

Philipp Haberbeck

Ist Art. 377 OR Rücktritt des Bestellers gegen Schadloshaltung dispositives oder zwingendes Recht?

Im Beitrag wird untersucht, ob Art. 377 OR, wonach die Bestellerin oder der Besteller eines unvollendeten Werks gegen Schadloshaltung des Unternehmers jederzeit vom Vertrag zurücktreten kann, dispositives oder zwingendes Recht ist. Diesbezüglich wird dargelegt, dass sich die Antwort darauf nicht aus den üblichen Auslegungselementen erschliesst, sondern sich aus einer verfassungskonformen Auslegung sowie aus dem Grundsatz der Vertragstreue ergibt.

Beitragsarten: Beiträge

Rechtsgebiete: Obligationenrecht; OR besonderer Teil; Werkvertrag

Zitiervorschlag: Philipp Haberbeck, Ist Art. 377 OR Rücktritt des Bestellers gegen Schadloshaltung dispositives oder zwingendes Recht?, in: Jusletter 8. August 2016

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Diskussion der Rechtsnatur von Art. 377 OR
 - A. Lehrmeinungen
 - B. Eigener Ansatz
 - 1. Grammatikalische Auslegung
 - 2. Historische Auslegung
 - 3. Systematische Auslegung
 - 4. Teleologische Auslegung
 - 5. Rechtsvergleichung
 - 6. Massgebende Auslegungsüberlegungen
- III. Zusammenfassung

I. Einleitung

[Rz 1] Gemäss Art. 377 Obligationenrecht (OR)¹ kann die Bestellerin oder der Besteller² eines unvollendeten Werks gegen Schadloshaltung des Unternehmers jederzeit vom Vertrag zurücktreten. Ob diese Bestimmung durch Parteiabrede wegbedungen werden kann, also dispositives Recht ist, oder ob sie vielmehr als zwingende Bestimmung zu qualifizieren ist, wurde vom Bundesgericht bis heute nicht entschieden.³ In der Lehre sei diese Frage, die in diesem Beitrag untersucht wird, umstritten.⁴

II. Diskussion der Rechtsnatur von Art. 377 OR

A. Lehrmeinungen

[Rz 2] Es lässt sich anzweifeln, ob die hier behandelte Frage nach der Rechtsnatur von Art. 377 OR in der Lehre heute wirklich noch umstritten ist, ist doch die heute herrschende Lehre – soweit ersichtlich – einmütig der Auffassung, dass das freie Kündigungsrecht gemäss Art. 377 OR nicht zwingender, sondern dispositiver Natur sei.⁵

¹ Art. 377 OR (SR 220) lautet: «Solange das Werk unvollendet ist, kann der Besteller gegen Vergütung der bereits geleisteten Arbeit und gegen volle Schadloshaltung des Unternehmers jederzeit vom Vertrag zurücktreten».

² Nicht immer werden in diesem Text gleichzeitig die weibliche und männliche Form verwendet. Wird nur die weibliche oder männliche Form verwendet, ist die andere Form jeweils mitgemeint.

³ Siehe BGE 117 II 273 E. 4a S. 276 («Die Bestimmung [Art. 377 OR] findet auch auf den hier zu beurteilenden Sachverhalt Anwendung, zumal nicht geltend gemacht ist, sie habe hinter einer abweichenden Parteiabrede zurückzutreten; die Frage nach der zwingenden oder dispositiven Natur von Art. 377 OR kann damit offenbleiben [...]»). Die Entscheidungsdatenbank des Bundesgerichts wurde zum letzten Mal besucht am 19. Juni 2016.

⁴ Siehe etwa KUKO OR-LEHMANN, Art. 377 N 2 («Umstritten ist, ob Art. 377 dispositiver Natur ist [...]»); ohne Hervorhebungen); MARKUS MÜLLER-CHEN / DANIEL GIRSBERGER / ANDREAS FURRER, Obligationenrecht Besonderer Teil, Zürich 2011, S. 248, Rz. 127 («Die Frage, ob Art. 377 OR wie Art. 404 OR zwingendes Recht ist oder ob die Parteien durch Vereinbarung davon abweichen können, ist umstritten»); NICOLAS MOSIMANN, Die Beendigung von externen Outsourcingverhältnissen mit komplexen Pflichtenstrukturen, Diss. Basel 2009, Fussnote 755, S. 113 («In Literatur und Rechtsprechung besteht hinsichtlich der Frage, ob es sich bei Art. 377 OR um zwingendes oder dispositives Recht handelt, immer noch eine Kontroverse»).

⁵ Siehe für eine Übersicht über die diversen Autoren, die sich zu dieser Frage geäußert haben, etwa THEODOR BÜHLER, Zürcher Kommentar zum OR, 3. A., Teilband V 2d, Der Werkvertrag, Zürich 1998, Art. 377 N 8. Ausdrücklich genannt seien hier in willkürlicher Auswahl und Reihenfolge CHK-R. HÜRLIMANN / T. SIEGENTHALER, 3. A., OR 377 N 7 («Dispositiver Charakter von OR 377: Die Parteien können die Voraussetzungen für die Kündigung und auch die Rechtsfolgen abweichend regeln [...]»; ohne Hervorhebung); THEODOR BÜHLER, a.a.O., Art. 377 N 9–10; BSK OR I-GAUDENZ G. ZINDEL / URS PULVER, 5. A., Art. 377 N 3 («Keine Anwendung findet Art. 377 als dispositive Norm auf

[Rz 3] Die abweichende Auffassung von GEORG GAUTSCHI ist bereits älteren Datums; sie stammt aus dem Jahr 1967.⁶

[Rz 4] Mit dieser älteren Lehrmeinung, namentlich dem Argument, der Unternehmer habe kein Recht auf die Werkausführung, hat sich insbesondere PETER GAUCH auseinandergesetzt, den man wohl als die bestimmende Kapazität in der schweizerischen Lehre auf dem Gebiet des Werkvertragsrechts bezeichnen darf, und der sich dezidiert für den dispositiven Charakter von Art. 377 OR ausspricht.⁷ GAUCH ist der Auffassung, das Argument, der Unternehmer habe nur die Pflicht, aber kein Recht auf die Ausführung des bestellten Werks, sei ein Scheinargument.⁸ Diesbezüglich legt er dar, dass dieses Argument darauf hinausläuft, eine These zu vertreten, ohne eine Begründung für die Richtigkeit dieser These zu liefern.⁹

[Rz 5] Für GAUCH steht im vorliegenden Kontext im Vordergrund, dass es Situationen geben kann, in denen der Unternehmer aus ideellen oder wirtschaftlichen Gründen ein relevantes Interesse daran hat, das Werk effektiv fertigzustellen.¹⁰

