieter A B hat, schreibt dem B: „Ihnen kündige ich, weil Sie Kommunist sind. Ich mag keinen Moskowiter im Hause. Den A lasse ich wohnen.“ Die Kündigung ist nicht deswegen unwirksam, weil ihr Motiv ein politisches war.

II. *Clausula rebus sic stantibus.*

Die Frage 1 des Gerichtsbeschlusses möchte ich dahin präzisieren: gewährt und, bejahenden Falles, unter welchen Voraussetzungen gewährt das OR dem Werkbesteller ein Rücktrittsrecht wegen einer nach Vertragsabschluss eingetretenen unvorhersehenden Veränderung der Umstände?

1. Für die Beantwortung dieser Frage scheidet zunächst neu OR 24 Z. 4 aus. Dies schon deswegen, weil er neu ist, auf altrechtliche Verträge daher m. E. überhaupt keine Anwendung finden kann. Aber selbst wenn man ihn — unter bedenklicher Berufung auf Schlusstitel Art. 2 — auch auf altrechtliche Verträge anwenden wollte, so würde er hier doch nicht zum Zuge gelangen. Denn Art. 24 hat es mit dem Irrtum zu tun, der den Vertrag ex tunc unverbindlich macht (neu OR 23); die Klägerin hat aber nie den Standpunkt vertreten, der ganze Vertrag sei nichtig. In den Parteischriften ist immer nur von „Rücktritt“ die Rede. Diesen Rücktritt in eine — deutschrechtlich gesprochen — Anfechtung umzudeuten, sehe ich keinen Anlass. Wollte man diese Umdeutung vornehmen, so würde sich übrigens fragen, ob die Frist des Art. 31 neu OR (deutschrechtlich: Anfechtungsfrist) gewahrt sei. Diese beträgt ein Jahr nach Entdeckung des Irrtums. Ihre Versäumung gilt als Genehmigung (deutsch: Bestätigung) des Vertrages.

In der schweizerischen Literatur der Nachkriegszeit zeigte sich allerdings die Neigung, auch die *clausula rebus sic stantibus* auf OR 24 Z. 4 zu gründen. Vgl. v. Tuhr,

OR 1925, S. 565; Siegwart, Freiburger Festschrift zum schweizer. Juristentag 1924 S. 133 ff. Das ist aber nur eine Lehrmeinung, die der wissenschaftlichen Kritik unterliegt, dieser jedoch m. E. keineswegs standhält, da ihre Durchführung alle Vertragssicherheit untergräbt. Wie hier Rappold, Irrtum über die Grundlage eines Vertrags, Diss. Zürich 1927 S. 71; Schoop, Clausula rebus sic stantibus, Diss. Hamburg 1927 S. 63. Beispiel: Mietet ein Ehemann eine Ehewohnung auf zehn Jahre, so kann er den Mietvertrag nicht einseitig aufheben, wenn die Ehe nach drei Jahren geschieden wird.

2. Für unangängig halte ich es ferner, in diesem Zusammenhang mit dem Gesichtspunkt der unverschuldeten nachfolgenden Unmöglichkeit zu arbeiten (alt OR 145, neu OR 119 BGB 275). Es mag zwar eingeräumt werden, dass die Lehre, wonach die sog. Unerschwinglichkeit oder Unzumutbarkeit der Unmöglichkeit gleichstehe (Nipperdey, Vertragstreue und Nichtzumutbarkeit der Leistung 1921; Klang, Unerschwinglichkeit der Leistung 1921; Hedemann, SJZ 1920/21 S. 305), in den Nachkriegsjahren auch in der Schweiz Boden gefasst hat (hierzu Siegwart, S. 121 ff.). In diesem Sinne sagt v. Tuhr, OR 1925 S. 495: „Von der Unmöglichkeit sind zu unterscheiden blosse Schwierigkeiten der Leistung (z. B. durch Steigen der Preise oder Löhne . . .); sie befreien den Gattungsschuldner nicht, auch wenn sie das von ihm bei Abschluss des Vertrags vorausgesehene Mass übersteigen . . . Nur wenn die zur Erfüllung erforderliche Mühe und Aufwendung in keinem vernünftigen Verhältnis zum Wert der Leistung steht (RG 99, 179), wird eine der Unmöglichkeit gleichstehende Unerschwinglichkeit der Leistung angenommen. Diese in der Doktrin des BGB bestrittene mildere Auffassung des Unmöglichkeitsbegriffes scheint mir in der schweizerischen Praxis anerkannt zu sein . . .“ Indes schon diese Ausführungen v. Tuhrs zeigen deutlich, dass eine blosse Preissteigerung aus Gründen der allgemeinen Konjunktur eine Unerschwinglichkeit nicht

