

# BAU- UND IMMOBILIENRECHT

AKTUELLE THEMEN – KOMMENTIERTE ENTSCHEIDE – PRAXISFÄLLE

JUNI 2019  
NEWSLETTER **06**



## Liebe Leserin, lieber Leser

Zwei wichtige Problemfelder stehen im Mittelpunkt dieser Ausgabe: Verzüge auf Baustellen und Kostenverteilungen im Stockwerkeigentum.

Wenn sich Unternehmer und Sublieferanten nicht an ihre Zeitpläne halten, führt dies immer wieder zu Kettenreaktionen mit Streitereien und Ärgernissen aller Art. Unser erster Beitrag klärt zahlreiche Fragen rund um Nachfristen und Ihre Optionen im Verzugsfall.

Ab Seite 6 erläutern wir praxisnah anhand zahlreicher Beispiele, wie sich die rechtliche Situation bei Erneuerung und Unterhalt von im ausschliesslichen Benutzungsrecht eines Stockwerkeigentümers liegenden gemeinschaftlichen Teilen gestaltet – etwa bei Balkonen, Dachterrassen oder Gärten.

Wir wünschen Ihnen eine anregende Lektüre.

Junes Babay, Redaktor

## IN DIESER AUSGABE:

- Top-Thema:  
Verzug auf der Baustelle –  
nur nichts überstürzen! Seite 1
- Best Practice:  
Stockwerkeigentum:  
Unterhalt und Erneuerung  
von gemeinschaftlichen  
Bauteilen Seite 6
- Kantonale  
Gerichtsentscheide Seite 10

## Verzug auf der Baustelle – nur nichts überstürzen!

Halten sich einzelne Unternehmer oder Sublieferanten nicht an den Zeitplan, hat dies regelmässig eine Kettenreaktion zur Folge. Das Ärgernis für den Bauherrn und die Folgeunternehmer ist gross, und die Nervosität steigt. Dennoch ist vor überhasteten Reaktionen zu warnen. Es lohnt sich, im Verzugsfall einen kühlen Kopf zu bewahren.

■ Von Raphael Butz, LL.M.

### Allgemeine Regeln zum Schuldnerverzug (Art. 102 ff. OR)

Damit ein Unternehmer mit seiner fälligen Leistung in Verzug gerät, muss er vom Besteller gemahnt werden. Eine Mahnung ist dann nicht erforderlich, wenn für die Leistungser-

bringung vertraglich ein bestimmter Tag (sog. Verfalltag) verabredet wurde (Art. 102 OR). Beispiel: «*Ablieferungstermin: 30. Mai 2019*» oder «*Fertigstellung und Ablieferung innert 60 Tagen seit Baubeginn*» (soweit das Datum des Baubeginns klar definiert ist).

### ► Kein Verschulden

#### beim Verzug vorausgesetzt

Der Verzug setzt kein Verschulden des Unternehmers voraus, aber immerhin eine pflichtwidrige Verspätung seiner Leistungserbringung. Keine Pflichtwidrigkeit – und damit auch kein Schuldnerverzug – liegt etwa dann vor, wenn der Unternehmer seine Arbeiten mit Verweis auf sein Leistungsverweigerungsrecht gemäss Art. 82 Abs. 1 OR eingestellt hat, weil der Besteller zum Beispiel notwendige Mitwirkungshandlungen unterlassen hat oder seinen Zahlungspflichten gegenüber dem Unternehmer fortgesetzt nicht nachgekommen ist.

### ► Angemessene Nachfrist

Befindet sich der Unternehmer im Verzug, und liefert er das fertiggestellte Werk trotzdem



nicht ab, muss ihm der Besteller zusätzlich eine angemessene Nachfrist ansetzen, bevor ihm die gesetzlich vorgesehenen Handlungsoptionen zur Verfügung stehen. Um Missverständnisse zu vermeiden, ist es ratsam, diese letzte Aufforderung zur Leistungserbringung ausdrücklich als Nachfrist zu bezeichnen und sie dem Unternehmer zwecks späterer Beweisbarkeit beispielsweise per Einschreiben und vorab per E-Mail zu übermitteln.