[Rz 6] Betreffend GAUTSCHIS Hinweis auf das jederzeitige Kündigungsrecht des Auftraggebers¹¹ legt THEODOR BÜHLER dar, dass das werkvertragliche Kündigungsrecht gemäss Art. 377 OR mit dem auftragsrechtlichen Kündigungsrecht nach Art. 404 Abs. 1 OR¹² nicht gleichgesetzt werden dürfe. Gegen eine Gleichsetzung sprechen nach BÜHLERS Ansicht verschiedene relevante Unterschiede, insbesondere der Umstand, dass in einem Auftragsverhältnis das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien eine so fundamentale Rolle spielt, dass die Einschränkung des freien Kündigungsrechts im Auftragsverhältnis als Verstoß gegen das Persönlichkeitsrecht der kündigen-

einen Vertrag, mit dessen Regeln er nicht harmoniert, sondern zu Widersprüchen führt [...]»; ohne Hervorhebung) und N 20 («Art. 377 ist grds. dispositiv [...]»; ohne Hervorhebung); ALFRED KOLLER, Schweizerisches Werkvertragsrecht, Zürich/St. Gallen 2015, Rz. 1045 («Art. 377 ist dispositiv. [...] Nach herrschender Ansicht kann das Rücktrittsrecht i.S.v. Art. 377 – anders als das Recht auf Kündigung aus wichtigem Grund – auch gänzlich wegbedungen werden»; ohne Hervorhebung); MARKUS MÜLLER-CHEN / DANIEL GIRSBERGER / ANDREAS FURRER, a.a.O., S. 248, Rz. 127 («U.E. ist mit einem grossen Teil der Lehre davon auszugehen, dass Art. 377 OR dispositiver Natur ist und die Parteien für die Vertragsauflösung andere Modalitäten vorsehen können.»); PIERRE TERCIER / PASCAL G. FAVRE, Les contrats spéciaux, 4. A., Genf/Zürich/Basel 2009, Rz. 4800 («[...] il faut reconnaître à l'art. 377 un caractère dispositif [...]»); PIERRE TERCIER, L'extinction prématurée du contrat, in: Das Architektenrecht, Peter Gauch / Pierre Tercier (Hrsg.), 3. A., Fribourg 1995, Rz. 1997 und 1214; CHRISTOPH LEUENBERGER, Dienstleistungsverträge, ZSR 106 II/1987, S. 71 («So kommt dem Widerrufsrecht (Art. 377 OR) dispositive Bedeutung zu [...]»); BRIGITTE BIELER, Die Übertragung des Urheberrechts, Diss. Basel 2014, S. 194 («Von Art. 377 OR kann durch Parteivereinbarung abgewichen werden.»).

⁶ Siehe GEORG GAUTSCHI, Berner Kommentar zum OR, 2. A., Bern 1967, 2. Teilband, Der Werkvertrag, Art. 377 N 10 (ohne Hervorhebungen: «Die jederzeitige Abbestellung par la simple volonté des Bestellers ist [...], ebenso wie das Widerrufsrecht des Auftraggebers, unverzichtbar und unbeschränkbar. [...] Der Unternehmer hat kein Recht auf die Werkausführung [...]»).

⁷ Siehe PETER GAUCH, Der Werkvertrag, 5. A., Zürich 2011 (hiernach: «**Werkvertrag**»), Rz. 583 («Umgekehrt steht es den Parteien aber auch frei, das Rücktrittsrecht des Art. 377 OR wegzubedingen [...]»); ders., Der Rücktritt des Bestellers vom Werkvertrag – Gedanken zu Art. 377 des Schweizerischen Obligationenrechts, in: Festschrift für Horst Locher zum 65. Geburtstag, Düsseldorf 1990, S. 35 ff. (hiernach: «**FS Locher**»), S. 44 («Nach der hier vertretenen Auffassung ist auch das Rücktrittsrecht, das Art. 377 OR dem Besteller einräumt, dispositiver Natur»). Die FS Locher kann man auch abrufen auf: http://www.unifr.ch/ius/assets/files/chaire/CH_Stoekli/files/Peter%20Gauch/Der_Ruecktritt_des_Bestellers_vom_Werkvertrag.pdf. Alle Websites zuletzt besucht am 19. Juni 2016.

⁸ Siehe PETER GAUCH, FS Locher, S. 44.

⁹ Siehe PETER GAUCH, FS Locher, S. 44.

¹⁰ Siehe PETER GAUCH, FS Locher, S. 44 f; ders., Werkvertrag, Rz. 585; ebenso auch THEODOR BÜHLER, a.a.O., Art. 377 N 10 («[...] [D]as Interesse des Unternehmers an der tatsächlichen Ausführung des Werkes [ist] unter Umständen höher zu bewerten, als das Interesse des Bestellers an einem fristlosen Rücktritt [...]»).

¹¹ Siehe GEORG GAUTSCHI, a.a.O., Art. 377 N 10 («[...] ebenso wie das Widerrufsrecht des Auftraggebers [...]»).

¹² Art. 404 Abs. 1 OR lautet: «Der Auftrag kann von jedem Teile jederzeit widerrufen oder gekündigt werden.»

den Partei gewertet werden müsse, womit eine Art. 404 Abs. 1 OR entsprechend einschränkende Vereinbarung als unsittlich / widerrechtlich zu qualifizieren sei.¹³

[Rz 7] Älter ist auch der 1987 von FRANÇOIS DESSEMONTET vertretene Ansatz, es müsse danach differenziert werden, ob über rein monetäre Interessen des Bestellers hinausgehende persönliche Interessen tangiert sind. In solchen Fällen, z.B. einem Werkvertrag zur Herstellung einer Prothese oder Applikation einer Schönheitsbehandlung, müsse dem Besteller ein zwingendes jederzeitiges Kündigungsrecht zustehen.¹⁴ Bei rein finanziellen Interessen des Bestellers sei Art. 377 OR hingegen dispositiv.¹⁵

B. Eigener Ansatz

[Rz 8] Bekanntlich verfolgt das Bundesgericht bei der Gesetzesauslegung einen «*pragmatischen Methodenpluralismus*»¹⁶, was insbesondere impliziert, dass das Bundesgericht im Auslegungsprozess keine der vorhandenen Auslegungsmethoden (grammatikalische Auslegung etc.) per se präferiert oder höher als andere Methoden gewichtet. Mit Bezug auf die Auslegungsmittel gibt das Bundesgericht somit keine feste Ordnung vor.

[Rz 9] Auch die bundesgerichtliche Quintessenz der richtigen Vorgehensweise bei der Gesetzesauslegung stellt keine konkret fassbare Leitplanke dar («*Gefordert ist die sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis der ratio legis*».¹⁷).¹⁸ Was im Lichte einer Gesetzesbestimmung sachlich richtig und ein befriedigendes Ergebnis ist, beruht letztlich sehr stark auf einem Wertentscheid, vor allem bei Normen, die trotz grammatikalischer, systematischer und historischer Auslegung unklar sind.