begründen kann. Ich teile diesbezüglich den Standpunkt, den kürzlich ein Schiedsspruch der Handelskammer Hamburg (J. W. 1930, 3816 mit zustimmender Anmerkung von Plum) eingenommen hat in einem Falle, der dem hier streitigen immerhin verwandt war. Und ich glaube, sagen zu dürfen, dass den gleichen Standpunkt auch die schweizerische Rechtsprechung einnimmt. In eine Erörterung der Unerschwinglichkeitstheorie brauche ich bei dieser Sachlage nicht einzutreten; ich verweise aber auf die überaus scharfe Kritik, die Klang (Rat am Obersten Gerichtshof Wien) in seiner Schrift: „Geldentwertung und juristische Methode“ (1925) an der diesbezüglichen deutschen Rechtsprechung der Inflationszeit geübt hat.

3. Der Beurteilung des Gerichts überlasse ich die Frage, ob der Vertrag unter stillschweigend vereinbarter *clausula rebus sic stantibus* geschlossen sei. Diese Frage ist nach OR 18, ZGB 2 nicht anders zu beantworten als nach BGB 157. Mutzner bejaht sie; seine Gründe haben mich nicht überzeugt.

4. Eine allgemeine gesetzliche *clausula rebus sic stantibus* kennt das alte wie das neue OR nicht. Die Gründe sind bekannt. Die Rechtssicherheit fordert den Satz *pacta sunt servanda*; mit Katastrophen aber, wie sie der Weltkrieg herbeiführte, rechnete damals kein Gesetzgeber. Nun kam aber der Krieg. Schon während der Kriegszeit holte man in den kriegführenden Ländern die Klausel aus verstaubter Vergessenheit hervor. Die Schweiz, die vom Kriege zwar viel schwerer betroffen war, als in den Kriegsländern gemeinhin angenommen wird, hatte dennoch Gründe (die hier nicht darzulegen sind), sich dieser Bewegung nur sehr zögernd anzuschließen. Erst in der Nachkriegszeit glaubte auch die schweizerische Wirtschaft, ohne die Klausel nicht mehr auskommen zu können, und zwar namentlich im Verkehr mit den Inflationsländern, vorab Deutschland. Diesem Notstand hat die schweizerische Praxis Rechnung getragen, indem sie den Rücktritt wegen veränderter Umstände unter gleichen Voraussetzungen und im gleichen