## ► Unangemessen kurze Frist

Gegen eine unangemessen kurze Nachfrist muss der Unternehmer umgehend opponieren, weil die Frist sonst als akzeptiert gilt. Ausserdem darf der Unternehmer, nachdem er sich über die zu kurze Dauer der Nachfrist beschwert hat, nicht einfach zuwarten. Er muss das Werk vielmehr vor Ablauf der über die zu kurze Frist hinausgehenden, tatsächlich angemessenen Nachfrist fertigstellen und abliefern, wobei von ihm besondere Anstrengungen zur Nachfristwahrung erwartet werden dürfen.

### RECHTSTIPP

Bereits mit der Mahnung kann dem Unternehmer eine angemessene Frist zur nachträglichen Fertigstellung und Ablieferung des Werks angesetzt werden. Die Verbindung von Mahnung und Nachfristansetzung ist eine sinnvolle Beschleunigungsmassnahme.



Auf die Nachfrist kann gemäss Art. 108 OR ausnahmsweise verzichtet werden, wenn 1. sich aus dem Verhalten des Unternehmers ergibt, dass sich die Nachfrist ohnehin als unnützlich erweisen würde (z.B. weil der Unternehmer seine Leistungspflicht gänzlich bestreitet, was bei Nachbesserungsarbeiten oft der Fall ist), 2. die Ablieferung aufgrund des Verzugs für den Besteller nutzlos geworden ist oder 3. sich aus dem Vertrag ergibt, dass die Leistung genau zu einem bestimmten oder bis zu einem bestimmten Zeitpunkt erfolgen soll (sog. relatives Fixgeschäft).

## ► Relatives Fixgeschäft

Ein relatives Fixgeschäft liegt regelmässig vor, wenn die Parteien im Werkvertrag vereinbaren, dass die Ablieferung des Werks «genau am» oder «nicht später als am» Tag XY erfolgen muss. Der Unternehmer fällt dann mit Ablauf dieses Tages in Verzug, und der Besteller

kann sofort von seinem Wahlrecht gemäss Art. 107 Abs. 2 OR Gebrauch machen (dazu sogleich), ohne dass dem Unternehmer vorher noch eine Nachfrist zur Leistungserbringung angesetzt werden müsste. Wird dies angestrebt, sollte der exakt terminierte Werkvertrag ausdrücklich als relatives Fixgeschäft bezeichnet werden, um Unsicherheiten zu vermeiden.

### RECHTSTIPP

Wird ein bestimmter Ablieferungstermin als Verfalltag vereinbart, ist für den Verzugseintritt keine Mahnung erforderlich. Ist der Ablieferungszeitpunkt dem Besteller besonders wichtig, kann der Werkvertrag als relatives Fixgeschäft ausgestaltet werden, wodurch auch das Erfordernis der Nachfristansetzung entfällt.



## Das Wahlrecht des Bestellers im Verzugsfall (Art. 107 Abs. 2 OR)

Nach Ablauf der Nachfrist (soweit diese nötig ist) kann der Besteller von seinem Wahlrecht gemäss Art. 107 Abs. 2 OR Gebrauch machen. Es stehen ihm drei Optionen zur Auswahl:

**1. auf Leistung beharren:** Der Besteller kann vom Unternehmer weiterhin die Ablieferung des fertiggestellten Werks verlangen und (sofern der Unternehmer den Verzug verschuldet hat) **Ersatz des Verspätungsschadens** verlangen. Darunter fallen beispielsweise entgangene Mietzinseinnahmen, weil ein Haus infolge des Verzugs erst später vermietet werden kann, oder Zusatzkosten für längere Standzeiten eines Baukrans. Diese Option wird vermutet, sofern der Besteller nach Ablauf der Nachfrist nicht unverzüglich etwas anderes erklärt. Erbringt der Unternehmer die Leistung auch innert erneut angesetzter Nachfrist nicht, lebt das Wahlrecht wieder auf. Wird dagegen eine der beiden nachfolgenden Optionen gewählt, ist diese Wahl irreversibel (Gestaltungsrecht).