[Rz 10] Obiges erschliesst sich auch aus folgendem Hinweis des Bundesgerichts: «*Ein Gesetz muss in erster Linie aus sich selbst heraus, das heisst nach Wortlaut, Systematik, Sinn und Zweck der Regelung verstanden werden. Auszurichten ist die Auslegung auf die ratio legis, die das Gericht allerdings nicht nach seinen eigenen, subjektiven Wertvorstellungen, sondern nach den Vorgaben und Regelungsabsichten des Gesetzgebers aufgrund der herkömmlichen Auslegungselemente zu ermitteln hat*».¹⁹ Worauf ist die Auslegung einer Gesetzesbestimmung auszurichten, wenn mit Blick auf das relevante Auslegungsproblem ihr Wortlaut unklar, ihre systematische Stellung nicht aussagekräftig, sowie die Vorgaben und Regelungsabsichten des Gesetzgebers nicht eruierbar sind? Woraus, wenn nicht einer Wertung, soll eine Gesetzesnorm verstanden werden, wenn die relevanten Auslegungsmittel keine eindeutigen Ergebnisse zulassen?

¹³ Siehe THEODOR BÜHLER, a.a.O., Art. 377 N 9.

¹⁴ Siehe FRANÇOIS DESSEMONTET, Les contrats de service, ZSR 106 II/1987, S. 197.

¹⁵ Siehe FRANÇOIS DESSEMONTET, a.a.O., S. 197.

¹⁶ Siehe etwa BGE 140 III 616 E. 3.3 S. 621.

¹⁷ BGE 140 III 616 E. 3.3 S. 621; so auch etwa BGE 142 IV 1 E. 2.4.1 S. 3 und 141 II 262 E. 4.1 S. 272.

¹⁸ Dass das Bundesgericht – selbst in kurzem zeitlichen Abstand – in Bezug auf eine unveränderte Norm zu konträren Auslegungsergebnissen gelangen kann, wird schön im Urteil des Bundesgerichts 6B_165/2015 vom 1. Juni 2016, zur Publikation vorgesehen, illustriert, der Art. 90 Abs. 3 und 4 Strassenverkehrsgesetz; SVG («Raserdelikte») betrifft (siehe insbesondere E. 11.3; Hervorhebung zusätzlich: «*En conséquence, la condamnation du recourant du chef de violation grave qualifiée des règles de la circulation routière fondée sur une présomption légale irréfragable – en référence à l'arrêt du Tribunal fédéral 1C_397/2014 du 20 novembre 2014 consid. 2.4.1 dont il y a lieu de s'écarter – est contraire au droit fédéral pour les motifs évoqués ci-dessus. Cela ne justifie pas en soi d'admettre le recours au regard des motifs suivants*»).

¹⁹ BGE 142 III 102 E. 5 S. 106.

[Rz 11] Obiges berücksichtigend, wird nachfolgend der von der heutigen Lehre einhellig vertretene Standpunkt, das freie Kündigungsrecht gemäss Art. 377 OR sei nicht zwingender, sondern dispositiver Natur, in einem eigenen Ansatz von Grund auf geprüft.

1. Grammatikalische Auslegung

[Rz 12] Auf der Suche nach dem Sinn und Zweck einer Bestimmung ist der Ausgangspunkt ihrer Auslegung gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung deren Wortlaut.²⁰

[Rz 13] Der Wortlaut von Art. 377 OR enthält keine (explizite) Antwort darauf, ob das in dieser Bestimmung vorgesehene freie Kündigungsrecht des Bestellers durch vertragliche Abrede wegbedungen werden darf, weder in die eine (dispositives Recht)²¹ noch in die andere Richtung (zwingendes Recht)²².

[Rz 14] Zwar könnte man argumentieren, Art. 377 OR sei in dem Sinne autoritativ formuliert (*der Besteller kann zurücktreten*), dass diese Norm eine Anordnung enthalte, was auf ihren zwingenden Charakter hindeute. Ein solches Argument wäre aber als schwach zu verwerfen. So weisen diverse Bestimmungen im OR einen ebenso «autoritativen» Wortlaut auf, ohne dass deren dispositiver Charakter umstritten wäre, z.B. Art. 201 Abs. 1 OR²³ oder Art. 532 OR²⁴.

[Rz 15] Es ist somit festzuhalten, dass das grammatikalische Auslegungselement in Bezug auf die hier behandelte Frage keine Antwort gibt.

2. Historische Auslegung

[Rz 16] Zwar ist bei der Auslegung einer Gesetzesnorm aufgrund des Prinzips der Gewaltenteilung²⁵ auch nach der Regelungsabsicht des Gesetzgebers zu fragen.²⁶ Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts kann die historische Auslegung aber nur dann ins Gewicht fallen, wenn die

²⁰ Siehe etwa das Urteil des Bundesgerichts B 10/99 vom 18. Juli 2002 E. 5a («Das Gesetz ist in erster Linie nach seinem Wortlaut auszulegen».).

²¹ Siehe z.B. Art. 335b Abs. 1 OR («Durch schriftliche Abrede, Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag können abweichende Vereinbarungen getroffen werden; die Probezeit darf jedoch auf höchstens drei Monate verlängert werden».), Art. 456 Abs. 2 OR («Abweichende Vereinbarungen zwischen dem Frachtführer oder Spediteur und dem Auftraggeber bleiben jedoch vorbehalten.») und Art. 533 Abs. 1 OR («Wird es nicht anders vereinbart, so hat jeder Gesellschafter, ohne Rücksicht auf die Art und Grösse seines Beitrages, gleichen Anteil an Gewinn und Verlust».).

²² Siehe z.B. Art. 360 Abs. 2 OR («Durch Abrede darf vom Normalarbeitsvertrag nach Artikel 360a nicht zu Ungunsten des Arbeitnehmers abgewichen werden».).

²³ Art. 201 Abs. 1 OR lautet: «Der Käufer soll, sobald es nach dem üblichen Geschäftsgange tunlich ist, die Beschaffenheit der empfangenen Sache prüfen und, falls sich Mängel ergeben, für die der Verkäufer Gewähr zu leisten hat, diesem sofort Anzeige machen». Diese Vorschrift ist dispositiv (KUKO OR-HEINRICH HONSELL, Art. 201 N 12; CHK-M. MÜLLER-CHEN, 3. A., OR 201 N 5 m.w.H.).

²⁴ Art. 532 OR lautet: «Jeder Gesellschafter ist verpflichtet, einen Gewinn, der seiner Natur nach der Gesellschaft zukommt, mit den andern Gesellschaftern zu teilen». Diese Vorschrift ist dispositiv (KUKO OR-ROLF SETHE, Art. 532 N 3; CHK-P. JUNG, 3. A., OR 532 N 1 in fine).

²⁵ Siehe etwa BGE 133 III 257 E. 2.5.4 S. 271 («Ob diese rechtspolitische Kritik berechtigt ist, haben gemäss dem Prinzip der Gewaltenteilung die gesetzgebenden und nicht die rechtsanwendenden Behörden zu entscheiden [...]».).