Ausmasse zuliess wie die deutsche. Die von v. Tuhr, OR S. 565, gegebene Formel scheint mir den Standpunkt der Praxis zutreffend wiederzugeben. Sie sagt übrigens sachlich dasselbe wie die rechtsphilosophisch zugespitzte Formulierung, die Stammer in seinem Berner Vortrag (abgedruckt in Zeitschr. des Bern. Juristenvereins Bd. 58 S. 1 ff., 49 ff., sowie in Stammers rechtsphilosophischen Abhandlungen Bd. 2 S. 321 ff.) gewählt hat. Das Bundesgericht hat sich auf eine strikte Formulierung der Klausel nicht festgelegt; die allgemeinste seiner Formeln lautet dahin, dass jede Partei den auf lange Dauer geschlossenen Vertrag einseitig aufheben kann, wenn die Verhältnisse sich dergestalt geändert haben, dass die Aufrechterhaltung der Vertragspflicht die Grundsätze von Treu und Glauben verletzen würde (BGE 45 II 351 = Pr 1919 Nr. 102). Zustimmend Siegwart, S. 119. Die gesetzliche Handhabe für die Zulassung des Rücktrittsrechts glaubte das Bundesgericht in ZGB 2 zu finden, der etwa den §§ 157, 242 BGB entspricht, also in den Anforderungen von Treu und Glauben. Vgl. BGE 45 II 398 = Pr 1919 Nr. 139; BGE 47 II 457 = Pr 1922 Nr. 5; BGE 48 II 246 = Pr 1922 Nr. 133; BGE 48 II 451 = Pr 1923 Nr. 13. Eine sorgfältige Zusammenstellung und Würdigung der bis 1924 ergangenen einschlägigen Entscheidungen haben Siegwart, a. a. O. S. 77 bis 189, sowie Weiss, Entscheidungen Bd. 1 (1925) S. 19 ff. gegeben.

Der entschiedenste literarische Verfechter der Klausellehre in der Schweiz war der verstorbene Rechtsanwalt Dr. Fick in Zürich; vgl. besonders sein Buch „Die Frage der Aufwertung und der Einfluss wirtschaftlicher Katastrophen“ (Basel 1925). Er ging in der Anwendung der Klausel wohl am weitesten.

Inzwischen — etwa seit der Markstabilisierung — ist es um die *clausula stiller* geworden — drüben wie hüben. Das Register der Schweizer. Juristen-Zeitung seit 1925 weist das Stichwort „*clausula rebus sic stantibus*“ überhaupt nicht, das Register der „Praxis des Bundesgerichts“

seit 1924 weist es nur einmal (1924 Nr. 128) auf; dort ist die Anwendbarkeit der Klausel verneint mit der Begründung, die Durchhaltung des Vertrags führe nicht zum Ruin der Partei. Ebenso ablehnend BGE 50 II (1925) S. 488, BGE 54 II (1928) S. 276. Ich habe den bestimmten Eindruck, dass dies kein Zufall, sondern der Ausdruck der Tatsache ist, dass mit dem Aufhören der pathologischen Lage, die zur Beistellung der Klausel führte, auch die Klausel selbst wieder ausser Gebrauch gekommen ist. Die schweizerische Geschäftswelt dürfte mit ihr dieselben schlechten Erfahrungen gemacht haben wie die deutsche, und die Kritik von Klang dürfte auch dort willige Hörer finden. Daher neige ich zu dem Urteil, dass die schweizerische Rechtsprechung, voran das Bundesgericht, heute in der Zubilligung der Klausel viel zurückhaltender sein würde als in den Inflationsjahren.

Es handelt sich, wie man sieht, bei der Klauselrechtsprechung um eine Erscheinungsform des sog. Richterrechts. Fraglich dagegen erscheint mir, ob sich dieses zu einem eigentlichen Gewohnheitsrecht verdichtet hat. Bejaht man, so liegt jedenfalls nur ein Notgewohnheitsrecht vor, wie sich solches in Krisenzeiten zu bilden und mit deren Beendigung wieder zu verschwinden pflegt (ein Seitenstück zu den sog. transitorischen Gesetzen). Dies gilt für die Schweiz ebenso wie für Deutschland. Daher steht der schweizerische Richter der Frage der Klausel ebenso gegenüber wie der deutsche. Der deutsche Richter ist mithin in der Lage, seine eigene Stellungnahme zur Klausellehre auch in Fragen des schweizerischen Rechts der Entscheidung zugrunde zu legen. Lehnt also das Prozessgericht die Klausel in seiner deutschrechtlichen Praxis ab, so ist es m. E. befugt, den gleichen Standpunkt auch für das schweizerische Recht einzunehmen. Bejaht es im Grundsatz das Rücktrittsrecht, so wird es zu fragen haben, ob im vorliegenden Fall ein Rücktrittsgrund gegeben, d. h. ob die inzwischen eingetretene Veränderung der Umstände so beschaffen sei, dass der Klägerin nach

