

# **OW\_GERICHTE AbR 2010/11 Nr. 4 vom 23. Dezember 2011**

OW Obergericht, 2011-12-23, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ow\\_gerichte\\_AbR\\_2010\\_11 Nr. 4](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ow_gerichte_AbR_2010_11_Nr_4)

FR: OW\_GERICHTE AbR 2010/11 Nr. 4 du 23 décembre 2011

IT: OW\_GERICHTE AbR 2010/11 Nr. 4 del 23 dicembre 2011

## **Regeste**

AbR 2010/11 Nr. 4, S. 66: Art. 18 OR Richterliche Vertragsergänzung hinsichtlich der Frage, ob ein vereinbarter Rabatt auf dem Werklohn auch hinsichtlich von Mehraufwendungen gilt, die infolge besonderer Verhältnisse entstanden sind. Ent

## **Volltext**

AbR 2010/11 Nr. 4, S. 66: Art. 18 OR Richterliche Vertragsergänzung hinsichtlich der Frage, ob ein vereinbarter Rabatt auf dem Werklohn auch hinsichtlich von Mehraufwendungen gilt, die infolge besonderer Verhältnisse entstanden sind. Entscheid des Obergerichts vom 15./23. Dezember 2011 Aus den Erwägungen: 13. Die Beklagte (Litisdennunziatin) brachte anlässlich der Appellationsverhandlung zusätzlich vor, dass der zwischen den Parteien vereinbarte Rabatt von 10 % nach den allgemeinen Regeln der Vertragsauslegung auch für allfällige Zusatzkosten gelten müsse. Die Klägerin habe selber wiederholt gesagt, es gehe um die Einheitspreise. Von da her müsse der Rabatt nach den allgemeinen Regeln der Vertragsauslegung auch für die Mehrkosten relevant sein. Die Klägerin wendet dazu ein, die Abrechnungssituation habe sich total geändert. Man könne sich nicht mehr auf einen Rabatt berufen. 13.1 Die Vorinstanz hat sich hinsichtlich der Frage der Gewährung eines Rabatts für die Mehrkosten nirgends geäußert. Es fällt auf, dass die Beklagte diesen Einwand vor der Vorinstanz erst anlässlich der Hauptverhandlung nach Beginn des klägerischen Parteivortrags vorgebracht hat. Es stellt sich damit die Frage, ob dieser Einwand noch zu berücksichtigen gewesen wäre, da neue Tatsachenbehauptungen nach dem Beginn des klägerischen Parteivortrags an der Hauptverhandlung nur noch geltend gemacht werden können, wenn die Geltendmachung vorher unmöglich war (Art. 132 Abs. 1 ZPO OW). Geht es um Konsens oder Auslegung, ist Tatfrage, was die Parteien im Vertragsbezug gewusst, gedacht, gewollt und erklärt haben (Urteil des Bundesgerichts 4C.126/2001 vom 7. Februar 2003, E. 4.2). Die Vertragsauslegung nach dem Vertrauensprinzip stellt nun aber eine Rechtsfrage dar (Urteil des Bundesgerichts 4C.189/2004 vom 30. Juli 2004, E. 1). Vorliegend beinhaltet das beklagte Vorbringen zwar sinngemäss den Einwand, dass keine vertragliche Regelung betreffend die Gewährung des Rabatts für die Mehrkosten getroffen wurde. Mit der Berufung auf die Notwendigkeit zur Klärung der Frage mittels Vertragsauslegung stellte die Beklagte aber offenbar eine Rechtsfrage, nämlich die Vertragsauslegung nach dem Vertrauensprinzip bzw. eine Vertragsergänzung zur Diskussion. Folglich handelte es sich bei Letzterem nicht um ein tatbeständliches Vorbringen. Mithin hätte dieses vor der Vorinstanz berücksichtigt und geprüft werden müssen. Entsprechend ist diese Rechtsfrage auch vorliegend zu prüfen. 13.2 Der Rabatt ist ein vom Unternehmer vertraglich gewährter Preisnachlass, meist in der Form eines prozentualen Abzugs vom Werklohn. Der Unternehmer gewährt den betreffenden (prozentualen) Rabatt entweder auf die für das Werk geschuldete Gesamtvergütung (Gesamtrabatt), sei es uneingeschränkt oder sei es unter Vorbehalt einzelner

Vergütungsteile (z.B. einer Mehrvergütung infolge einer Beststellungsänderung), die von der Rabattierung ausgenommen werden. Oder der Unternehmer gewährt den Rabatt auf einen spezifisch bezeichneten Teil der Vergütung (Peter Gauch, Der Werkvertrag, Zürich 2011, N. 1244 und 1245a).