²⁶ Siehe etwa BGE 133 III 257 E. 2.4 S. 265 («Die Auslegung des Gesetzes ist auf die Regelungsabsicht des Gesetzgebers und die von ihm erkennbar getroffenen Wertentscheidungen auszurichten [...]») und auch BGE 121 III 219 E. 1daa S. 225 («Die Auslegung des Gesetzes ist zwar nicht entscheidend historisch zu orientieren, im Grundsatz aber dennoch auf die Regelungsabsicht des Gesetzgebers und die damit erkennbar getroffenen Wertentscheidungen auszurichten, da sich die Zweckbezogenheit des rechtsstaatlichen Normverständnisses nicht aus sich selbst begründen lässt, sondern aus den Absichten des Gesetzgebers abzuleiten ist, die es mit Hilfe der herkömmlichen Auslegungselemente zu ermitteln gilt [...]».).

Regelungsabsicht des Gesetzgebers klar erkennbar ist sowie im Text der betreffenden Gesetzesnorm ihren Ausdruck gefunden hat.²⁷ Dies ist bezüglich Art. 377 OR nicht der Fall. Weder in den Botschaften zum OR vom 3. März 1905²⁸ und 1. Juni 1909²⁹ noch in den parlamentarischen Beratungen zum Entwurf des OR wurde Art. 377 OR spezifisch adressiert, was daran liegen könnte, dass das alte OR von 1881³⁰ bereits eine Bestimmung kannte, die exakt gleich lautete wie der heutige Art. 377 OR³¹, und dass der hier behandelte Artikel aus diesem Grund seitens des Bundesrates und im Parlament zu keinen Diskussionen Anlass gab. Das historische Auslegungselement führt somit mit Blick auf die hier diskutierte Frage nicht weiter.

3. Systematische Auslegung

[Rz 17] Die systematische Stellung von Art. 377 OR indiziert nicht, ob das freie Kündigungsrecht des Bestellers zwingend oder dispositiv ist. Die Einordnung der hier diskutierten Bestimmung im dritten und letzten Teil C der den Werkvertrag betreffenden Bestimmungen, der die Beendigung des Werkvertrages regelt, ist sachlogisch, aber mit Blick auf das hier untersuchte Auslegungsproblem nicht aussagekräftig. Auch das systematische Auslegungselement hilft entsprechend nicht weiter.

4. Teleologische Auslegung

[Rz 18] Das teleologische Auslegungselement fragt letztlich nach dem Sinn und Zweck einer Gesetzesnorm³² und der ihr zugrunde liegenden Idee³³.

²⁷ Siehe etwa BGE 136 III 23 E. 6.6.2.1 S. 37 («Die Gesetzesmaterialien können beigezogen werden, wenn sie auf die streitige Frage eine klare Antwort geben [...]»); 124 II 193 E.5c S. 200 (Hervorhebung zusätzlich: «Die Vorinstanz hat sich in ihrem Entscheid wesentlich auf den «klaren» und [«jeindeutigen» Willen des Verfassungsgebers berufen. Sie hat somit hauptsächlich auf die Materialien abgestellt. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts können bei der Auslegung die Materialien beigezogen und darf der Wille des historischen Verfassungs- oder Gesetzgebers beachtet werden, **soweit dieser im Text der Norm seinen Ausdruck gefunden hat.** [...] **Die Materialien fallen daher nur insoweit ins Gewicht, als sie bei unklaren oder unvollständigen Bestimmungen deren Tragweite erkennen lassen».**) sowie 116 II 525 E. 2b S. 527 (Hervorhebung zusätzlich: «Eine historisch orientierte Auslegung ist daher für sich allein nicht entscheidend. **Die Materialien fallen nach der Rechtsprechung nur ins Gewicht, wenn sie angesichts einer unklaren gesetzlichen Bestimmung eine klare Antwort geben und im Gesetzeswortlaut einen Niederschlag gefunden haben.** [...] In diesem Sinne ist auch die Aussage zu verstehen, dass die Materialien umso weniger zu beachten sind, je weiter sie zeitlich zurückliegen [...]»).

²⁸ BBl 1905 II 1.

²⁹ BBl 1909 III 725.

³⁰ Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 14. Juni 1881 (siehe das Bundesblatt Nr. 26 vom 18. Juni 1881; BBl 1881 III 109).

³¹ «So lange das Werk unvollendet ist, kann der Besteller gegen Vergütung der bereits geleisteten Arbeit und gegen volle Schadloshaltung des Unternehmers jederzeit vom Verträge zurücktreten» (BBl 1881 III 109, S. 184). Dieser Wortlaut wurde ohne Änderungen und kommentarlos in der Botschaft zum OR vom 3. März 1905 (BBl 1905 II 1, S. 188) sowie in der Botschaft vom 1. Juni 1909 (BBl 1909 III 725, S. 870) übernommen.

³² Siehe etwa BGE 141 II 66 E. 3.3.4 S. 77 («In Bezug auf das teleologische Argument ist vorab darauf hinzuweisen, dass – entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers – aus dem Zweckartikel des HMG nicht geschlossen werden kann, dass das HMG keine wettbewerbsausschliessende Norm enthält. Der Zweck des Gesetzes muss mit dem Zweck einer einzelnen Norm nicht übereinstimmen, jener kann diesem gar entgegenstehen [...]»); 140 V 8 E. 2.2.1.3 S. 13 («In Bezug auf Sinn und Zweck der Schlussbestimmung – und damit das teleologische Element des Auslegungsprozesses – kann weitgehend auf das hievorige Gesagte verwiesen werden.»); 133 V 524 E. 5.2 S. 527 («Nach dem Grundsatzurteil [...] besteht die ratio legis des Art. [...] darin [...]. Diese Interpretation des Normzwecks greift allerdings zu kurz.»).

³³ Siehe etwa BGE 101 II 321 E. 3 S. 321 («Selon le Tribunal fédéral, l'art. 60 al. 2 CO repose sur l'idée qu'il serait illogique que le lese perde ses droits contre l'auteur responsable aussi longtemps que ce dernier demeure exposé à une poursuite pénale, généralement plus lourde de conséquences pour lui.»).

[Rz 19] Die Art. 377 OR zugrunde liegende Idee und sein Sinn und Zweck liegen offensichtlich darin, die Interessen des Bestellers eines Werks dahingehend stark zu berücksichtigen, dass dieser z.B. bei der Änderung persönlicher Umstände gegen volle Entschädigung des Unternehmers jederzeit und voraussetzungslos aus dem Werkvertrag aussteigen kann.³⁴ Dies dürfte auf der Hand liegen und unstrittig sein. Nach hier vertretener Auffassung determiniert dieses teleologische Auslegungsergebnis aber nicht, ob der erwähnte, Art. 377 OR zugrunde liegende Sinn und Zweck auch den zwingenden Charakter dieser Bestimmung erheischt. Mit anderen Worten ist nach hier vertretener Auffassung zu differenzieren zwischen – auf der einen Seite – dem von Art. 377 OR offensichtlich verfolgten Zweck, dem Besteller einen jederzeitigen, aber voll entschädigungspflichtigen Exit aus dem Werkvertrag zu gewähren, und – auf der anderen Seite – der darüber hinausgehenden Frage, ob diese Exitmöglichkeit einer abweichenden Parteivereinbarung entzogen sein soll.