**2. Rücktritt verkünden:** Der Besteller kann vom Vertrag zurücktreten, unabhängig davon, ob der Unternehmer den Verzug verschuldet hat. Der Rücktritt wirkt normalerweise rückwirkend (ex tunc), d.h., sämtliche bereits ausgetauschten Leistungen sind rückgängig zu machen. Dies ist bei Bauarbeiten höchstens ganz im Anfangsstadium

praktikabel. Sofern der Unternehmer bereits erhebliche Leistungen erbracht und insbesondere Material fest verbaut hat, wirkt der Rücktritt regelmässig wie eine Kündigung, d.h. lediglich für die Zukunft (ex nunc). Dies bedeutet, dass der Besteller den Werklohn für die bereits erbrachte Teilleistung bezahlen muss und dafür das angefangene Werk übernehmen darf. Auch dies ist für den Besteller jedoch regelmässig unbefriedigend. Er wird daher in aller Regel einen Zweitunternehmer mit der Fertigstellung des unfertigen Werks beauftragen.

Die Mehrkosten dieser Ersatzvornahme kann der Besteller beim Rücktritt allerdings nicht als Schadenersatz vom Erstunternehmer verlangen. Zwar schuldet der Erstunternehmer dem Besteller auch beim Rücktritt Schadenersatz, sofern er den Verzug schuldhaft herbeigeführt hat. Der Anspruch beschränkt sich jedoch auf das sogenannte negative Vertragsinteresse: Der Besteller ist vom Unternehmer so zu stellen, als hätte dieser mit ihm über den noch nicht erfüllten Vertragsteil nie einen Vertrag geschlossen. Wäre aber zwischen dem Besteller und dem Erstunternehmer nie ein Vertrag über die Fertigstellung des ausstehenden Werkteils entstanden, hätte der Besteller den teureren Zweitunternehmer damit beauftragen müssen – was er nun ebenfalls getan hat. Der Besteller steht also infolge des Rücktritts finanziell gleich da, wie wenn er nie einen Vertrag mit dem Erstunternehmer geschlossen hätte. Deshalb liegt kein Schaden im Sinne des negativen Vertragsinteresses vor.

### RECHTSTIPP

Die Mehrkosten der Ersatzvornahme kann der Besteller beim Rücktritt nicht als Schadenersatz vom Erstunternehmer verlangen. Deshalb ist der Rücktritt bei fortgeschrittenen Arbeiten selten eine gute Wahl.



## 3. Schadenersatz wegen Nichterfüllung:

Der Besteller kann dem Unternehmer mitteilen, dass er auf die Fertigstellung des Werks verzichtet und stattdessen Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangt. Obschon die Situation jener beim Rücktritt



ähnelt, bestehen fundamentale Unterschiede: Zunächst steht diese Option (anders als der Rücktritt) von vornherein nur zur Verfügung, wenn der Unternehmer den Verzug verschuldet hat. Sodann richtet sich der Schadenersatzanspruch hier auf den Ersatz des sogenannten positiven Vertragsinteresses, d.h., der Besteller ist so zu stellen, als hätte der Erstunternehmer den Vertrag korrekt erfüllt.

Anders als beim Rücktritt kann der Besteller bei dieser Variante deshalb sehr wohl Ersatz der Mehrkosten der Ersatzvornahme verlangen. Hätte der Erstunternehmer nämlich korrekt erfüllt, so hätte der Besteller den teureren Zweitunternehmer nicht beauftragen müssen, weshalb die Mehrkosten einen zu ersetzenden Schaden im Sinne des positiven Vertragsinteresses darstellen.



## RECHTSTIPP



Der Besteller muss sich vor Ausübung des Wahlrechts gemäss Art. 107 Abs. 2 OR gut überlegen, ob der Verzug vom Unternehmer verschuldet wurde und welche Kosten er von ihm ersetzt haben möchte. Die einmal getroffene Wahl ist unwiderruflich.

## Verzug vor dem Ablieferungstermin (Art. 366 Abs. 1 OR)

Die allgemeinen Schuldnerverzugsregeln gelten nicht nur für den Werkvertrag, sondern beispielsweise auch für den Kaufvertrag. Sie sind immer zu beachten, wenn das Werk im Moment der vereinbarten Fälligkeit noch nicht fertiggestellt ist und/oder nicht abgeliefert wird.