Treu und Glauben die Aushaltung des Vertrags nicht mehr zuzumuten war. Der Entscheidung dieser Frage darf ich nicht vorgreifen. Nur so viel darf und muss ich bemerken, dass ich mir die sachbezüglichen Bemerkungen Mutznern nicht zu eigen machen kann. Was OR 20 (vgl. BGB 138), der vom unsittlichen Vertrag handelt, hier beweisen soll, ist mir unerfindlich. Auch von einer „offenkundigen Unmöglichkeit“ der Erreichung des Vertragszieles kann ich nichts erblicken. Noch viel weniger aber etwas von einer „typischen Schikane“.

Im übrigen möchte ich bemerken: die Frage der allgemeinen „Klausel“ wird gegenstandslos, wenn das konkrete Schuldverhältnis (vorliegend Werkvertrag) eine spezielle Klausel aufweist. Bejaht man dies, so haben die vorstehenden Erörterungen nur ein akademisches Interesse.

5. Speziell für den Werkvertrag bestimmt alt OR 364 Abs. 1, 2: „Wurde der Lohn für das Werk zum voraus genau (d. h. fest) bestimmt, so ist der Unternehmer verpflichtet, es um diese Summe fertigzustellen. Er darf keine Erhöhung fordern, auch wenn er mehr Arbeit oder grössere Auslagen gehabt hat, als vorgesehen war.“ Abs. 3 fährt nun aber fort: „Falls jedoch ausserordentliche Umstände, welche nicht vorausgesehen werden konnten . . . , die Fertigstellung hindern oder übermässig erschweren, so kann der Richter, wenn der Unternehmer nicht ausdrücklich auch eine solche Gewähr übernommen hat, nach billigem Ermessen eine Erhöhung des Preises oder die Auflösung des Vertrages bewilligen.“ Neu OR 373 Abs. 2 fügt an der oben mit . . . bezeichneten Stelle die Worte ein: „oder nach den von beiden Beteiligten angenommenen Voraussetzungen ausgeschlossen waren.“ Hierin liegt eine gesetzlich anerkannte *clausula rebus sic stantibus* für den Spezialfall des Werkvertrags. Diese — dem BGB fremde — Bestimmung will offensichtlich den Unternehmer schützen (ebenso Siegwart, S. 86); sie lässt daher eine analoge Anwendung auf den Besteller m. E. auch dann

nicht zu, wenn ausnahmsweise — wie im Streitfalle — das Kostenrisiko vom Unternehmer auf den Besteller überwälzt ist (gegen Mutzner). Der Besteller wird vielmehr — was Mutzner anscheinend übersehen hat — durch alt OR 366 (neu OR 375) geschützt; ähnlich BGB 650. Dieser Schutz setzt nach dem Wortlaute voraus, dass der Kostenanschlag nur ein „ungefährer“, d. h. unverbindlicher war (BGB: „ohne Gewähr für die Richtigkeit“). Die Frage, ob der im Streitvertrag vorgesehene variable Betrag ein solcher bloss „ungefährer“ gewesen sei oder nicht, überlasse ich der Würdigung des Gerichts. Man kann sie verneinen, da der Betrag in feste Relation zum jeweiligen Buchdruckertarif gesetzt ist; man könnte sie aber allenfalls auch bejahen, da die künftige Entwicklung jenes Tarifs ein völlig unübersehbarer Faktor war. Verneint man, so sieht man sich vor die Frage gestellt, ob die Schutzbestimmung über ihren Wortlaut hinaus — also im Analogiewege — auch auf die hier fragliche Konstellation anwendbar sei. Als freier juristischer Schriftsteller würde ich geneigt sein, diese Frage zu bejahen (also der irrig auf OR 373 gestützten Meinung Mutznerns im Ergebnis beizutreten); als Gerichtsgutachter aber darf ich diese Ansicht, die keineswegs zweifelsfrei ist, nicht als massgeblich hinstellen, sondern nur der Erwägung unterbreiten. Die Sache läge anders, wenn in dieser Spezialfrage das Bundesgericht schon gesprochen hätte, was, soviel ich sehen kann, bisher nicht der Fall war.