[Rz 20] Die zweitgenannte Frage nach dem dispositiven oder zwingenden Charakter von Art. 377 OR ist namentlich deshalb exklusiv auf der Basis einer teleologischen Auslegung nicht zu beantworten, weil die Gesetzesmaterialien zu dieser Norm schweigen. Fischt man bezüglich der Regelungsabsicht und der einschlägigen Interessenabwägung des Gesetzgebers mit Blick auf die einschlägige Frage komplett im Trüben, lässt sich nach hier vertretener Auffassung allein gestützt auf das teleologische Auslegungselement nicht ermitteln, ob das jederzeitige Kündigungsrecht des Bestellers dispositiven oder zwingenden Charakter hat.³⁵ Oder in den Worten des Bundesgerichts: «Die Auslegung des Gesetzes ist zwar nicht entscheidend historisch zu orientieren, im Grundsatz aber dennoch auf die Regelungsabsicht des Gesetzgebers und die damit erkennbar getroffenen Wertentscheidungen auszurichten, **da sich die Zweckbezogenheit des rechtsstaatlichen Normverständnisses nicht aus sich selbst begründen lässt, sondern aus den Absichten des Gesetzgebers abzuleiten ist, die es mit Hilfe der herkömmlichen Auslegungselemente zu ermitteln gilt** ([...])».³⁶

[Rz 21] Somit erschliesst sich nach hier vertretener Auffassung die Antwort auf die hier diskutierte Frage nach der zwingenden oder dispositiven Natur von Art. 377 OR weder aus der grammatikalischen, historischen, systematischen noch teleologischen Auslegung dieser Bestimmung.

5. Rechtsvergleichung

[Rz 22] Das Bundesgericht zählt auch die Rechtsvergleichung zu den Auslegungselementen³⁷, obgleich das Ergebnis einer Rechtsvergleichung aufgrund des Territorialitätsprinzips³⁸ wohl immer

³⁴ Vgl. WOLFGANG FORSTER, in: Historisch-kritischer Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. III, 1. Teilband, Mathias Schmoeckel et al. (Hrsg.), Tübingen 2013, §§ 631–651 N 30 S. 1365.

³⁵ Anders war dies z.B. bei der Auslegung von Art. 141 Abs. 1 OR (dispositiv oder zwingend?), bei der das Bundesgericht auf die Regelungsabsicht des Gesetzgebers abstellen konnte (siehe BGE 132 III 226, insbesondere E. 3.3.7 S. 239 [«On doit tirer de ce parallèle que le législateur a seulement voulu proscrire la renonciation à la prescription qui survient au moment précis de la conclusion d'un contrat.»]). Siehe auch etwa BGE 136 I 297 E. 4.1 S. 299 («Die Auslegung des Gesetzes ist auf die Regelungsabsicht des Gesetzgebers und die von ihm erkennbar getroffenen Wertentscheidungen auszurichten.»); 139 III 368 E. 3.2 S. 372 f. («Die Gesetzesmaterialien sind zwar nicht unmittelbar entscheidend, dienen aber als Hilfsmittel, den Sinn der Norm zu erkennen [...]».); Urteil des Bundesgerichts 1P.551/2004 vom 10. Februar 2005 E. 2.2 («Zu berücksichtigen ist auch der Wille des historischen Gesetzgebers.»).

³⁶ BGE 121 III 219 E. 1 daa S. 225; Hervorhebung zusätzlich.

³⁷ Siehe etwa BGE 127 III 318 E. 2b S. 323 («Im Übrigen sind bei der Auslegung alle herkömmlichen Auslegungselemente zu berücksichtigen (systematische, teleologische, historische und rechtsvergleichende), wobei das Bundesgericht einen pragmatischen Methodenpluralismus befolgt [...]»).

³⁸ Siehe zum Territorialitätsprinzip etwa das zur Publikation vorgesehene Urteil des Bundesgerichts 2C_739/2015 vom 25. April 2016 E. 3.1 («Dabei wird mit dem Beschwerdeführer davon auszugehen sein, dass die Durchsetzung aus-

nur als Hilfselement fungieren kann. Entscheidend ist mit anderen Worten aufgrund des Territorialitätsprinzips der Sinn der Schweizer Norm, nicht der Sinn ausländischer Normen, kann doch der Schweizer Gesetzgeber unter Umständen bewusst einen legislatorischen Alleingang gewählt haben. Dennoch wird hiernach in aller Kürze die entsprechende Situation in Deutschland, Frankreich und Italien vorgestellt.

[Rz 23] § 649 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) ist im vorliegenden Kontext besonders interessant, weil er eine zu Art. 377 OR sehr ähnliche Regel aufstellt, insbesondere in seinem ersten Satz, wonach der Besteller bis zur Vollendung des Werks jederzeit den Vertrag kündigen kann.³⁹ Nach Rechtsprechung und überwiegender Lehre ist diese Bestimmung dispositiv, kann also vertraglich wegbedungen werden.⁴⁰

[Rz 24] Auch der französische Code civil kennt eine Art. 377 OR sehr ähnliche Bestimmung, und zwar in Art. 1794, der folgendermassen lautet:

*«Le maître peut résilier, par sa seule volonté, le marché à forfait, quoique l'ouvrage soit déjà commencé, en dédommageant l'entrepreneur de toutes ses dépenses, de tous ses travaux, et de tout ce qu'il aurait pu gagner dans cette entreprise».*⁴¹

[Rz 25] So wie § 649 BGB wird auch Art. 1794 Code civil als dispositive Bestimmung qualifiziert, von der die Parteien abweichen können.⁴²

ländischer Rechtsvorschriften in der Schweiz – in Übereinstimmung mit dem das öffentliche Recht beherrschenden Grundsatz des Territorialitätsprinzips – grundsätzlich nicht Aufgabe der Schweizerischen Finanzmarktaufsicht ist [...]».