Art. 366 Abs. 1 OR enthält für den Werkvertrag eine Sonderregelung, wonach der Unternehmer schon vor dem Eintritt des Ablieferungstermins mit seiner Werkausführung in Schuldnerverzug geraten kann. Dies ist dann der Fall, wenn der Unternehmer das Werk nicht rechtzeitig beginnt **oder** die Ausführung in vertragswidriger Weise verzögert **oder** ohne Schuld des Bestellers derart in Rückstand geraten ist, dass die rechtzeitige Vollendung nicht mehr vorauszusehen ist. Für diesen Fall (so der Wortlaut des Gesetzes) «kann der Besteller, ohne den Lieferungsstermin abzuwarten, vom Vertrag zurücktreten».

## Missverständlicher Wortlaut von Art. 366 Abs. 1 OR

Art. 366 Abs. 1 OR stellt für den Besteller eine grosse Erleichterung dar, weil der Besteller bei einem sich abzeichnenden Verzug des Unternehmers mit der Werkausführung nicht gezwungen ist, den Ablieferungstermin abzuwarten, bevor er Massnahmen ergreifen kann. Das Gesetz gewährt dem Besteller also einen vorzeitigen Rechtsschutz. Im Umgang mit Art. 366 Abs. 1 OR ist jedoch Vorsicht geboten. Sein Wortlaut ist in mehrfacher Hinsicht missverständlich.

Eigentlich handelt es sich bei Art. 366 Abs. 1 OR lediglich um eine (auf den Spezialfall der noch andauernden Werkerstellungsphase zugeschnittene) unglücklich formulierte Wiederholung von Art. 107 Abs. 2 OR. Daher sind die allgemeinen Verzugsregeln auch im Anwendungsbereich von Art. 366 Abs. 1 OR zu beachten, obwohl dies aus dem Gesetzeswortlaut nicht hervorgeht.

## Wahlrecht des Bestellers auch bei Art. 366 Abs. 1 OR

Zunächst stehen dem Besteller nicht nur das in Art. 366 Abs. 1 OR speziell erwähnte Rücktrittsrecht, sondern alle drei Optionen gemäss Art. 107 Abs. 2 OR zur Verfügung. Dies ist deshalb besonders bemerkenswert, weil bei

fortgeschrittenen Ausführungsarbeiten der Rücktritt mit Blick auf die zu ersetzenden Schadenspositionen (negatives Interesse) für den Besteller meist keine gute Wahl darstellt (vgl. oben).

Ist der unwissende Besteller im Vertrauen auf den Wortlaut von Art. 366 Abs. 1 OR aber erst einmal vom Vertrag zurückgetreten, so hat er sein Wahlrecht endgültig ausgeübt. Der Anspruch auf Ersatz der Mehrkosten für die Fertigstellung der angefangenen Arbeiten durch einen Zweitunternehmer ist mit dem Rücktritt vom Tisch.

## RECHTSTIPP



Obschon Art. 366 Abs. 1 OR nur das Rücktrittsrecht erwähnt, stehen dem Besteller alle drei Optionen gemäss Art. 107 Abs. 2 OR zur Verfügung. Eine vorschnelle Ausübung des Rücktrittsrechts kann für den Besteller zu irreversiblen Rechtsnachteilen führen.

## Voraussetzungen von Art. 107 Abs. 2 OR auch bei Art. 366 Abs. 1 OR

Der Besteller muss aber auch die allgemeinen Pflichten gemäss Art. 102 ff. OR beachten. Obwohl Art. 366 Abs. 1 OR dies mit keinem Wort erwähnt, ist grundsätzlich eine Mahnung erforderlich, um den Unternehmer



in Verzug zu setzen, und überdies eine Nachfrist, bevor das Wahlrecht ausgeübt werden kann. Werden diese (in Art. 366 Abs. 1 OR nicht erwähnten) Voraussetzungen missachtet, können dem Besteller daraus erhebliche Rechtsnachteile erwachsen.