Wird die Rücktrittsberechtigung bejaht, so ist zu prüfen, ob der Rücktritt rechtzeitig erfolgt ist. Nach schweizerischem wie nach deutschem Recht ist das Rücktrittsrecht nach Treu und Glauben (ZGB 2) auszuüben. Ein Rücktritt, der erst erfolgt, nachdem der Rücktrittsgrund (Kostenerhöhung usw.) bereits vor geraumer Zeit eingetreten ist, ist daher m. E. präjudiziert. Mit Fick, N. 3, 4 zu OR 375, ist in diesem Zusammenhang auch darauf zu verweisen, dass der Besteller das Rücktrittsrecht verwirkt, wenn er in die Kostenerhöhung stillschweigend,

z. B. durch vorbehaltlose Leistung erhöhter Zahlungen, eingewilligt hat. Ob das Vorgesagte auch dann durchgreift, wenn inzwischen Verhandlungen geführt worden sind, die eine einverständliche Vertragsabänderung zum Gegenstand hatten, überlasse ich der Würdigung des Gerichts.

Tritt der Besteller befugtermassen zurück, so hat er dem Unternehmer eine billige Entschädigung für bereits gehabte Kosten und Mühen zu leisten (Fick, N. 7 zu OR 375; vgl. BGB 650).

III. Werkmängel.

Beweisfrage 2 lautet: „Unter welchen Voraussetzungen wäre Klägerin zum Rücktritt vom Verträge berechtigt, wenn reines Hadernpapier bedungen, aber nicht verwendet worden ist?“

1. Nach alt OR 352 haftet der Unternehmer für die Güte des von ihm gelieferten Stoffes. Die dort weiter verordnete Anwendung der Artikel 235—242 ist hier ohne Interesse. Das Wort „haften“ zielt hierbei nicht — wozu neu OR 365 verleiten könnte — auf die Anwendung der Kaufsregeln (Wandelung, Minderung), sondern ausschliesslich auf Art. 358, der freilich sachlich so ziemlich auf das Gleiche hinausläuft.

Art. 358 unterscheidet, ob der Mangel ein erheblicher (Abs. 1) oder ein minder erheblicher (Abs. 2) ist. Als Mangel gilt hiebei auch das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft (das Gesetz sagt: „Abweichung vom Verträge“). Der Mangel ist ein erheblicher, wenn infolgedessen das Werk für den Besteller unbrauchbar oder die Annahme ihm nicht zumutbar ist; sonst ein „minder erheblicher“.

Ist der Mangel ein mindererheblicher, so kann der Besteller nur Minderung oder Nachbesserung, ev. Schadensersatz verlangen (Abs. 2). Ist er dagegen ein erheblicher, so hat der Besteller ausser diesen Rechten (Oser zu OR

368) wahlweise noch ein Rücktrittsrecht (Abs. 1: „Er darf die Annahme verweigern“). Vgl. Oser a. a. O. („Heimschlagsrecht“). Dies auch bei Schuldlosigkeit des Unternehmers (BGE 16, 106; 20, 102). Durch das Angebot freiwilliger Nachbesserung kann Unternehmer den Rücktritt nicht abwenden (Hafner zu alt OR 358).