³⁹ § 649 BGB lautet: *«Der Besteller kann bis zur Vollendung des Werkes jederzeit den Vertrag kündigen. Kündigt der Besteller, so ist der Unternehmer berechtigt, die vereinbarte Vergütung zu verlangen; er muss sich jedoch dasjenige anrechnen lassen, was er infolge der Aufhebung des Vertrags an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt. Es wird vermutet, dass danach dem Unternehmer 5 vom Hundert der auf den noch nicht erbrachten Teil der Werkleistung entfallenden vereinbarten Vergütung zustehen».*

⁴⁰ Siehe etwa in willkürlicher Auswahl und Reihenfolge: HARTWIG SPRAU, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, Peter Bassenge et al. (Hrsg.), 74. A., München 2015, § 649 N 16; WOLFGANG FORSTER, a.a.O., §§ 631–651 N 30 S. 1365; HEINZ-PETER MANSEL, in: Jauerling, Bürgerliches Gesetzbuch, Rolf Stürmer (Hrsg.), 15. A., München 2014, § 649 N 11; WOLFGANG VOIT, in: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Heinz Georg Bamberger / Herbert Roth (Hrsg.), 3. A., München 2012, § 649 N 29; FRANK PETERS / FLORIAN JACOBY, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Göttingen 2014, § 649 N 21 (*«Das Recht des Bestellers zur freien Kündigung kann vertraglich ausgeschlossen werden»*); INA EBERT, in: Nomos Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Reiner Schulze (Schriftleitung), 7. A., Baden Baden 2012, § 649 N 11; GODEHARD DIEP, in: juris Praxiskommentar BGB Schuldrecht, Band 2.3, Helmut Rübmann (Hrsg.), Saarbrücken 2015, § 649 N 12 (*«Im Rahmen der Vertragsfreiheit und deren Grenzen steht es den Parteien zu, von der gesetzlichen Vorgabe abweichende Vereinbarungen zu treffen. Das in § 649 BGB verankerte Recht zur Kündigung kann gänzlich eingeschränkt, ausgeschlossen und modifiziert werden»*).

⁴¹ Gefunden auf: <https://www.legifrance.gouv.fr>.

⁴² Siehe etwa in willkürlicher Auswahl und Reihenfolge: Urteil der Cour de cassation, 3. Zivilkammer, vom 22. Juni 2010 (Geschäftsnummer 09-10088): *«Alors que 1° l'article 1794 du code civil n'est pas d'ordre public et les parties peuvent toujours renoncer au bénéfice de ses dispositions [...]»*; Urteil der Cour de cassation, 3. Zivilkammer, vom 16. Februar 2005 (Geschäftsnummer 03-19585): *«[...] l'article 1794 du Code civil sous réserve d'une indemnisation de l'entrepreneur qui n'est pas d'ordre public et à laquelle les parties peuvent avoir renoncé [...]»*; SOPHIE DELUZ, Code civil Savoir décrypter l'article 1794 La résiliation du marché à forfait, Moniteur N° 5163, 8. November 2002 (gefunden auf: <http://www.lemoniteur.fr/articles/code-civil-savoir-decrypter-l-article-1794-la-resiliation-du-marche-a-forfait-291157>): *«L'article 1794 du Code civil permet au maître d'ouvrage de résilier de sa seule volonté tout marché conclu pour un prix forfaitaire. Mais selon la jurisprudence, cette disposition ne revêt aucun caractère d'ordre public, c'est-à-dire qu'il est loisible d'y déroger. Ainsi, un maître d'ouvrage peut renoncer à tout moment à la faculté qui lui est offerte. Un encadrement contractuel peut également être prévu pour aménager ce pouvoir de résiliation, par exemple en fixant par avance le montant des indemnités qui sera dû à l'entrepreneur»*; Cabinet Schaeffer Avocats – Paris, La résiliation d'un marché à forfait, 2016 (gefunden auf: <http://lawperationnel.com/la-resiliation-dun-marche-a-forfait>): *«Mais les parties peuvent-elles déroger aux règles de l'article 1794 du Code Civil? Cet article n'étant pas d'ordre public, les parties ont, en effet, la liberté de stipuler au contrat des règles de résiliation d'un marché à forfait différentes de celles prévues par le Code Civil. Elles peuvent ainsi exclure la possibilité pour le maître de résilier en l'absence de faute de l'entrepreneur ou, à l'autre extrême, prévoir que le maître qui résilie le marché à sa convenance ne sera tenu du paiement d'aucune indemnité au profit de l'entrepreneur»*; SYLVIE AVIGNON, La question de la durée et de l'adaptabilité des con-

[Rz 26] Zuletzt sei in dieser kurzen rechtsvergleichenden Betrachtung auf Art. 1671 des italienischen Codice civile hingewiesen, der sehr ähnlich lautet wie Art. 1794 Code civil (Titel: «*Recesso unilaterale dal contratto*»):

«*Il committente può recedere dal contratto, anche se è stata iniziata l'esecuzione dell'opera o la prestazione del servizio, purché tenga indenne l'appaltatore delle spese sostenute, dei lavori eseguiti e del mancato guadagno*». ⁴³

[Rz 27] Die italienische Rechtsprechung hat bestätigt, dass diese Bestimmung in gewissem Umfang dispositiv ist; ob aber das einseitige Kündigungsrecht des Bestellers komplett wegbedungen (und nicht nur modifiziert) werden kann, scheint zurzeit noch nicht höchstrichterlich bestätigt worden zu sein. ⁴⁴

[Rz 28] Zusammenfassend deutet dieser kurze rechtsvergleichende Exkurs darauf hin, dass zu Art. 377 OR analoge Bestimmungen von den jeweils zuständigen ausländischen Gerichten nicht als zwingende Normen qualifiziert werden. Wie eingangs erwähnt, kann dieser Aspekt bei der Auslegung der erwähnten Bestimmung des schweizerischen OR aber nicht ausschlaggebend sein, weshalb es mit diesem rechtsvergleichenden Argument im vorliegenden Kontext nicht sein verwenden haben kann.

6. Massgebende Auslegungsüberlegungen

[Rz 29] Nachfolgend werden die Aspekte dargelegt, die zum Ergebnis führen, dass Art. 377 OR im Einklang mit der heute herrschenden Lehre dahin auszulegen ist, dass das freie Kündigungsrecht gemäss dieser Norm nicht zwingender, sondern nur dispositiver Natur ist. Dass also die Parteien an einem Werkvertrag in Abweichung dieser Bestimmung z.B. vereinbaren können, der Besteller dürfe den Werkvertrag nur aus wichtigem Grund kündigen.

[Rz 30] Der erste relevante Aspekt ist der Umstand, dass Gesetzesnormen im Zweifel verfassungskonform auszulegen sind. ⁴⁵ Diesbezüglich ist darauf hinzuweisen, dass die Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 27 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV) ⁴⁶, die – so wie an-

trats d'externalisation: le point de vue d'un juriste, 29. März 2007 (gefunden auf: http://iut.univ-avignon.fr/mini_site/group/223/COMINDUS/Avignon.pdf), S. 11.