### ► Fatale Rechtsnachteile

Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn der Besteller im Verzug des Unternehmers vor dem Ablieferungszeitpunkt in strikter Befolgung des Wortlauts von Art. 366 Abs. 1 OR vom Vertrag zurücktritt, ohne dem Unternehmer vorher eine Nachfrist angesetzt zu haben. In diesem Fall beurteilt sich der Rücktritt unter Umständen nach Art. 377 OR, was für den Besteller fatale Folgen haben kann: Gemäss Art. 377 OR kann der Besteller nämlich jederzeit (d.h. unabhängig davon, ob sich der Unternehmer mit seiner Leistung in Verzug befindet und ob ihm vom Besteller eine Nachfrist angesetzt wurde) vom Vertrag zurücktreten, jedoch nur *«gegen volle Schadloshaltung des Unternehmers»*.

Im Extremfall bedeutet dies, dass der Unternehmer infolge des Rücktritts (trotz seines selbst verschuldeten Verzugs) nicht weiterarbeiten muss, vom Besteller aber trotzdem den vollen Werklohn (mithin volle Schadloshaltung) verlangen darf, weil ihm der Besteller vor dem Rücktritt keine Nachfrist gesetzt hat.

### RECHTSTIPP

Zeichnet sich während der Bauphase ein Verzug ab, sind entgegen dem Wortlaut von Art. 366 Abs. 1 OR die allgemeinen Verzugsregeln zu beachten. Ein Rücktritt ohne vorgängige Nachfristansetzung kann für den Besteller schwerwiegende Konsequenzen haben.



### Unternehmerverzug gemäss SIA-Norm 118

Die SIA-Norm 118 regelt den Verzug des Unternehmers unter dem Titel Einhaltung der Fristen in Art. 95 bis 98 teilweise abweichend vom OR. Zu beachten ist dabei, dass allein schon der Verzugsseintritt ein Verschulden des Unternehmers voraussetzt.

### ► Verzug ohne Verschulden

Trifft der Unternehmer kein Verschulden an der verzögerten Ausführung des Werks – weil die Verspätung zum Beispiel auf unerwartete Natureinflüsse oder Säumnis eines fehlbaren Lieferanten oder Vorunternehmers zurückzuführen ist –, so hat der Unternehmer Anspruch auf eine angemessene Erstreckung der vertraglich vereinbarten Fristen, sofern er dem Besteller die Verzögerung und deren Ursache ohne Verzug anzeigt (vgl. Art. 96 Abs. 1 SIA-Norm 118). Im Ergebnis ist also eine neue Erfüllungsfrist zu vereinbaren.

### ► Selbst verschuldeter Verzug

Hat der Unternehmer den Verzug hingegen selbst verschuldet, verweist Art. 96 Abs. 4 SIA-Norm 118 auf das «Rücktrittsrecht» des Bauherrn nach Art. 366 Abs. 1 OR sowie bezüglich Nachfrist und Schadenersatzanspruch des Bauherrn auf die Art. 107 bis 109 OR. Obschon die SIA-Norm 118 (wie auch der Art. 366 Abs. 1 OR) nur das Rücktrittsrecht speziell erwähnt, stehen dem Besteller auch im Anwendungsbereich der SIA-Norm 118 alternativ die beiden anderen Wahlrechte gemäss Art. 107 Abs. 2 OR zur Verfügung (Festhalten an der Leistungserbringung zuzüglich Ersatz des Verspätungsschadens oder Verzicht auf die Leistungserbringung und Schadenersatz wegen Nichterfüllung).

### Spezialfall: Nachbesserungsverzug

Leidet das Bauwerk an einem Mangel, welcher es für den Besteller nicht geradezu unbrauchbar oder seine Abnahme unzumutbar macht, so hat der Besteller gemäss Art. 368 Abs. 2 OR das Recht, vom Unternehmer die unentgeltliche Verbesserung des Werks zu verlangen (Nachbesserung) oder einen dem Minderwert entsprechenden Abzug vom Werklohn zu machen (Minderung). Soweit die SIA-Norm 118 zur Anwendung gelangt, steht dem Besteller zunächst ausschliesslich das Nachbesserungsrecht zur Verfügung (Art. 169 Abs. 1 SIA-Norm 118), d.h., dem Unternehmer ist zwingend die Möglichkeit zu geben, den Sachmangel selbst unentgeltlich zu beseitigen.