Das Rücktrittsrecht entfällt, wenn Besteller das Werk auch nur stillschweigend genehmigt hat (alt OR 360), was schon dann als geschehen fingiert wird, wenn er die in Art. 357 (auch für Nichtkaufleute!) vorgesehene Prüfungs- und Rügepflicht nicht unverzüglich erfüllt hat (alt OR 361). Dies gilt jedoch nicht für solche Mängel, die bei ordnungsmässiger Prüfung nicht erkennbar waren oder vom Unternehmer arglistig verschwiegen wurden (alt OR 360). Wird ein solcher Mangel erst später entdeckt, so muss der Besteller ihn unverzüglich rügen, ansonst das Werk hinsichtlich dieses Mangels als genehmigt gilt (alt OR 361). Dies gilt selbst bei Arglist des Unternehmers. Im übrigen verjähren nach alt OR 362 die „Ansprüche“ des Bestellers wegen Werkmängel mit Ablauf eines Jahres nach Ablieferung des Werkes (alt OR 362, 257), es sei denn, der Unternehmer habe ihn absichtlich getäuscht (362, 259). Das für die „Ansprüche“ Gesagte gilt nach Art. 362, 258 auch für die „Einreden“ des Bestellers, daher m. E. auch für sein Rücktrittsrecht.

2. Ist reines Hadernpapier zugesichert, so ist ein Papier, das nicht reines Hadernpapier ist, unbestreitbar mangelhaft. Ob dieser Mangel ein erheblicher ist, entzieht sich meiner Entscheidung. Sollte auf diese Frage etwas ankommen, so würde es sich empfehlen, vor Befragung eines Papiersachverständigen eine öffentliche Bibliothek zu Rate zu ziehen, welche letztere über die Dauer der Haltbarkeit, welche die Wissenschaft von solchem Werk erwartet, sowie über den durchschnittlichen Gebrauch des Eulerwerkes Auskunft geben könnte. Ein oft gelesenes Buch nutzt sich rascher ab und muss daher haltbarer gefertigt sein als ein selten benutztes.

a) Wird der Mangel als erheblich angesehen, so ist das Rücktrittsrecht grundsätzlich gegeben (alt OR 358 Abs. 1). Dem schadet es nichts, dass Klägerin die fraglichen Bände inzwischen „angenommen“ hatte. Denn die „Annahmeverweigerung“ (alt OR 358) darf nicht wörtlich verstanden werden. Es ist nunmehr weiter zu fragen, ob die Mängelrüge unverzüglich nach der Entdeckung erfolgt ist (alt OR 361, Satz 2). Wird dies bejaht, so fragt sich, ob der Rücktritt rechtzeitig, d. h. binnen Jahresfrist (alt OR 362) erklärt ist. Hierbei scheidet m. E. die erste Rücktrittserklärung der Klägerin aus, da sie auf diesen Mangel nicht gestützt war, in Erwägung kommen kann also nur die zweite Rücktrittserklärung. Die Rechtzeitigkeit würde ich bejahen, weil es genügt, dass die Mängelanzeige unverzüglich gemacht ist (alt OR 362 mit 258, Satz 2). Auf die Frage der absichtlichen Täuschung (alt OR 362 mit 259) braucht daher nicht eingetreten zu werden; auch dann nicht, wenn die Anzeige verspätet sein sollte; denn nach alt OR 361 wird das Rücktrittsrecht diesfalls auch im Falle der Täuschung verwirkt.

b) Ist der Mangel minder erheblich, so kann Besteller nicht zurücktreten (wandeln), sondern nur Minderung oder Nachbesserung, ev. Schadensersatz verlangen (alt OR 358, Abs. 2). Verlangt er — wie anscheinend im Streitfall — Nachbesserung, so verwandelt sich die Herstellungspflicht des Unternehmers in eine Nachbesserungspflicht. Was zu geschehen habe, wenn er mit dieser in Verzug kommt, darüber lassen sich die Werkvertragsbestimmungen des OR nicht aus. Es ist sonach auf die allgemeine Vorschrift alt OR 122 (vgl. neu OR 107, BGB 326) zurückzugreifen. Also Nachfristansetzung „mit der Androhung, dass mit Fristablauf der Vertrag aufgelöst sei“. Bei fruchtlosem Fristablauf ist der Vertrag ipso iure aufgelöst (alt OR 122, anders neu OR 107, BGB 326).

