

## **Rechte und Pflichten des Unternehmers bei ausstehender Vergütung beim Bauwerkvertrag**

Bisweilen kommt es vor, dass Bauherren Unternehmerrechnungen nicht bezahlen, sei es, weil sie (i) mit der Arbeit des Unternehmers nicht zufrieden sind, oder sei es – nebst anderen, hier nicht behandelten Gründen –, weil (ii) es ihnen an den hierfür erforderlichen Geldmitteln fehlt. Wie kann der Unternehmer in diesem Fall vorgehen? Steht ihm das Recht zu, vom Vertrag zurückzutreten oder kann er die Arbeiten (vorübergehend) einstellen?

### **1. Welchem Recht untersteht der Werkvertrag?**

Zu fragen ist zunächst, welchen rechtlichen Bestimmungen der Werkvertrag untersteht: Wurden die Bestimmungen der SIA-Norm 118 für anwendbar erklärt oder findet auf die Vertragsbeziehung ausschliesslich das Obligationenrecht (OR) Anwendung? Die Frage spielt hier eine Rolle bei der Bemessung der Zahlungsfrist bei Eintritt der Fälligkeit der Vergütungsforderung (Art. 190 Abs. 1 SIA-Norm 118: 30 Tage ab Fälligkeitseintritt; OR 75: Die Zahlung ist bei Eintritt der Fälligkeit sofort zu leisten). Achtung: Die Anwendbarkeit der SIA-Norm 118 muss zwischen den Parteien vereinbart sein, also ausdrücklich oder stillschweigend; bei strittiger Anwendbarkeit hat jene Partei die Beweislast, die sich auf die Anwendbarkeit der Norm beruft. Dabei reicht nicht aus, dass die SIA-Norm 118 in der Praxis breite Anwendung findet; blosse Usanz genügt als Nachweis der Vereinbarung nicht.

### **2. Mahnung des Unternehmers**

Wichtig ist, dass der Unternehmer den Bauherrn für fällige Rechnungen schriftlich abmahnt und ihm eine kurze Nachfrist zur Bezahlung des Ausstandes ansetzt. Er setzt ihn damit in Verzug (Art. 102 OR). Die Ansetzung der Nachfrist erfolgt in der Praxis regelmässig gleichzeitig mit der Mahnung, was zulässig ist (Urteil des Bundesgerichts 4C.1/2000 vom 27.03.2000, Erw. 3b). Auf eine Mahnung kann nur ausnahmsweise verzichtet werden, nämlich dann, wenn sie sich von vornherein als nutzlos erweisen würde (Art. 108 OR), wovon aber nur in seltenen Fällen ausgegangen werden darf. Jeder Einzelfall ist hier näher zu betrachten. Die Mahnfrist kann kurz bemessen werden, da die Leistung des Bauherrn (Zahlung des Ausstan-

des) gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts leicht zu erbringen ist (BGE 105 II 28 ff., E. 3a; Urteil des Bundesgerichts 4A\_603/2009 vom 9. Juni 2010, E. 2.3)

### **3. Rücktritt vom Vertrag?**

Bezahlt der Bauherr (als Schuldner der Vergütung) trotz erfolgter Abmahnung nicht, ist der Unternehmer berechtigt, vom Werkvertrag zurückzutreten (Art. 107 Abs. 2 OR). Der Rücktritt ist regelmässig so lange angezeigt, als der Unternehmer mit der Arbeit noch nicht begonnen hat, was in der Praxis allerdings selten vorkommt, da Unternehmer für ihre Leistungen in der Regel keine Kostenvorschüsse zugute haben. Der Unternehmer ist in diesem Fall berechtigt, vom Bauherr Schadensersatz zu verlangen (unten, Ziffer 5). Hat der Unternehmer bereits mit den Arbeiten begonnen, ist mithin zum Beispiel eine nach Massgabe des Baufortschritts gestellte Akontozahlung vom Bauherrn nicht beglichen worden, hat der Unternehmer die Möglichkeit, die Bauarbeiten einzustellen, bis die ausstehende Zahlung geleistet ist (Ziffer 4 hernach).

### **4. (Vorübergehende) Einstellung der Bauarbeiten?**

Die Einstellung der Bauarbeiten ist bei Zahlungsverzug des Bauherrn möglich und zulässig. Sie entspricht – rechtlich betrachtet – der Einrede des nicht erfüllten Vertrages (Art. 82 OR), wie sie grundsätzlich bei allen Verträgen, die den Austausch von Leistungen zum Gegenstand haben (Kaufvertrag, Darlehensvertrag etc.), möglich ist. Die Einstellung der Arbeiten erfolgt in der Regel bis zur Bezahlung der offenen Vergütungsforderung des Unternehmers. Dieses Recht des Unternehmers ist auch dann gegeben, wenn die Parteien die SIA-Norm 118 für anwendbar erklärt haben, da diese – im Vergleich zu Art. 82 OR – nichts Gegenteiliges vorsieht. Auch Art. 37 SIA-Norm 118 (Ausgabe 2013), gemäss dessen Wortlaut Bauherr und Unternehmer bei auftretenden Meinungsverschiedenheiten ihre vertraglichen Pflichten trotzdem zu erfüllen haben, steht dem nicht entgegen, da diese Bestimmung nur eine "vertragswidrige", das heisst eine unbefugte bzw. unberechtigte Unterbrechung der Arbeit verbietet.

## 5. **Recht des Unternehmers auf Ersatz für den Verzögerungsschaden?**

Hat der Unternehmer die Bauarbeiten berechtigterweise eingestellt, hat er Anspruch auf Ersatz sämtlichen Schadens, der ihm infolge der vorübergehenden Einstellung der Arbeit entstanden ist; das kann etwa zusätzlicher Aufwand für Baustelleneinrichtungen sein, Auslagen für zur Erfüllung des Auftrags zusätzlich angestelltes Personal, sofern dieses nicht anderweitig beschäftigt werden kann (Schadenminderungspflicht) und weiteres mehr (Art. 106 Abs. 1 OR). Von dieser Haftung kann sich der Bauherr nur befreien, wenn er nachweist, dass der Verzug ohne sein Verschulden eingetreten ist. Diese Exkulpation (= Nachweis des fehlenden Verschuldens) ist regelmässig dann nicht möglich, wenn dem Bauherr die erforderlichen Mittel zur Tilgung der Unternehmerrechnung fehlten: Fehlendes Geld zur Tilgung der Schulden stellt nach Praxis stets ein Verschulden dar, gemäss Bundesgericht jedenfalls dann, wenn der Schuldner nicht nachweisen kann, dass die Zahlungsunfähigkeit zur Zeit der Fälligkeit der Forderung ohne jedes Verschulden des Schuldners (Bauherr) eingetreten ist (BGE 60 II 339).

## 6. **Risiko der Schadenersatzpflicht des Unternehmers?**

Umgekehrt besteht aus Sicht des Unternehmers bei berechtigter Einstellung der Arbeiten keine Pflicht, dem Bauherrn den Schaden zu ersetzen, der diesem als Folge der eingestellten Arbeiten allenfalls erwächst. Unberechtigt wäre die Einstellung der Arbeiten dann, wenn sie gegen das Verbot rechtsmissbräuchlichen Verhaltens verstiesse. Das wäre mitunter dann der Fall, wenn die Einstellung der Arbeiten im Vergleich zur Höhe der ausstehenden Vergütungsforderung in einem völligen Missverhältnis stünde. Wann dies der Fall sein könnte, ist unter Würdigung aller Umstände des Einzelfalls zu beurteilen.