13.3 Bei der Beurteilung eines Vertrages sowohl nach Form als nach Inhalt ist der übereinstimmende wirkliche Wille und nicht die unrichtige Bezeichnung oder Ausdrucksweise zu beachten (Art. 18 Abs. 1 OR). Bei der Ermittlung des wirklichen Willens unterscheidet man zwischen der empirischen (oder subjektiven) Auslegung und der normativen (objektivierten, eigentlich genauer objektivierenden) Auslegung. Diese Unterscheidung beruht auf der Vorstellung, dass es das primäre Ziel der Auslegung sei, den tatsächlich vorhandenen Willen der Parteien festzustellen, dass es aber auch Fälle gibt, in denen das tatsächlich nicht möglich ist. Dann soll mit Hilfe einer Auslegung des Vertrages nach Treu und Glauben der mutmassliche Wille der Parteien festgestellt werden. Beachtet man die Dinge vom rein theoretischen Standpunkt aus, ist die Abgrenzung zwischen empirischer Ermittlung des wirklichen Willens und der objektivierenden Auslegung kaum möglich. In Wahrheit sind die Übergänge fließend (Wolfgang Wiegand, Basler Kommentar, Basel 2007, N. 11 und 14 zu Art. 18 OR, mit diversen Hinweisen). Auch wenn die Auslegung des Vertrags zu einer eindeutigen Feststellung des Vertragsinhalts führt, kann damit die zwischen den Parteien streitige Frage häufig nicht entschieden werden; dies unter anderem, weil der Vertrag für einen oder mehrere Punkte keine Regelung enthält, obwohl diese regelungsbedürftig wären. In diesem Zusammenhang spricht man von "Lücken" im Vertrag, welche durch Vertragsergänzung zu schliessen sind. Die Vertragslücke kann dadurch entstehen, dass die Parteien die nunmehr entscheidungserhebliche Frage nicht gesehen und deshalb nicht geregelt haben. Das beruht häufig darauf, dass die jetzt streitige Frage sich seinerzeit nicht gestellt hat, oder anders ausgedrückt, dass sie erst durch den Zeitablauf relevant geworden ist. In diesen Fällen ist der Richter verpflichtet, die von ihm durch Auslegung ermittelte Lücke zu füllen (Wiegand, a.a.O., N. 57 und 61 zu Art. 18 OR). Die Ergänzung darf dem Vertrag nie etwas grundsätzlich Neues beifügen. Vielmehr ist sie, richtig verstanden, immer nur weitere Ausformung dessen, was die Parteien mit dem Vertragsabschluss im Prinzip gewollt, aber damals nicht in jeder Hinsicht bedacht haben (Jäggi/Gauch, Zürcher Kommentar, Zürich 1980, N. 497 zu Art. 18 OR). Ist ein lückenhafter Vertrag zu ergänzen, so hat der Richter - falls dispositive Gesetzesbestimmungen fehlen - zu ermitteln, was die Parteien nach dem Grundsatz von Treu und Glauben vereinbart hätten, wenn sie den nicht geregelten Punkt in Betracht gezogen hätten. Bei der Feststellung dieses hypothetischen Parteiwillens hat er sich am Denken und Handeln vernünftiger und redlicher Vertragspartner sowie an Wesen und Zweck des Vertrages zu orientieren (BGE 115 II 484 E. 4b). Sofern und soweit es möglich ist, aus anderen Regelungen des Vertrages einen hypothetischen Parteiwillen für die nicht geregelte Frage abzuleiten (wenn man also die Gedanken der Parteien fortschreibt oder die Teleologie des Vertrages fortbildet), darf nicht auf abstrakte "vernünftige" Parteien abgestellt werden (Wiegand, a.a.O., N. 78 zu Art. 18 OR). Als weiteres Mittel der Vertragsergänzung sind Verkehrsanschauung, Sitte, Brauchtum und Usancen zur Ergänzung des Vertrages heranzuziehen, wenn der Richter zur Überzeugung gelangt, dass sie einerseits geeignet sind, die vorhandene Lücke zu schliessen und andererseits eine Schliessung der Lücke in diesem Sinne sich mit dem Parteiwillen, soweit auf diesen geschlossen werden kann, vereinbaren lässt (Wiegand, a.a.O., N. 83 zu Art. 18 OR).