Nimmt man im Streitfalle an, der Rücktritt sei auf Grund von alt OR 122 wirksam erfolgt, so ist die Frage,

ob der Papiermangel ein „erheblicher“ war oder nicht, gegenstandslos.

3. Der Rücktritt erstreckt sich auf alle mangelhaften Exemplare. Sicherlich nicht auf die schon gefertigten mangelfreien Bände. Klägerin hat ihn aber wohl auch auf die künftig herzustellenden Bände erstrecken wollen. Ob dies angängig sei, ist streitig. Bedingt bejahend für den Kauf Obergericht Zürich, Blätter für Zürich. Rechtspr. Bd. 1, 181, Bd. 5, 244 (unter der Voraussetzung, dass durch die bisherige Ordnungswidrigkeit das Vertrauen auf die Ordnungsmässigkeit künftiger Leistungen erschüttert sei); Becker, 24 zu OR 107 (falls eine Gefährdung des Vertragszwecks anzunehmen sei); schlechthin verneinend Oser zu OR 107, der für solche Entscheidung eine Handhabe im Gesetz vermisst. Die Begründung Oser ist schwach; denn das OR sagt über den Sukzessivlieferungsvertrag überhaupt nichts, der schweizerische Richter aber darf Lücken des Gesetzes freimütig ausfüllen (Reichel a. a. O. 57). Ich glaube daher (mehr darf ich nicht sagen), dass die schweizerische Rechtsprechung sich überwiegend im ersteren Sinn entscheiden wird.

4. Der einmal wirksam erklärte Rücktritt kann nicht wirksam „widerrufen“ werden. Möglich ist dagegen eine einverständliche Neubegründung des alten Vertrages. Diese kann auch so erfolgen, dass der Zurücktretende, dessen Rücktritt der Gegner nicht gelten lässt, auf den alten Vertrag stillschweigend zurückkommt, indem er dessen Erfüllung verlangt. Das Angebot eines blossen „Provisorium“ oder „Interimistikum“ kann jedoch als ein solches Zurückkommen m. E. nicht aufgefasst werden.

IV. Schlussbemerkung.

Ich hatte mich als Gerichtsgutachter zunächst an den Gerichtsbeschluss zu halten, fühle mich aber doch verpflichtet, das Gericht anhangsweise noch auf folgendes hinzuweisen. Der Klagantrag begehrt die Feststellung,

„dass der Vertrag aufgehoben ist“. Stellt man sich auf den Standpunkt, das Gericht habe lediglich zu entscheiden, ob dieser Antrag begründet sei, so ist zu bemerken, dass der Besteller jederzeit und ohne Angabe oder Vorhandensein triftiger Gründe vom Vertrag zurücktreten kann (alt OR 369, neu OR 377, vgl. BGB 649). Durch diesen Rücktritt wird der Vertrag aufgehoben. Für den teilweise schon erfüllten Sukzessivwerklieferungsvertrag gilt dies mit der Massgabe, dass die Aufhebung sich nur auf die noch ungefertigten Stücke bezieht, was Klägerin zwar im Klagantrage nicht zum Ausdruck bringt, der Sache nach aber wohl meint. Der Klaganspruch würde hiernach ohne weiteres begründet sein. Die im Gerichtsbeschluss aufgeworfenen Rechtsfragen interessieren alsdann nur für die Frage der Schadloshaltung der Beklagten: wer auf Grund alt OR 369 zurücktritt, hat den Unternehmer schadlos zu stellen, d. h. ihm das Erfüllungsinteresse abzüglich des durch die Nichtleistung Ersparten zu vergüten (Oser zu OR 377, ebenso BGB 649), während derjenige, der befugtermassen infolge veränderter Umstände (II) oder wegen Werkmängeln (III) zurücktritt, von dieser Entschädigungspflicht freibleibt. Für die Entscheidung über den Klagantrag ist dies jedoch m. E. ohne Bedeutung. Widerklage auf Schadloshaltung ist nicht erhoben.
