



# Das Leistungsverweigerungsrecht des Unternehmers



Raphael Butz, LL.M.



Sebastian Schenk

## Was kann der Bauunternehmer tun, wenn der Besteller den Werklohn nicht bezahlt?

Sofern vertraglich nichts anderes vereinbart wird, sind Bauunternehmer vorleistungspflichtig, d.h. ihr Werklohn ist erst mit Abnahme des Bauwerks geschuldet (Art. 372 Abs. 1 OR). Beahlt der Besteller nicht und gerät er in Verzug, so hat er Verzugszinse zu bezahlen und dem Unternehmer einen allenfalls darüber hinausgehenden Schaden zu ersetzen (Art. 104 Abs. 1 und Art. 106 Abs. 1 OR). Ausserdem kann der Unternehmer seine Werklohnforderung durch Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts (Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 und Art. 839 ff. ZGB) auf dem bebauten Grundstück absichern lassen – ein Behelf, der vom Gesetzgeber nicht zuletzt wegen der Vorleistungspflicht des Unternehmers geschaffen wurde.

In der Praxis wird die Vorleistungspflicht des Unternehmers allerdings regelmässig modifiziert, indem Abschlags-, Teil- oder Vorauszahlungen vereinbart werden, deren Fälligkeit bereits vor oder während der Bauphase eintritt. Gerät der Besteller bei dieser Konstellation mit der Bezahlung des Werklohns bzw. einer Werklohnrate in Verzug, eröffnet sich dem Unternehmer unter Umständen eine weitere Möglichkeit: Er kann die Weiterarbeit gestützt auf Art. 82 OR solange verweigern, bis der überfällige Werklohn bei ihm eintrifft. Dies kann den Zahlungsdruck auf den Besteller gewaltig erhöhen.

## Wann darf der Unternehmer seine Leistung verweigern?

Parteien eines vollkommen zweiseitigen (synallagmatischen) Vertrags müssen ihre fällige Leistung nicht erbringen, wenn sich die andere Partei weigert, ihre fällige Gegenleistung gehörig zu erfüllen oder anzubieten (Art. 82 OR). Diese Bestimmung ist auch auf den Werkvertrag anwendbar.

Das Leistungsverweigerungsrecht steht dem Unternehmer etwa dann zu, wenn er seine bisherigen Arbeiten vertragsgemäss erbracht hat, die Bezahlung des Werklohns (bzw. einer Abschlagszahlung) fällig ist und der Besteller diesen nicht bezahlt. Falls nichts anderes vereinbart wurde, besteht das Austauschverhältnis beim Werkvertrag grundsätzlich zwischen der Bauleistung und dem Werklohn insgesamt.

Zudem ist die Leistungsverweigerung nur zulässig, wenn die Einrede des erfüllten Vertrags nicht vertraglich ausgeschlossen wurde. Dies ist möglich, weil es sich bei Art. 82 OR nicht um zwingendes Recht handelt.

Haben die Parteien vereinbart, dass die SIA-Norm 118 anwendbar sein soll, ist in diesem Zusammenhang deren Art. 37 Abs. 1 zu beachten: Gemäss dieser Bestimmung darf die Arbeit bei Meinungsverschiedenheiten nicht vertragswidrig unterbrochen werden. Allerdings stellt die Leistungsverweigerung des Unternehmers gemäss Art. 82 OR (sofern die Voraussetzungen der Einrede des nicht erfüll-

ten Vertrags erfüllt sind) keine vertragswidrige Arbeitsunterbrechung dar. Art. 37 Abs. 1 SIA-Norm 118 beinhaltet daher gerade keinen Ausschluss von Art. 82 OR.

Schliesslich ist die Leistungsverweigerung unzulässig, wenn sie gegen Treu und Glauben verstossen würde. Dies ist namentlich dann der Fall, wenn sie unverhältnismässig erscheint, weil beispielsweise der ausstehende Werklohnanteil derart gering ist, dass die Auswirkungen der Arbeitsunterbrechung in einem offensichtlichen Missverhältnis dazu stehen würden.

Dabei ist zu berücksichtigen, dass auf Grossbaustellen regelmässig zahlreiche Unternehmer gleichzeitig tätig und deren Leistungen exakt aufeinander abgestimmt sind: Stellt etwa der Maurer seine Arbeit ein, können der Gipser und der Maler ebenfalls nicht weiterarbeiten. Es kommt zu einer Kettenreaktion, welche die Fertigstellung des Gesamtprojekts verzögern kann.

Eine derartige Bauverzögerung kann für den Besteller schwerwiegende finanzielle Folgen haben. Stellt sich die Leistungsverweigerung nachträglich als ungerechtfertigt heraus, so muss unter Umständen der Unternehmer für diesen Schaden einstehen.

Bevor er seine Arbeit unterbricht, sollte der Unternehmer daher die Folgen seines Handelns abwägen. Allenfalls kann es angezeigt sein, trotz Verzug des Bestellers einstweilen weiterzuarbeiten und die Werklohnforderung (nur) durch Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts sichern zu lassen. Das Recht auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts steht dem Unternehmer neben dem Leistungsverweigerungsrecht als zusätzliches Mittel zur Verfügung, was bei der Beurteilung der Verhältnismässigkeit einer Leistungsverweigerung zu berücksichtigen ist.