13.4 Die Klägerin hat im Rahmen ihres Angebots über Fr. 112'252.05 inkl. MWSt an die Beklagte vom 13. Februar 2004 den Vermerk angebracht, dass ein Rabatt nach

Vereinbarung erfolge. Daraufhin haben sich die Parteien mündlich auf einen Rabatt von 10 % geeinigt, womit als Werklohn letztlich Fr. 101'026.85 vereinbart wurden. Weder im Leistungsverzeichnis, dem Angebot der Klägerin noch den diesem angefügten Beilagen, welche Vertragsbestandteile geworden sind, lässt sich hinsichtlich einer vertraglichen Regelung über die Gewährung eines Rabatts für allfällige aufgrund besonderer Verhältnisse entstandene Mehraufwendungen etwas entnehmen. Ein tatsächlicher Wille der Parteien lässt sich mithin nicht feststellen. Auch im Rahmen der objektivierten Auslegung ist es nicht möglich, zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten (vgl. Wiegand, a.a.O., N. 13 zu Art. 18 OR), da keine diesbezüglich relevanten Erklärungen vorliegen. Mithin ist festzustellen, dass der Vertrag für die streitige Frage keine Regelung enthält. Die streitige Frage ist erst durch den Zeitablauf relevant geworden und zwar in der Weise, dass aufgrund der besonderen Verhältnisse Mehraufwendungen mit entsprechenden Kostenfolgen resultierten. Eine Ergänzung bezüglich der Frage, ob für die Mehrkosten ein Rabatt zu gewähren ist, stellt nicht etwas grundsätzlich Neues dar, da es nicht unüblich ist, dass im Rahmen eines derartigen Werkvertrags Mehrkosten entstehen können. Es liegt demnach betreffend einen regelungsbedürftigen Punkt eine Lücke vor. 13.5 Diese Lücke gilt es zu schliessen. Dispositives Gesetzesrecht ist in Bezug auf die strittige Frage nicht ersichtlich. Indes gilt es anzumerken, dass es sich rechtfertigt, eine vereinbarte Rabattregelung, die innerhalb der vertraglichen Vergütungsabrede den Charakter einer Nebenabrede hat, im Zweifel restriktiv auszulegen, da es der allgemeinen Lebenserfahrung entspricht und auch dem Besteller klar sein muss, dass der Unternehmer die Auswirkungen der Rabattgewährung, die keinen Anreiz für kurzfristige Bezahlung schaffen soll, möglichst gering halten will. Insbesondere spricht eine Vermutung gegen die Annahme, dass sich ein Rabatt, den der Unternehmer auf eine Festpreisvergütung gewährt hat, auch auf eine Mehrvergütung bezieht, die dem Unternehmer aufgrund einer Beststellungsänderung, einer einschlägigen Teuerungsabrede oder aus einem sonstigen Grund zusteht. Der Grundsatz, wonach Rabattregelungen im Zweifel restriktiv auszulegen sind, hat seinen Niederschlag auch in der SIA-Norm 118 gefunden; vgl. Art. 54 und Art. 66 Abs. 5 SIA-Norm 118. Sodann bestätigte das Bundesgericht einen Entscheid, in welchem eine explizite Vertragsklausel, wonach "le rabais d'adjudication est applicable à tous les travaux supplémentaires", unter sinngemässer Bezugnahme auf Art. 86 Abs. 2 SIA-Norm 118 so auslegt wurde, dass der Rabatt nur auf 20 % der Mehrleistungen zur Anwendung kommt (zum Ganzen Gauch, a.a.O., N. 1246 und 1246a). Im fraglichen Bundesgerichtsentscheid 4C.21/2004 vom 12. Januar 2005 wurde erwogen, dass der Unternehmer, welcher vom Bauherr infolge einer Beststellungsänderung mit wichtigen zusätzlichen Arbeiten beauftragt wird, vernünftigerweise eine komplette Vergütung erwarten darf, die nicht um einen Rabatt gekürzt ist, welcher vor Abschluss des Vertrages ausgehandelt wurde (E. 3.1.2). Aus dem Gesagten erhellt, dass die vernünftigen Parteien - trotz des vereinbarten Rabatts im Rahmen des Werkvertrags für die aufgrund der besonderen Verhältnisse erforderlich gewordenen Mehrkosten - keinen Rabatt vereinbart hätten. Die Beklagte bringt keine Anhaltspunkte vor, welche für eine andere Auslegung sprechen würden. Soweit sie geltend macht, die Klägerin habe immer gesagt, es gehe um Einheitspreise und von da her müsse nach den allgemeinen Regeln der Vertragsauslegung der Rabatt auch für die Mehrkosten relevant sein, verkennt sie, dass auch in diesem Fall eine Mehrvergütung in Frage steht, auf welche sich vermutungsweise ein Rabatt gerade nicht bezieht. Zusammenfassend rechtfertigt es sich

nicht, der Beklagten einen Rabatt auch für die entstandenen Mehrkosten zu gewähren. de| fr  
| it Schlagworte vertrag frage auslegung beklagter unternehmer rahm ergänzung wirklicher  
wille hypothetischer parteiwille werklohn vorinstanz rechtsfrage sia-norm werkvertrag  
bundesgericht Mehr Deskriptoren anzeigen Normen Bund OR: Art.18 Weitere Urteile BGer  
4C.189/2004 4C.21/2004 4C.126/2001 Leitentscheide BGE 115-II-484 AbR 2010/11 Nr. 4

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte  
Originaltext. Quellen-URL siehe oben.