⁴³ In einer deutschen Übersetzung lautet Art. 1671 des Codice civile (Titel: Einseitiger Rücktritt vom Vertrag): «*Der Besteller kann vom Vertrag auch dann zurücktreten, wenn mit der Ausführung des Werkes oder der Leistung des Dienstes bereits begonnen wurde, sofern er den Unternehmer für die getätigten Aufwendungen, die ausgeführten Arbeiten und den entgangenen Gewinn schadlos hält*» (gefunden in: Italienisches Zivilgesetzbuch – Codice civile, Zweisprachige Ausgabe, 5. A., Bern 2010, S. 809).

⁴⁴ Siehe etwa in willkürlicher Auswahl und Reihenfolge: RENATO D'ISA, Il contratto d'appalto, 9. März 2015 (gefunden auf: <https://renatodisa.com/2015/03/09/il-contratto-dappalto/>): «*Giurisprudenza di merito e di legittimità concordano nel ritenere derogabile la previsione di cui all'art. 1671 c.c. Tuttavia la derogabilità della disposizione appare concernere più l'assoggettamento della facoltà a limiti e condizioni che non alla possibilità di escludere dagli effetti del contratto la facoltà di recesso unilaterale del committente a esecuzione iniziata*»; Paolo Cendon (Hrsg.), Commentario al Codice civile, artt. 1655 – 1702, Mailand 2009, S. 401 f.

⁴⁵ Siehe etwa BGE 139 IV 282 E. 2.4.1 S. 286 («*Sind mehrere Interpretationen denkbar, soll jene gewählt werden, welche die verfassungsrechtlichen Vorgaben am besten berücksichtigt [...]*»).

⁴⁶ Art. 27 BV (SR 101) lautet: «*[Absatz 1] Die Wirtschaftsfreiheit ist gewährleistet. [Absatz 2] Sie umfasst insbesondere die freie Wahl des Berufes sowie den freien Zugang zu einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit und deren freie Ausübung*».

dere Grundfreiheiten – in der Schweiz von «*überragender Bedeutung*»⁴⁷ ist, die Vertragsfreiheit einschliesst.⁴⁸

[Rz 31] Bei der Vertragsfreiheit, die verschiedene Facetten aufweist, u.a. die Inhaltsfreiheit⁴⁹, also die Freiheit, den Inhalt eines Vertrages grundsätzlich frei bestimmen zu dürfen⁵⁰, handelt es sich um einen «*tragenden Pfeiler der privatrechtlichen Grundfreiheiten*»⁵¹, der «*einen ausserordentlich hohen Stellenwert in der Privatrechtsordnung hat*»⁵².

[Rz 32] Vor obigem Hintergrund sind Eingriffe in die Vertragsfreiheit zurückhaltend vorzunehmen. Mit Bezug auf die Auslegung einer Gesetzesbestimmung bedeutet dies, dass im Zweifelsfall die Privatautonomie und damit die Vertragsinhaltsfreiheit zu schützen, also vom dispositiven Charakter der Norm auszugehen ist.

[Rz 33] Etwas anders formuliert, greift der Gesetzgeber in den verfassungsrechtlichen Grundsatz der Vertragsfreiheit nur in begründeten Fällen ein, insbesondere dann, wenn wichtige Interessen einer strukturell schwächeren Partei gegenüber der stärkeren Partei zu schützen sind, z.B. im Arbeitsvertrags-⁵³ und im Wohnungsmietrecht⁵⁴. Diese Voraussetzungen sind bei Art. 377 OR nicht erfüllt, lässt sich doch nicht sagen, das jederzeitige Kündigungsrecht des Bestellers schütze ein wesentliches Interesse einer strukturell schwächeren Partei, wie z.B. in gewissen Situationen den Lohnzahlungsanspruch des Arbeitnehmers. Einerseits ist der Besteller eines Werks nicht als die grundsätzlich strukturell schwächere Vertragspartei zu betrachten, andererseits qualifiziert die Möglichkeit, jederzeit auf die Fertigstellung des bestellten Werks zu verzichten, nicht als eminent wichtiges Interesse, auf das der Besteller vertraglich nicht sollte verzichten können.

[Rz 34] Nach hier vertretener Auffassung gilt dies auch in Bezug auf Werkverträge, unter denen der Besteller nicht nur rein finanzielle Interessen verfolgt, sondern in gewisser Weise⁵⁵ auch seine Persönlichkeit involviert ist.⁵⁶ Anders als in auftragsrechtlichen Verhältnissen, in denen unter Umständen direkt in die Persönlichkeitsrechte des Auftraggebers eingegriffen wird (z.B. im medizinischen Kontext), geht es bei Werkverträgen letztlich immer nur um die Erstellung eines materiellen oder immateriellen⁵⁷ Werks, über dessen Verwendung der Besteller frei entscheiden kann. Mit Bezug auf das von *Dessemontet* verwendete Beispiel eines Werkvertrags zur Herstellung einer

⁴⁷ BGE 133 II 450 E. 7.3 S. 462 («*Dagegen gehören weitere Grundrechte, selbst wenn sie für die Schweiz von überragender Bedeutung sind, nicht zum zwingenden Völkerrecht [...]. Dies gilt insbesondere für die vom Beschwerdeführer angerufenen Grundrechte der Eigentumsgarantie und der Wirtschaftsfreiheit [...]*»).

⁴⁸ Siehe etwa BGE 130 I 26 E. 4.3 S. 41 («*Die Vertragsfreiheit, welche ein zentrales Element der Wirtschaftsfreiheit bildet [...]*»).

⁴⁹ Siehe etwa BGE 129 III 35 E. 6.1 S. 42 («*Die Vertragsfreiheit hat verschiedene Aspekte (Abschlussfreiheit, Partnerwahl-freiheit, Inhaltsfreiheit, Formfreiheit und Aufhebungsfreiheit [...])*»).

⁵⁰ Siehe Art. 19 Abs. 1 OR («*Der Inhalt des Vertrages kann innerhalb der Schranken des Gesetzes beliebig festgelegt werden*»).

⁵¹ Siehe BGE 129 III 276 E. 3.1 S. 281.

⁵² Siehe BGE 129 III 35 E. 6.3 S. 45 («*Für die Konkretisierung dieses Grundsatzes ist jedoch vorab festzuhalten, dass die Vertragsfreiheit – und damit auch die Vertragsabschlussfreiheit – als Element der Privatautonomie einen ausserordentlich hohen Stellenwert in der Privatrechtsordnung hat*»).

⁵³ Siehe z.B. Art. 362 Abs. 1 OR («*Durch Abrede, Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag darf von den folgenden Vorschriften zuungunsten der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers nicht abgewichen werden [...]*»).

⁵⁴ Siehe z.B. Art. 256 Abs. 2 OR («*Abweichende Vereinbarungen zum Nachteil des Mieters sind nichtig, wenn sie enthalten sind in [...]*»).

⁵⁵ Nur indirekt und im vorliegenden Kontext nicht massgebend, wie nachfolgend diskutiert wird.

⁵⁶ Vgl. Ziff. II.A oben *in fine*.