### **Wie kann der Besteller auf Leistungsverweigerung reagieren?**

Stellt der Unternehmer seine Arbeit mit Verweis auf angebliche Zahlungsausstände vo-

rübergehend ein, gerät der Besteller unter Druck. Er steht vor der Wahl, die vom Unternehmer (zu Recht oder zu Unrecht) behaupteten fälligen Forderungen zu begleichen, um Bauverzögerungen abzuwenden, oder aber die verlangte Zahlung zu verweigern.

Bezahlt der Besteller, um den Unternehmer zur Weiterarbeit zu bewegen, sollte er dies unter dem Vorbehalt der Rückforderung tun. Stellt sich nämlich nachträglich heraus, dass kein Rechtsanspruch des Unternehmers auf Bezahlung des Werklohns bestanden hat, ist dieser ungerechtfertigt bereichert, und der Besteller kann die Geldsumme zurückfordern.

Dagegen kann der Besteller die Einrede des nicht erfüllten Vertrags nicht durch Leistung einer Sicherheit beseitigen. Die Hinterlegung des umstrittenen Werklohns oder die Beibringung einer Bankgarantie genügen nicht.

Entscheidet sich der Besteller, die behauptete Werklohnforderung als ungerechtfertigt zurückzuweisen, wird er die Leistungsverweigerung als vertragswidrige Verzögerung der Werkausführung betrachten. Diesfalls sollte er den Unternehmer zur Weiterarbeit mahnen (Art. 102 Abs. 1 OR) und ihm eine angemessene Nachfrist ansetzen (Art. 107 Abs. 1 OR).

Falls der Unternehmer seine Leistung danach weiterhin in unberechtigter Weise verweigert, kann der Unternehmer insbesondere gemäss Art. 366 Abs. 1 OR vom Vertrag zurücktreten, ohne den Ablieferungstermin abzuwarten. In der Regel wird sich der Besteller dabei für einen Rücktritt mit Wirkung ex nunc entscheiden, was mit einer fristlosen Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses vergleichbar ist: Der Besteller behält den bereits geleisteten Werkteil und entrichtet dafür einen entsprechenden Werklohnanteil. Überdies kann er vom Unternehmer Ersatz des Verspätungsschadens verlangen (entgangener Mietzins, Produktionsausfälle, höhere Finanzierungskosten, Mehrkosten bei Neben-

und Folgeunternehmern, zusätzlicher Koordinationsaufwand und Stillstandskosten).

Alternativ kann der Besteller bei Verschulden des Unternehmers auf die Leistungserbringung des Unternehmers verzichten und Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen (Art. 107 Abs. 2 OR). Beauftragt er einen Dritten mit der Fortführung des Werks, so kann er unter anderem die durch diese Ersatzvornahme entstehenden Mehrkosten als Schadenersatz vom Unternehmer einfordern (positives Vertragsinteresse).

### **Was sind die Folgen eines unberechtigten Rücktritts des Bestellers?**

Das Rücktrittsrecht gemäss Art. 366 Abs. 1 OR wie auch das Recht, gestützt auf Art. 107 Abs. 2 OR auf die Leistung zu verzichten und stattdessen Schadenersatz zu fordern, besteht nur, wenn die vertragswidrige Verzögerung der Werksausführung objektiv pflichtwidrig war, was bei einer berechtigten Leistungsverweigerung gestützt auf Art. 82 OR gerade nicht der Fall ist.

Andernfalls schuldet der Besteller dem Unternehmer das positive Vertragsinteresse, d.h. grundsätzlich den vollen Werklohn abzüglich dessen, was der Unternehmer infolge der vorzeitigen Vertragsauflösung erwarb oder zu erwerben treuwidrig unterlassen hat (volle Schadloshaltung – Art. 377 OR).

Auch der Besteller ist daher gut beraten, vorgängig sorgfältig zu prüfen, ob die Leistungsverweigerung des Unternehmers gerechtfertigt ist.

### **Zusammenfassung und Empfehlung**

Mit dem Leistungsverweigerungsrecht gemäss Art. 82 OR kann der Unternehmer den Besteller bei Zahlungsrückständen unter Druck setzen. Mit Blick auf die möglichen Schadenersatzfolgen bei ungerechtfertigter Leistungsverweigerung tut er jedoch gut daran, dieses Mittel zurückhaltend einzusetzen. In jedem Fall bleibt das Bauhandwerker-

pfandrecht neben der Leistungsverweigerung möglich.

Will der Besteller die Leistungsverweigerung sofort abwenden, kann er sich gezwungen sehen, die behauptete Forderung unter Rückforderungsvorbehalt zu bezahlen. Eine blosser Sicherstellung genügt nicht.

Weist der Besteller die Werklohnforderung des Unternehmers dagegen zurück, so kann er (nach Mahnung und Nachfristansetzung) insbesondere Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen (Art. 107 Abs. 2 OR) oder nach Art. 366 Abs. 1 OR auch mit Wirkung ex nunc vom Vertrag zurücktreten und Schadenersatz fordern.

War die Leistungsverweigerung des Unternehmers indessen gerechtfertigt, so schuldet der Besteller dem Unternehmer trotz Verzicht auf die Erfüllung der restlichen Werkleistung das positive Vertragsinteresse.

Insgesamt ist der Besteller gut beraten, das Leistungsverweigerungsrecht des Unternehmers vertraglich auszuschliessen.