Erliegt der Unternehmer die Mängelbehebung nicht fristgerecht, gerät er in Nachbesserungsverzug. Nun muss ihm der Besteller eine angemessene Nachfrist ansetzen, sofern sich diese nicht von vornherein als unnützlich erweisen würde – was bei Ablehnung der Sachgewährleistungspflicht oder Unfähigkeit zur Nachbesserung von Anfang an der Fall ist.

Kommt der Unternehmer seiner Pflicht zur Mängelbehebung weiterhin nicht nach, stehen dem Besteller nach Ablauf der Nachfrist im Anwendungsbereich des OR drei verschiedene Anspruchsgrundlagen zur Verfügung:

#### 1. Wahlrecht nach Art. 107 Abs. 2 OR:

Der Besteller kann von seinem Wahlrecht gemäss Art. 107 Abs. 2 OR Gebrauch machen. Er kann also weiterhin auf die



Nachbesserung durch den Unternehmer bestehen und (bei Verschulden) Ersatz des Verspätungsschadens verlangen, den Rücktritt erklären und (bei Verschulden) Ersatz des negativen Vertragsinteresses verlangen oder (bei Verschulden) auf die Nachbesserung verzichten und stattdessen Schadenersatz wegen Nichterfüllung (positives Vertragsinteresse) verlangen. Will er die Mängelbehebungsarbeiten einem Zweitunternehmer übertragen, so wird er sich für die letzte Variante entscheiden, weil die Mehrkosten der Ersatzvornahme als Schadenersatz verlangt werden können (vgl. oben zum Verzug mit der Werkleistung an sich).

## 2. Aufwendersatz Art. 366 Abs. 2 OR:

Sofern der Besteller dem Unternehmer bei Fristansetzung angedroht hat, dass er die Nachbesserung bei Säumnis des Erstunternehmers einem Dritten auf Kosten des Unternehmers übertragen werde, kann der Besteller nach Ablauf der Nachfrist analog Art. 366 Abs. 2 OR direkt zur Ersatzvornahme schreiten und vom Unternehmer die Kosten als sogenannten Aufwendersatz verlangen. Dieser Aufwendersatz setzt kein Verschulden des Unternehmers voraus, solange der Besteller den Verzug nur nicht durch sein Verhalten selbst verursacht hat. Bei Bedarf kann der Besteller klageweise die Bevorschussung des mutmasslichen Aufwendersatzes (also der mutmasslichen Ersatzvornahmekosten) durch den Unternehmer verlangen, damit er nicht in Vorleistung gehen muss – was bei umfangreichen Nachbesserungsarbeiten wichtig sein kann. Eine über den Aufwendersatz hinausgehende Vermögenseinbusse (etwa ein Schaden, der dem Besteller aufgrund der durch den Nachbesserungsverzug und

die Ersatzvornahme bedingten Verzögerung entstanden ist) müsste als verschuldensabhängiger Schadenersatz geltend gemacht werden.

## 3. Mängelrechte nach Art. 368 Abs. 2 OR:

Nach Ablauf der Nachbesserungsfrist leben die Mängelrechte des Bestellers gemäss Art. 368 Abs. 2 OR wieder auf. Er kann deshalb auf einen weiteren Nachbesserungsversuch verzichten und stattdessen Minderung des Werklohns verlangen. Mit Ausübung dieses Gestaltungsrechts fällt der Nachbesserungsanspruch endgültig dahin. Die Minderung setzt kein Verschulden des Unternehmers bezüglich der Mangelverursachung voraus, doch ist zu beachten, dass der relativ zu berechnende Minderwert des mangelhaften Werks geringer sein kann als die Ersatzvornahmekosten für die Nachbesserung. In diesem Fall hat der Besteller den Differenzbetrag selbst zu tragen.