⁵⁷ Siehe zum Begriff des Werks im Sinne von Art. 363 OR etwa BGE 130 III 458 E. 4 S. 461; 109 II 34 E. 3b S. 37; CHK-R. HÜRLIMANN / T. SIEGENTHALER, a.a.O., Art. 363 N 2.

Prothese⁵⁸ bedeutet dies, dass unter einem solchen Werkvertrag die in die Persönlichkeitsrechte des Bestellers eingreifende Verwendung der Prothese (Implantieren der Prothese) nicht geschehen kann. Die Verwendung der Prothese liegt ausserhalb des Zwecks des Werkvertrags, und nach der hier vertretenen Interessenabwägung darf der Besteller auf sein Recht, die Herstellung der Prothese gemäss Art. 377 OR jederzeit zu kündigen, gültig verzichten, weil er im Ergebnis auch in einer solchen Konstellation im schlimmsten Fall eine finanzielle Einbusse erleidet, also eine unverkäufliche Prothese bezahlen muss, nicht aber einen Eingriff in seine Persönlichkeitsrechte zu gewärtigen hat.

[Rz 35] Ein weiterer Aspekt, der für den dispositiven Charakter von Art. 377 OR spricht, ist der Grundsatz der Vertragstreue (*pacta sunt servanda*), der ebenfalls einen zurückhaltenden Eingriff in die Vertragsfreiheit nahelegt.⁵⁹ Diesbezüglich ist darauf hinzuweisen, dass der Grundsatz der Vertragstreue im Schweizer Recht sehr hoch gewichtet wird, gehört er doch zum *Ordre public*, der nur ganz fundamentale Rechtsgrundsätze umfasst.⁶⁰ Nach hier verteilter Auffassung spricht auch die fundamentale Bedeutung des Grundsatzes der Vertragstreue dafür, Einschränkungen dieses Grundsatzes nur zurückhaltend anzunehmen.

III. Zusammenfassung

[Rz 36] Ob Art. 377 OR, wonach die Bestellerin oder der Besteller eines unvollendeten Werks gegen Schadloshaltung des Unternehmers jederzeit vom Vertrag zurücktreten kann, durch Parteiabrede wegbedungen werden kann, also dispositives Recht ist, oder ob er vielmehr als zwingende Bestimmung zu qualifizieren ist, wurde vom Bundesgericht bis heute nicht entschieden. Die heute herrschende Lehre ist – soweit ersichtlich – einmütig der Auffassung, dass die erwähnte Bestimmung nicht zwingender, sondern dispositiver Natur ist.⁶¹ Dieser Standpunkt wird in diesem Beitrag in einem eigenen Ansatz von Grund auf geprüft.

⁵⁸ Siehe FRANÇOIS DESSEMONTET, a.a.O., S. 197.

⁵⁹ Siehe etwa BGE 115 II 232 E. 4d S. 236 f. («Der ebenfalls aus Art. 2 ZGB fliessende Grundsatz der Vertragstreue erlaubt im Gegenteil nur dort einen Vertrag als nichtig bzw. einseitig unverbindlich zu erklären, wo dessen Inhalt Grundwerten der Rechtsordnung widerspricht (Art. 19/20 OR), die Willensbildung mangelhaft war (Art. 23 ff. OR) oder zusätzlich zu einem offenbaren Missverhältnis der Vertragsleistungen auch die subjektiven Voraussetzungen der Übervorteilung gegeben sind (Art. 21 OR). Solange letzteres nicht der Fall ist, bleibt den Vertragsschliessenden – als Ausfluss der Vertragsfreiheit (Art. 19 Abs. 1 OR) – unbenommen, ein beliebiges Ungleichgewicht der Leistungen zu vereinbaren; umgekehrt liegt in der Berufung auf diese Freiheit auch kein Rechtsmissbrauch im Sinne von Art. 2 Abs. 2 ZGB [...]»).

⁶⁰ Siehe etwa BGE 138 III 322 E. 4.1 S. 327 («Gegen den *Ordre public* verstösst die materielle Beurteilung eines streitigen Anspruchs nur, wenn sie fundamentale Rechtsgrundsätze verkennt und daher mit der wesentlichen, weitgehend anerkannten Wertordnung schlechthin unvereinbar ist, die nach in der Schweiz herrschender Auffassung Grundlage jeder Rechtsordnung bilden sollte. Zu diesen Grundsätzen gehören die Vertragstreue (*pacta sunt servanda*), das Rechtsmissbrauchsverbot, der Grundsatz von Treu und Glauben, das Verbot der entschädigungslosen Enteignung, das Diskriminierungsverbot und der Schutz von Handlungsunfähigen [...]».) und 128 III 191 E. 6b S. 198 («Une sentence est contraire à l'ordre public matériel lorsqu'elle viole des principes juridiques fondamentaux du droit de fond au point de ne plus être conciliable avec l'ordre juridique et le système de valeurs déterminants; au nombre de ces principes figurent, notamment, la fidélité contractuelle [...]»).

⁶¹ Siehe II.A oben.

[Rz 37] Zuerst wird dargelegt, dass sich die Antwort auf die Frage nach der dispositiven oder zwingenden Natur von Art. 377 OR weder aus einer grammatikalischen⁶², historischen⁶³, systematischen⁶⁴ noch teleologischen⁶⁵ Auslegung dieser Bestimmung erschliesst.

[Rz 38] Da das Bundesgericht auch die Rechtsvergleichung zu den Auslegungselementen zählt, werden in aller Kürze die entsprechenden Situationen in Deutschland, Frankreich und Italien vorgestellt, die darauf hindeuten, dass zu Art. 377 OR analoge Bestimmungen von den jeweils zuständigen ausländischen Gerichten nicht als zwingende Normen qualifiziert werden.⁶⁶ Aufgrund des Territorialitätsprinzips kann das Ergebnis einer Rechtsvergleichung aber nach hier vertretener Auffassung nur als Hilfselement fungieren, das für sich allein nicht ausschlaggebend ist.

[Rz 39] Dass das freie Kündigungsrecht gemäss Art. 377 OR im Einklang mit der heute herrschenden Lehre nicht zwingender, sondern nur dispositiver Natur ist, ergibt sich nach in diesem Beitrag dargelegter Auffassung aus einer verfassungskonformen Auslegung sowie aus dem Grundsatz der Vertragstreue (*pacta sunt servanda*), der ebenfalls für einen zurückhaltenden Eingriff in die Vertragsfreiheit spricht.⁶⁷

Lic. iur. utr. PHILIPP H. HABERBECK ist Rechtsanwalt in Zürich (www.haberbeck.ch).

⁶² Siehe II.B.1 oben.

⁶³ Siehe II.B.2 oben.

⁶⁴ Siehe II.B.3 oben.

⁶⁵ Siehe II.B.4 oben.

⁶⁶ Siehe II.B.5 oben.

⁶⁷ Siehe II.B.6 oben.