### RECHTSTIPP

Auch bei Nachbesserungsverzug des Unternehmers sollte nichts überstürzt werden. Die vorschnelle Ausübung des Minderungsrechts schliesst den allenfalls vorteilhafteren Aufwendersatz für die Ersatzvornahme analog Art. 366 Abs. 2 OR aus.



## Bei Anwendung der SIA-Norm

Im Anwendungsbereich der SIA-Norm 118 kann der Besteller nach Ablauf der angemessenen Nachfrist die «*Verbesserung statt durch den Unternehmer auch durch einen Dritten ausführen lassen oder sie selbst vornehmen, beides auf Kosten des Unternehmers*» (Art. 169 Abs. 1 Ziff. 1 SIA-Norm 118). Für die Ersatzvornahme bei Nachbesserungsverzug ist kein Verschulden des Unternehmers nötig. Auch muss die Ersatzvornahme (anders als nach Art. 366 Abs. 2 OR) nicht ausdrücklich angedroht werden. Es genügt, dass der Unternehmer die Nachbesserungsfrist nicht wahrnimmt (vgl. Art. 170 SIA-Norm 118).

## ► Tipps für die Vertragsredaktion

Um Klarheit zu schaffen, sollte im Werkvertrag ein bestimmter Ablieferungstermin vereinbart werden. Bei grösseren Bauprojekten schaf-

fen verbindliche Zwischentermine zusätzliche Sicherheit.

Werden Zwischentermine nicht eingehalten, liegt regelmässig eine vertragswidrige Verzögerung der Werkausführung vor, was den Besteller zum vorzeitigen Rechtsschutz gemäss Art. 366 Abs. 1 OR berechtigt. Dabei ist allerdings zu beachten, dass ein Bauprogramm, grafische Bauzeitpläne sowie Übersichten über Arbeitsabläufe rechtlich unverbindlich sind, sofern sie die Parteien nicht für verbindlich erklärt haben (vgl. auch Art. 93 Abs. 2 SIA-Norm 118). Dies kann zum Beispiel dadurch geschehen, dass ein Bauprogramm von den Parteien im Werkvertrag zum verbindlichen Vertragsbestandteil erklärt wird.

## ► Konventionalstrafe

Durch Vereinbarung einer Konventionalstrafe wird den Terminvorgaben zusätzlich Bedeutung verliehen und werden Beweisschwierigkeiten des Bestellers in Bezug auf den Verzugsschaden weitgehend beseitigt. Regelmässig wird ein bestimmter Betrag pro Verzugstag als Konventionalstrafe vereinbart, unter Angabe einer maximalen Obergrenze in Prozent des gesamten Werklohns.

Die Konventionalstrafe ist zusätzlich zur Werkleistung geschuldet, d.h., ihre Leistung hat für den Unternehmer keine befreiende Wirkung, sofern die Parteien nichts anderes vereinbart haben (Art. 160 Abs. 2 OR und Art. 98 Abs. 3 SIA-Norm 118). Ausserdem steht es dem Besteller frei, den über die Konventionalstrafe hinausgehenden Verzugsschaden zusätzlich vom Unternehmer als Schadenersatz zu verlangen (Art. 161 Abs. 2 OR und Art. 98 Abs. 3 SIA-Norm 118). Während die Konventionalstrafe im Anwendungsbereich des Obligationenrechts verschuldensunabhängig ist, setzt sie gemäss Art. 98 Abs. 2 SIA-Norm 118 voraus, dass der Unternehmer den Verzug verschuldet hat. Diese Regelungen sind dispositiver Natur und können von den Parteien beliebig abgeändert werden.

### RECHTSTIPP

Ist sich der Besteller sicher, dass er die Mängelbehebung bei Ausbleiben der Nachbesserung einem Zweitunternehmer übertragen will, sollte er dem Erstunternehmer bei Ansetzung der Nachfrist direkt die Ersatzvornahme androhen, weil der Aufwendersatz analog Art. 366 Abs. 2 OR für ihn regelmässig vorteilhaft sein wird.



### AUTOR

Raphael Butz, LL.M., Rechtsanwalt bei VISCHER AG, spezialisiert auf die Beratung und Prozessführung im Bau- und Immobilienrecht.